

UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
Faculté de droit, d'économie et de gestion

École doctorale 481 Sciences sociales et humanités

LE PRINCIPE DISPOSITIF ET LE PROCES CIVIL

Thèse présentée et soutenue publiquement
pour l'obtention du grade de Docteur en Droit
le 26 mars 2014 par

Florence BRUS

MEMBRES DU JURY :

Monsieur Loïc CADIET

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne, Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Madame Dominique D'AMBRA

Professeur à l'Université de Strasbourg

Rapporteur

Madame Virginie LARRIBAU-TERNEYRE

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Monsieur Jean-Jacques LEMOULAND

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Directeur de recherche

Monsieur Yves STRICKLER

Professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis

Rapporteur

Monsieur Daniel VIGNEAU

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

L'Université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Sommaire

INTRODUCTION

1^{ERE} PARTIE : UN PRINCIPE TECHNIQUE

Titre I - L'objet du principe dispositif, l'office des parties quant au litige

Chapitre 1 - La délimitation *du* litige par la formulation des demandes

Chapitre 2 - La délimitation *d'un* litige par la formulation des demandes

Titre II - La finalité du principe dispositif, l'office du juge quant au litige

Chapitre 1 - Trancher un litige

Chapitre 2 - Trancher un litige en motivant le jugement

2^{EME} PARTIE : UN DROIT FONDAMENTAL

Titre I – L'établissement de la nature de ce droit fondamental

Chapitre 1 - Une norme juridique

Chapitre 2 - Une norme juridique de degré supérieur

Titre II - La clarification du régime de ce droit fondamental

Chapitre 1 - Une clarification utile

Chapitre 2 - Une clarification possible

CONCLUSION GENERALE

Principales abréviations

AJDA	Actualité juridique du droit administratif
AJ Fam.	Actualité juridique du droit de la famille
Al.	Alinéa
Ann.	Annales
A.P.D.	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
Art. préc.	Article précité
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
C/	Contre
Ass. Plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Ch. mixte	Arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation
Civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Civ.1 ^e	Arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation
Civ.2 ^e	Arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ.3 ^e	Arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
CE	Arrêt du Conseil d'Etat
CEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
CJCE	Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne
CJUE	Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Cons. Const.	Décision du Conseil Constitutionnel
CPC	Code de procédure civile
D.	Recueil Dalloz
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Dr. et pr. proc. civ.	Droit et pratique de la procédure civile
Dr. et proc.	Revue droit et procédures
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. soc.	Droit social
Droits	Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GACEDH	Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
GDCC	Grandes décisions du Conseil constitutionnel
<i>Ibid.</i>	Au même endroit
<i>Infra</i>	Ci-dessous
IR	Informations rapides
J.-C.	Juris-classeur
JCP E	Juris-classeur périodique, édition entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique, édition générale
JCP N	Juris-classeur périodique, édition notariale
JDI	Journal du droit international

JO	Journal officiel
LPA	Les petites affiches
N°	Numéro
Nouv. Cah. Cons. Const.	Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	Ouvrage cité
Préf.	Préface
Procédures	Revue procédures
PUAM	Presses universitaire d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
Rapp.	Rapport
Req.	Requête
RDC	Revue des contrats
RDP	Revue du droit public
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rec.	Recueil
Rép. Civ. Dalloz	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. Proc. Civ. Dalloz	Répertoire de procédure civile Dalloz
Req.	Requête
Rev. Arb.	Revue de l'arbitrage
Rev.crit.DIP	Revue critique de droit international privé
RDC	Revue des contrats
RDP	Revue de droit public
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGDP	Revue générale des procédures
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJPF	Revue juridique Personnes et famille
RLDC	Revue Lamy droit civil
RRJ	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
Suiv.	Suivants
S.	Recueil Sirey
Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
Spéc.	Spécialement
Somm.	Sommaire
<i>Supra</i>	Ci-dessus
TGI	Jugement d'un Tribunal de grande instance
Trav. Ass. Henri Capitant	Travaux de l'association Henri Capitant
V.	Voir
Vol.	Volume

Introduction

« Le savoir juridique n'est pas un bloc monolithique et inaltérable, posé à côté du droit. Avec lui, il se forme et il se change »¹.

1. Pour comprendre le principe dispositif il faut se tourner vers les écrits d'Henry Motulsky. L'élève du doyen Roubier est sans aucun doute un des pères fondateurs des principes directeurs du nouveau Code de procédure civile, qui, aujourd'hui n'est plus nouveau² mais qui continue à être célébré régulièrement³. Ses écrits restent, pour l'étude et la compréhension des principes directeurs du procès, des références essentielles et fondamentales⁴. C'est au regard de ses travaux qu'on enseigne que le principe dispositif signifie que « *les parties sont maîtresses de la matière litigieuse* »⁵ ou, si l'on préfère, que le litige est la chose des parties. Aux termes du rapport rendu au premier Ministre relatif au décret du 9 septembre 1971, on pouvait lire que « *la matière sur laquelle le juge exerce sa juridiction lui est fournie par les parties* »⁶. Le Professeur Bolard notait ainsi que « *la maîtrise de la matière litigieuse, c'est le pouvoir de fixer les éléments du litige, de nourrir la contestation* »⁷. La matière litigieuse se composerait des faits⁸, elle comprendrait les « *éléments objectifs du procès* »⁹.

2. Le principe dispositif signifierait donc que les parties ont, dans le cadre du procès, la maîtrise des faits. Il est traditionnellement admis que cette dernière se traduirait par la maîtrise de la cause de la demande et de l'objet de la demande. La cause de la demande correspondrait au complexe de faits à l'origine du litige, aux « *circonstances de fait invoquées en vue d'établir le droit subjectif par lequel se traduit juridiquement la prétention soumise au juge* »¹⁰. Les parties, parce qu'elles en sont maîtresses, en vertu du principe dispositif,

¹ Atias (Ch.), *Questions et réponses en droit*, L'interrogation philosophique, PUF, 2009, p. 15, n°16.

² Pierre-Maurice (S.), « La nouveauté du Code de procédure civile », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux, Liber amicorum*, Dalloz, 2009, p. 445.

³ *Le nouveau Code de procédure civile, 20 ans après*, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997, La documentation française, 1998 ; *De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, dir. Cadet (L.), Canivet (G.), Litec, LexisNexis, 2006.

⁴ Sur l'influence de la pensée de Motulsky sur la procédure civile, voir les actes du colloque, « Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky ? », *Procédures*, n°3, 2012, p. 5 et suiv.

⁵ Motulsky (H.), « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in *Ecrits et notes de procédure civile*, préf. Cornu (G.), Foyer (J.), Dalloz, 1973, p. 38, spéc. p. 39, n°2 ; *Etude de droits contemporains*, 1959, p. 257.

⁶ Rapport à Monsieur le Premier ministre, *Gaz. Pal.*, 1971, 2, doct. p. 550.

⁷ Bolard (G.), « Les principes directeurs du procès civil, le droit positif depuis Henry Motulsky », *JCP G*, 1993, I, 3693.

⁸ Motulsky (H.), « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *art. préc.*, p. 41, n°7.

⁹ Guinchar (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *Procédure civile, droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis, Dalloz, 31^{ème} éd. 2012, p. 380, n°463.

¹⁰ Motulsky (H.), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », in *Ecrits et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 101, spéc. p. 103, n°4 ; *D.* 1964, p. 235.

auraient la charge d'alléguer et de prouver ces faits conformément aux articles 6 et 9 du Code de procédure civile, la responsabilité de ces charges n'étant que la conséquence de leur liberté dans la libre détermination du litige¹¹. Ainsi que le relevaient Glasson et Tissier, « dans notre droit français, il est de tradition que c'est en principe, aux parties, non au juge de réunir les éléments de fait et d'apporter les preuves »¹². Quant à l'objet, il peut se définir comme la réclamation « d'un résultat social ou économique »¹³, indépendamment de toute « coloration juridique »¹⁴. La maîtrise de l'objet de la demande serait consacrée par l'article 4 du même Code. Le doyen Cornu était clair sur ce point : « la matière du procès est aussi la chose des parties, puisqu'il leur appartient de déterminer l'objet du litige par leurs prétentions (art.4) et d'alléguer les faits propres à les fonder (art.6) »¹⁵. Le principe dispositif aurait ainsi pour corollaire le principe d'immutabilité du litige¹⁶, principe qui interdirait aux parties de modifier les éléments de fait dans le cadre du procès.

3. On peut lire en doctrine : « *da mihi factum, dabo tibi jus*, ces deux préceptes ont été recueillis par le droit écrit au rang de principe directeur »¹⁷. En effet, cette maxime est « une expression traditionnelle du principe dispositif »¹⁸ car, si la distinction entre le droit et le fait peut servir d'explication pour comprendre le rôle de la Cour de cassation¹⁹, elle sert également de soubassement à la répartition des rôles entre le juge et les parties dans le cadre du procès²⁰. Corrélativement donc, le juge n'aurait pas d'emprise sur les faits sauf lorsque la matière litigieuse concerne l'ordre public²¹. Le principe de l'indisponibilité des faits, qui n'est autre que le respect de la cause de la demande, s'imposerait au juge et lui interdirait de statuer sur des faits qui n'ont pas été apportés par les parties²². En outre, le juge, s'il est tenu par l'indisponibilité de la cause, le serait également par celle de l'objet. Il s'agit du principe de neutralité du juge, principe consacré par l'article 5 du Code de procédure civile au sujet duquel Motulsky écrivait qu'il « est certain que c'est là une réaffirmation non équivoque du

¹¹ Motulsky (H.), « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », in *Écrits et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 275, spéc. p. 301, n°43.

¹² Glasson (E.), Tissier (A.), *Traité théorique et pratique de l'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, T.II., 3^{ème} éd., 1926, Sirey, p. 656, n°593.

¹³ Motulsky (H.), « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *art. préc.*, p. 44, n°12.

¹⁴ *Ibid.*, p. 45, n°12.

¹⁵ Cornu (G.), « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes », in *Eudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 83, spéc. p. 86.

¹⁶ Héron (J.), Bars le (Th.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^e éd. 2012, p. 260, n°253. V. *infra* n°35-37.

¹⁷ Cornu (G.), « L'élaboration du Code de procédure civile », in *La codification*, dir. Beignier (B.), Dalloz, 1996, p. 71, spéc. p. 77.

¹⁸ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 381, n°464.

¹⁹ Marty (G.), *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, préf. Cézard-Bru, Recueil Sirey, 1929 ; Kernaléguen (F.), *L'extension du rôle des juges de cassation*, dir. Cosnard (H.-D.), Rennes, 1979.

²⁰ Dupichot (J.), « L'adage « *da mihi factum, dabo tibi jus* », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 425.

²¹ Motulsky (H.), « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *art. préc.*, p. 53, n°25.

²² Article 7 CPC : « Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat ».

principe dispositif»²³. Aux termes de cet article, on peut lire que « *le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ». Le juge devrait respecter non seulement la matière litigieuse mais également « *statuer toujours conformément aux lois qui régissent la matière, encore que l'application de ces lois n'ait pas été expressément invoquée par les parties* »²⁴, il devrait « *apprécier le litige au regard des règles de droit objectivement applicables, bien que non invoquées* »²⁵. Ce devoir serait consacré par l'article 12 du Code de procédure civile et concernerait la qualification juridique qui n'est, pour l'auteur, que « *la traduction de concepts de fait par des concepts de droit* »²⁶. Le principe de neutralité irait alors de pair avec l'adage *jura novit curia*²⁷. Le juge devrait toujours chercher à appliquer la règle de droit « *dans le respect de l'édifice de fait construit par les parties* »²⁸. Ainsi que le notait Motulsky, le principe dispositif devrait « *se concilier avec les exigences de la fonction juridictionnelle* »²⁹. Les parties n'auraient aucun pouvoir ni sur la qualification juridique des faits ni sur l'application de la règle de droit³⁰.

4. Les travaux relatifs au principe dispositif révèlent donc que ce dernier exprime l'idée que le litige est la chose des parties, il « *concerne la matière du procès, non le déroulement de celui-ci* »³¹. Il ne se confond pas avec le principe d'initiative. Celui-ci, également dénommé principe d'impulsion, concerne les pouvoirs des parties dans le cadre de l'instance³². Parce que les parties ont l'initiative de l'existence de l'instance, elles ont également l'initiative de son déroulement³³. Nous rejoignons le Professeur Jeuland pour qui « *la proximité des deux expressions n'est pas un hasard. Si la tradition les mêle et parfois les confond c'est qu'elles sont intimement liées. L'instance permet en effet de dégager les faits et le droit. Il y a une étroite corrélation entre le contenant, le lien d'instance, et le contenu, la matière litigieuse* »³⁴. Il convient pour autant de clairement les distinguer car, parfois, ces deux principes sont amalgamés. Ouvrons un dictionnaire des termes juridiques. « *Dispositif (Principe du) : principe en vertu duquel les plaideurs conservent la liberté d'entamer le procès, de lui donner le contenu qu'ils désirent (chefs de la demande, cause, objet), de la*

²³ Motulsky (H.), « Prolégomènes... », *art. préc.*, p. 300 ; « La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », in *Ecrits et note de procédure civile, op. cit.* p. 131, n°2, *JCP G* 1966, I, 1996.

²⁴ Motulsky (H.), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *art. préc.*, p. 105, n°5.

²⁵ *Ibid.*, n°6.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Pennec (L.), *L'adage jura novit curia : émergence et approche dans le procès civil contemporain, Etude de droit comparé*, thèse dact., Toulon, 2010.

²⁸ *Ibid.*, p. 121, n°26.

²⁹ Motulsky (H.), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *art. préc.*, p. 104, n°5.

³⁰ Motulsky (H.), « La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *art. préc.*, p. 180, n°77.

³¹ Terré (F.), « La réception du Nouveau Code de procédure civile par la doctrine », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, p. 27, spéc. p. 34.

³² Motulsky (H.), « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès par le décret du 9 septembre 1971 », *art. préc.*, p. 275, spéc. p. 282, n°12.

³³ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 343, n°403 et suiv.

³⁴ Jeuland (E.), « La conception du procès civil dans le Code de 1975 », in *1806-1976-2006. De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, LexisNexis, 2006, p. 101, spéc. p. 108.

suspendre ou de l'arrêter (acquiescement, désistement). Le juge est lié par le cadre du procès tel que les parties l'ont tracé. Il ne peut modifier d'office ni les parties, ni leurs qualités, ni la cause, ni l'objet de la demande, l'ordre public fût-il en cause»³⁵. A la lecture de cette définition, le principe dispositif et le principe d'initiative ne semblent faire qu'un. Un auteur, dans un article consacré à l'étude des dispositions liminaires du décret du 9 septembre 1971, assimile explicitement le principe dispositif et le principe d'initiative. Citant les articles 1 et 2 du Code de procédure civile relatifs à l'introduction et à la conduite de l'instance, il écrit : « *C'est l'affirmation en termes clairs et non équivoques du principe dispositif à la procédure civile (...): les plaideurs entament et dirigent leur procès, ou, suivant le texte de l'article 2, conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent, c'est-à-dire en accomplissant les actes de procédure selon les règles prescrites et en fournissant les documents nécessaires* »³⁶. L'amalgame entre les deux principes pourrait donc s'expliquer par l'idée suivante : « *« le procès est la chose des parties » veut dire traditionnellement que les parties peuvent commencer et terminer leur procès* »³⁷. Pour autant, ils ne recouvrent pas les mêmes fonctions. Pour pouvoir dire que le procès est la chose des parties, il faut pouvoir dire non seulement que les parties maîtrisent le litige mais également qu'elles maîtrisent l'instance. Plus précisément, parce qu'en matière civile, elles maîtrisent le litige et la procédure, le procès civil est désigné comme la chose des parties.

5. On sait que « *le procès désigne non seulement le litige porté devant un juge, mais aussi la façon dont ce litige sera traité par la juridiction saisie, c'est-à-dire la soumission du litige au juge, autrement dit la procédure* »³⁸. S'il n'existe pas de définition unanimement admise du procès³⁹, nous pensons qu'il doit être défini comme le règlement juridictionnel des litiges devant le juge étatique. L'Etat est au cœur du procès, le procès ne saurait se confondre avec la justice consensuelle. Expression d'un droit négocié ou collaboratif, la justice consensuelle est distincte de la justice étatique⁴⁰, elle est une autre justice⁴¹. Son développement est lié à la crise de l'Etat providence ainsi qu'au déclin du légicentrisme⁴². Il convient de bien s'entendre. Par justice consensuelle nous faisons référence à ce qu'une partie de la doctrine dénomme « *la justice par le contrat* »⁴³, aux modes alternatifs de règlement des conflits, aux homologues français des *Alternative Dispute Resolution* américains⁴⁴ qui

³⁵ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 9^{ème} éd.

³⁶ Blanc (E.), « Principes généraux de la nouvelle procédure civile », *JCP G* 1973, I, 2559.

³⁷ Jeuland (E.), « La conception du procès civil dans le Code de 1975 », *art. préc.*, spéc. p. 107.

³⁸ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *Théorie générale du procès*, Thémis Droit PUF, 2^e éd. 2013, p. 305.

³⁹ Salas (D.), « Procès », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. Alland (D.), Rials (S.), Lamy, PUF.

⁴⁰ Rivier (M-C.), « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la dir. Ancel (P.), Rivier (M-C.), Economica, 2001, p. 23.

⁴¹ Cadiet (L.), « Une justice contractuelle, l'autre », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 177.

⁴² Cadiet (L.), « Le spectre de la société contentieuse », in *Ecrits en hommage à Gérard Cornu, Droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, 1994, p. 29, spéc. n°27.

⁴³ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 213, n°50.

⁴⁴ Guinchard (S.) et alii, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2013, p. 1347, n°582.

constituent un des « *trésors* » de la « *vieille Europe* »⁴⁵. Ils connaissent de nos jours un essor indéniable⁴⁶ et la doctrine évoque aujourd'hui la justice consensuelle, qui repose sur la liberté contractuelle comme mode d'expression de la liberté des plaideurs⁴⁷, comme palliatif des carences de la justice étatique⁴⁸. Des auteurs se demandent ainsi : « *une préférence pour les solutions conventionnelles n'est-elle pas naturelle ? si le litige se caractérise par un désaccord, le contrat qui lui, résulte d'un accord, n'est-il pas la solution du litige par excellence ?* »⁴⁹. La justice consensuelle serait devenue un « *modèle pour éviter le procès* »⁵⁰. Or, la justice consensuelle est par nature une justice correctrice⁵¹ de la justice étatique. Par « *alternative* » il ne faut pas entendre « *concurrente* » mais « *complémentaire* ». Le chiffre de la justice n'est pas deux mais trois⁵². En effet, les auteurs s'intéressant aux travaux de Paul Ricœur ont mis en évidence que la qualification de justice à l'égard de la justice consensuelle était sujette à controverse et qu'elle relèverait davantage de « *l'amitié* » que de « *la justice* » en raison de l'absence de distance existant entre les parties⁵³. Les modes alternatifs de règlement des conflits ne sont pas des procès, pas plus que ne l'est l'arbitrage.

6. L'arbitrage est un mode de règlement mi-contractuel, mi-juridictionnel⁵⁴ des litiges, ce qui peut amener à penser qu'il est un procès dirigé par un juge⁵⁵ qui, à certains égards, possède davantage de pouvoirs que le juge étatique⁵⁶. Si la doctrine tend à voir dans l'arbitre un juge doté de la fonction juridictionnelle⁵⁷, reste que pour faire trancher un litige devant ce « *juge « indigène »* »⁵⁸, il faut avoir prévu une convention d'arbitrage. L'arbitre n'est pas institué par l'Etat, il ne dispose pas de *l'imperium*. L'arbitrage s'analyse comme une

⁴⁵ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 460, n°118.

⁴⁶ Ils sont également envisagés aujourd'hui comme modes de règlement des litiges non plus individuels mais collectifs. Sur ce point Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 500, n°135.

⁴⁷ Martin (R.), « Un autre procès ou est-il interdit de rêver ? », *R.T.D.civ.* 1994, p. 554.

⁴⁸ Gorchs (B.), « La conciliation comme « enjeu » dans la transformation du système judiciaire », *Droit et société* 2006-62, p. 223.

⁴⁹ Kernaleguen (F.), « La solution conventionnelle des litiges civils », in *Le droit contemporain des contrats*, dir. Cadiet (L.), Economica, 1987, p. 68.

⁵⁰ Clay (Th.), « Le modèle pour éviter le procès », in *Code civil et modèles. Des modèles du Code au code comme modèle*, L.G.D.J., Bibliothèque de l'institut André Tunc, 2006, p. 51.

⁵¹ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 216, n°50.

⁵² Baranès (W.), Frison-Roche (M.-A.), *La justice, l'obligation impossible*, éd. Seuil, coll. Points essais, 1999.

⁵³ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 216, n°50.

⁵⁴ Motulsky (H.), « La nature juridique de l'arbitrage », in *Ecrits et notes sur l'arbitrage*, préf. Goldman (B.), Fouchard (Ph.), Dalloz, 1974, p. 5, spéc. p. 16, n°10 et suiv ; Cornu (G.), « Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage. Présentation de la réforme », *Rev. Arb.* 1980, p. 583. Voir pour une opinion plus nuancée la position des Professeurs Cadiet, Normand et Amrani-Mekki qui considèrent que l'arbitrage relève de l'Etat non pas d'un point de vue organique mais d'un point de vue matériel. Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 181, n°45.

⁵⁵ Level (P.), « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Dalloz, 1995, p. 259.

⁵⁶ Lazareff (S.), « L'arbitre est-il un juge ? », in *Mélanges offerts à Claude Reymond, Liber amicorum, Autour de l'arbitrage*, LexisNexis, Litec, 2004, p. 173. L'auteur prend en exemple la différence de traitement des reconnaissances, à l'étranger, des sentences arbitrales et des jugements. Alors que les seconds nécessitent l'exequatur, les sentences sont en principe exécutoires de plein droit dans les pays ayant ratifié la Convention de New York.

⁵⁷ Jarosson (Ch.), « Arbitrage et juridiction », *Droits*, 1989-9, p. 107.

⁵⁸ Guinchard (S.), et *alii*, *op. cit.*, p. 1442, n°618.

renonciation temporaire à l'action en justice, au juge étatique⁵⁹. Aussi, ce mode de règlement des litiges ne saurait être envisagé comme un procès⁶⁰. Le procès est donc entendu uniquement comme le mode de règlement des litiges devant le juge étatique.

7. Relativement au procès civil, à ce « *discours entre deux chiens* »⁶¹, on enseigne que « *le mot civil vient du citoyen et ce dernier se livre à des activités diverses que l'on retrouve, à l'exclusion des activités militaires, dans la procédure civile si ces activités conduisent à un contentieux ; la procédure civile est ainsi la procédure du citoyen, dans ses conflits de pur droit civil, mais aussi dans ses conflits liés à son activité commerciale, sociale ou rurale, sans oublier le droit de la protection sociale : c'est la procédure de la société civile* »⁶². Le procès civil est donc le procès de la société civile, le procès qui ne met pas en cause l'Administration et qui ne repose pas sur un trouble à l'ordre public. Si la distinction entre le procès civil et le procès pénal est immédiatement compréhensible, celle entre le procès administratif et le procès civil l'est un peu moins et ce, notamment, en raison de l'influence de la jurisprudence européenne qui conduit à l'absorption progressive de la matière administrative dans les « *droits et obligations à caractère civil* »⁶³. L'approche purement objective de la Cour européenne peut amener à penser qu'« *on serait tenté de dire que tout ce qui n'est pas « pénal » est aujourd'hui « civil » au sens de l'article 6§1, tant la notion de « droits et obligations de caractère civil », en raison de sa plasticité, paraît avoir une vocation « attrape-tout* »⁶⁴. Il n'en reste pas moins que les développements qui vont suivre ne seront consacrés qu'à l'étude du procès civil, au procès des « *gens civils* »⁶⁵, dont le principe dispositif est un principe emblématique.

8. Glasson et Tissier enseignaient en effet que notre procédure civile trouve ses origines dans la procédure franque, qui « *est l'œuvre des parties* »⁶⁶. Le principe dispositif n'est autre

⁵⁹ Oppetit (B.), « Justice arbitrale et justice étatique », in *Etudes offerts à Pierre Bellet, op. cit.*, p. 415. Motulsky voyait justement dans l'arbitrage une volonté des parties de s'émanciper de la procédure traditionnelle, l'arbitrage apparaissant alors plus comme une renonciation au mode de règlement juridictionnel classique que comme une renonciation au juge étatique. (Motulsky (H.), « La nature juridique de l'arbitrage », in *Ecrits et notes sur l'arbitrage*, T.II. Dalloz, 1974, p. 5 et suiv.) Nous pensons, pour notre part, que ces deux analyses ont partie liée. La procédure pendante lors d'un procès a nécessairement un lien avec la nature de l'organe qui rend la décision. Choisir son juge revient nécessairement à choisir sa procédure.

⁶⁰ En matière d'arbitrage, le Professeur Bolard considère justement que ce mécanisme de règlement des conflits est régi par un principe contractuel. Bolard (G.), « Les principes directeurs du procès arbitral », *Rev. Arb.* 2001-3, p. 511, spéc. p. 530, n°20 et suiv.

⁶¹ Carbonnier (J.), *Cours de sociologie juridique, Le procès et le jugement*, 1961-62, Association corporative des étudiants en droit, p. 153.

⁶² Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 15, n°14.

⁶³ Pettiti (Ch.), « La notion autonome de droit de caractère civil : vers une conception restrictive ? », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 23.

⁶⁴ Sudre (F.), *GACDH, op. cit.*, p. 47.

⁶⁵ Carbonnier (J.), « Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile », in *Le NCPC : 20 ans après, op. cit.*, p. 15, spéc. p. 17.

⁶⁶ Glasson (E.), Tissier (A.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Sirey, 1925, T.I., p. 57, n°22.

que l'expression de la liberté des plaideurs⁶⁷ ; il est « *la quintessence du procès civil* »⁶⁸. Pour reprendre les termes de Boulanger, il est « *l'expression vivante de la tradition* »⁶⁹ car « *le procès n'est que la transposition pacifique de l'ancien combat judiciaire* »⁷⁰. Le principe dispositif était déjà présent dans le Code de 1806 et l'ordonnance de 1667⁷¹ dont le Code n'est qu' « *une copie trop servile de (...) la pratique du Châtelet de Paris* »⁷². Dans ces textes, le juge n'est qu'un automate, le principe de neutralité⁷³ innerve la procédure civile⁷⁴, il est « *historique* »⁷⁵. Le doyen Héron relevait ainsi que « *pour caractériser le rôle des parties dans la détermination des éléments de l'instance, on évoque fréquemment le « principe dispositif ». L'expression est relativement récente en droit français, puisqu'elle s'est développée dans les années 1960, sous l'influence de Motulsky. Dans son contenu cependant, le principe dispositif est beaucoup plus ancien puisqu'il illustre une économie du procès qui remonte à l'ordonnance de 1667 relative à la procédure civile et plonge ses racines dans le droit médiéval* »⁷⁶. Tissier notait déjà à l'occasion du centième anniversaire du Code de procédure civile de 1806 : « *dans notre système français le juge a un rôle presque toujours passif, soit pour la marche de la procédure, soit pour la réunion des moyens de preuve. Il laisse les plaideurs prendre l'initiative : il assiste impassible à leur lutte jusqu'au moment où il prononce sa sentence* »⁷⁷.

9. Remontant un peu plus loin sur les chemins de l'Histoire, un des rédacteurs du [nouveau] Code de procédure civile a eu l'occasion de rappeler, à propos des principes directeurs, que « *les inventeurs sont, pour l'essentiel, les romanistes de la fin du moyen-âge et on retrouverait tout cela dans la littérature des ordines judiciarii dont l'archétype est*

⁶⁷ Martin (R.), « Principes directeurs du procès », *Rep. proc. civ.*, 2000, n°15 et suiv. L'auteur met en évidence que notre conception du procès repose sur des présupposés théoriques, tel que le principe de liberté, se rattachant à la politique, entendue comme l'organisation de la Cité.

⁶⁸ Cornu (G.), « Les principes directeurs du procès par eux-mêmes », in *Etudes offertes à Pierre Bellet, op. cit.*, p. 83, spéc. p.84.

⁶⁹ Boulanger (J.), « Les principes généraux du droit et de droit positif », in *Etudes Ripert, Le droit privé au milieu du XXe siècle*, T.I., L.G.D.J., 1950, p. 60, n°12.

⁷⁰ Normand (J.), *Le juge et le litige*, préf. Perrot (R.), L.G.D.J., 1965, p. 23, n°27.

⁷¹ Lerverand (D.), *De la préparation de l'ordonnance de procédure civile du 20 avril 1667*, Mémoire pour le DES, Session nov. 1951.

⁷² Garsonnet (E.), Cézard-Bru (Ch.), *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Paris, 2^e éd., T. II., p.241. Voir aussi Parodi (C.), « L'esprit général et les innovations du nouveau Code de procédure civile », *Rep. Defrénois*, 1976, p. 673.

⁷³ Martin (R.), *Théorie générale du procès*, E.J.T., 1984, p. 115, n°87. L'auteur relève que « *l'ordonnance de Colbert et le Code de procédure de 1806 étaient d'inspiration accusatoire. Le pouvoir absolu souffrait la coexistence d'une société civile. Le procès civil s'y déroulait sans intervention d'un juge, sauf si celui-ci était invité à trancher un incident de procédure et le juge ne se manifestait qu'à la fin, pour choisir entre les thèses opposées. C'est ce qu'on désignait sous le concept de neutralité du juge* ».V. aussi. Glasson (E.), Tissier (A.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, op. cit.*, p. 656, n°593.

⁷⁴ Dauchy (S.), « La conception du procès civil dans le code de procédure de 1806 », in *1806-1976-2006. De la commémoration d'un Code à l'autre*, Litec, LexisNexis, 2006, p. 77, spéc. p. 83.

⁷⁵ Duval (Ph.), *La genèse du Code de procédure civile de 1806*, Dir. Durand (B.) thèse dact. Montpellier I, 2007, p. 79 et suiv.

⁷⁶ Héron (J.), Bars le (T.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Domat, droit privé, 5^e éd., 2012, p. 217, n°268.

⁷⁷ Tissier (A.), « Le centenaire du Code de procédure civile et les projets de réforme », *R.T.D.civ.* 1906, p. 625, spéc. p. 647.

l'ouvrage de Trancrède de Bologne (...). Par la suite, ces principes, vous les retrouverez en jurisprudence, traduits en français. L'idée qu'il faut que les parties introduisent l'instance, que l'activité du juge est une activité provoquée et ne doit pas être une activité spontanée, - règle essentielle du droit libéral -, vous la trouverez sous la plume des romanistes exprimée par la formule très concise « nemo judex, sine actore », point de juge sans demandeur. De même, la formule dont Motulsky devait plus tard tirer les termes de charge et d'allégation de la preuve c'est la maxime « secundum allegata et probata partium judex judicare debet » ; le juge doit juger selon ce qui est allégué et prouvé par les parties. On peut dire que depuis sept ou huit siècles la jurisprudence s'est toujours inspirée de ces principes-là, sans nécessairement les formuler et sans nécessairement leur rendre un hommage écrit »⁷⁸. Le principe dispositif a toujours innervé la jurisprudence. C'est ainsi que le doyen Normand relevait que « les juges du fond ne peuvent statuer en dehors des limites du litige... Liés par les conclusions des parties (ils) ne peuvent modifier arbitrairement les termes du débat dont ils sont saisis ». Prises au hasard des décisions récentes, ces deux formules issues d'une longue tradition jurisprudentielle, traduisent très exactement l'aspect négatif, le plus fréquemment souligné, du principe dispositif. Le litige n'appartient pas au juge »⁷⁹.

10. Déjà, dans les procès romains, la procédure des *legis actiones* était la marque du principe dispositif, « c'étaient les parties qui combattaient l'une contre l'autre à leurs risques et périls, le magistrat était strictement lié par les termes de la loi »⁸⁰. En effet, « à Rome le juge est un arbitre choisi par les plaideurs » car « tout procès est considéré comme un quasi contrat judiciaire »⁸¹. L'interdiction pour le juge de s'immiscer dans le litige des parties était analysée comme une conséquence de la liberté contractuelle. De la même manière que les contractants, parce qu'ils sont libres, peuvent organiser comme ils le souhaitent leur contrat, les plaideurs, parce qu'ils sont également des individus libres, déterminent ensemble le contenu de leur litige. Dans les deux cas, l'Etat ne doit pas intervenir sous réserve de l'ordre public. Cependant, l'analyse du lien d'instance en un rapport légal a modifié la conception du procès⁸². En effet, « le lien d'instance ne suppose pas d'accord entre les parties comme le suppose un contrat. Il suppose seulement la reconnaissance de la qualité procédurale de l'autre »⁸³. C'est ainsi qu'a été révélé le principe dispositif. Il est la marque de la tradition libérale française⁸⁴. Foyer relevait, à propos du Code de procédure civile de 1806, que « ce Code de procédure civile, en effet, était l'exemple de ce qu'on pourrait appeler le libéralisme judiciaire ou le libéralisme procédural : ce n'était pas tout à fait le Code du laisser-faire,

⁷⁸ Foyer (J.), « Synthèse des travaux », in *Le NCPC : 20 ans après*, op. cit., p. 321, spéc. p. 324.

⁷⁹ Normand (J.), *Le juge et le litige*, op. cit., p. 79, n°80.

⁸⁰ Grujon (A.), « Les cours du droit », *Histoire de la procédure civile des romains*, Répétitions écrites, 1908-1909, Paris, p. 23. Adde. Ourliac (P.), « L'office du juge dans le droit canonique classique », in *Mélanges Hébraud*, op. cit., p. 625.

⁸¹ *Ibid.*, p. 4-5.

⁸² Glasson (E.), Tissier (A.), op. cit., p. 372, n°453 ; Solus (H.), Perrot (R.), *Droit judiciaire privé*, T.III., Sirey, 1991, p. 10, n°8.

⁸³ Jeuland (E.), « L'énigme du lien de droit », *R.T.D.civ.* 2003, p. 455.

⁸⁴ Foyer (J.), « Préface », in *1806-1976-2006. De la commémoration d'un Code à l'autre*, Litec, LexisNexis, 2006, p. XIII, spéc. p. XV. « Tout en conservant la règle libérale que le fond du procès est la chose des parties, le nouveau Code arme le juge des moyens de rendre une justice éclairée dans des délais raisonnables ».

*c'était plutôt le Code du laisser ne pas faire. En effet, l'un des principes fondamentaux était ce que les processualistes italiens appellent l'impulsion procédurale des parties, c'est-à-dire qu'on leur laissait la faculté de faire progresser l'instance autant qu'ils le voulaient sans que le juge n'y pût rien*⁸⁵. Or, le Code de 1806 n'est que la reproduction de l'ordonnance de 1607 qui elle-même a constitué « une codification à droit constant »⁸⁶.

11. Dans une vision classique du procès civil, parce que le litige est la chose des parties, le procès devait également l'être⁸⁷. Notre procès civil a été construit sur ce format⁸⁸, la passivité était envisagée comme une garantie de la neutralité. L'inaction du juge est à mettre en corrélation avec la conception de la justice qui régnait à l'époque. Le doyen Normand la résumait justement en ces termes : « dans un climat de libéralisme économique, on trouvera naturel que la « neutralité du juge » à l'égard du fond du droit s'adjoigne une totale passivité dans le déroulement du procès. Ce dernier, comme le litige, sera la chose des parties (...). Le procès n'est que la transposition de l'ancien combat judiciaire. A l'échange des coups l'on a seulement substitué l'échange des conclusions. De ce combat, le juge n'est encore que l'arbitre, et il est de règle que l'arbitre n'intervienne pas »⁸⁹.

12. A partir du début du XXème siècle, la conception classique de l'office du juge et du rôle des parties a été bouleversée. Une procédure uniquement accusatoire présentant un caractère anachronique⁹⁰ et des dysfonctionnements certains⁹¹, les réformateurs du Code de 1806 ont opéré l'élargissement des pouvoirs du juge dans la conduite de l'instance⁹². Tissier écrivait solennellement : « nous avons en France une conception trop individualiste de la procédure »⁹³. Parce que cette dernière ne doit pas être uniquement le reflet de la situation substantielle, le juge, représentant de l'Etat, se devait d'agir dans le déroulement du procès. Ainsi que le relevait Motulsky, « la simple surveillance étant impropre à atteindre ce résultat, il fallait conférer au juge des pouvoirs de nature à promouvoir une conduite correspondant à la finalité d'une procédure bien comprise »⁹⁴. Le mouvement a été progressif⁹⁵ mais on peut dire que l'article 3 du [nouveau] Code de procédure civile résume parfaitement ce nouvel

⁸⁵ Foyer (J.), « Préface », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, op. cit., p. XIII.

⁸⁶ Terré (F.), « La réception du Nouveau Code de procédure civile par la doctrine », in *Le nouveau Code de procédure civile*, op. cit., p. 27, spéc. p. 28.

⁸⁷ Cornu (G.), « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes », art. préc., p. 83, spéc. p. 86.

⁸⁸ Frison-Roche (M.-A.), « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », in *Procédure(s) et effectivité des droits substantiels*, dir. D'Ambra (D.), Benoît-Rohmer (F.), Grewe (C.), coll. Droit et justice, Bruylant, n°49,2003, p. 1.

⁸⁹ Normand (J.), *Le juge et le litige*, op. cit., p. 23, n°27.

⁹⁰ Parodi (C.), « L'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile », *Rep. Defrénois*, 1976, p. 673, spéc. p. 676.

⁹¹ Tissier (A.), « Le centenaire du Code de procédure », *R.T.D.civ.* 1906, p. 625, spéc. p. 652.

⁹² Perrot (R.), *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 15^e éd., 2012, p. 444 et suiv., n°566-567.

⁹³ *Ibid. Adde.* « Le rôle économique et social de la procédure civile », in *Les méthodes juridiques*, dir. Larnaude (F.), Giard et Brière, 1911, p. 105.

⁹⁴ Motulsky (H.), « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile... », in *Ecrits et notes de procédure civile*, op. cit., p. 275, spéc. p. 285, n°17.

⁹⁵ On peut en effet faire référence à plusieurs décrets qui ont tous abordé de près ou de loin la question du renforcement des prérogatives du juge notamment celui du 30 octobre 1935, celui du 28 décembre 1958, du 30 décembre 1965 ou encore ceux du 9 septembre 1971, du 20 juillet 1972 et du 17 décembre 1973.

office : « le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir des délais et d'ordonner les mesures nécessaires ». « Les parties ont la disposition du litige mais non celle de l'instance, elles ne font que la conduire, ce qui est une différence notable. Il apparaît dès lors que les principes accusatoire et inquisitoire sont trop rigides et connotés pour refléter le temps de la procédure. Alors que le procès est « la chose des parties » l'instance semble, plus particulièrement être celle du juge qui ne se contente pas de la surveiller mais bien de la diriger »⁹⁶. Le juge s'est vu reconnaître, en tant que gardien du service public de la justice, un plus grand nombre de pouvoirs dans la conduite de l'instance. L'instauration du juge de la mise en état est, à ce titre, parfaitement révélatrice. Ce dernier est l'héritier du « juge chargé de suivre la procédure » qui avait été créé par le décret-loi du 30 octobre 1935. Qualifiés d'« *ordinatoires* »⁹⁷, ses pouvoirs sont nombreux : fixation des délais, injonction de communication des pièces, convocation et audition des parties, possibilité de prononcer des astreintes, possibilité de prononcer la radiation d'office... N'a-t-on pas justement écrit que le pouvoir de commandement était le nouvel esprit du procès⁹⁸ ? Comme est venu le préciser le Conseil d'Etat, « il ne résulte d'aucun principe général du droit qu'en matière civile, jusqu'au jour où l'affaire est inscrite au rôle d'une audience, le juge ne peut intervenir dans la procédure »⁹⁹.

13. Alors même que le développement des pouvoirs du juge dans le cadre du procès est symptomatique de la relativité du principe d'initiative, le même constat peut être fait au regard du principe dispositif, car, si les parties ont la maîtrise des faits et le juge celle du droit, elles n'en ont pas le monopole. En effet, bien que les rédacteurs du Code de procédure civile aient effectivement retenu la distinction entre le droit et le fait pour expliquer la répartition des rôles entre les parties et le juge¹⁰⁰, ils ont eux-mêmes souligné les tempéraments apportés au principe¹⁰¹, considérant notamment que les principes directeurs ne « *sont pas venus d'un air inquisitorial et comme bardés d'absolutisme, mais en amis de la mesure* »¹⁰². Les parties peuvent choisir le fondement juridique de la demande, elles peuvent lier le juge par un accord procédural¹⁰³ ou encore lier le juge par un pacte d'amiable composition¹⁰⁴. Le juge peut quant à lui statuer sur des faits qui n'ont pas été allégués par les parties¹⁰⁵ et peut ordonner des mesures d'instruction¹⁰⁶. « *Le juge n'est plus l'apporteur passif de règles et de principes*

⁹⁶ Amrani-Mekki (S.), *Le temps et le procès civil*, préf. Cadiet (L.), Dalloz, 2002, p. 292, n°303.

⁹⁷ Bellamy (M.), « *Le pouvoir de commandement du juge ou le nouvel esprit du procès* », JCP G 1973, I, 2522, n°20.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ CE, 21 févr. 1968, D. 1968, concl. Dutheillet de Lamothe (A.), p. 222.

¹⁰⁰ La section III du Titre I du Livre I est consacrée aux faits, tandis que la section V est consacrée au droit

¹⁰¹ Motulsky (H.), « *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits* » *art. préc.*, p. 38 et suiv.
Cornu (G.) « *L'avènement du Nouveau code de procédure civile* » in *Le nouveau code de procédure civile, vingt ans après, op. cit.*, p. 19 et suiv.

¹⁰² *Ibid.*, p. 22.

¹⁰³ Article 12 alinéa 3 CPC.

¹⁰⁴ Article 12 alinéa 4 CPC.

¹⁰⁵ Article 7 alinéa 2 CPC.

¹⁰⁶ Article 8 CPC.

préétablis ; il collabore à la mise en œuvre de finalités sociales et politiques »¹⁰⁷. La maxime *da mihi factum, dabo tibi jus* ne présente dès lors pas, au regard des textes, la rigueur qu'on a tendance à lui conférer. « *La promotion du droit (...) réveille l'opposition avec le fait* »¹⁰⁸. Le maître mot de l'élaboration du nouveau Code a été celui de souplesse et établit une coopération entre les parties et le juge dans le déroulement du procès.

14. Ce bouleversement dans l'architecture du procès civil correspond à une transformation des finalités de la procédure¹⁰⁹. Traditionnellement présentée comme un droit servant, la procédure est dite *ancilla juris*¹¹⁰, elle est le reflet de la situation substantielle. Mais, désormais, « *la procédure n'est plus l'intendance transparente des prérogatives substantielles des personnes, c'est le socle vanté du système juridique, en reflet d'une société politique qui valorise la reconnaissance de l'autre et son écoute au débat public* »¹¹¹. L'ordre public qui affecte aujourd'hui le procès civil n'est plus « *l'ordre public politique* » mais bien « *l'ordre public économique* »¹¹², « *la fonction directive de l'ordre public étatique a nettement diminué, (...) en même temps sa fonction protectrice s'est développée* »¹¹³. L'ordre public nouveau prescrit plus qu'il ne prohibe. Ainsi que le notaient les Professeurs Hauser et Lemouland, « *on est certainement passé de l'ordre public de direction à un simple ordre public de protection plus individuel qu'étatique* »¹¹⁴ justifié par ce que le Professeur Jeuland dénomme la « *fondamentalisation et la managérialisation de la justice* »¹¹⁵.

15. En effet, le troisième millénaire est marqué par l'internationalisation de la procédure¹¹⁶. L'influence du procès équitable sur la procédure civile est indéniable¹¹⁷. Le Professeur Guinchard écrit que « *jamais, si peu de mots n'ont autant bouleversé le droit du procès* »¹¹⁸. La Cour européenne des droits de l'homme a elle-même qualifié la Convention

¹⁰⁷ Ost (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, dir. Gérard (Ph.), Van de Kerchove (M.), Ost (F.), Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p. 1, spéc. p. 59.

¹⁰⁸ Desideri (J.-P.), « Le fondement juridique de la demande dans le procès civil », *L.P.A.*, 5/06/2000, n°111, p. 5.

¹⁰⁹ Burgelin (J.-F.), Coulon (J.-M.), Frison-Roche (M.-A.), « L'office de la procédure », in *Mélanges offerts à Pierre Drat, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 253.

¹¹⁰ Cornu (G.), *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, Domat droit privé, 12^e éd., 2005, p. 25, n°30.

¹¹¹ Frison-Roche (M.-A.), « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », *art. préc.*, p. 1.

¹¹² Sur cette distinction v. Carbonnier (J.), *Droit civil. Les biens, les obligations*, vol. II, PUF, coll. *Quadrige manuels*, 2004, p. 2038, n°985. Tandis que le premier concerne principalement l'Etat, la famille et l'individu, le second se caractérise par l'interventionnisme de l'Etat.

¹¹³ Hauser (J.), Lemouland (J.-J.), « Ordre public et bonnes mœurs », *Rep.civ. Dalloz*, 2004, n°26.

¹¹⁴ *Ibid.*, n°35.

¹¹⁵ Jeuland (E.), *Droit processuel général*, Montchrestien, 2^e éd., 2012, p. 5, n°2. V. dans ce sens, Cadiet (L.), « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Georges Wiederkehr, De code en code*, Dalloz, 2009, p. 65 ; « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure » *Rev. fr. d'adm. Pub.* 2008-1, n°125, p. 133.

¹¹⁶ Guinchard (S.), « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 1135, spéc. p. 1155.

¹¹⁷ Wiederkehr (G.), « L'application des dispositions de la Convention intéressant le droit privé », in *Droits de l'homme en France*, dir. Cohen-Jonathan (B.) et alii, ed. Engel, Kehl am Rhein, Strasbourg, Arlington, 1985, p. 139, spéc. p.143

¹¹⁸ Guinchard (S.), « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », *art. préc.*, spéc. p. 1155, n°1254.

« *d'instrument de l'ordre public européen* »¹¹⁹. Elle est un texte objectif qui garantit des droits eux-mêmes objectifs¹²⁰ et qui s'applique à l'ensemble des juridictions prévues par la loi et ce peu important la nature de la règle de fond. Elle a vocation à assurer un modèle, en matière procédurale le procès équitable. Ce dernier constitue un fond commun procédural à l'ensemble des contentieux pour les Etats signataires¹²¹ faisant partie intégrante de l'ordre public interne de procédure. La recherche de l'effectivité des droits fondamentaux garantis par ce modèle a impliqué un renouvellement de l'office du juge national¹²². L'évolution récente de la procédure civile se caractérise ainsi par une modélisation du procès civil¹²³ centrée autour des objectifs de bonne administration de la justice¹²⁴. Cette dernière doit être entendue au sens large, comme « *l'ensemble des critères et conditions que doit remplir toute justice pour être bien administrée* ». C'est une « *notion-ambition* »¹²⁵ qui tend à une justice satisfaisante par son accessibilité, sa sérénité, et son efficacité. Dans un sens un peu plus étroit, la bonne administration de la justice doit être entendue « *comme un objectif à atteindre, comme une finalité que servirait l'emploi de moyens techniques appropriés* »¹²⁶, ce serait alors une « *notion-justification* »¹²⁷. Dans ce sens, la bonne administration de la justice apparaît comme étant un standard juridique vers lequel il faut tendre¹²⁸. Ces phénomènes ont bouleversé l'architecture classique du procès civil et sont caractéristiques de la mise en place d'un service public de la justice marqué par un « *principe d'efficience* »¹²⁹ et dont « *l'idée philosophique autour de laquelle va s'organiser le service public est assurément celle de solidarité* »¹³⁰.

16. Ce que l'on a pu considérer comme la fin du règne du juge arbitre se justifiait en effet au regard de la nouvelle conception de la justice¹³¹. Le début du XXème siècle marque le

¹¹⁹ CEDH, Gr. Ch., 23 mars 1995, Loizidou c/ Turquie, *G.A.C.E.D.H.*, dir. Sudre (F.), et alii, PUF, 2011, 6^e éd., n°1, obs. Sudre, *R.U.D.H.* 1996, p. 6 ; Cohen-Jonathan, *R.G.D.I.P.* 1998, p. 123 ; Cot, *R.T.D.H.* 1998, p. 102.

¹²⁰ Sur le principe du caractère objectif des droits de l'homme cf. Sudre (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme op. cit.*, p. 58, n°40 et suiv.

¹²¹ Les Etats signataires de la Convention sont soumis à des obligations positives et à des obligations de résultat relativement aux garanties de bonne justice.

¹²² Sudre (F.), « L'office du juge national au regard de la convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 821. *Adde.* Marguénaud (J.-P.), « L'office du juge et la Cour européenne des droits de l'homme », *Justice et cassation* 2010, p. 132.

¹²³ Maugain (G.), *La modélisation du procès civil : émergence d'un schéma procédural en droit interne*, dir. Douchy-Oudot (M.), Dijon, 2010.

¹²⁴ Cadiet (L.), « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », *Justice et cassation* 2013, p. 13. Voir de manière générale l'ensemble du dossier consacré à cette notion dans la même revue.

¹²⁵ Robert (J.), « La bonne administration de la justice », *A.J.D.A.* juillet 1995, n° spécial, p. 118, « Des principes fondateurs à l'effectivité de la règle de droit ».

¹²⁶ *Ibid.*, p. 17.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 18.

¹²⁸ Laval (N.), « La bonne administration de la justice », *L.P.A.*, 12/08/1999, n°160, p. 12.

¹²⁹ Canivet (D.), « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », in *Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 243.

¹³⁰ Garapon (A.), « La justice. Point aveugle de la théorie politique française ? », in *Mélanges offerts à Pierre Drai, op. cit.*, p. 53, spéc. p. 57.

¹³¹ Normand (J.), « *Le juge et le fondement du litige* », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 595.

renouvellement de la conception de la justice¹³². Celle-ci ne doit pas être uniquement la transposition des intérêts privés mais elle doit également être un service public. Ce renouvellement est à mettre en parallèle avec la transformation du modèle de justice et de l'office du juge¹³³. Du « *modèle de justice légaliste-libérale* »¹³⁴ caractérisant le XIX^{ème} siècle et incarné par la figure du juge-arbitre, le XX^{ème} siècle est marqué par l'adoption d'un « *modèle de justice normative-technocratique* »¹³⁵ caractérisant les sociétés post-industrielles et l'Etat-Providence et incarné par la figure du « *juge- entraîneur* »¹³⁶. Dépassant une conception libérale, la philosophie de la justice est aujourd'hui clairement solidariste¹³⁷ : « *c'est le juge qui est responsable de la valeur justice* »¹³⁸. De la même manière qu'en droit des contrats, les devoirs de collaboration, de coopération, de loyauté ou encore de dialogue, sur lesquels repose la philosophie du contrat, s'expriment pleinement dans le droit du procès.

17. La transformation des fondements idéologiques du procès n'est pas restée sans incidence sur la perception du principe dispositif allant même jusqu'à jeter des doutes sur son étendue. « *L'office du juge du XXI^e siècle* »¹³⁹ interroge. Ainsi que le relèvent certains auteurs, « *il faut constater que ni la doctrine, ni la jurisprudence ne comprend encore de manière unanime les pouvoirs et les devoirs du juge et des parties* »¹⁴⁰. Ce sentiment est confirmé par la lecture des manuels de procédure civile : une nébuleuse entoure le principe dispositif. S'il est un élément du « *droit commun des amphithéâtres et des livres* »¹⁴¹, le principe dispositif n'est pas utilisé pour l'analyse de la jurisprudence, la Cour de cassation ne s'y est jamais référée explicitement. Sa très faible présence dans les colonnes des commentaires met en exergue le fait que ce principe est diffusé au travers des activités de la science fondamentale, mais non au travers des activités du savoir appliqué. Cette distinction a été proposée par le Professeur Atias, qui a mis en avant que, si les secondes tendent à prévoir les décisions juridiques et plus largement l'application du droit¹⁴², les premières tendent « *à un effort de coordination et de systématisation* »¹⁴³. S'il n'existe aucun manuel de procédure

¹³² Commaille (J.), Hurel (B.), « La réforme de la justice française. Un enjeu entre instrumentalisation et démocratie », *Droit et société* 78/2011, p. 391.

¹³³ Ost (F.), « Quelle rationalité juridique ? Hermès vu par Moïse », *Imaginaire, Raison, Rationalité, Revue d'épistémologie critique et d'anthropologie fondamentale*, L'Harmattan, 1997, p. 199.

¹³⁴ Ost (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », *op. cit.*, spéc. p. 10.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 11.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Sur cette philosophie v. Mazet (P.), « Le courant solidariste », in *Le solidarisme contractuel*, dir. Grynbaum (L.), Nicod (M.), Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 13.

¹³⁸ Motulsky (H.), « *La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès civil* », in *Ecrits et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 130, spéc. p. 132, n°4.

¹³⁹ L'expression est empruntée au rapport réalisé par l'IHEJ à la demande du Garde des sceaux, Mme Taubira, et rendu public en mai 2013. Garapon (A.), (dir.) : *La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e siècle*, [en ligne]. Disponible sur [http://www.ihej.org].

Disponible sur le site de l'IHEJ, « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e siècle » : <http://www.ihej.org/la-prudence-et-lautorite-loffice-du-juge-au-xxie-siecle/>.

¹⁴⁰ Bléry (C.), Raschel (L.), « Les rôles respectifs du juge et des parties en droit interne et en droit international », *Procédures*, 2012, actes du colloque consacré à la pensée de Motulsky, dossier 4, p. 13, n°5.

¹⁴¹ Savaux (E.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. Aubert (J.-L.), L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 264, 1997, p. 300, n°443.

¹⁴² Atias (Ch.), *Science des légistes, savoir des juristes, op. cit.*, p. 33 et suiv.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 39.

contemporain qui n'en fasse pas mention, il n'existe cependant aucun mode de présentation uniforme du principe dispositif, les développements varient d'un manuel à l'autre.

18. Ouvrons le manuel de droit judiciaire privé du doyen Héron et du Professeur Le Bars et dirigeons-nous vers le sous-titre consacré aux principes directeurs du procès¹⁴⁴. Il est intéressant de constater que deux chapitres le composent : le second est consacré au principe de la contradiction¹⁴⁵ et le premier aux rôles respectifs des parties et du juge¹⁴⁶. Ce dernier est divisé en deux sections, la première consacrée au rôle des parties, la seconde au rôle du juge. Le principe dispositif ne fait ainsi l'objet d'aucun traitement particulier et se trouve inscrit dans un paragraphe consacré à la détermination des éléments de l'instance. Ouvrons maintenant le manuel de droit judiciaire privé des Professeurs Cadiet et Jeuland¹⁴⁷. Arrêtons-nous au chapitre relatif aux principes directeurs de l'instance. La première section est relative au principe du contradictoire¹⁴⁸, la seconde au principe de coopération¹⁴⁹. Le premier paragraphe traite du rôle des parties et du juge au regard de l'instance, le second du rôle des parties et du juge au regard du litige. Les sous-sections de ce paragraphe sont composées du rôle des parties et du juge au regard des faits et de leur rôle au regard du droit. On pourrait continuer. Le principe dispositif n'apparaît dans aucun des intitulés du chapitre. Il faut en réalité remonter au début de la section pour trouver le terme dans un chapeau introductif où il est écrit que le procès civil est « *la chose commune des parties et du juge* »¹⁵⁰ et que « *le principe selon lequel le procès est à la disposition des parties, appelé « principe dispositif », qui exprime la conception accusatoire du procès, serait ainsi limité, ou tempéré, par le renforcement de l'office du juge* »¹⁵¹. Refaisons le même exercice au regard du manuel des Professeurs Guinchard, Chainais et Ferrand¹⁵². Le titre consacré aux principes directeurs du procès est composé de trois chapitres, le premier est relatif au principe d'initiative, le second s'intitule « *du principe dispositif au principe de la juridiction* » et le troisième est consacré aux principes relatifs à la preuve. Le chapitre deux est quant à lui composé de deux sections, la première concerne « *la maîtrise de la matière litigieuse stricto sensu : le principe dispositif* »¹⁵³ laquelle est divisée en deux paragraphes relatifs à la maîtrise de l'objet et à la maîtrise des faits, la seconde « *le contrôle du droit applicable au litige : du principe dispositif au principe de juridiction* »¹⁵⁴.

¹⁴⁴ Héron (J.), Bars le (Th.), *op. cit.*, p. 211.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 239 et suiv.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 213 et suiv.

¹⁴⁷ Cadiet (L.), Jeuland (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, Litec, 8^e éd., 2013.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 396.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 405.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 405, n°524.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² Guinchard(S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 399, n°494.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 379.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p.395.

19. Quelles conclusions tirer de ces constats ? La première est que la procédure civile est devenue une matière qui se pense¹⁵⁵, les manuels de procédure civile ne sont plus la reproduction linéaire des articles du Code de procédure civile, mais bien des instruments de réflexion¹⁵⁶. On ne peut que s'en féliciter. L'activité dogmatique, « *la science des légistes* »¹⁵⁷, a permis à la doctrine d'appréhender le principe dispositif. La seconde est que le principe dispositif ne présente pas la même réalité selon les différents traités. De prime abord, il n'y a là rien d'étonnant. L'intérêt de posséder différents ouvrages est de croiser les points de vue et les présentations. A chaque auteur son ouvrage, sa manière de penser. La diversité des présentations permet ainsi d'avoir une approche générale et globale du fonctionnement du procès au moyen d'analyses qui, loin d'être antagonistes, sont largement complémentaires. Néanmoins, la différence de traitement dont fait l'objet le principe dispositif met, à notre sens, en exergue l'absence de consensus quant à la réalité du principe dispositif. La question de la variabilité des traitements pose celle de l'existence même du principe dispositif.

20. Son existence semble d'autant plus remise en cause depuis l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 21 décembre 2007. Aux termes de cette décision, on peut lire « *que si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes* »¹⁵⁸. Le juge ne serait plus tenu de remplir son office. « *Da mihi factum, dabo tibi jus : l'adage est mort* » écrit le Professeur Wiederkehr¹⁵⁹. Doit-on, comme il a été suggéré, remplacer cet « *adage millénaire* » par la « *kooperationsmaxime* », autrement dit par « *une coopération entre un juge actif et des parties vigilantes* »¹⁶⁰, par un principe « *qui dépasse la dichotomie surannée des procédures accusatoire et inquisitoire, tant en ce qui concerne le fait que le droit* »¹⁶¹ ? Ce principe de justice, garantissant l'équilibre des acteurs du procès¹⁶², pose la question de l'existence et de l'avenir du principe dispositif et on peut légitimement se demander s'il n'est pas devenu « *l'expression moderne pour désigner le rôle du juge et des parties dans l'avancée du litige* »¹⁶³. Le Professeur Douchy-Oudot s'interroge

¹⁵⁵ Croze (H.), « Une autre idée de la procédure », in *Mélanges offerts à André Decocq, Une certaine idée du droit*, LexisNexis, Litec, 2004, p. 129.

¹⁵⁶ Sur ce point, la préface à la 30^{ème} édition du Précis de Procédure civile écrite par le Professeur Guinchard est assez révélatrice de la volonté de dynamiser et de sans cesse renouveler une matière aussi technique que l'est la procédure civile. Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. IX.

¹⁵⁷ Atias (Ch.), *Science des légistes, savoir des juristes, op. cit.*

¹⁵⁸ Ass. Plén. 21 déc. 2007, *Bull. Ass. Plén.* n°10. rapport Loriferne, *Dr. et proc.*, n° 2 mars-avril 2008 ; concl. De Gouttes, *Gaz. Pal.*, 2008 n°19, p.2 ; note, Bénabent, *R.D.C.* 2008, p. 327 ; Cadiet, *JCP G*, 2008, I, 138 ; Leveneur, *Contrats. conc. consom.* n° 4, 2008, comm. 92 ; Malinvaud, *R.D.I.* 2008, p. 102 ; Perrot, *Procédures* 2008, comm. 71 ; Weiller, *JCP G*, 2008, II, 10006. Sur cette jurisprudence, v. *infra* n°362 à 368.

¹⁵⁹ Wiederkehr (G.), « Les principaux traits du pouvoir juridictionnel en France », in *Le rééquilibrage du pouvoir juridictionnel*, dir. D'Ambra (D.), Dalloz, 2013, p. 4, spéc. p. 12.

¹⁶⁰ Storme (M.), « Le juge et son panier » in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Héron*, L.G.D.J, 2008, p. 475.

¹⁶¹ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 764, n°221.

¹⁶² A ce titre le Professeur Jeuland utilise l'expression « *principe de l'équilibre des rôles* ». Jeuland (E.), *Droit processuel général, op. cit.*, p. 256, n° 245 et suiv.

¹⁶³ Douchy-Oudot (M.), *Procédure civile*, coll. Master Pro, éd. Gualino, Lextenso éd., 2012, p. 195, n°358.

dans cette mesure sur le fait de savoir si « *l'office du juge a (...) encore à se préoccuper du principe dispositif* »¹⁶⁴ et le Professeur Dupichot sur le fait de savoir s'il est « *bien certain que, de nos jours et dans le cadre des procédures avec représentation obligatoire, la véritable règle ne soit pas « da mihi factum, da mihi jus, judicium dabo ? »* »¹⁶⁵. Le principe dispositif ne serait donc qu'un vague souvenir et le procès civil serait arrivé à « *son point de déséquilibre* »¹⁶⁶.

21. Aussi, « *peut-on légitimement parler de principes avec quelque rigueur dès lors que l'on est pas d'accord sur leur liste, pas plus d'ailleurs que sur ce qu'ils signifient ? N'est ce pas au fond, une tendance à la facilité que de parler de principes ? N'emploie-t-on pas un terme qui, à force d'être utilisé, est usé, a perdu toute signification véritable ?* »¹⁶⁷. Ripert relevait à cet égard : « *ces principes, qui détiennent le livre secret où ils sont inscrits ? Il ne suffit pas de les invoquer, il faut en démontrer l'existence, en préciser la force* »¹⁶⁸, « *les hommes qui dans le combat pour le droit se jettent à la tête des arguments trouvent dans l'affirmation des principes des vêtements magnifiques pour des opinions discutables* »¹⁶⁹. Motulsky a présenté le principe dispositif au regard de la distinction entre le droit et le fait, distinction qui, aujourd'hui, laisse penser que le principe de coopération s'est substitué au principe dispositif. Ainsi que le soulignait le Professeur Aubert, « *la distinction du fait et du droit reste (...) assez facile parce qu'on l'envisage de manière statique. Les choses changent considérablement lorsqu'on inscrit la distinction dans une perspective dynamique, qui est celle du litige* ». ¹⁷⁰ Malgré un réel intérêt pédagogique, elle connaît des dissidents dont le plus emblématique est sans doute Raymond Martin qui dénonçait « *l'inanité du concept de fait et de droit* »¹⁷¹, « *la valeur instrumentaliste du principe* »¹⁷². Toutefois, la distinction entre le fait et le droit n'est qu'un outil purement conceptuel qui tend à comprendre le droit mais qui ne prétend pas être du droit. Nous rejoignons le doyen Héron lorsqu'il écrivait que « *le nouveau code regorge aussi d'analyses de concepts relevant de la pure technique juridique (...), ces concepts ne relèvent pas à strictement parler de la volonté du législateur, mais de la science juridique* »¹⁷³.

22. Il ne faudrait pas oublier que toute l'articulation entre les rôles des parties et du juge découle de l'analyse de Motulsky quant à la réalisation de la règle de droit. Derrière cette

¹⁶⁴ Douchy-Oudot (M.), « L'office du juge », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, op. cit., p. 99, spéc. n°1. Adde. Bolard (G.), « L'office du juge entre arbitraire et laxisme », *JCP G* 2008, I, 156.

¹⁶⁵ Dupichot (J.), « L'adage « da mihi factum, dabo tibi jus » », *art. préc.*, p. 438.

¹⁶⁶ L'expression est empruntée à Amrani-Mekki (S.), Jeuland (E.), Serinet (Y.-M.), Cadiet (L.), « Le procès civil français à son point de déséquilibre ? A propos du décret procédure », *JCP G* 2006, I, 146.

¹⁶⁷ Pontier (J.-M.), « Considérations générales sur les principes en droit », in *Les principes et le droit*, PUAM, 2007, p. 9, spéc. p. 11.

¹⁶⁸ Ripert (G.), *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 2^e éd., 1955, p. 326, n°132.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 327, n°132.

¹⁷⁰ Aubert (J.-L.), « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005, p. 1115.

¹⁷¹ Martin (R.), « Retour sur la distinction du fait et du droit », *D.* 1987, chron. p. 272.

¹⁷² Martin (R.), « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP G* 1974, I, 2625.

¹⁷³ Héron (J.), « Le nouveau code de procédure civile », in *La codification*, op. cit., p. 81, spéc. p. 88.

répartition, c'est l'office des parties et du juge dans la réalisation de la règle de droit qui se dessine. L'éminent Professeur a ainsi dégagé des « *principes d'une réalisation méthodique du droit privé* » par le biais de l'analyse structurale de la règle de droit que le juge doit mettre en œuvre dans le cadre du procès¹⁷⁴. S'il n'est pas question de réaliser une analyse de théorie du droit, il reste que certaines précisions doivent être apportées. L'office du juge selon Motulsky est de réaliser la règle de droit, de « *rechercher si un fait donné s'intègre ou non dans le cadre d'une règle de droit* »¹⁷⁵. Pour reprendre ses mots, « *il incombe, dès lors, à l'interprète soucieux d'une réalisation méthodique du Droit de le reconstituer, avec les matériaux qu'il trouve dans la loi, la règle à laquelle il entend insuffler la vie* »¹⁷⁶. Selon l'auteur, toute règle de droit se compose d'un présupposé et d'un effet juridique. L'office des parties est d'apporter au juge tous les éléments générateurs du droit subjectif invoqué¹⁷⁷ et au juge il incombe de rechercher la règle de droit objectivement applicable à l'espèce par le biais du syllogisme. « *Le juge devra alors, de sa propre initiative, chercher à appliquer la règle de droit dont l'impératif traduit juridiquement l'objet (le « droit » prétendu) et dont la présupposition traduit juridiquement la cause (les éléments générateurs de ce droit)* »¹⁷⁸.

23. La répartition des rôles des parties et du juge au regard du fait et du droit est fortement inspirée de la doctrine allemande bien connue de Motulsky¹⁷⁹. C'est donc la doctrine qui, au regard d'une conception particulière du juge a construit la notion juridique du principe dispositif par le biais des concepts de fait et de droit. Il a cherché à leur donner une réalité juridique par la systématisation et par l'interprétation¹⁸⁰ de dispositions techniques issues du Code de procédure civile. Si le travail de systématisation est essentiel pour la connaissance du Droit, « *il débouche sur la production de représentations qui conduit la doctrine à exercer une fonction idéologique* »¹⁸¹. Quant à l'interprétation, les Professeurs Van de Kerchove et Ost relevaient qu'elle est un mécanisme par lequel la doctrine a vocation à « *reformuler les normes juridiques d'une autre manière aussi claire, cohérente et complète que possible* »¹⁸². Le résultat de ces opérations n'est que le résultat d'opérations de pensées sur le droit qui tendent à comprendre le droit mais qui ne sont pas du droit. L'« *empreinte doctrinale* »¹⁸³ du processualiste est indéniable ; les *Ecrits et notes de procédure civile*, sont « *les articles*

¹⁷⁴ Motulsky (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, préf. Roubier (P.), Dalloz, 1973.

¹⁷⁵ Roubier (P.), préface, in *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, op. cit., p. XI.

¹⁷⁶ Motulsky (H.), op. cit., p. 19.

¹⁷⁷ Selon l'auteur la cause de la demande correspond en effet aux éléments générateurs du droit subjectif invoqué. Motulsky (H.), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », art. préc., p. 103.

¹⁷⁸ Motulsky (H.), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », art. préc., p. 106, n°7.

¹⁷⁹ Ferrand (F.), « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Henri Motulsky », *Procédures 2012, Actes du colloque consacré à la pensée d'Henry Motulsky*, dossier 11, p. 36.

¹⁸⁰ Nous verrons en effet que ce n'est pas le principe dispositif en tant que tel que l'on connaît mais la théorie du principe dispositif telle que construite par Motulsky qui est connue. V. infra n° 512 à 523. La démarche de Motulsky s'inscrit dans celle plaidée par Vizioz qui était le fervent défenseur de la conceptualisation de la procédure civile. Vizioz (H.), « Observations sur l'étude de la procédure civile », in *Etudes de procédure*, op. cit., p. 3.

¹⁸¹ Chevallier (J.), « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, 2002-50, p. 103, spéc. p. 108.

¹⁸² Van de Kerchove (M.), Ost (F.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1^{ère} éd. 1998, p. 119.

¹⁸³ Cornu (G.), « L'élaboration du Nouveau Code de procédure civile », in *La codification*, op. cit., p. 71, spéc. p. 78.

fondateurs »¹⁸⁴ du principe dispositif. Bien que Motulsky n'ait pas été le seul à participer à la création du [nouveau] Code de procédure civile, il n'en reste pas moins que dès que l'on se penche sur la généalogie du Code c'est vers les écrits de ce dernier que l'on est systématiquement dirigé. Il est le symbole de la pensée motulskienne¹⁸⁵. La force idéologique de celle-ci est telle qu'il semble aujourd'hui vain, voire présomptueux, de s'en détacher.

24. Pour autant, il apparaît que son analyse classique ne permet plus de comprendre le principe dispositif dans l'ère de ce que l'on dénomme aujourd'hui « *la post-modernité* »¹⁸⁶, ère davantage symptomatique d'un changement de culture plutôt que de l'effondrement de la culture judiciaire française. Le Professeur Callé soulignait justement qu'« *il ne faut pas céder à la tentation d'interpréter toute évolution comme un déclin de la culture française* »¹⁸⁷ car, comme le soulignait Hébraud, « *la physionomie d'une procédure ne se reconnaît qu'à la pratique qui la vivifie, et celle-ci se forme comme un composé des réalités concrètes et de l'action que les hommes exercent sur elles* »¹⁸⁸. Il n'est pas question de dire que nous avons raison là où Motulsky aurait eu tort, il s'agit seulement d'essayer d'envisager les choses autrement car « *le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite* »¹⁸⁹. Dès lors, si le droit est flexible, les analyses doivent l'être. Il ne s'agit pas de construire contre Motulsky mais bien avec lui, il s'agit donc davantage de renouveler sa pensée plutôt que de s'en éloigner. Bref, il s'agit d'écrire, pour reprendre la formule du doyen Carbonnier, sur « *l'avenir d'un passé* »¹⁹⁰, plus précisément d'écrire sur ce dernier à l'époque de la complexité¹⁹¹.

25. L'époque de la complexité, si elle concerne les dispositions techniques du procès, concerne également les méthodes scientifiques. Ce n'est pas une réflexion de droit judiciaire privé qui sera livrée mais bien une réflexion de procédure civile. Cette dernière expression se substitue parfois à celle de procédure civile mais elle ne sera pas retenue ici. Ainsi que le souligne une partie de la doctrine, l'étude du droit judiciaire ne comprend pas seulement l'étude des règles du procès mais elle comprend également l'étude des règles relatives aux institutions judiciaires et aux voies d'exécution¹⁹². Le champ de l'étude sera en outre limité

¹⁸⁴ Gautier (P.-Y.), « Les articles fondateurs (Réflexions sur la doctrine) », in *Etudes offertes à Pierre Catala, Le droit privé à la fin du XXe siècle*, Litec, 2001, p. 255.

¹⁸⁵ Cabrillac (R.), « Le symbolisme des Codes », *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du Droit*, Dalloz, PUF, JurisClasseur, 1999, p. 211.

¹⁸⁶ Chevallier (J.), « L'Etat post-moderne », coll. Droit et société, L.G.D.J. Lextenso éd. 2008 ; « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *R.D.P.*, 1998-3, p. 659.

¹⁸⁷ Callé (P.), « Culture et droit processuel en France », in *Droit et culture*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées Louisianaises, T. LVIII, éd. Bruylant et LB2V, 2008, p. 461, spéc. p. 481. V. aussi du même ouvrage, Cadiet (L.), « Rapport général », p. 409, et pour un rapport non réservé à l'étude du droit processuel, Mestre (J.), « Rapport de synthèse », p. 11.

¹⁸⁸ Hébraud (P.), « La réforme de la procédure civile : le décret du 22 décembre 1958 », *Ann. Fac. Toulouse*, 1961, T. IX, p. 3, spéc. p. 8.

¹⁸⁹ Carbonnier (J.), *Flexible droit*, L.G.D.J., 10^e éd., 2001, p. 8.

¹⁹⁰ Carbonnier (J.), « L'avenir d'un passé », in *Mélanges en hommage à François Terré, op. cit.*, p. 5.

¹⁹¹ Cadiet (L.), « Le procès civil à l'épreuve de la complexité », in *Mélanges à la mémoire du Professeur Oppetit*, LexisNexis, 2009, p. 73. Voir également sur la question de la complexité juridique. Lagarde (X.), « Pourquoi le droit est-il complexe ? », *Le débat*, 2003/5, n°127, p. 132.

¹⁹² Héron (J.), Bars le (Th.), *op. cit.*, p. 16, n°2. Dans le même sens, Cadiet (L.), Jeuland (E.), *op. cit.*, p. 8, n°13.

aux dispositions applicables devant les juridictions ordinaires et non pas aux dispositions spéciales, et ce tant dans le cadre de la première instance que dans le cadre des voies de recours. Il s'agira dès lors d'une réflexion relative à la procédure ordinaire qui constitue le cœur du procès civil plutôt qu'aux procédures spéciales. Cette délimitation se justifie au regard de la finalité de l'étude qui tend à offrir une analyse de l'évolution du procès civil et donc des offices du juge et des parties, étude qui vise davantage à comprendre et expliquer le principe dispositif plutôt qu'à en décrire les manifestations de manière exhaustive. Il s'agit donc principalement de livrer une réflexion tendant à la construction intellectuelle d'une nouvelle notion juridique plutôt que d'une thèse de technique juridique. Cela ne signifie pas que la technique sera laissée pour compte, car, comme le relève le Professeur Croze, la science de la procédure ne peut éluder les dispositions techniques¹⁹³, seulement cette étude ne prétend pas à l'exhaustivité des manifestations du principe dispositif mais au renouvellement de son analyse. Nous ne doutons pas que tout ne pourra être écrit mais souhaitons convaincre d'une chose : le principe dispositif n'est pas remis en cause par la montée de la coopération dans le cadre du procès civil.

26. L'objet de l'étude ne sera en effet relatif qu'au principe dispositif dans le cadre du procès civil car le dit principe n'est apparemment pas connu des autres procès. Il semble ainsi que les termes « principe dispositif » et « procès administratif » ne marchent pas ensemble car la procédure administrative est présentée comme une procédure inquisitoire¹⁹⁴. Quant à la matière pénale, il est traditionnellement admis qu'elle ne connaît pas le principe dispositif¹⁹⁵, on parle à ce titre d'indisponibilité du procès pénal. « *Il n'y a pas, en procédure pénale, de principe dispositif ; les parties privées ne sont pas maîtres de la matière litigieuse ; celle-ci appartient à la société dont le ministère public a en charge les intérêts* »¹⁹⁶. Dès lors, il s'agira bien d'une analyse de procédure civile et non de droit processuel. En doctrine, deux conceptions sont proposées¹⁹⁷ ce qui amène à penser qu'il conviendrait mieux de parler *des* droits processuels plutôt que *du* droit processuel. La première conception, une conception verticale du droit processuel, repose sur la pensée de Motulsky qui voyait dans le droit processuel la technique de la comparaison des procédures civile, administrative et pénale¹⁹⁸. La seconde conception, une conception horizontale, repose sur l'étude du « *droit commun du procès* »¹⁹⁹, et implique non seulement l'étude de l'ensemble des contentieux, mais également une analyse de droit comparé ainsi que celle des jurisprudences supra-nationales. Aucune de

¹⁹³ Croze (H.), « Une autre idée de la procédure », *art. préc.*, p. 129.

¹⁹⁴ Gohin (O.), « Les principes directeurs du procès administratif en droit français », *R.D.P.*, n°1, 2005, p. 171. spéc. p. 177 ; Debbasch (Ch.), « La charge de la preuve dans le contentieux administratif », *D.* 1983, p. 43 Gaudemar de (H.), « La preuve devant le juge administratif », *Dr. Adm.* 2006, étude 12 ; Plantey (A.), « La preuve devant le juge administratif », *JCP G* 1986, I, 3245.

¹⁹⁵ Bussy (F.), « L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil sur la matière pénale », *R.S.C.* 2007, p. 39, spéc. p. 41, n°6 ; Vitu (A.), « Les rapports de la procédure pénale et de la procédure civile », *in Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, L.G.D.J., 1967, p. 812, spéc. p. 816 et suiv.

¹⁹⁶ Guinchard (S.), Buisson (J.), *Procédure pénale*, LexisNexis, 8^e éd., 2012, p.1382, n°2426 et suiv.

¹⁹⁷ Guinchard (S.), « Le réveil doctrinal d'une belle au bois dormant trop longtemps endormie ou la procédure civile entre droit processuel néo-classique ou européeniste et technique d'organisation du procès », *in Liber amicorum en l'honneur de Raymond Martin*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 97.

¹⁹⁸ Motulsky (H.), *Cours de droit processuel*, Montchrestien, 1973.

¹⁹⁹ Guinchard et alii, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, 7^e éd., 2013, p. 52, n°8.

ces approches ne sera retenue, le principe dispositif n'est connu que dans le cadre des études relatives au procès civil et non dans le cadre des analyses de droit processuel et, alors même que l'on doute aujourd'hui de sa réalité, il est certain que la liberté des plaideurs, si elle tend à être présentée comme un « *tableau impressionniste* »²⁰⁰, a encore un sens en procédure civile.

27. L'analyse de sa fonction et de sa nature permettront en effet de conclure, ainsi que l'avait affirmé Motulsky, que le principe dispositif peut « *prétendre à l'épithète de fondamental* »²⁰¹. Pour s'en convaincre, il conviendra de se détacher de l'analyse motulskienne pour en proposer une nouvelle. Derrière la maîtrise du fait, ce n'est pas la maîtrise *des faits* qui est caractéristique du principe dispositif, mais bien la maîtrise du fait juridique. Techniquement, cette dernière se caractérise par la maîtrise des prétentions. Derrière le principe dispositif, c'est donc l'office des parties vis-à-vis des demandes qui est en cause, office uniquement consacré dans l'article 4 du Code de procédure civile, et non par les charges processuelles qui, elles, relèvent du principe d'initiative. En outre, nous verrons que l'office des parties vient directement déterminer l'office du juge, plus précisément la fonction juridictionnelle. Lorsque les parties formulent des demandes, le juge doit trancher le litige déterminé par les parties en disant le droit. Plus précisément, nous verrons que dans la mesure où l'office des parties est de délimiter *un* litige, l'office du juge est de trancher *un* litige. Le principe de l'unité du litige, qui se dissimule derrière celui de l'immutabilité, n'est pas le corollaire du principe dispositif mais est un principe qui permet d'expliquer la coopération entre les parties et le juge vis-à-vis du litige. Il n'y a ainsi qu'un litige par procès, mais surtout il faut un litige pour faire un procès. Lorsqu'aucun litige n'est en jeu, alors le principe dispositif, tout comme la fonction juridictionnelle, perdent leur sens : tel est le cas lorsque les parties livrent au juge non pas un fait juridique mais un acte juridique.

28. Le renouvellement de l'analyse de la fonction du principe dispositif comme garantie de la fonction juridictionnelle permettra alors de procéder à un renouvellement de l'analyse de sa nature. Traditionnellement présenté comme un principe directeur du procès, le principe dispositif est un droit fondamental de procédure. La mise en perspective de sa nature de règle juridique permettra alors de clore le débat quant à la prétendue nature scientifique du principe dispositif. En outre, il conviendra de mettre en évidence qu'il n'est pas une simple règle juridique du procès, mais qu'il est une norme fondamentale, une garantie du procès équitable. La mise en évidence du principe dispositif comme garantie du procès équitable amènera alors à s'interroger sur les relations que le principe dispositif entretient avec les autres garanties relatives à la fonction juridictionnelle car les métamorphoses que connaît actuellement le procès se révèlent être sources de désordre, notamment en ce qui concerne les différents champs d'application des principes fondamentaux de procédure. L'extension de la contradiction, le développement des principes de loyauté et de célérité menacent le principe

²⁰⁰ L'expression est empruntée au Professeur Larribau-Terneyre. V. Larribau-Terneyre (V.), « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », *in Etudes offertes à Pierre Catala, op. cit.*, p. 83.

²⁰¹ Motulsky (H.), « La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 », *art. préc.*, p. 132, n°3.

dispositif et posent la question de sa pérennité. Nous verrons que la reconnaissance par les juridictions de sa nature fondamentale, par le rattachement exprès de l'article 4 du code de procédure civile à la Constitution, permettrait de clarifier le régime de cette règle de droit de degré supérieur aujourd'hui menacée.

29. Pour parvenir au renouvellement de l'analyse du principe dispositif, il convient donc de mettre en évidence que le principe dispositif est non seulement un principe technique (**1^{ère} Partie**) mais également un droit fondamental (**2^{ème} Partie**).

1^{ère} Partie : Un principe technique

« Qui suis-je ? Si par exception je
m'en rapportais à un adage : en effet pourquoi tout ne
reviendrait-il pas à savoir qui je « hante » ? »²⁰²

30. On enseigne que les principes directeurs du procès civil ont vocation à régler le rôle respectif des parties et du juge²⁰³. On sait également que le principe dispositif est traditionnellement présenté dans les manuels, en raison de la systématisation dont il a fait l'objet, autour des prérogatives que les parties et le juge détiennent en matière de fait et en matière de droit. C'est ce qui se dissimule derrière la lecture classique de la maxime *da mihi factum, dabo tibi jus*. Les parties allèguent et apportent les preuves des faits, le juge dit le droit²⁰⁴. Il a été justement noté que cette maxime était révélatrice des efforts des rédacteurs du [nouveau] Code de procédure civile pour « concilier les principes libéraux de la tradition française, faisant du procès la chose des parties, et l'affirmation des pouvoirs du juge, auquel il incombe, charge plus que pouvoir, de réaliser cette mission d'intérêt général consistant à parvenir à la solution la plus juste possible du litige à trancher »²⁰⁵. Le renouvellement de l'analyse du principe dispositif nous amène à poser un nouveau regard sur cette maxime. Le doyen Cornu le relevait : « la maxime « da mihi factum, dabo tibi jus » appelle plus, en droit français qu'une transposition au pied de la lettre »²⁰⁶. Elle peut ainsi être repensée permettant alors d'affirmer qu'elle est encore une « une philosophie d'actualité »²⁰⁷.

31. Classiquement, le principe dispositif est envisagé comme un principe qui a vocation à régir le comportement des parties dans le cadre de l'instance. Il aurait donc pour fonction de venir déterminer l'office des parties quant aux faits, notamment en matière de charges processuelles. Cette fonction est présentée en opposition avec celle du juge ; les parties devraient amener les faits dans le cadre de l'instance, le juge devrait dire le droit dans le jugement. Les offices respectifs du juge et des parties auraient donc des champs d'application différents, l'instance pour les parties, le jugement pour le juge. Le renouvellement de l'analyse du principe dispositif conduit à remettre en question ce point de vue sur le droit et à mettre en évidence que les offices respectifs des acteurs principaux du procès sont intimement liés ; ils ne sauraient se penser en termes d'opposition mais bien en termes de complémentarité. C'est ainsi que le Président Canivet, relevait que « les principes directeurs du procès tendent à concilier deux éléments fondamentaux de notre procédure : d'une part les

²⁰² Breton (A.), *Nadja*, éd. Gallimard, 1992, coll. Bibliothèque de la pléiade, p. 647.

²⁰³ Cornu (G.), « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes », *art. préc.*, p. 83.

²⁰⁴ Jeuland (E.), « La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1975 », in *1806-1976-2006...*, *op. cit.*, p. 101.

²⁰⁵ Cadiet (L.), « L'avènement du Nouveau code de procédure civile. Le code », in *Le nouveau code de procédure civile*, *op. cit.*, p. 45, spéc. p. 63.

²⁰⁶ Cornu (G.), « L'avènement du Nouveau code de procédure civile. La codification », *art. préc.*, spéc. p. 24.

²⁰⁷ Boré (J.), « *Da mihi factum, dabo tibi jus*, une philosophie toujours d'actualité ? », *JCP G* 2009, I, 319.

principes libéraux de la tradition française qui font du procès la chose des parties, et d'autre part, l'affirmation des pouvoirs du juge auquel il incombe de réaliser cette mission d'intérêt général consistant à parvenir à la solution la plus juste possible du litige à trancher »²⁰⁸.

32. Nous verrons que la maîtrise par les parties de leur litige, si elle est conceptuellement présentée comme la maîtrise du fait, s'exprime techniquement par la maîtrise des prétentions, prétentions qui forment les demandes. C'est parce que les parties formulent des demandes que le juge remplit son office. Réciproquement, si les parties ne remplissent par leur office, le juge ne remplit pas le sien. Il existe un rapport de cause à effet entre l'office des parties et l'office du juge, rapport qui est traduit par le principe dispositif et qui permet de comprendre les rouages de la répartition des rôles entre les parties et le juge. Là réside la technicité du principe dispositif, il est une garantie de la fonction juridictionnelle. Le principe dispositif ne concerne pas uniquement l'office des parties mais concerne directement l'office du juge, il n'est pas un principe réservé à l'instance mais un principe qui concerne directement le jugement. Derrière l'expression *donne moi les faits, je te donnerai le droit*, il faut entendre *donne-moi le litige, je trancherai le litige*.

33. Pour comprendre le rôle joué par le principe dispositif dans le cadre du procès, nous utiliserons la distinction utilisée par le Professeur de Béchillon, qui, étudiant la notion de « fonction », a proposé de distinguer entre la *fonction-finalité* et la *fonction-objet*. L'auteur a souligné que si la seconde correspond au produit, la première désigne « *les intentions poursuivies dans l'exercice de la fonction* »²⁰⁹, l'objectif poursuivi. Nous pensons que cette distinction permet de mieux appréhender les liens qu'entretiennent l'office des parties et du juge, et donc de mieux appréhender le rôle du principe dispositif. L'office des parties vis-à-vis du litige constitue le produit de l'application de la règle selon laquelle les parties maîtrisent leur litige alors que l'office du juge constitue l'objectif poursuivi. Par conséquent, il nous appartient de démontrer que, si l'office des parties quant au litige est l'objet du principe dispositif (**Titre 1**), l'office du juge quant au litige en constitue la finalité (**Titre 2**).

²⁰⁸ Canivet (G.), « Avant-propos », in *Le nouveau Code de procédure civile, op. cit.*, p. XXIII, spéc. p. XXVII.

²⁰⁹ De Béchillon (D.), *Hierarchie des normes et hiérarchies des fonctions normatives de l'Etat*, préf. Bon (P.), Economica, coll. Droit public positif, 1996, p. 44.

Titre I L'objet du principe dispositif, l'office des parties quant au litige

34. La définition traditionnelle du principe dispositif repose sur l'idée que les parties sont maîtresses des faits alors que le juge l'est du droit. Il s'agirait là d'une évidence. « *Fait et droit : ces deux termes, tantôt réunis en un binôme, tantôt séparés et opposés l'un à l'autre, semblent délimiter et épuiser toute l'activité du juriste* »²¹⁰. La répartition du rôle des parties et du juge repose donc sur cette distinction. Le litige serait le simple fait. Pour autant, la distinction est empreinte de relativité car dès qu'on s'intéresse au fait, on s'intéresse au droit. Le fait qui intéresse le droit n'est autre que le fait juridique et sans doute est là le fond du problème. La délimitation par les parties du fait n'est donc que la délimitation par les parties non pas du simple fait mais du fait juridique. Nous verrons alors que la systématisation du principe dispositif peut être repensée au travers de la lecture de l'article 4 du Code de procédure civile.

35. Cet article dispose que « *l'objet du litige est formé par les prétentions des parties* ». Or, les prétentions forment les demandes. Une remarque s'impose alors quant à la signification de la seconde partie du second alinéa de l'article 4 du Code de procédure civile aux termes duquel on peut lire que « *l'objet du litige peut être modifié par les demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions par un lien suffisant* ». On sait que ce dernier fait référence à ce que l'on dénomme le principe d'immutabilité du litige, principe présenté comme le corollaire du principe dispositif et qui interdirait aux parties de modifier l'objet du litige tel que contenu dans la demande initiale. « *La règle de l'immutabilité de l'objet signifie que les parties ne peuvent librement modifier l'objet du litige tout au long du procès, réduire ou accroître son cadre. Elle se prolonge en un principe plus général, celui de l'immutabilité du litige lui-même, qui signifie que quand une instance a été engagée, l'ensemble de ses éléments, son cadre (et non seulement l'objet du litige au sens strict) ne doivent pas être modifiés : de même qu'on ne peut modifier l'objet de la demande initiale ou présenter des demandes nouvelles, de même on ne peut substituer un tiers à un plaideur, changer la qualité de ce dernier* »²¹¹. A la lecture de cet alinéa il semble que l'immutabilité du litige soit un mythe. « *La variété des demandes* »²¹² pouvant être formulées dans le cadre du procès par les parties viendrait donc faire échec à ce principe, ce qui amène une partie de la doctrine à penser que « *l'immutabilité du litige s'est muée, au fil du temps, en principe de mutabilité contrôlée* »²¹³ et à considérer ce principe comme « *largement obsolète* »²¹⁴.

²¹⁰ Rotondi (M.), « Considérations en « fait » et en « droit » », *R.T.D.civ.* 1977, p. 1.

²¹¹ Guinchard (S.), Ferrand (F.), Chainais (C.), *Procédure civile, op. cit.*, p. 383, n°473.

²¹² Héron (J.), Bars le (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 105, n°110.

²¹³ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *Théorie générale du procès, op. cit.*, p. 786, n°230.

²¹⁴ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 388, n°474.

36. Ces analyses résultent d'un amalgame entre l'immutabilité de la demande initiale et l'immutabilité du litige. Le Professeur Miguet a démontré que l'immutabilité du litige et l'immutabilité de la demande ne devaient pas être tenues pour synonymes²¹⁵. « *En n'examinant sous le terme d'immutabilité du litige, que l'immutabilité de la demande, on a posé le principe de l'immutabilité du litige sous une forme instantanée (...). Cette position, en effet, ne tient pas compte de ce que l'instance n'est pas instantanée mais qu'elle se déroule pendant une période de temps, plus ou moins longue* ». ²¹⁶ L'auteur, partant du constat que la doctrine classique envisageait l'immutabilité de la demande comme l'immutabilité de la demande initiale, s'est ainsi attaché à démontrer que le litige évoluait non seulement en raison de la multiplicité des demandes mais également en raison du déroulement de l'instance. Au terme de son analyse, l'auteur concluait que l'évolution du litige était permise par la liberté de la défense mais qu'elle ne permettait pas de modifier les faits du litige²¹⁷. La mutabilité de la demande est donc la conséquence directe de la délimitation par les parties du litige mais le droit positif préserve l'immutabilité du litige. Ces deux mouvements sont commandés par le principe selon lequel le procès est le lieu de règlement *d'un seul* litige. Par conséquent, l'office des parties doit s'entendre comme la délimitation *du* litige dans le procès, plus précisément comme la délimitation *d'un* litige dans le cadre du procès.

37. Il s'agit là de ce que l'on pourrait appeler le principe de l'unité du litige²¹⁸, principe qui commande l'étendue de l'office des parties et qui autorise la mutabilité de l'objet de la demande initiale mais non celle de l'objet du litige. Le principe de l'unité du litige se révèle donc être la cause de la mutabilité de la demande initiale mais également celle de l'immutabilité du litige. Expliquons-nous. Parce que le procès est le lieu du règlement d'un litige, les parties peuvent modifier l'objet de la demande initiale. Elles peuvent présenter au juge l'ensemble des prétentions qui naissent du litige, elles peuvent purger le litige de toutes les questions qu'il sous-entend. La seule limite réside dans l'interdiction pour les parties de changer de litige. Par conséquent la modification de l'objet de la demande initiale est autorisée parce que les parties peuvent purger le litige de l'ensemble des questions qu'il soulève, sous réserve du respect de l'objet du litige, c'est-à-dire sous réserve de ne pas dénaturer le litige initial. La compréhension de l'office des parties passe ainsi par une distinction entre la demande et le litige : *la maîtrise par les parties du litige n'est autre que la maîtrise d'un litige, dont la prétention constitue l'instrument et la demande la forme*.

38. La compréhension de l'office des parties impose donc dans un premier temps de démontrer que l'office des parties quant au litige s'entend donc comme la délimitation *du* litige par la formulation des demandes (**Chapitre I**), plus précisément comme la délimitation *d'un* litige par la formulation des demandes (**Chapitre II**).

²¹⁵ Miguet (J.), *Immutabilité et évolution du litige*, préf. Hébraud (P.), L.G.D.J., 1975, p. 30, n°21.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 30, n°22.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 107, n°94. L'auteur parle ainsi de l'immutabilité des faits entendue comme l'identité des faits.

²¹⁸ L'expression « unité du litige », si elle n'est pas clairement développée en doctrine, a déjà été utilisée, notamment par le Professeur Cayrol, à propos de l'interdiction des demandes nouvelles. Cayrol (N.), « Action en justice », *Rep. proc. civ. Dalloz*, 2013, n°265.

Chapitre 1- La délimitation du litige par la formulation des demandes

39. Classiquement, la conceptualisation de l'office des parties en vertu du principe dispositif autour de l'idée selon laquelle les parties sont maîtresses *du fait*, a conduit à considérer que cette maîtrise se concrétisait par la maîtrise *des faits*. Derrière la maxime *da mihi factum*, la doctrine s'accorde ainsi pour considérer que le principe dispositif impose aux parties de délimiter la cause de la demande par l'allégation et la preuve des faits ainsi que l'objet de la demande indépendamment de toute coloration juridique²¹⁹. La nouvelle approche que nous entendons proposer du principe dispositif passe par un renouvellement de cette analyse. La maîtrise du fait n'est pas la simple maîtrise *des faits* mais la maîtrise *du fait juridique* qui n'impose pas aux parties d'apporter les faits mais de formuler des prétentions.

40. En effet, nous verrons que la maîtrise du fait juridique se traduit techniquement non pas par les charges processuelles quant aux faits, mais par la maîtrise des prétentions. Ces dernières sont les actes processuels qui permettent de circonscrire le litige. Ils ne doivent pas être confondus avec les actes de procédure qui sont les actes qui contiennent les prétentions. Cette distinction a été proposée par le doyen Héron qui, s'appuyant sur les travaux de Kelsen²²⁰, a mis en évidence que, pour tout acte juridique, il convient de distinguer entre la manifestation de volonté et le contenu de l'acte²²¹. On retrouve cette distinction dans le cadre de l'article 4 du Code de procédure civile, article qui constitue l'unique support textuel du principe dispositif. Ce dernier dispose que « *l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense* ». Alors que les demandes constituent le contenu de la matière litigieuse (**Section I**), les actes de procédure constituent le contenant de la matière litigieuse (**Section II**).

Section 1 - Les demandes, contenu de la matière litigieuse

41. La mise en perspective de l'analyse de la demande comme contenu de la matière litigieuse impose que l'on s'arrête un instant sur la définition du *litige*. Traditionnellement, l'office des parties en vertu du principe dispositif est présenté autour de l'idée selon laquelle les parties délimitent le fait. Sans litige, le principe dispositif n'a pas de sens, il est un élément déterminant de l'application du principe dispositif. C'est plus précisément la nature du litige qui est traditionnellement utilisée pour justifier l'application du principe dispositif. Le Professeur Amrani-Mekki ne dit pas autre chose lorsqu'elle avance que « *parce que le procès*

²¹⁹ V. *supra* n°2.

²²⁰ Kelsen (H.), « La théorie juridique de la convention », *A.P.D.* 1940, p. 33.

²²¹ Héron (J.), *Le Bars (Th.)*, *op. cit.*, p. 67, n°60.

a une matière constituée des intérêts privés des parties, elles en gardent la maîtrise »²²². Les parties seraient maîtresses de la matière litigieuse car les intérêts privés sont en cause ; à l'inverse, elles ne le seraient pas quand l'intérêt général est en jeu. Autrement dit, ce serait la nature des intérêts en cause qui viendrait commander le principe dispositif. Si cette analyse a pu séduire un temps, nous pensons que le moment est venu de s'en détacher. Derrière l'expression *da mihi factum*, nous verrons qu'il faut entendre « donne-moi le fait juridique » et que la maîtrise du fait juridique se manifeste concrètement par la détermination des prétentions. En effet, la notion de prétention permet de cerner l'étendue de la matière litigieuse et sera préférée aux concepts de cause et d'objet de la demande traditionnellement utilisés pour présenter l'office des parties quant au principe dispositif. Le litige doit donc être envisagé comme le fait juridique (§1) et les prétentions comme la matière litigieuse (§2).

§ 1. Le litige, le fait juridique

42. Le fait juridique peut se définir comme un événement entraînant des effets juridiques qui n'ont pas été recherchés par les parties. C'est un fait volontaire ou non qui se caractérise par la création d'effets juridiques qui n'avaient pas été recherchés²²³. Il se distingue de l'acte juridique qui se caractérise par une manifestation de volonté dans le but de créer des effets juridiques²²⁴. Le principe dispositif n'a de sens que lorsque les parties apportent au juge un fait juridique car le fait juridique est la cause du procès (A), il est même le seul fait qui intéresse le procès dans la mesure où le fait non juridique lui est étranger (B).

A. Le fait juridique, la cause du procès

43. Le litige ne s'assimile pas au conflit²²⁵. Il existe des conflits qui ne sont pas d'ordre juridique. Conflits familiaux, conflits religieux, conflits étatiques, « *les conflits sont les manifestations d'antagonisme ouvert entre deux acteurs (individuels ou collectifs) aux intérêts momentanément incompatibles quant à la possession de biens rares, matériels ou symboliques* »²²⁶. Un conflit peut exister indépendamment d'un litige. D'aucuns ont ainsi souligné qu'« à la différence du conflit, le litige est juridiquement connoté, en ce qu'il se définit comme un conflit sur ce que requièrent, autorisent ou interdisent les règles de droit pertinentes, ce que seul peut juger un tiers impartial investi du pouvoir de dire le droit dans un acte d'autorité qui ne peut être contesté que devant un autre juge »²²⁷. Néanmoins,

²²² Amrani-Mekki (S.), « Les catégories de common law et de civil law à l'épreuve de l'office du juge et des parties », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, op. cit., p. 157, spéc. p. 168, n°23.

²²³ Buffelan-Lanore (Y.), Larribau-Terneyre (V.), *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 13^e éd., p. 23, n°52 ; Terré (F.), *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2012, p. 175, n°208.

²²⁴ Sur les rapports qu'entretiennent l'acte juridique et le principe dispositif, v. Pour l'acte juridique créé par les parties, v. *infra* n° 322 à 352, et pour l'acte juridique créé par le juge, v. *infra* n°242 à 255.

²²⁵ Derrière le terme de conflit, nous regroupons ceux de « contestation » et « différend ». *Contra*. Jeammaud (A.), « Conflit, différend, litige », *Droits*, 2002-34, p. 15.

²²⁶ *Dictionnaire de la sociologie*, sous la dir. Boudon (R.), Besnard (Ph.), Cherkaoui (M.), Lécuyer (B.-P.), Larousse, Essentiels, « Conflit ». Dans le même sens, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, Cercle de sociologie et de normologie juridique, Réseau européen Droit et Société, 1993, « Conflit ».

²²⁷ Cadet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), op. cit., p. 294, n°72.

« *conflit et litige (ainsi) conçus appartiennent cependant à un genre commun celui des relations conflictuelles* »²²⁸. Or, le conflit étant un événement, il relève nécessairement du fait. La nature factuelle du litige réside ainsi dans sa nature conflictuelle.

44. Mais le litige n'est pas un simple fait, pas plus qu'il n'est un simple conflit. Il est une espèce de conflit, un conflit juridique. Cornu avançait que « *pour exprimer qu'il naît de l'application même du droit, le litige est qualifié d'incident de l'ordonnancement juridique. Il trouble l'ordre juridique* »²²⁹. Si le caractère juridique du litige est indéniable – l'expression litige juridique étant pléonastique pour certains²³⁰ – cela ne signifie pour autant pas que le droit constitue le litige. La doctrine considère ainsi qu'avancer qu'un litige est un différend²³¹ d'ordre juridique, c'est avancer que c'est un différend qui peut être résolu par application du droit. Dire qu'il est « *juridiquement relevant* »²³², n'est pas dire que le litige se résume au droit, c'est dire qu'il est un conflit qui porte sur le droit. Il a alors pu être défini comme « *le différend qui naît de l'application du droit pour être résolu par application du droit* »²³³ ou « *comme une indétermination du droit applicable à une situation qui appelle l'intervention d'un organe pour y mettre fin par une décision en droit ou en équité précédée d'une discussion* »²³⁴. Le litige est ainsi envisagé comme une situation qui doit relever du droit et qui doit être sanctionnée par le droit. Il est intrinsèquement lié au juge dans la mesure où ce dernier va devoir venir régir la situation.

45. Ces définitions mettent en évidence que le fait et le droit ne peuvent être distingués. La nature conflictuelle du litige souligne son envergure factuelle tandis que son caractère juridique lui donne une coloration particulière. Nous pensons qu'elles sont symptomatiques d'une approche unitaire et globale de la notion de litige : le litige n'est autre qu'un fait juridique. L'unité de la notion de litige n'éluide cependant pas la dualité de nature du litige. Lorsque le fait juridique oppose deux intérêts privés, on dira que le litige est subjectif. Il s'agit des hypothèses du contentieux du droit privé, contentieux mettant en cause des droits subjectifs. Le litige subjectif est donc l'événement qui va entraîner des effets juridiques mettant en cause deux intérêts privés. Il en va différemment en matière pénale où le contentieux est objectif. Dans l'hypothèse d'une infraction, nous sommes bien en présence d'un fait juridique, un délinquant commet un acte interdit volontairement ou non, acte qui produit des effets non recherchés et qui crée un conflit d'intérêts non seulement entre l'Etat et le délinquant mais également entre la victime et le délinquant. Tandis que dans cette dernière hypothèse, le litige est subjectif, dans la première il est objectif car il est la marque d'un conflit entre l'intérêt privé et l'intérêt général. Quant à la matière administrative, il en est de

²²⁸ *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. Alland (D.), Rials (S.), « Conflit/litige », p. 255, spéc. p. 256.

²²⁹ Cornu (G.), Foyer (J.), *op. cit.*, p. 37.

²³⁰ *Ibid.*, p. 305 b).

²³¹ Nous tenons pour notre part les termes de conflit et de différend pour synonymes. Néanmoins certains auteurs les distinguent. V. Jeammaud (A.), « Litige/conflit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 255 ; « Conflit, différend, litige », *Droits* 2002-34, p. 15.

²³² Cornu (G.), Foyer (J.), *op. cit.*, p. 38.

²³³ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 294.

²³⁴ Bolze (A.), « La notion de litige juridique », *art. préc.*, spéc. p. 59, n°12

même. Il existe bien un fait juridique : l'Administration a pris un acte, qui produit des effets non recherchés, le conflit d'intérêts avec l'administré.

46. Dès lors, il ressort de ces développements que le litige juridique n'est autre que le fait juridique, fait juridique qui peut être objectif ou subjectif. Il peut se définir comme *un événement volontaire ou non qui traduit un conflit d'intérêts non recherché (le fait) dont le droit organise le règlement (le caractère juridique du fait)*. Le principe dispositif aura donc vocation à s'appliquer à chaque fois qu'il existe un fait juridique. Le fait non juridique, entendu comme le fait auquel le droit ne reconnaît aucun effet juridique, n'intéresse pas le procès.

B. Le fait non juridique, le fait étranger au procès

47. M. Blondel écrit que « *c'est donc bien aux juges du fond in fine, lesquels bénéficient d'une plénitude de juridiction tant au regard de la question de fait que de la question de droit, sous le contrôle du juge de cassation qui exerce un double contrôle de rationalité et de légalité des décisions de dire si telle ou telle situation de fait à lui soumise peut être juridiquement sanctionnée et peut déboucher sur tel ou tel avantage économique ou social susceptible de bénéficier de l'autorité de la chose irrévocablement jugée* »²³⁵. Nous ne souscrivons qu'en partie à son analyse. Si nous le rejoignons sur le fait que le rôle du juge est de statuer sur l'avantage demandé par les parties, son rôle n'est pas de dire si telle ou telle situation de fait peut être sanctionnée, car le fait qui est apporté par les parties pour déclencher le procès ne peut être que juridique. Son caractère juridique est contrôlé par le biais des conditions de recevabilité de l'action en justice : une action irrecevable n'est autre qu'une action qui porte sur un fait auquel le droit ne reconnaît aucun effet juridique, l'action qui ne porte pas sur un litige mais sur un simple fait matériel²³⁶. Ce dernier est le fait auquel le droit ne reconnaît aucun effet juridique parce que la reconnaissance de ces effets constituerait une atteinte à l'ordre public. Cela ne signifie pas qu'un fait portant atteinte à l'ordre public n'est pas juridique – tel est même le propre du fait juridique en matière pénale – cela signifie que le droit refuse de reconnaître à certains faits un caractère juridique car la sanction de ces effets entraînerait une atteinte à l'ordre public. Le caractère juridique du fait est protégé dans le cadre de la procédure civile par la condition d'intérêt juridique légitimement protégé (1) et en droit substantiel par les mécanismes du refus d'action (2).

²³⁵Blondel (Ph.), « Le fait, source de droit », in *Mélanges offerts à Pierre Drai, op. cit.*, p. 203, spéc. p. 207.

²³⁶ Croze (H.), *Recherche sur la qualification en droit processuel*, thèse dact. Lyon, 1981, p. 345, n°329 : « *le fait juridique est le fait auquel le droit attache des conséquences, il s'oppose au fait matériel* ».

1. Le caractère juridique du fait, l'intérêt légitimement protégé

48. Pour reprendre la formule de Cornu et Foyer, « *n'importe qui n'a pas le droit de demander n'importe quoi, n'importe quand à un juge* »²³⁷. L'absence de litige constitue le « *n'importe quoi* ». En effet, « *le n'importe qui* » ne met pas en cause le caractère juridique du fait mais souligne que ce n'est pas la « bonne » personne qui agit, quant « *au n'importe quand* » il sanctionne le fait que ce n'est pas le « bon » moment. Le litige juridique n'est donc que le « bon » litige. C'est donc au travers des conditions matérielles de l'action en justice que le caractère juridique du fait est vérifié²³⁸. Plus précisément, c'est au travers de la manifestation d'un intérêt juridiquement protégé que le contrôle de l'existence d'un litige existe, que le juge vérifie que le fait est juridique.

49. L'existence d'un intérêt à agir, qui n'est pas d'ordre public, est une condition d'existence de l'action en justice. L'article 31 du Code de procédure civile le pose expressément.²³⁹ Cette notion qui « *embarrasse* »²⁴⁰ permet « *la sélection souple des attributaires de l'action* »²⁴¹. Aux termes de l'article 31 du Code de procédure civile, on peut lire que « *l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention ou pour défendre un intérêt déterminé* ». La notion d'intérêt légitime est une notion complexe, qui ne se laisse enfermer dans aucune définition. Apparue en jurisprudence en tant qu'« *intérêt légitime juridiquement protégé* », à l'occasion d'un litige relatif à la demande en réparation d'une concubine suite à la mort accidentelle de son concubin²⁴², le [nouveau] Code de procédure civile l'a intégrée dans les textes. Si l'on ne s'accorde pas sur son sens exact, cette notion, et plus particulièrement celle, très controversée²⁴³, de légitimité, permet de contrôler l'existence d'un fait juridique. Il existe deux causes dans lesquelles le juge n'attache pas d'effets de droit à l'événement créant un conflit d'intérêt : soit l'effet juridique n'est pas reconnu car sa reconnaissance entraînerait une atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs, soit il n'est pas reconnu car il n'est pas digne de la reconnaissance d'un effet²⁴⁴. Dans ce dernier cas, il ne

²³⁷ Cornu (G.), Foyer, (J.), *op. cit.*, p. 322.

²³⁸ Les conditions matérielles s'opposent aux conditions personnelles et aux conditions temporelles. Sur leurs différentes manifestations, v. Cayrol (N.), « Action en justice », *op. cit.*, n°213 et suiv.

²³⁹ « *L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention* » in *limine*.

²⁴⁰ Bolard (G.), « Qualité ou intérêt à agir », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, *op. cit.*, p. 603.

²⁴¹ Kernaleguen (F.), « Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, *op. cit.*, p. 776.

²⁴² Ch. Mixte., 27 févr. 1970, note Combaldieu, *D.* 1970, p. 201 ; note Parlange, concl. Lindon, *JCP G* 1970, II, 16305 ; Gomaa, « La réparation du dommage et l'existence d'un intérêt légitime juridiquement protégé », *D.* 1970, p.145.

²⁴³ Wicker (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 457, spéc. n°4.

²⁴⁴ Le Professeur Cayrol rattache dans la catégorie des conditions matérielles, la nécessité de l'absence de prétentions contradictoires qui est aujourd'hui sanctionnée par une fin de non-recevoir tirée de l'estoppel. Nous pensons néanmoins que cette catégorie de fins de non-recevoir ne tend pas à protéger l'existence d'un litige mais tend uniquement à sanctionner la déloyauté des plaideurs.

s'agit que de l'application de la maxime *de minimis non curat praetor* qui révèle que le procès n'est pas celui des choses insignifiantes²⁴⁵.

50. Concernant la première hypothèse, l'exemple de la jurisprudence « Perruche » nous semble particulièrement révélateur. En effet, dans le cadre de la responsabilité civile, l'intérêt juridiquement protégé se confond avec le caractère réparable du préjudice²⁴⁶. La Cour de cassation, en jugeant que le préjudice des parents causé par le handicap de leur enfant en raison de l'échec d'une interruption de grossesse n'était pas réparable²⁴⁷, a considéré que cette situation ne relevait pas du droit. Cette situation n'était pas régie par le droit, elle relevait donc du simple fait matériel et non du fait juridique. L'assemblée plénière, en jugeant à l'inverse que les parents disposaient d'un intérêt légitime à demander réparation du handicap de leur enfant, a donc reconnu le fait juridique²⁴⁸. Le contrôle de l'intérêt légitime – ou du caractère réparable du préjudice – permet donc au juge de vérifier que la situation est régie par le droit, et, si elle ne l'est pas, de se prononcer sur l'opportunité de son encadrement juridique. Ce qui ne serait pas prévu par le droit et ce qui serait jugé comme n'étant pas légitime relève donc du simple fait, simple fait qui ne peut faire l'objet du procès. Il en est ainsi par exemple du téléspectateur qui se plaint d'un programme de télévision sans même faire référence au contenu²⁴⁹. Concernant cependant la jurisprudence Perruche, la loi n°2002-303 du 4 mars 2002, déclarée conforme à la Constitution²⁵⁰, est venue remettre en cause la jurisprudence de l'assemblée plénière, laissant ainsi le soin à la solidarité nationale de prendre en compte ces situations²⁵¹. Cette loi n'est donc que la consécration d'une fin de non-recevoir dont la mise en place révèle que la reconnaissance du fait serait contraire à l'ordre public.

51. Ce constat met en évidence que, pour apprécier la recevabilité des prétentions, le juge est obligé de se pencher sur le fond de l'affaire. Pour autant, nous ne croyons pas qu'au travers du contrôle de l'examen de l'intérêt légitime, le juge sorte du cadre de la recevabilité pour se positionner sur le bien-fondé de l'affaire²⁵². En effet, « *dire que la demande, ou plus exactement le litige, est susceptible d'être tranché en application du droit, n'est pas dire si le*

²⁴⁵ Carbonnier (J.), « Vers un degré zéro du droit : de minimis... », in *Flexible droit, op. cit.*, p. 74 et suiv. L'auteur considère que, plus qu'une règle de procédure, cette maxime relève de la bonne administration de la justice.

²⁴⁶ M. Raschel considère en effet que l'intérêt et le préjudice ne sont qu'une seule et même chose. Raschel (L.), *Le droit processuel de la responsabilité civile*, préf. Cadiet (L.), IRJS, p. 23 n°22 et suiv.

²⁴⁷ Civ. 1^{er}. 25 juin 1991, note le Tourneau, *D.* 1991, p. 566 ; obs. Jourdain, *R.T.D.civ.* 1991, p. 753.

²⁴⁸ Ass. plén. 17 oct. 2000, concl. Sainte-Rose, *D.* 2000, p. 316 ; rapport Sargos, *JCP G* 2000, II, 10438 ; note Mazeaud, *D.* 2000, p. 332, note Jourdain, *D.* 2000, p. 336 ; note Aubert, *D.* 2001, p. 498 ; note Aynes, *D.* 2001, p. 492 ; note Chabas, *JCP G* 2000, II, 10438 ; obs. Hauser, *R.T.D.civ.* 2001, p. 103.

²⁴⁹ TGI Toulouse, 21 déc. 1964, note Debbasch, *D.* 1965, p. 401 ; TGI Paris 28 avr. 1993, obs. Massis, *D.* 1995, p. 263.

²⁵⁰ Cons. Const, 11 juin 2010, n°2010-2 QPC, spéc, §7.

²⁵¹ Bandrac (M.), « Perruche et le père Ubu. Observations sur le déni d'action par la loi », in *Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 1 ; Gobert (M.), « La Cour de cassation mérite-t-elle le pilori ? », *L.P.A.* 8/12/2000, n°245, p. 4 ; Jourdain (P.), « Loi anti-Perruche. Une loi démagogique », *D.* 2002, p. 891.

²⁵² Desdevises (Y.), *Le contrôle de l'intérêt légitime à agir*, thèse dact. Nantes, 1973, p. 336, n°212. « *Le contrôle de l'intérêt légitime à agir en justice est apparu (...) comme constituant déjà un contrôle du bien-fondé de la prétention* ».

droit tranche au profit de l'une ou l'autre des parties »²⁵³. En examinant la demande, le juge ne se prononce pas sur le bien-fondé de l'action, il se penche seulement sur le fond. Nous rejoignons ainsi l'analyse faite par certains auteurs qui considèrent qu'il faut distinguer le fond de l'affaire et le bien-fondé²⁵⁴. La contrariété des prétentions à l'ordre public s'apprécie au regard du fond de l'affaire mais non au regard de son bien-fondé.

52. La maîtrise par les parties du litige doit donc s'entendre comme la maîtrise du fait juridique. Le fait matériel, le fait non juridique est le fait auquel la loi ne peut reconnaître des effets juridiques car ces derniers entraîneraient une atteinte à l'ordre public. On retrouve donc bien l'idée défendue par Motulsky selon laquelle les parties sont maîtresses de leur litige sous réserve de l'ordre public, puisque l'atteinte à l'ordre public est la marque du fait non juridique, du fait matériel, du fait qui n'intéresse pas le juge parce qu'il n'intéresse pas le droit. Le mécanisme de l'intérêt légitime n'est pas l'unique mécanisme permettant de contrôler l'existence du fait juridique, les hypothèses de refus d'action prévues par le droit substantiel participent également à cet encadrement.

2. Le caractère juridique du fait caractérisé par l'ouverture du droit d'action

53. Les dispositions du Code civil prévoient des hypothèses de refus d'action, ce que l'on a coutume d'appeler des fins de non-recevoir tirées du droit substantiel et qui sont des moyens de défense au fond. Ces refus d'action caractérisent le refus du législateur de faire d'un simple fait, un fait juridique. Leur identification permet de confirmer que le litige doit être envisagé comme le fait juridique et que le fait matériel est le fait qui dont la reconnaissance entraînerait une atteinte à l'ordre public, le fait sur lequel les parties n'ont aucune emprise car il ne relève pas du droit.

54. Les exemples les plus éclairants se trouvent sans aucun doute en droit de la famille et en matière d'état des personnes. En effet, « *les droits relatifs à l'état de la personne sont attribués à chaque individu pour assurer l'épanouissement et le respect de sa personnalité et cette fonction de protection de la personne et de sa personnalité répond à une conception de l'ordre public dans laquelle la valeur reconnue à la personne humaine occupe une place centrale* »²⁵⁵. Le caractère d'ordre public de l'état des personnes et son indisponibilité

²⁵³ Guinchard (S.) et alii, *Droit processuel*, op. cit., p. 1152, n°687.

²⁵⁴ Wicker (G.), *Les fictions juridiques*, Contribution à l'analyse de la théorie de l'acte juridique, préf. Amiel-Donat (J.), L.G.D.J. 1997, p. 460, n°8 et suiv. « *Le fond du droit est un terrain infiniment plus vaste que la seule question du bien-fondé de l'action, car l'intérêt à agir embrasse une réalité tant juridique que matérielle, bien plus large que celle qui fonde le seul droit substantiel (...). Le débat sur le bien-fondé se limite à la discussion des éléments qui fondent, selon la règle légale, le droit substantiel et de l'effet qui lui est attaché ; il n'a pas en principe à aborder la question, qui relève elle-même du fond, des antécédents du droit, c'est-à-dire des circonstances qui ont permis l'existence et la réunion des éléments invoqués au soutien de la prétention (...). La question de la légitimité renvoie ainsi à un antécédent du droit substantiel, par rapport auquel il constitue un élément adventice au regard des conditions posées par la règle de droit pour la reconnaissance et la protection du droit allégué* ».

²⁵⁵ Azavant (M.), *L'ordre public et l'état des personnes*, thèse dact. Pau, 2002, p. 482, n°781.

justifient que cette matière, qui constitue le soubassement de l'organisation sociale, ne puisse dès lors pas être laissée à la libre disposition des parties. Le droit de la filiation en est la parfaite illustration. L'article 318 du Code civil dispose qu' « aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable ». Rappelons que la viabilité²⁵⁶ est une condition nécessaire à l'acquisition de la personnalité juridique. La filiation ne peut être établie qu'à l'égard d'un individu qui possède la personnalité juridique, ce qui n'est pas le cas de l'enfant né vivant mais non viable. En effet, les actions d'état appartiennent aux personnes au sens juridique du terme, c'est-à-dire aux personnes dotées d'une personnalité juridique. Le contraire ne saurait être admis sans remettre en cause tous les fondements de notre droit civil. Admettre ce type d'action aurait pour conséquence de bouleverser l'ensemble des principes fondamentaux relatifs à l'état des personnes. L'ordre public justifie par conséquent la fermeture du droit d'agir en justice.

55. Aux termes de l'article 310-2 du Code civil *in fine*, un enfant incestueux ne peut voir sa filiation établie à l'égard de ses deux parents. « Il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit ». C'est parce que l'inceste contrevient à l'ordre public et aux bonnes mœurs que l'établissement de la filiation est interdit. La contrariété des faits à l'ordre public substantiel justifie la privation du droit d'établir sa filiation. Il est à ce titre intéressant de noter que le refus d'action n'est que la conséquence de la négation du droit substantif. En effet, le texte ne prive pas directement l'enfant du droit d'agir en justice, il le prive de son droit substantiel. Le refus d'action consiste dans la privation du droit d'agir en justice, droit qui a vocation à faire reconnaître par le juge une situation de fait ou un droit substantiel. Le refus d'action paralyse le droit procédural d'agir en justice mais n'a pas d'incidence sur le droit substantiel. Le refus d'agir en justice n'est pas la conséquence première de l'interdiction, elle n'est qu'une conséquence secondaire. Dans le cas de l'enfant incestueux, ce n'est pas le droit d'action qui est directement refusé, c'est d'abord le droit d'établir sa filiation ; le refus d'action n'est que consécutif. Ici, la contrariété des faits à l'ordre public justifie la privation du droit substantiel qui elle-même justifie la privation du droit d'action en justice.

56. L'absence de caractère d'ordre public d'une matière ne signifie pas que l'ordre public n'y joue aucun rôle. L'hypothèse des matières dans lesquelles la liberté contractuelle prévaut est particulièrement révélatrice. Chacun a en mémoire l'adage selon lequel on ne peut invoquer sa propre turpitude. « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* »²⁵⁷. Cet adage s'illustre précisément au travers du refus de l'action en paiement pour les dettes de jeux²⁵⁸. Selon l'article 1965 du Code civil, « la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari ». L'influence de l'ordre public est d'autant plus grande que ce moyen est d'ordre public. C'est l'immoralité du contrat de jeu qui justifie l'irrecevabilité de

²⁵⁶ Salvage (Ph.), « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *R.T.D.civ.* 1976, p. 725.

²⁵⁷ V. le Tourneau (Ph.), « Contrats et obligation-Exception d'indignité- Règles « *Nemo auditur* » et « *In pari causa* » », *J.-C. civ. code. Fasc. Unique*, 2013.

²⁵⁸ En ce sens, Mouralis (J.-L.), « Jeu-Pari », *Rep. Dr. civ. Dalloz*. 2013, n°22 et suiv.

l'action. La cause du contrat de jeu, entendue dans sa conception subjective, est contraire aux bonnes mœurs²⁵⁹ en ce sens qu'elle « permet de réaliser des gains sans un travail qui le justifie »²⁶⁰ et commande dès lors le refus de l'action. Transposée sur un plan procédural et appliquée à la matière litigieuse, le refus d'action est totalement justifié en ce que l'immoralité de la cause subjective de l'obligation rend la cause de la demande elle-même immorale. Comment pouvoir demander le paiement d'une somme d'argent qui a été obtenue par simple hasard ? Le paiement d'une somme due est parfaitement licite. Ce sont les circonstances qui l'entourent qui sont immorales. Ce sont les faits et seulement eux. Or, pour pouvoir agir en justice, les faits ne doivent pas contrevenir aux bonnes mœurs, à l'ordre public moral²⁶¹.

57. Au regard de la dimension évolutive de l'ordre public²⁶², on constate que la maîtrise des parties d'hier ne sera pas la même que celle de demain. « L'ordre public est une question qui change »²⁶³. La maîtrise des parties sur leur litige présente alors une dimension conjoncturelle importante. Preuve en est avec l'admission récente de la recevabilité de l'action en recherche de maternité exercée par l'enfant né sous X par la loi n°2009-61 du 16 janvier 2009²⁶⁴. Aujourd'hui une telle action n'est plus considérée comme portant atteinte à l'ordre public, l'enfant né sous X ne se heurtera plus à une fin de non-recevoir. La conception législative de l'ordre public a donc une influence directe sur la maîtrise des parties sur leur litige.

58. Les exemples ci-dessus nous ont permis de constater que c'est bien l'absence de juridicité du fait en raison de sa contrariété avec l'ordre public qui justifie que les parties ne puissent porter le litige devant le juge. Le mécanisme des fins de non-recevoir tirées du droit substantiel permet ainsi d'effectuer un contrôle sur les faits qui sont à l'origine de la demande. Tous les faits ne sont pas bons à juger. Plus techniquement, toute prétention ne peut être portée devant le juge. En effet, il convient de voir dès à présent que les prétentions forment la matière litigieuse.

§ 2. Les prétentions, la matière litigieuse

59. Pour reprendre le vocabulaire motulskien, la maîtrise de la matière litigieuse doit s'entendre comme la maîtrise de la cause et de l'objet de la demande. C'est en effet au regard

²⁵⁹ Simler (Ph.), « Contrats et obligations-Cause.- Illicéité ou immoralité de la cause », *J-C.civ.code*. Fasc. 30, 2010, n°10.

²⁶⁰ Mouralis (J-L.), « La loi, le juge et le jeu », *R.R.J.*, 1995-2, p. 982.

²⁶¹ Fenouillet (D.), « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Etudes offertes à Pierre Catala*, op. cit., p.47.

²⁶² Catala (P.), « A propos de l'ordre public », in *Mélanges offerts à Pierre Drai*, op. cit., p. 511.

²⁶³ Malaurie (Ph.), « Rapport de synthèse », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, sous la dir. de Revet (Th), Dalloz, 1996, p. 107.

²⁶⁴ Dionisi-Peyrusse (A.), « Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 », *D.* 2009, p. 966 ; Vial (G.), « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 », *Dr. fam.* 2009, étude 18, p. 9.

de ces concepts que l'éminent processualiste a présenté le principe dispositif²⁶⁵. Le concept de cause de la demande, qui préoccupait tant Raymond Martin, n'existe plus formellement en procédure civile²⁶⁶, celui d'objet de la demande est absent des textes. Or, ces deux éléments propres à la doctrine française²⁶⁷ ont toujours servi à présenter l'office des parties vis-à-vis du litige. Néanmoins, nous pensons qu'il est utile de remettre en cause cette distinction qui n'a qu'une valeur didactique²⁶⁸. Il est permis en effet de voir dans la prétention l'instrument technique de détermination de la matière litigieuse et de procéder ainsi au renouvellement de la systématisation du principe dispositif. Il appartient donc de voir que ce dernier signifie techniquement que les parties délimitent leurs prétentions (1), et qu'il trouve son fondement dans l'article 4 du Code procédure civile (2).

A. Le principe dispositif, la maîtrise des prétentions

60. On sait que le terme de cause de la demande n'existe plus, ce qui aurait pu laisser croire que les parties avaient perdu la maîtrise des faits. Or, il n'en est rien. La refonte du Code de procédure civile de 1806 a été l'occasion de faire disparaître le terme de « cause de la demande » des textes pour lui préférer le terme de « fait ». La cause est traditionnellement définie en procédure civile comme « *le fondement de la demande en justice, (la) base de la prétention qui concourt, avec l'objet, à déterminer la matière litigieuse* »²⁶⁹. Raymond Martin écrivait : « *la cause de la demande est en première approche linguistique le fait générateur de la demande, ou plus exactement de la prétention* »²⁷⁰. Cette définition rejoint celle donnée par Cornu qui, rappelons-le, voyait dans la cause « *le fondement de la demande en justice, (la) base de la prétention qui concourt, avec l'objet, à déterminer la matière litigieuse* »²⁷¹. La cause de la demande se confond donc avec le fondement de la prétention, prétention qui permet de caractériser la demande.

61. En outre, selon l'expression bien connue d'un des inspirateurs du [nouveau] Code de procédure civile, « *l'objet, c'est un résultat économique ou social, que le juge doit éventuellement qualifier juridiquement (si les parties n'ont rien dit) ou requalifier si elles ont suggéré une qualification qui lui paraît erronée* »²⁷². Obtenir un avantage n'est autre que demander une modification de la situation actuelle, obtenir un avantage social ou économique n'est pas autre chose que demander une modification sociale ou économique. L'objet de la demande est traditionnellement confondu avec la prétention. On peut ainsi lire que « *l'objet de la demande serait ainsi la prétention au sens de l'article 4, c'est-à-dire le résultat concret*

²⁶⁵ V. *supra* n°22.

²⁶⁶ Martin (R.), « A la recherche de la cause en procédure civile », *D.* 1988, p. 312, n°1.

²⁶⁷ Cadet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 758.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 759.

²⁶⁹ Cornu (G.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*

²⁷⁰ Martin (R.), « A la recherche de la cause en procédure civile », *D.* 1988, p. 312, n°4.

²⁷¹ Cornu (G.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*

²⁷² Motulsky (H.), « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile », *art. préc.*, p. 293.

que l'auteur d'une prétention demande au juge de lui reconnaître ou de lui attribuer »²⁷³. Cette réflexion est révélatrice : l'auteur amalgame les deux notions tout en les distinguant.

62. La prétention est au cœur des rapports qu'entretiennent l'objet et la cause. Ces derniers sont des concepts indivisibles que l'on ne parvient pas à distinguer pleinement. Notre conviction réside dans le fait que ces concepts entraînent une abstraction qui nuit à la réalité du principe dispositif et qu'il convient de les abandonner pour se tourner vers un concept plus technique, un concept qui existe en droit : celui de prétention. Dire que les parties délimitent l'objet et la cause signifie concrètement qu'elles délimitent leurs prétentions. Le *Vocabulaire juridique* définit la prétention comme « l'affirmation en justice tendant à réclamer quelque chose, soit de la part du demandeur, soit de la part du défendeur et dont l'ensemble détermine l'objet du litige »²⁷⁴. Un auteur, s'appuyant sur l'article 64 du Code de procédure civile relatif à la demande reconventionnelle, écrit « qu'émettre une prétention consiste à demander au juge l'obtention d'un avantage ou inversement, à lui demander que cet avantage soit refusé à son prétendant »²⁷⁵. Derrière le terme de prétention, on retrouve ainsi la notion d'intérêt à l'action qui confirme bien que le litige est une condition du procès. La nécessité d'une prétention n'est autre que la nécessité d'un fait juridique.

63. Motulsky définissait l'objet comme « un résultat économique ou social »²⁷⁶ recherché par les parties et délimité par leurs prétentions. Une partie de la doctrine définit, quant à elle, l'intérêt comme « le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action est susceptible de procurer au plaideur »²⁷⁷, « le profit, l'avantage ou l'utilité que l'exercice de l'action est susceptible de procurer à celui qui en prend l'initiative »²⁷⁸. Au regard de leurs définitions, l'intérêt à agir et l'objet du litige ne semblent faire qu'un²⁷⁹. Le caractère légitime de l'intérêt n'est ainsi que la légitimité de la prétention, caractère qui constitue la limite de la maîtrise par les parties de leur litige. Si la prétention est contraire à l'ordre public, il n'y a pas d'intérêt légitime, l'action est irrecevable, car le fait n'est pas juridique. Ainsi qu'il a pu être relevé, « en cas d'atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs, l'irrecevabilité pour défaut d'intérêt légitime doit avoir pour objectif, en raison même de la nature de l'atteinte, de sauvegarder l'ordre juridique lui-même »²⁸⁰. Par conséquent, on souscrit totalement à l'analyse d'un auteur qui considère que « les conditions matérielles de recevabilité servent à contrôler l'objet des prétentions »²⁸¹.

²⁷³ Delaporte (V.), « L'étendue de la chose jugée au regard de l'objet et de la cause de la demande », Rapport aux deuxièmes rencontres de procédure civile, Université/Cour de cassation, *B.I.C.C.* 2005 hors série n°33, p. 22.

²⁷⁴ Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

²⁷⁵ Voidey (N.), « La notion de « prétentions » en procédure civile », *Gaz. Pal.*, 5/09/ 2006, n°248, p. 5.

²⁷⁶ Motulsky (H.), « La cause de la demande », *art. préc.*, p. 293.

²⁷⁷ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 143, n°122.

²⁷⁸ Cadiet (L.), Amrani-Mekki (S.), Normand (J.), *op. cit.*, p. 344, n°81.

²⁷⁹ Le doyen Héron par l'analyse structurale présente ainsi l'objet de la demande et l'intérêt comme synonymes. Héron (J.), Le Bars (Th.), *op. cit.*, p. 72, n°67.

²⁸⁰ Cadiet (L.), Amrani-Mekki (S.), Normand (J.) *op. cit.*, p. 468, n°19.

²⁸¹ Cayrol (N.), « Action en justice », *op. cit.*, p. 40.

64. Il convient donc de bien s'entendre. La prétention peut être définie comme *la réclamation tendant à la modification de l'ordonnement juridique en raison du fait juridique*. Dès lors, il ressort que, dans une approche renouvelée du principe dispositif, celui-ci signifie que les parties maîtrisent leur fait juridique, plus précisément qu'elles délimitent leur litige par la formulation des prétentions qui caractérisent les demandes. L'état du droit positif appelle alors plusieurs remarques quant à la systématisation qui est faite du principe dispositif. Il conduit à mettre en évidence l'inadéquation de l'approche traditionnelle et amène à proposer une nouvelle systématisation qui repose sur l'article 4 du Code de procédure civile.

B. Le fondement textuel du principe dispositif, l'article 4 du Code de procédure civile

65. Motulsky écrivait que « *la partie, (...), qui veut s'assurer une décision favorable se trouve, **puisque** les parties sont « maîtresses du litige », dans la nécessité d'apporter spontanément tous les matériaux de fait indispensables à la solution qu'elle requiert. Si elle succombe à cette tâche elle succombera. Sous peine de voir le sort de son procès compromis, elle doit donc satisfaire à cette nécessité, qui dès lors, pèse sur elle comme un fardeau ; aussi la terminologie processualiste a-t-elle choisi, afin de caractériser la situation, l'expression juste et parfaitement évocatrice, de « charge »* »²⁸². Cette explication justifie que le principe dispositif ait été systématisé autour des articles 6 et 9 du Code de procédure civile. Les charges processuelles, dans une vision classique de la procédure, trouvaient donc leur fondement dans le principe dispositif. Le Professeur Ferrand écrit ainsi que « *dans le procès civil, la preuve est perçue comme l'instrument utilisé par une partie pour obtenir l'avantage juridique dont elle se prévaut* »²⁸³.

66. Or, on peut fortement douter de la finalité de ces charges. Qu'elles soient relatives à l'allégation ou la preuve, elles permettent de déterminer quelle partie doit alléguer et prouver les faits. Ce sont des règles qui permettent d'organiser les rapports des parties entre elles, entre le demandeur et le défendeur vis-à-vis de leur litige, mais qui n'organisent pas les rapports entre les parties et le litige. Tandis que la charge de la preuve permet de répondre à la question de savoir *qui* doit prouver, la charge de l'allégation permet de savoir *qui* doit alléguer les faits. En effet, « *le mot « charge » défini de façon large dans le langage courant comme « ce qui pèse sur », reçoit dans le vocabulaire juridique et judiciaire une signification particulière. Il sert à désigner les tâches qui incombent aux parties* »²⁸⁴. Si les parties doivent alléguer et prouver les faits, c'est parce qu'aux termes de l'article 2 du Code de procédure civile « *les parties conduisent l'instance sous **les charges** qui leur incombent* ». Les charges processuelles ne découlent pas du principe dispositif mais du principe d'initiative. Elles encadrent l'office des parties dans le cadre de l'instance et non l'office des parties vis-à-vis du litige.

²⁸² Motulsky (H.), *Principes d'une réalisation méthodique en droit privé, op. cit.*, p. 84, n°83. Nous soulignons.

²⁸³ Ferrand (F.), « Preuve », *Rep. proc. civ. Dalloz*, 2006, p. 6, n°1.

²⁸⁴ Devèze (J.), *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Université de Toulouse, 1980, p.18, n°5.

67. Pour reprendre les termes des Professeurs Solus et Perrot, « *on se gardera de confondre le litige et l'instance. Le « litige » désigne le différend qui oppose les parties et qui constitue la matière du procès, tandis que l'instance a une connotation plus technique en ce sens qu'elle caractérise un rapport de droit spécifiquement procédural dont le litige forme l'objet* »²⁸⁵. La distinction entre l'office des parties au regard du litige et l'office des parties au regard de l'instance correspond à la distinction entre le litige et l'instance, mais ce n'est que par l'addition de ces deux offices que l'on peut dire que le procès est la chose des parties²⁸⁶. En effet, bien que le *Vocabulaire juridique* présente les notions de litige et de procès comme synonymes²⁸⁷, il faut se garder de les confondre²⁸⁸. Le litige est la matière du procès mais ce dernier ne se réduit pas au litige.

68. L'obligation pour les parties d'alléguer les moyens de faits et de prouver les faits relève donc du principe d'initiative qui régit l'office des parties au regard de l'instance. En effet, la preuve et le moyen ne font pas le litige, ils ne font pas les prétentions. Ils sont des instruments au soutien des prétentions. La nuance est mince, mais pourtant bien réelle. Les charges processuelles ne s'identifient pas au principe dispositif, elles n'en sont que les corollaires²⁸⁹. Le moyen et la preuve ne sont néanmoins pas étrangers au principe dispositif, ils sont des instruments au service de son effectivité. Motulsky distinguait clairement la charge de l'allégation et la charge de la preuve²⁹⁰. On sait que cette distinction a été critiquée eu égard à ses difficultés d'application en pratique²⁹¹. Pour autant, elle sera conservée pour des besoins de clarté. Le moyen est un instrument de motivation de la prétention (1) tandis que la preuve est un instrument de légitimation de la prétention (2).

1. Le moyen, instrument de motivation de la prétention

69. Le moyen n'est pas le « *nouvel avatar de la cause* »²⁹². Le moyen est un argument qui sert à convaincre le juge du bien-fondé de la prétention²⁹³. Dit autrement, il est un instrument de motivation de la prétention. Lorsque les parties allèguent un fait ou une règle juridique, elles ne forment pas la prétention, elles présentent au juge des arguments pour justifier leurs

²⁸⁵ Solus (H.), Perrot (R.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 7, n°6.

²⁸⁶ V. *supra* n°4-5.

²⁸⁷ Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Quadrige, 9^e éd., 2011, p. 520.

²⁸⁸ Cornu (G.), Foyer (J.), *Procédure civile*, 3^e éd. 1996, p. 35. Dans le même sens, Théry (Ph.), « Le litige en droit judiciaire privé », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, p. 853, spéc. p. 854, n°3.

²⁸⁹ Bolard (G.), « Les principes directeurs du procès arbitral », *Rev. Arb.* 2004-3, p.511, spéc. p. 523, n°12. Dans le même sens Ferrand (F.), « Preuve », *Rep. pr. civ. Dalloz, op. cit.*, p. 28, n°79.

²⁹⁰ Motulsky (H.), *Principes d'une réalisation méthodique en droit privé, op. cit.*, p. 84, n°83.

²⁹¹ Sur une présentation de la réception de la théorie de Motulsky par la doctrine et la jurisprudence, cf. Devèze (J.), *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile, op. cit.*, p. 30 et suiv.

²⁹² *Ibid.*, n°13.

²⁹³ Un auteur a proposé de distinguer entre le moyen et l'argument. Néanmoins cette distinction ne sera pas retenue et ce d'autant plus qu'elle ne permet pas d'apporter d'éclairage nouveau sur la conception de la matière litigieuse car comme le propre auteur le reconnaissait, « *la différence entre les deux notions est davantage une différence de degré que de nature* », Moury (J.) *Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16 du nouveau code de procédure civile*, thèse dact. Paris II, 1986, p. 50.

prétentions, arguments qu'elles présentent par le mécanisme de l'allégation. En effet, « *ce que le nouveau Code appelle « moyen de fait » serait plus exactement désigné dans son propre vocabulaire par « allégation de fait » et le « moyen de droit » qu'il lui oppose n'est autre que le choix de la règle applicable* »²⁹⁴. Peu importe l'objet du moyen, peu importe qu'il porte sur le fait ou le droit, dans chacune de ces hypothèses, il s'agit d'un moyen qui n'est que le résultat de l'allégation par les parties.

70. La charge de l'allégation a été définie par Motulsky comme « *la nécessité pour toute partie faisant valoir un droit subjectif en justice d'alléguer, sous peine d'être déboutée de sa prétention, toutes les circonstances de fait répondant aux éléments générateurs de ce droit* »²⁹⁵. Quant à Martin, il a pu mettre en évidence que les notions de moyens et d'allégation s'entremêlaient. « *Alléguer le fait, c'est colliger parmi les circonstances indifférenciées et multiples du cas, les éléments utiles dans la perspective de leur qualification à partir d'une règle de droit applicable (le droit invoqué). L'allégation est donc composée, par rapport à la règle proposée à travers une confrontation, en va-et-vient, du cas concret à la règle abstraite* »²⁹⁶. La même logique s'applique vis-à-vis du fondement juridique de la prétention. Là où pendant longtemps, le syllogisme n'était que l'apanage du juge, il est également devenu le mode de raisonnement imposé aux parties, tout du moins dans le cadre de la procédure ordinaire.

71. L'obligation pour les parties de raisonner de manière syllogistique n'est autre que la consécration de l'obligation de motiver les prétentions en fait et en droit. En alléguant les moyens de faits, les parties allèguent la mineure du syllogisme ; en alléguant le droit elles allèguent la majeure. L'application de la mineure à la majeure n'étant que l'opération de qualification juridique qui permet aux parties de motiver les prétentions²⁹⁷. En effet, tandis que les moyens sont les instruments de construction du syllogisme, les prétentions en constituent le résultat. La coopération entre les parties et le juge s'exprime ainsi dans le cadre de la motivation des prétentions mais non dans le cadre de la définition des prétentions, elle n'est pas incompatible avec le principe dispositif ainsi qu'en témoigne l'office du juge en matière de loi étrangère.

72. De manière classique, et tel que cela résultait de la jurisprudence « *Bisbal* », la loi étrangère était assimilée à un fait ce qui rendait son application facultative pour le juge français²⁹⁸. Il appartenait donc aux parties d'en demander l'application. Cette jurisprudence

²⁹⁴ Martin (R.), « Sur la notion de moyen », *JCP G* 1976, I, 2768, n°12.

²⁹⁵ Motulsky (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, p. 87, n°85.

²⁹⁶ Martin (R.), « Sur la notion de moyen », *art. préc.*, n°11.

²⁹⁷ Sur la qualification juridique en tant que méthode de motivation, v. *infra* n°264 et suiv.

²⁹⁸ Civ. 1^{er}. 12 mai 1960, *Bisbal*, note Batiffol, *Rev.crit.DIP*, 1960, p. 62 ; obs. Motulsky, *JCP G*, 1960, II, 11733 ; Civ. 1^{er}. 2 mars 1960, *Compagnie Algérienne de Crédit et de Banque*, note Batiffol, *Rev.crit.DIP*, 1960, p. 97 ; obs. Motulsky, *JCP G* 1960, II, 11734. Selon l'arrêt *Bisbal*, si la règle de conflit désignait la loi étrangère, elle n'avait pas de caractère d'ordre public et le juge n'avait pas à l'appliquer d'office, alors que si elle désignait la loi française, le juge était tenu de l'appliquer d'office. La décision *Compagnie algérienne* a précisé que le juge

venait alors contredire l'office du juge qui devait trancher le litige conformément aux règles de droit en vertu de l'article 12 du Code de procédure civile²⁹⁹. La Cour de cassation, par les arrêts *Rebouh* et *Schule* en date des 11 et 18 octobre 1988, a considéré, au visa de l'article 12 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, que le juge avait l'obligation d'appliquer d'office la loi étrangère³⁰⁰. De cette nouvelle décision découlait par conséquent l'obligation pour le juge de rechercher la teneur de la loi étrangère³⁰¹. La doctrine a relevé justement que cette nouvelle obligation devait être complétée par l'obligation pour le juge de relever l'élément d'extranéité lorsque celui-ci n'a pas été invoqué par les parties alors qu'au regard des règles traditionnelles de procédure civile il n'avait pas à relever d'office les faits adventices³⁰².

73. La nature de règle de droit de la règle de conflit a permis au juge de remplir son office juridictionnel sans toutefois venir bouleverser le principe dispositif puisque les faits adventices sont dans la cause³⁰³. Ainsi que l'a souligné le Professeur Bureau, « *la jurisprudence récente de la Cour de cassation est donc conforme à la lettre et à l'esprit des principes directeurs du procès. Elle respecte les principes essentiels de notre droit, et notamment l'égalité des citoyens devant la justice* »³⁰⁴. Pour autant, la Cour de cassation, dans l'arrêt *Coveco*, décida que les juges n'étaient pas tenu d'appliquer d'office la loi étrangère lorsque la matière n'était soumise à aucune convention internationale et que les parties avaient la libre disposition de leurs droits³⁰⁵. Il convient à ce titre de noter que par son arrêt *Mutuelle du Mans*, la Cour de cassation a modéré cette jurisprudence en considérant que les règles de conflit d'origine nationale ou conventionnelle devaient être soumises au même régime³⁰⁶. La Cour de cassation a donc sensiblement modifié l'office du juge au regard de la motivation des prétentions des parties. Désormais, le critère de la libre disponibilité des droits permet à lui seul de différencier le régime procédural de la loi étrangère ainsi que l'avait préconisé 30 ans

avait la faculté d'appliquer la loi étrangère. *Adde.* Loussouarn (Y.), Bourel (P.), De Vareilles-Sommières (P.), *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10^e éd., 2013, p. 328 et suiv., n°350-351.

²⁹⁹ Motulsky (H.), « L'office du juge et la loi étrangère », in *Ecrits, études et notes de droit international privé*, préf. Batiffol (H.), Francescakis (Ph.), Dalloz, 1978, p. 125, spéc. p. 115, n°46.

³⁰⁰ Lequette (Y.), « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1998) », *Rev.crit. DIP*, 1989, p. 277 ; Bureau (D.), « L'application d'office de la loi étrangère. Essai de synthèse », *J.D.I.*, 2, 1980, p. 317.

³⁰¹ Ponsard (A.), « L'office du juge et l'application du droit étranger », *Rapport de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1990, p. 11, *Rev.crit.DIP.*, 1990, p. 607. Sur ce point voir *infra* n°79-80.

³⁰² Lequette (Y.), *art. préc.*, spéc. p. 292.

³⁰³ Nous le verrons, le relevé d'un fait adventice n'est autre que le relevé d'un moyen de fait qui n'est pas incompatible avec le principe dispositif puisqu'il affecte la motivation des prétentions et non les prétentions, v. *infra* n°280-288.

³⁰⁴ Bureau (D.), *art. préc.*, *J.D.I.*, 2, 1980, p. 317, spéc. p. 354.

³⁰⁵ Civ. 1^e. 4 déc. 1990, *Coveco*, note Bureau, *J.D.I.* 1991, p. 371, note Niboyet-Hoegy, *Rev.crit.DIP.* 1991, p. 558. L'arrêt *Coveco* faisait référence à la « prise en considération » de la loi étrangère e qui avait amené une partie de la doctrine à s'interroger sur la signification des termes. La controverse fut tranché, l'application de la loi étrangère n'était obligatoire que quand les parties n'avaient pas la libre disponibilité de leurs droits et lorsque la matière était soumise à une convention internationale. Civ. 1^e. 5 nov. 1991, *Masson*, note Muir-Watt *Rev.crit.DIP.*, 1992, p. 314.

³⁰⁶ Civ. 1^e. 26 mai 1999, *Mutuelle du Mans*, note Muir-Watt, *JCP G*, 1999, II, 10192. Civ. 1^e. 26 mai 1999, *Bélaïd*, note Mélin, *JCP G* 1999, II, 10192. Pour un résumé des critiques à l'encontre de la distinction selon l'origine de la règle de conflit, cf. Audit (B.), *Droit international privé, op.cit.*, p. 231, n°263.

auparavant, non en ces termes mais dans l'idée, Motulsky³⁰⁷. En toute hypothèse, les parties restent maîtresses de leur litige dans la mesure où elles délimitent seules leurs prétentions, seulement lorsque les droits sont disponibles, les parties ont le choix de la motivation³⁰⁸.

74. Ainsi, si pour les parties la prétention doit être juridiquement qualifiée, cela ne signifie pas que le droit fait la prétention, car les moyens sont distincts de la prétention. On retrouve donc bien la pensée de Motulsky. C'est une charge processuelle qui bien qu'elle tende à la motivation des prétentions, ne fait pas les prétentions. Les parties doivent alléguer les moyens de droit et de fait en raison non pas du principe dispositif mais du principe d'initiative. La motivation des prétentions est davantage tournée vers la réalisation de la bonne administration de la justice que vers la satisfaction des intérêts privés. La charge de l'allégation n'est pas une charge inhérente au principe dispositif. Ce dernier ne doit pas être présenté au regard de l'article 6 du Code de procédure civile. Il en va de même au regard de l'article 9 du Code de procédure civile car la preuve ne fait pas la prétention, elle sert à légitimer la prétention.

2. La preuve, instrument de légitimation de la prétention

75. Si les parties prouvent les faits en matière civile, c'est parce qu'on considère traditionnellement que la vérité recherchée est la vérité des parties, une vérité subjective et non objective à la différence de la matière pénale. On trouve les réponses à la question « qui doit prouver ? » dans deux adages classiques qui ont longtemps gouverné le droit de la preuve : consacrés clairement par l'article 1315 du Code civil³⁰⁹ « *actor incumbit probatio* » et « *reus in excipiendo fit actor* ». Ces adages reflètent parfaitement l'idée du combat qui oppose les plaideurs, le demandeur jouant un rôle actif tandis que le défendeur présente une position assez passive. Cette finalité est cependant largement discutable ainsi que l'a mis en avant le Professeur Lagarde, pour qui la preuve ne sert pas à établir la vérité, mais est uniquement un instrument de légitimation de la décision juridictionnelle³¹⁰.

76. Selon l'auteur, l'absence de charge de la preuve en matière pénale serait symptomatique du fait que l'autorité judiciaire veut imposer avec davantage de force, dira-t-on, la décision juridictionnelle. A l'inverse, en matière civile, cette force ne saurait être imposée en raison de la mise en jeu des intérêts privés. C'est pour cette raison que la charge de la preuve incomberait aux parties. En considérant que la charge de la preuve permet de légitimer la décision de justice, le Professeur Lagarde a mis en évidence la distinction entre la question de la preuve et la question de la prétention. Il n'est pas question ici de se pencher sur la finalité de la charge de la preuve, mais seulement de mettre en évidence que l'obligation

³⁰⁷ Motulsky (H.), « L'office du juge et la loi étrangère », *art. préc.* p. 337, spéc. p. 363, n°42 et suiv. V. Fauvarque-Cosson (B.), *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, préf. Lequette (Y.), Coll. Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 1996.

³⁰⁸ Fauvarque-Cosson (B.), « Le juge français et le droit étranger », *D.* 2000, p. 125.

³⁰⁹ Pour une analyse classique de ces adages, cf. Laurent (F.), *Principes du droit civil français*, Bruxelles, Paris, T.XIX, 1878, 3^{ème} éd., p. 80, n°87, n°90 et suiv.

³¹⁰ Lagarde (X.), *Réflexions critiques sur le droit de la preuve*, préf. Ghestin (J.), L.G.D.J., 1998 ; « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits* 1996, n°23, p. 31.

pour les parties d'apporter la preuve n'est pas symptomatique du principe dispositif³¹¹. La prétention peut exister sans preuve, sans la preuve du fait et sans la preuve du droit.

77. La preuve ne fait pas la prétention car la preuve des faits n'est pas systématique. Motulsky a rigoureusement démontré qu'il existait deux catégories de dispenses: les « *dispenses rationnelles* »³¹² qui n'entraînent pas de renversement de la charge de la preuve et les « *dispenses légales* »³¹³ qui ont, elles, une influence sur le fardeau de la preuve. Dans ces hypothèses, le fait est considéré comme prouvé alors même que la partie n'a apporté aucune pièce. Or, admettre que la charge de la preuve relève du principe dispositif reviendrait à considérer que la prétention ne saurait exister sans la preuve. On voit vite l'incohérence du raisonnement. La dispense de preuve a vocation à décharger les parties de prouver les faits nécessaires à la mise en évidence des éléments générateurs du droit subjectif, qui semblent « *aller de soi* »³¹⁴. La preuve des faits ne doit donc être faite que lorsqu'elle s'avère nécessaire au soutien de la prétention. Il en va de même en matière de preuve du droit. En effet, il est des cas où les parties devront apporter au juge la preuve du droit, notamment en matière de coutumes.

78. Ainsi que le souligne le Professeur Ferrand, « *il n'est pas forcément aisé pour le juge d'avoir connaissance de toutes les coutumes* »³¹⁵. Malgré une jurisprudence assez éparse, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a pu juger qu'« *il incombe au représentant de commerce, demandeur, d'établir l'existence d'un accord ou d'un usage en vertu duquel les marchés sur appel d'offres ouvrent droit à commission, peu important le rôle tenu par l'intéressé dans l'attribution de ces marchés* »³¹⁶. Les parties au procès peuvent donc être tenues de rapporter la preuve du droit dans des hypothèses particulières. Ces obligations résiduelles sont justifiées par la multiplicité des coutumes et l'impossibilité pour le juge de tout connaître, la preuve du droit par les parties doit être envisagée comme une aide pour le juge. La collaboration mise en place sert alors la bonne justice. Si le juge est au service des parties, cela ne remet pas en cause le fait que ces dernières doivent apporter leur concours à la bonne administration de la justice. La question de l'office des parties quant à la preuve et la question de l'office des parties quant à la matière litigieuse sont deux questions indépendantes. De la même manière que pour la charge de l'allégation, la charge de la preuve n'est pas une obligation inhérente au principe dispositif, le régime de la preuve de la loi étrangère le confirme.

³¹¹ Pour une réflexion sur les finalités de la preuve et plus particulièrement du droit de la preuve, Théry (Ph.), « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits* 1996, n°23, p. 41.

³¹² Motulsky (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, p. 91, n°90 et suiv.

³¹³ *Ibid.*, p. 96, n°95.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 91, n°90.

³¹⁵ Ferrand (F.), « Preuve », *op. cit.*, p. 35, n°107.

³¹⁶ Ass. plén. 26 févr. 1988, *JCP G* 1988, IV, 166.

79. Si la question de la charge de la preuve a pendant longtemps été envisagée concomitamment à celle de l'allégation³¹⁷, aujourd'hui les deux questions sont indépendantes³¹⁸. En effet, alors même que la question de la charge dépendait de la question de l'application d'office de la loi étrangère et donc corrélativement de la question de la libre disponibilité des droits, la première chambre civile et la chambre commerciale dans deux arrêts en date du 28 juin 2005, jugèrent de concert qu' « *il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger d'en rechercher, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque la teneur, avec le concours des parties s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger* »³¹⁹. La Cour de cassation a donc abandonné le critère de la libre disponibilité des droits pour admettre qu'il n'existe aucune charge de la preuve de la loi étrangère incombant aux parties. Par ces arrêts la Cour de cassation consacre donc le principe de coopération en matière de preuve de la loi étrangère sans pour autant venir remettre en cause la maîtrise des parties sur les prétentions.

80. Cette jurisprudence restaure l'équilibre perdu. Ainsi qu'il a pu être souligné à propos de la jurisprudence « *Amerford* »³²⁰, qui avait créé une charge de la preuve pour les parties lorsqu'elles avaient la libre disponibilité de leurs droits, « *pour garantir la correction du comportement procédural des parties et éviter l'alourdissement des procédures encombrant les tribunaux, il n'était pas nécessaire de définir l'objet de la charge en terme de preuve* »³²¹. La finalité de la coopération dans le cadre de la preuve est donc la bonne administration de la justice. Aussi il ressort que la charge de la preuve ne saurait être une émanation du principe dispositif mais du principe d'initiative. Le principe dispositif ne repose pas sur l'article 9 du Code de procédure civile mais bien uniquement sur l'article 4 du Code de procédure civile. La preuve ne permet pas de faire la prétention, elle vient appuyer les prétentions dans le but de convaincre le juge. Elle est symptomatique de la conduite de l'instance par les parties consacrée par l'article 2 du Code de procédure civile.

81. Par conséquent, il ressort de ces développements que le principe dispositif est uniquement consacré par l'article 4 du Code de procédure civile. Les charges processuelles sont la marque de l'office des parties dans le cadre de l'instance et non de l'office des parties à l'égard de leur litige. Le principe dispositif signifie ainsi que les parties délimitent leur litige par la formulation des prétentions, prétentions qui caractérisent les demandes et qui se concrétisent par l'émission des actes de procédure. En effet, après avoir vu que les demandes

³¹⁷ Sur ce point V. *supra* n°72-73.

³¹⁸ Pour un résumé de l'évolution jurisprudentielle en matière de preuve de la loi étrangère, cf. Audit (B.), *Droit international privé*, Economica, 2008, p. 235, n°268-272 ; Loussouarn (Y.), Bourel (P.), De Vareilles-Sommières (P.), *op. cit.*, p. 340 et suiv., n°360-371.

³¹⁹ Com. 28 juin 2005, *Itraco*, Civ. 1^{er}. 28 juin 2005, *Aubin*, note Bouche, *D.* 2005, p. 2583 ; note Ancel, Muir-Watt, *Rev.crit. DIP*, 2005, p. 645 ; « A propos de deux arrêts de concert : l'office du juge et la loi étrangère », in *Le NCPC (1975-2005)*, dir. Foyer (J.), Economica, 2006, p. 399.

³²⁰ Com. 16 nov. 1993, note Donnier, *J.D.I.* 1994, p. 98 ; note Lagarde *Rev. Crit. DIP*, 1994, p. 322. Pour un précédent jurisprudentiel, Civ. 1^{er}. 5 nov. 1991 *Masson*, note Muir-Watt, *Rev. Crit. DIP*, 1992, p. 314, Moreau, *J.D.I.* 1992, p. 357.

³²¹ Ancel (B.), Muir-Watt (H.), *Rev.crit. DIP*, 2005, p. 645, spéc. p. 654.

constituaient le contenu de la matière litigieuse, il convient de mettre en évidence que les actes de procédure en constituent le contenant.

Section 2 - Les actes de procédure, contenant de la matière litigieuse

82. Si on suit la lettre de l'article 4 du Code de procédure civile, la délimitation par les parties de leurs prétentions se réalise concrètement par l'émission de deux actes de procédure que sont l'acte introductif d'instance et les conclusions en défense. L'article 4 du Code de procédure civile semble ainsi classer les actes en fonction de la qualité procédurale des parties. Tandis que l'acte introductif serait l'acte formulé par le demandeur, les conclusions en défense seraient formulées par le défendeur. Or, pareil point de vue ne convainc pas. En effet, si l'acte introductif d'instance correspond effectivement à l'acte qui est formulé par le demandeur, les conclusions en défense font référence à l'acte générique de procédure des conclusions. Le défendeur à l'action n'est pas le seul à conclure, la partie qui introduit une action conclut également dans des conclusions indépendantes de l'acte introductif d'instance. Les prétentions sont contenues dans l'ensemble de ces actes de procédure.

83. Aux termes de l'article 2 du Code de procédure civile, les parties ont la charge de conduire l'instance par la formulation des actes de procédure dans les formes et dans les délais requis. Ces exigences découlent du principe d'initiative, elles ont vocation à assurer le déroulement régulier de l'instance. Le caractère régulier de la conduite de l'instance est une exigence nécessaire pour que les parties puissent remplir leur office en vertu du principe dispositif. En effet, si les actes ne sont pas émis dans les délais et dans les formes requises alors l'instance est affectée et le principe dispositif n'a plus vocation à s'appliquer. La mise en perspective des relations qu'entretiennent le principe dispositif et le principe d'initiative invite alors à s'interroger sur les relations qu'entretient ledit principe avec le principe du contradictoire. Il ressort de l'analyse que les parties ne peuvent délimiter leur litige que sous réserve du respect du contradictoire. L'émission des actes de procédure se révèle être dépendante non seulement du principe d'initiative (§1), mais également du principe du contradictoire (§2).

§ 1. L'émission des actes de procédure dépendante du principe d'initiative

84. Le principe d'initiative impose aux parties d'émettre les actes de procédure dans les formes et dans les délais requis. Il s'agit là de charges processuelles qui, si elles ne sont pas respectées, peuvent amener la partie défaillante à perdre le procès³²². La justice, pour être bien rendue, doit répondre dorénavant aux exigences de qualité et de célérité ; ces deux exigences sont marquées par le développement de la loyauté³²³ et du droit au délai raisonnable³²⁴ et

³²² Sur ce point v. *infra* n°618.

³²³ Boursier (M.-E.), *La loyauté en droit processuel*, préf. Guinchard (S.), Dalloz, 2003.

³²⁴ Cholet (D.), *La célérité de la procédure en droit processuel*, Giudicelli-Delage (G.), L.G.D.J. 2006.

viennent affecter directement le principe d'initiative. L'évolution de l'office des parties dans le cadre du déroulement de l'instance se traduit ainsi par un renforcement de la coopération entre l'office des parties et du juge. Bien que ces remarques ne concernent au premier plan que la conduite de l'instance, elles intéressent indirectement le principe dispositif dans la mesure où l'office des parties quant au litige dépend de l'office des parties quant au déroulement de l'instance. Les actes de procédure ne pourront être émis que dans le respect de la forme des actes de procédure (A) ainsi que dans le respect des délais (B).

A. Une émission conditionnée par le respect de la forme des actes de procédure

85. Le formalisme connaît actuellement un développement important, il est au cœur de débats en droit des contrats³²⁵ ainsi qu'en procédure³²⁶, notamment en ce qu'il pose la question de l'avenir de l'oralité³²⁷. Tant que les parties n'émettent pas les actes de procédure, alors la délimitation par les parties du litige n'est que virtuelle. « *Par l'intercession de la forme, l'inanité s'anime* »³²⁸. Le contenant donne corps au contenu. « *La matière litigieuse (...), se réduit à ce qui n'a pas encore de forme et qui est, en quelque sorte, bloquée sur elle-même puisqu'elle empêche les relations entre les parties* »³²⁹. L'obligation pour les parties d'accomplir les actes de procédure dans les formes requises recouvre deux exigences : celle de respecter le contenu des actes et celle de respecter la notification des actes. Si les parties ne respectent pas ces exigences, alors l'instance est affectée d'une irrégularité caractéristique d'une mauvaise conduite par les parties de l'instance, et donc d'une violation du principe d'initiative. Le respect du formalisme procédural est donc la condition *sine qua non* de la réalisation du principe dispositif dans la mesure où le non-respect des exigences réduit à néant la maîtrise par les parties de leur litige. Le principe dispositif est donc conditionné par le respect de la forme de l'acte introductif d'instance (1) ainsi que par le respect de la forme des conclusions en défense (2).

1. Le respect de la forme de l'acte introductif d'instance

86. Pour que la délimitation par les parties de leur litige ait une forme concrète, il faut que l'acte introductif d'instance ne soit affecté d'aucun vice, à défaut la sanction est la nullité. Cette sanction peut avoir une incidence sur le principe dispositif, car la nullité de l'acte introductif d'instance entraîne son anéantissement rétroactif ainsi que l'extinction de l'instance, et donc l'impossibilité pour les parties de remplir leur office en vertu du principe

³²⁵ Lagarde (X.), « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999, I, 170 ; Jeanclos (Y.), « Formalisme ou consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats », in *Hommage à Gérard Boulvert*, Service d'éditions scientifiques, Université de Nice, 1987, p. 343.

³²⁶ Mathieu (B.), « Considérations sur le formalisme procédural », *L.P.A.* 1996, p. 4, n°73.

³²⁷ Classiquement dénué de formalisme, les procédures orales ont connu un renouveau avec l'adoption du décret n°2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 (Fricero (N.), « Le décret du 1^{er} octobre 2010 : l'oralité dans tous ses états ! », *Dr. et proc.* 2010, 282), qui permet aux partis de recourir à l'écrit au nom du principe de sécurité juridique (Travier (B.), « Le principe de sécurité juridique et les procédures orales », *Procédures* 2006, étude 6).

³²⁸ Andrieux (J-P.), « Formes et procédures », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 750.

³²⁹ Jeuland (E.), « Autour de la forme et du fond, problèmes de procédure », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Georges Wiederkehr*, op. cit., p. 444.

dispositif. L'ensemble des cas de nullité pouvant affecter l'acte introductif d'instance ne saurait être étudié ici. Deux retiendront notre attention. Nous verrons ainsi que, pour que le principe dispositif s'applique, il faut que l'acte introductif d'instance présente un contenu obligatoire et fasse l'objet d'une notification. Le principe dispositif dépend donc de la régularité du contenu de l'acte introductif (a), mais également de la notification de l'acte introductif d'instance (b).

a. Le principe dispositif, dépendant de la régularité du contenu de l'acte introductif d'instance

87. Les parties doivent délimiter leur litige tant en première instance que dans le cadre des voies de recours. Leur office se concrétise par l'émission de l'acte introductif d'instance. Les prétentions des parties, plus précisément du demandeur, doivent être contenues dans cet acte. Si l'acte n'est pas régulier, les parties ne peuvent délimiter leur litige. Le principe dispositif dépend donc de la régularité, non seulement en première instance mais également en appel, de l'acte introductif d'instance. Tandis qu'en première instance, elle prend la forme d'une assignation, en appel, elle prend la forme d'une déclaration.

88. L'assignation, définie à l'article 55 du Code de procédure civile³³⁰, vaut conclusions. Elle est le mode traditionnel d'introduction de la demande. Autrefois appelée ajournement, elle est la forme la plus usitée en pratique pour introduire une action³³¹. Elle est ainsi un acte d'huissier qui doit contenir toutes les mentions qui sont prescrites pour ce type d'acte³³². Sous l'empire du Code de 1806, l'assignation devait contenir notamment un « *exposé sommaire des moyens* »³³³. Depuis, il suffit que la demande « *résulte clairement de la motivation* »³³⁴, la demande peut donc être implicite pourvu qu'elle soit véritable³³⁵. Sur ce point l'assignation a connu une certaine évolution avec le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998³³⁶. L'article 56 du Code de procédure civile relatif à l'assignation dispose que « *l'assignation contient (...), l'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit* ». L'assignation doit donc contenir les prétentions, ainsi que les arguments au soutien des prétentions, elle vaut

³³⁰ « *L'acte d'huissier de justice par lequel le demandeur cite son adversaire à comparaître devant le juge* »

³³¹ Lochouart (D.), « Histoire d'un acte de procédure fondamentale : l'évolution de l'assignation », *Rev. Huiss.* 1998, n°1, p. 97 ; Maugain (G.), « Assignation », *Rep.pr.civ.Dalloz*, 2012.

³³² Art. 648 CPC.

³³³ Art. 61 al. 3 CPC de 1806.

³³⁴ Civ. 3^e. 26 mai, 1992 ; obs. Perrot, *JCP G*, 1992, IV, n°2100, *R.T.D.civ.* 1993, p. 190.

³³⁵ Civ. 3^e. 19 mars 1985, obs. Guinchard, Moussa, *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. *Jurispr.*, p. 194 ; Civ. 3^e. 14 juin 1989, *Bull.civ.* III, n°137.

³³⁶ Douchy (M.), « Le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile : l'adoption partielle des propositions du rapport de J.-M. Coulon », *Gaz.pal.*, 1999, doct. p. 831 ; Daille-Duclos (B.), « Le décret du 28 décembre 1998 : une véritable réforme de la procédure civile », *Gaz. Pal.*, 1999, doct. p. 822 ; Chatteleyn (D.), « Le décret du 28 décembre 1998 : Illusions...et désillusions », *Gaz.pal.*, doct. 1999, p. 819 ; Lorieux (A.), « Le décret du 28 décembre 1998, procédure et méthodologie judiciaire », *Gaz. Pal.*, doct. 2000, p. 204 ; Guinchard (S.), « L'ambition d'une justice civile renouée », *D.* 1999, chron., p. 65 ; Perdriau (A.), « Le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 au regard du juge de cassation », *JCP G* 1999, I, 115 ; Perrot (R.), « Le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile », *Procédures*, mars 1999, p. 3.

conclusions. Nous ne croyons pas que « leur systématisation obligatoire [ait été] une grave erreur »³³⁷, que cette disposition ait créé « une véritable présomption d'ignorance du juge »³³⁸ quant au droit. Inspirée par un principe d'efficience³³⁹, l'assignation qualificative « ne remet pas en cause les principes directeurs du procès civil, ces tables de la loi fondatrices de notre procédure civile contemporaine ; on ne saurait, à cet égard, invoquer les articles 6 et 12 pour y voir une atteinte à une *summa divisio* qui passerait par une division dogmatique entre le fait qui appartiendrait aux parties et le droit qui relèverait de la compétence exclusive du juge »³⁴⁰.

89. L'obligation pour les parties d'alléguer les moyens de fait et de droit est une condition de forme de l'acte de procédure. Si les parties doivent toujours alléguer les moyens de fait et parfois les moyens de droit, c'est parce qu'en vertu de l'article 2 du Code de procédure civile « il leur appartient d'accomplir les actes de procédure dans les formes et les délais requis ». Les moyens de fait et de droit sont des exigences de forme motivées par l'impératif de qualité de la justice³⁴¹. Ainsi qu'il a pu être relevé, l'exigence des écritures qualificatives tend à alléger la tâche du juge³⁴² et corrélativement à responsabiliser les parties dans le cadre du procès. Traditionnellement présentée comme le corollaire du principe dispositif, cette obligation est à rattacher au principe d'initiative.

90. Le défaut de prétentions est sanctionné par l'irrecevabilité de l'action en justice tandis que le défaut de moyens qu'il soit de fait ou de droit est lui, sanctionné par la nullité de l'acte³⁴³. Il constitue un défaut de motivation³⁴⁴. Ce défaut de motivation entraîne la nullité de l'acte, nullité qui peut néanmoins être couverte si elle n'est pas invoquée avant toute défense au fond³⁴⁵. L'article 56 du Code de procédure civile est clair. Si les parties ne les allèguent pas, alors l'assignation sera déclarée nulle pour vice de forme. La question de la sanction du défaut de motivation a pu être discutée lors de l'adoption du décret. Une partie des auteurs avait invoqué la possibilité de sanctionner le non-respect de l'obligation de motivation par une nullité de fond régie par l'article 117 du Code de procédure civile, qui n'est pas soumise à

³³⁷ Landry (D.), « Quelques mots encore sur un décret qui fâche », *Gaz. Pal.*, 1999, doct. p. 847.

³³⁸ Wiederkehr (G.), « Le nouveau code de procédure civile : la réforme permanente », in *Etudes offertes à J. Béguin, Droit et actualité*, LexisNexis, Litec, 2005, p. 795.

³³⁹ Canivet (G.), « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », in *Mélanges offerts à Pierre Drat, op. cit.*, p. 251.

³⁴⁰ Guinchard (S.), « L'ambition d'une justice civile rénovée » *art. préc.*

³⁴¹ Coulon (J.-M.), *Réflexions et propositions sur la procédure civile. Rapport au Garde des sceaux, Ministre de la Justice*, La Documentation française, 1997.

³⁴² Hannoun (Ch.), « Observations sur les nouvelles exigences de forme dans les écritures des parties », *Gaz. Pal.* 1999, doct. p. 827 ; Lorieux (A.), « Le décret du 28 déc. 1998, procédure et méthodologie judiciaire », *Gaz. Pal.* 27 janv. 2000, n°27, p. 2.

³⁴³ On remarquera néanmoins que toutes les mentions de l'article 56 ne sont pas sanctionnées par un défaut de nullité. En effet, le défaut de l'indication des pièces ainsi que le défaut du bordereau récapitulatif ne sont pas sanctionnées par la nullité si l'on suit la jurisprudence de la Cour de cassation (Civ. 2^e. 3 avr. 2003, *Bull.civ.* II, n°94, note Perrot, *Procédures* 2003, comm. 132. V. *contra*, TGI Le Mans JME, 22 mars 2007, obs. Granet, *Procédures* 2007, focus 26). Celle-ci a en effet jugé que cette obligation n'était assortie d'aucune sanction et ne constituait pas une formalité substantielle d'ordre public.

³⁴⁴ Civ. 2^e. 6 avr. 2006, *Bull. civ. II*, n°103, obs. Miniato, *RLDC* 2006-64, n°2446.

³⁴⁵ Civ. 3^e. 26 nov. 2002, note Perrot, *Procédures* 2004, comm. 46.

la maxime « pas de nullité sans texte » et qui n'exige pas la preuve de grief. Néanmoins, la jurisprudence a considéré qu'il s'agissait de cas de nullité pour vice de forme, la nullité de l'acte introductif d'instance ne pourra être prononcée que si la preuve d'un grief est rapportée, le juge ne peut donc la relever d'office. La nullité peut alors être régularisée si le délai de forclusion n'est pas écoulé. Il en va de même dans le cadre de la procédure d'appel.

91. Si le contenu de la déclaration d'appel diffère, la sanction est identique. L'article 58 du Code de procédure civile, introduit par le décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005³⁴⁶, définit la déclaration, comme « *l'acte par lequel le demandeur saisit la juridiction sans que son adversaire en ait été préalablement informé* ». Elle partage cette définition avec la requête unilatérale, mais à sa différence, la déclaration n'a pas vocation à aboutir à l'ouverture d'une instance non contradictoire³⁴⁷. La déclaration est le mode privilégié d'introduction de l'instance en matière d'appel³⁴⁸. A la différence de l'assignation, les moyens des parties ne sont pas exigés, ce qui s'explique par le fait que la déclaration d'appel ne vaut pas conclusions. Cet acte introductif d'instance doit cependant, sous peine de nullité pour vice de forme, contenir, notamment, l'objet de la demande, c'est-à-dire les prétentions. On notera également que la déclaration d'appel doit depuis le 1^{er} septembre 2011 être formulée sous forme électronique non pas sous peine de nullité mais bien sous peine d'irrecevabilité ainsi que l'exige l'article 930-1 du Code de procédure civile. Il existe un seul cas permettant de déroger à cette règle et donc de procéder à la notification par voie papier, celui de la cause étrangère³⁴⁹. La sanction du non-respect de la forme électronique est donc des plus graves dans la mesure où elle atteint indirectement le droit d'agir du demandeur.

92. Il résulte donc de ces développements que le respect du principe d'initiative est une condition nécessaire à l'application du principe dispositif. En effet, si les parties n'accomplissent pas les actes de procédure au regard des exigences formelles posées respectivement par les articles 56 et 58 du Code de procédure civile, alors les parties ne pourront remplir leur office, elles ne pourront pas délimiter leur litige, puisque les actes qui contiennent la matière litigieuse seront déclarés nuls. La régularité de ces actes est une condition à la concrétisation du principe dispositif. Il en va de même pour la notification de l'acte introductif d'instance.

³⁴⁶ J.O. 29 décembre 2005, p. 20350 ; Ferrete (A.), Ricard (E.), « La technique au service de l'efficacité de la procédure civile : premières vues sur le décret du 28 décembre 2005 », *Procédures* 2006, étude 17, p. 35.

³⁴⁷ Guinchard (S.), Ferrand (F.), Chainais (C.), *op. cit.*, p. 587, n°840.

³⁴⁸ Art. 900 CPC.

³⁴⁹ Si la cause étrangère est connue du Code civil et notamment du droit des contrats (article 1147 : « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait mauvaise foi de sa part* »), un auteur relève justement que « traiter de la « cause étrangère » à l'occasion de l'utilisation des nouvelles technologies dans un procès civil est un exercice périlleux ». V. Grayot-Drix (S.), « La cause étrangère et l'usage des nouvelles technologies dans le procès civil », *Procédures*, 2013, étude 12.

b. Le principe dispositif, dépendant de la régularité de la notification de l'acte introductif d'instance

93. L'acte introductif d'instance, comme toute demande en justice, entraîne l'interruption de la prescription et de la forclusion et vaut mise en demeure³⁵⁰ ; il « *marque le déclenchement des hostilités* »³⁵¹. Le demandeur est en principe l'auteur naturel de cet acte. Cette exclusivité est liée à la qualité et à la condition même du demandeur³⁵². Ce dernier est traditionnellement présenté comme « *celui qui a pris l'initiative d'un procès* »³⁵³. L'acte introductif d'instance pour produire ses effets doit être régulièrement notifié au défendeur afin que celui-ci puisse répondre au demandeur. Tant que la notification n'a pas lieu, les deux parties ne sont pas engagées dans le lien d'instance, le défendeur ne joue aucun rôle, il est purement passif, il est simplement le destinataire de l'assignation. Pour que les parties puissent ensemble délimiter leur litige, il faut donc que l'acte soit notifié. La notification des actes introductifs d'instance est un acte important qui constitue le point de départ des délais pour exercer une voie de recours. Les règles diffèrent selon qu'il s'agit de l'assignation ou de la déclaration d'appel.

94. L'assignation, acte de citation en justice³⁵⁴, appelle le défendeur à comparaître, il faut qu'il lui soit signifié. La signification est le mode de notification réservée aux actes d'huissier³⁵⁵. Lorsqu'elle est imposée par la loi, la partie ne peut procéder par voie de notification simple, ce que l'on dénomme la notification en la voie ordinaire, sous peine de se heurter à un vice de forme³⁵⁶. Si, classiquement, la signification se faisait sur support papier, l'huissier a la possibilité depuis le décret n°2012-366 du 15 mars 2012 de procéder par voie électronique³⁵⁷. Lorsque l'huissier décide de procéder à une signification sur support papier, alors la signification doit être faite en principe à la personne, et à défaut elle sera faite à domicile ou à résidence ou en l'étude de l'huissier³⁵⁸. Il en va ainsi pour la signification aux personnes physiques. Concernant les personnes morales, la signification doit être délivrée au lieu de l'établissement, à défaut elle est faite à personne de l'un des membres de la personne morale habilitée à recevoir la signification³⁵⁹. Tandis que dans la première hypothèse, la signification peut être faite à toute personne, dans la seconde elle ne peut être faite qu'à une personne habilitée³⁶⁰. Quant à la signification au Ministère public, l'article 691 du Code de procédure civile impose que le parquet destinataire de la signification doit être celui dont la demande est portée ou celui de la juridiction qui a statué ou à celui du dernier domicile connu

³⁵⁰ Allix (D.) « Réflexions sur la mise en demeure », *JCP G* 1977, I, 2844.

³⁵¹ Héron (J.), *Le Bars* ((Th.), *op.cit.*, p. 106 n°112, reprenant la formule de Morel.

³⁵² Sur la notion de demandeur. TGI Bourgoin, 27 févr. 1981, *D.* 1983, IR. 33, obs. Groslière.

³⁵³ Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*

³⁵⁴ Article 55 CPC. « L'assignation est l'acte de l'huissier de justice par lequel le demandeur cite son adversaire à comparaître devant le juge ».

³⁵⁵ Art. 651 CPC.

³⁵⁶ Com. 24 avr. 2007, note Pétel-Teysssié, *JCP G* 2007, II, 10122, obs. Fricero, *D.* 2007, p. 2427, spéc. p. 2430.

³⁵⁷ Art. 653 CPC.

³⁵⁸ Art. 654 à 658 CPC.

³⁵⁹ Art. 690 CPC.

³⁶⁰ Civ. 2^e. 22 janv. 1997, note Du Rusquec, *JCP G* 1997, II, 22874 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1997, p. 505.

du demandeur. Lorsqu'il n'y a pas de parquet près la juridiction, la notification est faite à celui du tribunal de grande instance dans le ressort duquel cette juridiction a son siège.

95. Si la signification peut être faite sous forme papier, elle peut également être faite par voie électronique. Elle est régie par l'article 662-1 du Code de procédure civile, elle ne peut être faite qu'avec l'accord du destinataire. Elle doit donner lieu à un avis électronique de réception. Lorsque le destinataire de la signification en a pris connaissance le jour de la transmission, la signification est considérée comme étant faite à personne, mais s'il en prend connaissance postérieurement, la signification est considérée comme étant faite à domicile. Dans cette hypothèse, l'huissier doit alors procéder à l'envoi d'une lettre simple mentionnant la délivrance de la signification par voie électronique. Si la signification des actes introductifs d'instance peut prendre deux formes, la sanction est identique, il s'agit d'une nullité pour vice de forme qui devra être soulevé par le mécanisme d'une exception de nullité. Il en va quelque peu différemment en matière d'appel.

96. Le décret du 9 décembre 2009 a modifié la procédure d'appel avec représentation obligatoire et notamment a remodelé les règles relatives à la notification de la déclaration d'appel. Dans cette hypothèse, ce ne sont pas en principe les parties qui procèdent à la notification mais le greffier. La remise de la déclaration d'appel par la partie demanderesse au greffe conduit à ce que ce dernier adresse à chacun des intimés une lettre simple, une copie de la déclaration d'appel ainsi que l'indication de constituer avocat³⁶¹. Cette lettre simple est expressément désignée par l'article 902 du Code de procédure civile comme une lettre de notification, elle permet donc au défendeur de prendre connaissance de l'acte introductif d'instance. Ce n'est qu'en cas de retour au greffe de la lettre ou lorsque l'intimé n'a pas constitué avocat dans le délai d'un mois à compter de l'envoi de la lettre de notification que le greffier avise l'avocat de l'appelant pour que celui-ci procède par voie de signification de la déclaration d'appel. L'appelant dispose alors d'un délai d'un mois à compter de la réception de l'avis pour signifier la déclaration d'appel. On retrouve alors les règles traditionnelles de la signification, signification qui est nécessaire sous peine de voir la nullité de l'acte introductif d'instance prononcée. Néanmoins, en matière d'appel, la signification devra être faite par communication électronique par le biais du Réseau Privé Virtuel des Avocats.

97. La réforme de la procédure d'appel avec représentation obligatoire a procédé à un changement de cap intéressant. Le greffier se révèle être non pas un simple auxiliaire de justice, mais un réel organe garant de la justice puisque c'est lui qui est en charge du respect de la contradiction. On remarquera cependant qu'il n'est pas hypothèse d'école que le greffier n'envoie pas l'avis. Or, il s'agit là d'une obligation légale dont le non respect n'a été assorti d'aucune sanction, absence de sanction qui peut, semble-t-il, mettre en péril le caractère équitable de la procédure. Pour autant, la Cour européenne a jugé que le non respect du délai

³⁶¹ Et non plus avoué, en raison de la suppression de cette profession suite au rapport Darrois sur les professions du droit qui a fait l'objet d'un grand débat. V. Junillon (J.), « Fusion avoués/ avocats. Pour le meilleur et pour le pire », *JCP G* 2011, I, n°99, p. 200. Sur l'importance de la constitution d'avocat au regard du principe dispositif, v. *infra* n°128-132.

d'appel par l'huissier ne constituait pas une entrave disproportionnée au droit d'accès à un tribunal³⁶². En cas d'absence de signification dans le délai requis par cet article, la déclaration d'appel est caduque et l'instance éteinte³⁶³. Les parties pourront réintroduire l'instance si le délai de forclusion n'est pas éteint. On peut cependant penser que le greffier pourra faire l'objet d'une action en responsabilité. En effet, la Cour de cassation, a jugé que « *les défaillances des auxiliaires de justice chargés de délivrer les actes, si elles justifient les actions en responsabilité, ne peuvent atteindre l'efficacité des sanctions attachées à la méconnaissance des délais* »³⁶⁴.

98. Par conséquent alors même que de manière traditionnelle, la notification des actes de procédure se faisait sur support papier, ce mode de notification tend aujourd'hui à être largement concurrencé par la notification en la forme électronique : l'assignation et la déclaration n'ont pas échappé à ces phénomènes. La construction d'un procès postmoderne passe par la prise en compte des nouvelles technologies dans le cadre du procès³⁶⁵, ce qui n'est pas sans poser problème. Le principe d'initiative s'en trouve renouvelé dans la mesure où l'obligation pour les parties de conduire l'instance passe aujourd'hui par la maîtrise des nouvelles technologies, maîtrise qui est nécessaire en ce qu'elle peut atteindre le droit d'agir des parties. Si la concrétisation du principe dispositif est conditionnée par le respect de la forme de l'acte introductif d'instance, elle est également conditionnée par le respect de la forme des conclusions en défense.

2. Le principe dispositif dépendant du respect de la forme des conclusions en défense

99. Les conclusions que doivent échanger les parties sont les écritures qui permettent aux parties de répondre aux demandes mais également de formuler d'éventuelles demandes, additionnelles ou reconventionnelles. Les conclusions sont donc des actes de procédure qui contiennent les prétentions. La Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt en date du 20 mars 2013³⁶⁶. Les parties, alors même qu'elles délimitent leur litige par l'émission de ces actes, ne sont pas libres de présenter n'importe quelles conclusions. L'obligation du respect des formes est garantie par le juge de la mise en état dont on a pu dire qu'il était devenu le « *gestionnaire de l'instruction civile* »³⁶⁷. L'article 913 du Code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret n°2010-1647 du 28 décembre 2010 dispose désormais que le conseiller de la mise en état peut enjoindre les avocats de mettre en conformité leurs conclusions avec les

³⁶² CEDH, 11 janv. 2001, *Patakou c/ Grèce*, obs. Marguénaud, *Dr. et proc.* 2001, p. 233 ; CEDH, 6 déc. 2001, *Tsironis c/ Grèce*, obs. Fricero, *Dr. et proc.* 2002-2, p. 92.

³⁶³ Les juges du fond ont cependant heureusement considéré que cette caducité ne pouvait pas être relevée d'office par le juge. CA Bordeaux, 1^{er} ch. 15 févr. 2012, n°11/05730, *JurisData* n°2012002738, obs. Gerbay, *JCP G* 2010, 351.

³⁶⁴ Soc. 12 juill. 2001, obs. Fricero, *D.* 2001, p. 2712 ; obs. Douchy, *Dr. et proc.* 2002-1, p. 34 ; obs. Prétot, *Dr. soc.* 2001, p. 898.

³⁶⁵ Cadiet (L.), « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies. Rapport de synthèse », *Procédures* 2010, dossier 8. V. de manière plus générale l'ensemble du numéro consacré à ce thème.

³⁶⁶ Civ. 1^{er}. 20 mars 2013, n°11-16.345, obs. Deharo (G.), *JCP G* 2013, act. 366.

³⁶⁷ Perrot (R.), « Décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005 », *Procédures* 2006, étude 3, p. 7.

dispositions de l'article 954 dudit Code. De la même manière que pour les actes introductifs d'instance, les conclusions obéissent à des règles strictes. On prendra pour exemple l'obligation pour les parties de présenter des conclusions structurées.

100. Par structure des actes de procédure, nous entendons faire référence aux exigences relatives aux écritures qualificatives et récapitulatives. Introduites par le décret de 1998 pour la première instance, elles l'ont été pour l'appel par le décret du 9 décembre 2009³⁶⁸ lui-même modifié par le décret n°2010-1647 du 28 décembre 2010³⁶⁹. Les conclusions doivent, dans le cadre de la procédure ordinaire non seulement de première instance mais également d'appel, présenter des écritures qualificatives, récapitulatives avec en annexe un bordereau de récapitulation des pièces. Il s'agit là d'exigences relatives à la conduite de l'instance, de véritables charges processuelles. Si les sanctions diffèrent selon qu'on se situe dans le cadre de la première instance ou de l'appel³⁷⁰, il reste que les conclusions doivent d'abord être qualificatives. La qualification des écritures a non seulement pour fonction de permettre à la partie de connaître la signification véritable des prétentions de son adversaire, elle permet ainsi d'assurer une meilleure contradiction. Ainsi que le note le Professeur Guinchard, « *l'acte de volonté d'un plaideur demeure sans valeur tant qu'il n'a pas trouvé son expression dans l'écrit prévu à cet effet* »³⁷¹. Elle a également pour fonction de permettre au juge de trancher le litige plus facilement sans devoir se livrer à une interprétation. Elle est donc commandée par la coopération entre les parties mais également par la coopération entre le juge et les parties. C'est ce qu'il ressort d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris dans lequel les juges du fond ont considéré que les écritures qualificatives n'avaient pour autre effet que de mettre à la charge des plaideurs la rédaction d'une démonstration normalement compréhensible appuyée sur des principes juridiques indiqués. Dès lors, les conclusions qui étaient fondées sur l'article 1134 du Code civil, alors qu'elles auraient dû viser l'article 1147 du même Code, étaient conformes aux exigences de l'article 954 du Code civil³⁷². En effet doivent être pris en compte les moyens qui ne sont pas formulés dans le dispositif mais dans les motifs³⁷³.

³⁶⁸ Fricero (N.), « L'appel nouveau est arrivé », *Procédures* 2010, étude 3 ; Gerbay (Ph.), « La réforme de la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile », *Gaz. Pal.* 12/01/2010, n°12, p. 12; Narran (G.), « La nouvelle procédure d'appel est arrivée! », *Gaz. Pal.* 22/12/2009, n°356, p.2; Salati (O.), « Présentation des principales dispositions du décret du 9 décembre 2009 relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile », *Dr. et proc.* janv. 2010, chron. 3.

³⁶⁹ Fricero (N.), « Procédure d'appel : la réforme de la réforme ! A propos du décret du 28 décembre 2010 », *JCP G* 2011, 37.

³⁷⁰ La caractérisation de la sanction du défaut de qualification n'est pas claire. Aucune sanction n'est expressément prévue dans le cadre de la procédure devant le TGI. La doctrine se prononce cependant en faveur de la reconnaissance d'une nullité pour vice de fond qui sous-entend donc la preuve d'un grief. Dans le cadre de l'appel, les choses sont différentes, il semble que la jurisprudence se prononce en faveur de la radiation de l'affaire du rôle (Civ. 2^e. 26 juin. 1991, note Estoup, *JCP G* 1992, II, 21821). Sur cette question, V. Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 1172, n°1821. Qu'il s'agisse de la nullité ou de la radiation, ces sanctions sont la marque du non respect par les parties de leur office en vertu du principe d'initiative.

³⁷¹ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 618, n°874.

³⁷² CA Paris, 19 juin 2002, *RG proc.* n°2000/10170.

³⁷³ Civ. 2^e. 8 avr. 2004, *Bull.civ.* II, n°177, obs. Perrot, *Procédures* 2004, comm. 120.

101. Les écritures doivent également être récapitulatives³⁷⁴. La partie doit récapituler tous les moyens et toutes les prétentions dans les dernières conclusions à défaut, elle est réputée les avoir abandonnées. Bien que la lettre des articles 753 et 954³⁷⁵ du Code de procédure civile puisse paraître sévère, cette exigence est commandée par la volonté de traiter l'entier litige par le biais d'une procédure cohérente. Comme l'a souligné le Professeur Normand lors du commentaire du Rapport Magendie ayant donné naissance à ce décret, « *il s'agit (...) de « responsabiliser » les parties, de garantir l'effectivité de la contradiction et de faire en sorte que d'entrée de jeu, la discussion puisse s'établir sur le fond* »³⁷⁶. Les conclusions des parties prennent ainsi la forme de propositions de jugement en raison de la nécessité de qualifier les demandes et de les récapituler. Le Conseil d'Etat a notamment jugé que les conclusions récapitulatives ne contrevenaient à aucun principe général du droit et à aucune règle législative³⁷⁷. Les similitudes de forme entre les conclusions et le jugement ne sont que la marque de la coopération entre les parties et le juge et la consécration du raisonnement syllogistique des parties qui participent ainsi à la bonne réalisation du droit³⁷⁸.

102. Nous rejoignons le Professeur Jeuland lorsqu'il avance que « *les formes modifient la matière litigieuse, celle-ci s'affine au fur et à mesure que se dégagent les faits et les moyens. Le fond doit changer de forme, d'une situation bloquée telle un bloc de marbre brut, il faut dégager une solution pacifiée et, en quelque sorte, plus lisse* »³⁷⁹. L'augmentation des charges processuelles liées à la forme des actes est symptomatique de la volonté de permettre aux parties d'apporter au juge le litige le plus précis possible dans le but d'alléger la tâche du juge. Les conclusions sont devenues des propositions de règlement juridictionnel du litige qui sont articulées autour du syllogisme juridique. Un magistrat relevait ainsi qu' « *à la lecture des conclusions, les magistrats devraient pouvoir déterminer, sans hésitation, les prétentions des parties, distinguer aisément les moyens de fait et les moyens de droit venant au soutien des prétentions, trouver la référence des textes, des jurisprudences ou des principes généraux du droit sur lesquels repose la démonstration juridique* »³⁸⁰. Les différentes réformes affectant la procédure ont eu vocation à faciliter le travail du juge. Les actes de procédure qui contiennent les prétentions s'apparentent clairement à des propositions de jugement et ce tant en première instance qu'en appel.

103. La nécessité de respecter ces exigences est inhérente au principe d'initiative car leur non respect vient affecter l'instance. Si les sanctions qui leurs sont attachées font l'objet d'un

³⁷⁴ Chazal de Mauriac (R.), « La structuration des écritures », *Gaz.pal.* 27/11/2007, n°331, p. 13.

³⁷⁵ « *Les conclusions d'appel doivent formuler expressément les prétentions des parties et les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée avec indication pour chaque prétention des pièces invoquées. Un bordereau récapitulatif des pièces est annexé. Les prétentions sont récapitulées sous forme de dispositif. La cour ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif* ».

³⁷⁶ Normand (J.), *R.T.D.civ.* 1998, p. 466, spéc. p. 468. Pour une critique des exigences relatives à la forme des écritures, Martin (R.), « Les conclusions uniques », *D.* 2002, p. 219.

³⁷⁷ CE 6 avr. 2001, Perrot, *Procédures* 2001, comm. 144, *R.T.D.civ.* 2001, p. 654 ; Douchy-Oudot, *Dr. et proc.* 2001, p. 315.

³⁷⁸ V. *supra* n°70-71.

³⁷⁹ Jeuland E., « Autour de la forme et du fond, problèmes de procédure », *art. préc.*, p. 448.

³⁸⁰ Chazal de Mauriac (R.), « La structuration des écritures », *art. préc.*, n°13.

débat non seulement doctrinal mais également jurisprudentiel, il n'en reste pas moins que toutes présentent la particularité de venir remettre en cause la régularité de l'instance et sont donc la marque d'une *mauvaise* conduite de l'instance par les parties. La carence des parties dans la conduite de l'instance est symptomatique d'une violation du principe d'initiative qui vient affecter la délimitation par les parties du litige dans la mesure où les parties ne se trouvent plus dans un lien d'instance. Le principe dispositif est donc dépendant du respect des écritures ainsi que de celui de leur notification. La notification va concerner en premier lieu les parties, on parlera alors de la notification faite d'avocat à avocat, mais la notification concerne également la notification des conclusions au juge.

104. Les mêmes règles gouvernent la notification des conclusions dans le cadre de la première instance et dans le cadre d'instance d'appel lorsque celle-ci est faite d'avocat à avocat. Cette notification obéit à un régime particulier prévu par les articles 671 à 673 du Code de procédure civile³⁸¹. La notification des conclusions ne se fait ni par voie de signification par voie d'huissier ni en la forme ordinaire, elle se fait entre avocats, par signification ou par notification directe. Ainsi que le prévoit l'article 672 du Code de procédure civile, « *la signification est constatée par l'apposition du cachet et de la signature de l'huissier de justice sur l'acte et sa copie avec l'indication de la date et du nom de l'avocat destinataire* ». L'article 673 du Code de procédure civile dispose quant à lui que la « *notification directe s'opère par la remise de l'acte en double exemplaire à l'avocat destinataire, lequel restitue aussitôt à son confrère l'un des exemplaires après l'avoir daté et signé* ». Lorsque les parties notifient les conclusions, elles doivent en matière d'appel simultanément communiquer les pièces à la partie adverse. La question s'est posée de la sanction du défaut de simultanéité, les textes n'ayant rien prévu. La Cour de cassation s'est prononcée dans un avis du 25 juin 2012³⁸². Elle a considéré que les pièces invoquées au soutien des prétentions devaient être écartées du débat. Ainsi que l'a soulevé un auteur, le problème reste entier dans la mesure où il convient maintenant de définir le défaut de simultanéité³⁸³. On remarquera également que la Cour de cassation a précisé que le conseiller de la mise en état n'était pas compétent pour écarter les pièces invoquées au soutien des prétentions qui ne sont pas communiquées simultanément à la notification des conclusions³⁸⁴. Par conséquent, seule la notification constitue véritablement une condition de forme de l'acte pouvant être sanctionnée par la nullité de l'acte introductif d'instance.

105. Si l'on peut déplorer l'absence de précision des textes, il n'en reste pas moins que les exigences de forme tendent à la mise en place d'une véritable coopération entre les parties et le juge dans le cadre du règlement du litige ainsi qu'à une modernisation du procès civil par la

³⁸¹ Lamarche (T.), « Pour une simplification des actes de procédure entre auxiliaires de justice », *JCP G* 2011, I, 225.

³⁸² Cass. avis 25 juin 2012, *Jurisdata* n°2012-014534, obs. Gerbay, *JCP G* 2012, act. 814; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2012, p. 772. *Adde.* Alcalde (C.), « L'exigence de simultanéité, nouveau principe directeur du procès civil ? », *D.* 2012, p. 2345.

³⁸³ Junillon (J.), Laffly (R.), « La communication des pièces en appel : c'est maintenant ! », *JCP G* 2012, 944.

³⁸⁴ Cass. avis 21 janv. 2013, *JurisData* n°2013-000902.

prise en compte des nouvelles technologies. Cette évolution impose une responsabilisation du justiciable et des avocats dans le cadre du procès. Il en va de même au regard des exigences qui pèsent sur les parties en matière de délais.

B. L'émission des actes de procédure dans les délais requis

106. La délimitation par les parties de leur litige passe par l'émission des actes de procédure dans les délais requis³⁸⁵. De la même manière qu'elles ne peuvent pas émettre n'importe quel acte de procédure, elles ne peuvent pas les émettre n'importe quand. Sur ce point, les différentes réformes de la procédure ont pour leitmotiv la célérité judiciaire, objectif de politique judiciaire qui a transformé le principe d'initiative. La célérité en droit français semble néanmoins être devenue synonyme de grande rapidité. Un praticien écrit : « *« La célérité judiciaire » : trop de hâte (...) Tout est fait pour presser le mouvement. La précipitation gagne les palais, mais elle n'améliore rien du tout. Il ne resterait plus qu'à supprimer les plaidoiries* »³⁸⁶. Les évolutions contemporaines tendent à démontrer que la balance penche plus du côté de la célérité que de la sérénité. Il faut être plus rapide, nous l'aurons bien compris. Bien que toutes ces initiatives soient présentées comme des garanties pour les justiciables, comme des réponses à leurs attentes, il n'est pas sûr qu'elles ne les desservent pas. « *Si l'efficacité représente théoriquement un « mieux » pour la justice, il convient de prendre garde à ce que, dans le domaine procédural comme ailleurs, le « mieux » ne devienne pas l'ennemi du « bien »...* »³⁸⁷. Mais tel n'est pas – encore – l'objet de notre propos³⁸⁸, le constat est là : les exigences relatives à la célérité de la justice remettent progressivement en cause le principe d'initiative, ce qui peut avoir une incidence sur le principe dispositif. Les parties doivent en effet émettre non seulement l'acte introductif d'instance dans les délais requis **(1)**, mais également les conclusions **(2)**.

1. L'émission de l'acte introductif d'instance dans les délais requis

107. Lorsqu'une partie décide d'agir en justice et d'introduire une instance, elle va émettre dans le cadre de la procédure ordinaire une assignation, puis la notifier à la partie adverse. Tandis que la demande introductive crée l'instance, la notification assure la liaison de l'instance. Mais un autre acte est nécessaire pour que la demande produise ses pleins effets, il s'agit de l'enrôlement de l'acte introductif d'instance qui traduit la saisine du juge. Tant que l'acte n'est pas enrôlé, le lien d'instance n'existe pas vraiment. La mise au rôle ne concerne pour autant que l'acte d'assignation. En effet, les autres modes d'introduction de l'instance et

³⁸⁵ Pour une étude de la place des délais en procédure civile, Amrani-Mekki (S.), *Le temps et le procès civil*, op. cit.

³⁸⁶ Fleuriot (D.), « Nouvelle procédure d'appel : une révolution ? », *Gaz. Pal.*, 23/11/2010, n°327, p.14. Il convient de noter que le décret de 2005 a conféré au juge de la mise en état le pouvoir, certes avec l'accord de l'ensemble des parties et le cas échéant celui du ministère public, de déposer le dossier au greffe de la chambre, à la date que lui seul fixe, quand il lui apparaît que l'affaire ne requiert pas de plaidoiries.

³⁸⁷ Weiller (L.), « Réforme de la procédure d'appel : entre efficacité et équité », *D.* 2010, p. 591.

³⁸⁸ Sur les rapports entre le droit à être jugé dans un délai raisonnable et le principe dispositif, v. *infra* n°631 et suiv.

donc la déclaration d'appel valent mise au rôle. La mise au rôle de l'assignation doit être faite dans un délai de quatre mois de l'assignation. Si la partie n'effectue pas l'enrôlement, alors l'acte introductif d'instance sera déclaré caduc en vertu de l'article 757 alinéa 2 du Code de procédure civile. A la différence de la nullité, la caducité n'interrompt pas le délai de prescription. La solution est traditionnelle, elle a clairement été posée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 3 avril 1987³⁸⁹.

108. Le juge ne se saisit pas d'un litige d'office³⁹⁰. On rattache cette règle au principe d'initiative et à la lettre de l'article 1^{er} du Code de procédure civile selon laquelle les parties introduisent l'instance. Comme il l'a été souligné, le principe d'initiative « *exprime que, dans le contentieux privé, les parties restent maîtresses de leurs droits substantiels et, par contre-coup de leur traduction judiciaire* »³⁹¹. C'est la demande initiale qui crée l'instance³⁹². Cet acte juridique³⁹³ vaut, comme le soulignent les Professeurs Guinchard, Chainais et Ferrand, « *naissance juridique du lien d'instance entre les parties* »³⁹⁴. Le lien d'instance est donc créé par la demande introductive d'instance, la saisine du juge ne vient que dans un second temps. L'acte d'enrôlement concrétise³⁹⁵ l'instance, lui donne une forme. L'amalgame entre le principe d'initiative et le principe dispositif quant à l'introduction de l'instance résulte des rapports ambigus qu'ont entretenus l'acte d'enrôlement et la demande en jurisprudence.

109. Comme le rappelle une partie de la doctrine, on a longtemps considéré que la demande et la saisine du juge ne faisaient qu'un³⁹⁶. En effet, dans une vision classique du procès, la demande saisit le juge, on ne distingue pas. L'assimilation n'est pas étonnante dans la mesure où on considérerait que ces actes emportent les mêmes effets : l'introduction de l'instance. D'aucuns assimilent encore les deux notions, considérant que la demande initiale saisit le juge³⁹⁷. La demande initiale aurait donc pour objet de soumettre au juge une prétention et pour effet d'introduire l'instance. Quant à la saisine du juge, la doctrine s'accorde également pour dire qu'elle concerne l'introduction de l'instance³⁹⁸. Les deux actes ne sont parfois pas étudiés de manière distincte. C'est ainsi qu'on peut lire que « *l'article premier du Code de procédure civile dispose de la façon la plus claire que « seules les parties introduisent l'instance* ». *L'instance que vise ce texte est aussi bien celle qui résulte de la demande initiale, donc la première instance à l'intérieur du procès, que les autres instances qui seront*

³⁸⁹ Ass. Plén. 3 avr. 1987, *Bull.civ. Ass. Plén.* n°2, concl. Cabannes, *JCP G* 1987, II, 20792 ; obs. Julien, *D.* 1988, somm. 122 ; obs. Croze, Morel, *Gaz. Pal.* 1987, 2, somm. 486 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1987, p. 401.

³⁹⁰ Sur cette règle, v. *infra* n°574-580.

³⁹¹ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 345, n°404.

³⁹² Sur la notion de création de l'instance et les conséquences que cela emporte notamment en matière de délais. cf. Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 333, n°390.

³⁹³ Hauser (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, L.G.D.J. 1971 ; Mayer (L.), *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, I.R.J.S. éd., préf. Cadet (L.), 2009.

³⁹⁴ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 264, n°292.

³⁹⁵ La distinction entre la création de l'instance par la demande initiale et sa concrétisation par la saisine est empruntée au manuel de Procédure civile des Professeurs Guinchard, Chainais et Ferrand. *Ibid.*

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ Bolard (G.), « Actes introductifs d'instance », *Droit et Pratique de la procédure civile*, Dalloz, 2009/2010, 172.000.

³⁹⁸ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 346, n°407.

créées ultérieurement par l'exercice des voies de recours. Inversement, le juge ne peut introduire l'instance, c'est-à-dire selon l'expression classique, se saisir lui-même »³⁹⁹. Ainsi, de manière classique, ces deux actes se confondent, ce qui explique que l'on ait eu tendance à assimiler le principe dispositif et le principe d'impulsion. L'absence de distinction se justifie par la nature de la saisine du juge et plus particulièrement par la nature de l'enrôlement qui est l'acte qui marque effectivement la saisine du juge.

110. Traditionnellement, la jurisprudence considère que l'instance est créée à la date de la notification de l'acte introductif et non à la date de l'enrôlement qui ne constituait qu'une formalité administrative⁴⁰⁰. La solution est logique et correspond parfaitement à l'esprit accusatoire du procès civil : elle permet ainsi de traduire d'un point de vue procédural la situation substantielle. La date de l'introduction de l'instance est donc celle de la demande initiale. Cette position reflète parfaitement l'idée que le procès était la chose des parties. En effet, pour apprécier le début de l'instance, doit être prise en compte la date de l'acte qui traduit le lien d'instance, qui lie les parties et le litige, et non celle de l'acte qui met en relation les parties et le juge. Tandis que la saisine juridique s'opère par la demande initiale, la date de l'enrôlement est la marque de la saisine administrative, saisine qui vient, en quelque sorte, entériner la véritable saisine opérée par la demande initiale. C'est ainsi que le Professeur Perrot a relevé, au regard de l'assignation, qu'« *il s'agit uniquement d'un acte signifié par le demandeur au défendeur, sans la moindre intervention de la juridiction compétente* »⁴⁰¹. La demande en justice tend donc à mettre en relation les parties entre elles, indépendamment de toute relation avec le juge. Or, l'acte de saisine a pour fonction de lier les parties avec le juge. Le procès débute, dans cette conception, quand l'adversaire du demandeur est averti de l'existence de l'instance, et non quand le juge est saisi. Il faut prendre en compte la date de l'acte qui matérialise le lien d'instance – acte qui résulte de la volonté des parties – et non celle de l'acte qui le concrétise, qui fait entrer le juge sur la scène du procès. La mise au rôle n'a donc de sens qu'au regard de la demande.

111. Pour autant, la deuxième⁴⁰², la troisième chambre civile⁴⁰³ et la chambre commerciale⁴⁰⁴ ont jugé, notamment en matière de copropriété, que « *l'instance s'ouvre par la saisine* ». Cette jurisprudence faisait du juge un acteur central du procès dans la mesure où elle considérait que l'instance était créée lorsque celui-ci était avisé de l'affaire. Le juge était envisagé comme une partie, et la demande était sans valeur tant qu'elle n'avait pas été enrôlée. Si, comme il a pu l'être souligné, cette jurisprudence pouvait s'expliquer par des maladresses textuelles, elle se justifiait également par le fait que « *l'accroissement des pouvoirs du juge moderne a pu suggérer l'idée que le pôle de référence devenait désormais le*

³⁹⁹ Héron (J.), *Le Bars* (Th.), *op. cit.*, p. 216 n°266.

⁴⁰⁰ Com. 11 juin 1952, *Bull.civ.* IV, n°232 ; Civ. 1^{er}. 24 avr. 1981, note Viatte, *Gaz. Pal.*, 1988, 1, p. 601. Pour des références jurisprudentielles cf. Perrot, *R.T.D.civ.* 1984, p. 559.

⁴⁰¹ Perrot (R.), *Institutions judiciaires*, *op. cit.*, p. 428, n°550.

⁴⁰² Civ. 2^e. 29 février 1984, *Bull.civ.* II, n°43, *JCP G* 1984, IV, 147 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1984, p. 559, n°5.

⁴⁰³ Civ. 3^e, 10 déc. 1985, *Bull.civ.* III, n°167, note Guinchard, Moussa, *Gaz. Pal.* 1986. 2, p. 329 ; note Perrot, *R.T.D.civ.* 1986, p. 634, n°2 ; Civ.3^e. 23 juin 1993, *Bull.civ.* III, n°97, note Perrot, *R.T.D.civ.* 1993, p. 885, n°3.

⁴⁰⁴ Com. 18 déc. 1984, *Bull.civ.* IV, n°356.

jour où l'affaire était mise entre ses mains »⁴⁰⁵. En prenant en compte pour date de création du lien d'instance la date de la saisine et non plus la date de l'acte introductif d'instance, la jurisprudence conférait au juge une place exorbitante eu égard à sa fonction juridictionnelle et réduisait à néant celle des parties. Elle tendait à les éluder totalement, privant le principe d'initiative de sa fonction de garantie d'effectivité du principe dispositif. C'est pourquoi, on ne peut que saluer le revirement opéré par la troisième chambre civile de la Cour de cassation.

112. Cette dernière a ainsi jugé, dans un arrêt en date du 15 mai 2002⁴⁰⁶, de la même manière que la première chambre civile⁴⁰⁷, que la date de la création de l'instance était celle de la délivrance de l'assignation et non celle de la mise au rôle. Par cette décision, la Cour de cassation confirme que la demande initiale est l'acte qui crée le lien d'instance, l'acte qui opère la véritable saisine juridique. Autrement dit, elle confirme le fait que le procès est encore la chose des parties, et que la saisine n'est qu'une formalité administrative. Le principe d'initiative reste encore un instrument au service de l'effectivité du principe dispositif. C'est ce qu'a confirmé la Cour de cassation dans un avis en date du 4 mai 2010, relatif à une procédure devant le juge aux affaires familiales, en considérant que « *lorsqu'une demande est présentée par assignation, la date de l'introduction de l'instance doit s'entendre de la date de cette assignation, à condition qu'elle soit remise au secrétariat du greffe* »⁴⁰⁸. La demande initiale crée l'instance, la mise au rôle ne devant être appréhendée que comme une condition suspensive.

113. La mise au rôle est envisagée comme un acte nécessaire pour donner une efficacité juridique à la demande et donc au principe dispositif. Elle assure la concrétisation du lien d'instance. Sans saisine, la demande reste sans effet, car l'instance n'est pas créée. Le principe dispositif dépend donc la régularité de l'acte introductif. Tout comme ce dernier, les conclusions doivent également être formulées dans les délais requis.

⁴⁰⁵ Perrot (R.), *Procédures*, 2002, octobre, n°182, p. 9. Voir aussi Perrot (R.), *R.T.D.civ.* 1986, p. 634, spéc. p. 635 : « *Il ne faut peut-être pas chercher bien loin la cause de cette évolution qui va de pair avec le rôle que le juge moderne est appelé à jouer dans le procès. A une époque où les parties dirigeaient elles-mêmes leur procédure et où le juge n'intervenait que pour les départager, une fois l'instruction achevée, il eût été absurde de ne pas fixer le début du procès au jour où le demandeur en avait pris l'initiative en assignant son adversaire. Mais de nos jours où le juge est appelé à jouer un rôle actif dans l'instruction de l'affaire dès que l'assignation est placée, il est psychologiquement inévitable qu'il en vienne à considérer que l'acte important qui marque le début du procès est celui qui le saisit effectivement de la demande. Et ainsi, le centre de gravité se déplace insensiblement de l'assignation vers la mise au rôle, laquelle gagne en densité. Mais il faut rester vigilant dans un contentieux privé où chacune des parties défend ses propres droits, l'assignation demeure une pièce essentielle que l'on ne saurait négliger* ».

⁴⁰⁶ Com. 15 mai 2002, n°00-22.175 ; *Bull.civ.* III, n°101 ; note Atias, *D.* 2002, p. 2499, *Dr. et proc.* 2002, p. 288 ; obs. Giverdon, *D.* 2003, p.1326 ; note Perrot, *Procédures*, 2002, octobre, n°182, p. 9.

⁴⁰⁷ Civ. 1^{er}. 20 oct. 1998, Martin (R.), « De la liaison de l'instance », *Rev. Huissiers*, 1999, p. 167.

⁴⁰⁸ Cass. avis. 4 mai 2010, rapport Alt, obs. Marotte, *B.I.C.C.*, 1^{er} juill. 2010, p. 18.

2. L'émission des conclusions dans les délais requis

114. Les parties ne pourront formuler leurs prétentions que sous réserve de l'accomplissement des actes dans les délais requis. Dans le cadre de la première instance⁴⁰⁹, les délais sont mis en place par le juge de la mise en état. Sur ce point, le décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005 a institué une véritable mise en état intellectuelle⁴¹⁰. Les parties doivent échanger leurs conclusions dans le cadre de l'instruction avant que l'ordonnance de clôture ne soit prononcée sous peine de voir déclarées, d'office, irrecevables leurs conclusions⁴¹¹. C'est le juge de la mise en état qui est en charge de mettre en place des délais pour l'échange des conclusions. Deux hypothèses s'offrent à lui au regard de l'article 764 du Code de procédure : soit le juge de la mise en état fixe au fur et à mesure de l'instruction des délais nécessaires, soit il fixe un calendrier de procédure après avoir recueilli l'avis des avocats.

115. Le décret est venu accorder au juge de la mise en état le pouvoir de prononcer d'office la clôture partielle de la mise en état à l'encontre du plaideur peu diligent. Alors qu'auparavant ce juge pouvait, en vertu de l'article 781 du Code de procédure civile, prononcer la radiation de l'affaire, lorsque les parties n'accomplissaient pas les actes dans les délais impartis, il peut dorénavant prononcer la clôture partielle de la mise en état. Cette nouvelle disposition a vocation à lutter contre les manœuvres dilatoires⁴¹². L'article 780 dudit Code dispose ainsi que « *si l'un des avocats n'a pas accompli les actes de procédure dans le délai imparti, le juge peut ordonner la clôture à son égard, d'office ou à la demande d'une partie (...)* ». A la lecture du texte, on constate qu'il permet de sanctionner n'importe quel retard et non pas uniquement les manœuvres dilatoires. Une fois la mise en état clôturée, les parties ne peuvent plus échanger. Il s'agit de la volonté de mettre en place une mise en état intellectuelle. Une nuance est apportée dans la mesure où l'alinéa 2 dispose que « *le juge rétracte l'ordonnance de clôture partielle, d'office ou lorsqu'il est saisi de conclusions à cette fin, pour permettre de répliquer à des demandes ou des moyens nouveaux présentés par une partie postérieurement à cette ordonnance* ».

116. Ainsi, si la partie à l'encontre de laquelle la clôture n'a pas été prononcée présente de nouveaux moyens ou de nouvelles demandes, son adversaire pourra répondre. Toutefois, comme le note très justement le Professeur Perrot, il reste à savoir ce qui est nouveau et ce qui ne l'est pas⁴¹³ ... Dans l'hypothèse où la partie diligente ne le fait pas, celle qui subit la clôture ne pourra pas présenter de nouveaux documents et ce, même si elle avait de nouvelles demandes. La matière litigieuse sera donc définitivement figée. On connaissait le problème

⁴⁰⁹ L'étude de l'émission des actes de procédure dans les délais requis dans le cadre de la procédure d'appel fera l'objet de développements postérieurs. V. *infra* n°634 à 639.

⁴¹⁰ Perrot (R.), « Décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005 », *Procédures* 2006, étude 3 ; Villacèque (J.), « A propos du décret n°2005-1678 du 25 décembre 2005 réformant la procédure civile. Perspectives et regrets », *D.* 2006, p. 539.

⁴¹¹ Art. 783 CPC.

⁴¹² En ce sens, Malin (T.), Raji (F.), Wendel (G.), « La réforme de la mise en état », *Procédures* 2006, étude 11.

⁴¹³ Perrot (R.), « Décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005 », *Procédures* 2006, étude 3.

des conclusions tardives⁴¹⁴, on connaît désormais celui des conclusions qui n'ont pas eu le temps d'être formulées. Si les avocats s'abstiennent d'accomplir les actes de procédure, alors le juge de la mise en état peut d'office, après avoir donné avis aux avocats, prendre une ordonnance de radiation non susceptible de recours, ainsi que le prévoit l'article 781 du Code de procédure civile. La Cour de cassation a sur ce point jugé qu'il s'agissait là d'une simple faculté et non d'une obligation⁴¹⁵. On remarquera cependant que l'article 784 dudit Code prévoit des causes de révocation de l'ordonnance de clôture, telles que la cause grave ou encore la formulation d'une intervention volontaire. Le juge de la mise en état peut alors révoquer, par ordonnance motivée ou après l'ouverture des débats, d'office ou à la demande des parties l'ordonnance de clôture⁴¹⁶. Les parties doivent donc procéder à l'échange des conclusions soit dans les délais qui auront été imposés par le magistrat de la mise en état, soit dans les délais qu'elles auront mis en place avec lui. En cas de non-respect, la révocation de l'ordonnance sera prononcée, autrement dit, l'instruction sera poursuivie sans la partie défaillante, ou la radiation sera prononcée.

117. Par conséquent, il ressort de l'étude du droit positif que le principe dispositif est largement conditionné par le respect du principe d'initiative. Les parties ne pourront formuler des demandes que si les actes de procédure sont émis dans la forme et dans les délais requis. Le temps n'est plus celui de la facilité⁴¹⁷, mais bien celui du « *renforcement des charges processuelles* »⁴¹⁸. La célérité et la qualité de la justice sont devenues le fondement du nouvel ordre public procédural, ordre public qui vient limiter le principe d'initiative au profit de la mise en place d'un renforcement des pouvoirs du magistrat de la mise en état symptomatique de la volonté de création d'une réelle collaboration. Les parties doivent donc remplir leur office dans le cadre du principe d'initiative pour pouvoir délimiter tout leur litige, elles doivent également respecter la contradiction.

§ 2. L'émission des actes de procédure dépendante du principe du contradictoire

118. Le principe du contradictoire est un des principes directeurs classiques du procès au côté du principe d'impulsion procédurale et du principe d'initiative⁴¹⁹. Envisagé au côté des

⁴¹⁴ Blaisse (A.), « Le problème des pièces et des conclusions tardives », *JCP G*, I, 3317. Pour une analyse synthétique des solutions jurisprudentielles, cf. Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 1210, n°1872.

⁴¹⁵ Civ. 2^e. 16 déc. 1982, obs. Guinchard, *Gaz.pal.* 1983, 1, somm. p. 140.

⁴¹⁶ Art. 784 CPC.

⁴¹⁷ Gerbay (Ph.), « La réforme de la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile », *Gaz. Pal.* 12/01/2010 n°12, p. 12.

⁴¹⁸ Fricero (N.), « L'appel nouveau est arrivé ! », *Procédures* 2010, étude 3.

⁴¹⁹ Ascensi (L.), *Du principe de la contradiction*, préf. Cadiet (L.), L.G.D.J., 2006 ; Frison-Roche (M.-A.), *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse dact. Paris, 1988 ; Miniato (L.), *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préf. Beignier (B.), L.G.D.J. 2008.

droits de la défense comme un principe de droit naturel⁴²⁰, le principe du contradictoire doit néanmoins en être distingué. Il est un élément des droits de la défense, mais les droits de la défense sont une notion plus large⁴²¹. En effet, tandis que Vizioz voyait dans le contradictoire le corollaire des droits de la défense⁴²², Motulsky a mis en évidence qu'il en était une application⁴²³. De la même manière, le principe du contradictoire ne doit pas être confondu avec le principe d'égalité des armes. La Cour européenne des droits de l'homme les a distingués clairement dans son arrêt « *Ruiz Mateos c/ Espagne* » en date du 23 juin 1993, en précisant que l'égalité des armes était une composante du droit à un procès équitable qui comprenait le droit fondamental au caractère contradictoire de l'instance⁴²⁴.

119. On enseigne que le principe du contradictoire⁴²⁵ est le principe fondamental de la procédure⁴²⁶. Il n'y aurait pas de procès sans contradictoire, même si ce dernier connaît des applications extrajudiciaires⁴²⁷. On a ainsi pu écrire qu'« *il est l'âme du procès au point qu'il est dit de droit processuel* »⁴²⁸, « *la contradiction a valeur de définition du procès* »⁴²⁹. Véritable principe général du droit⁴³⁰, il permet aux parties de délimiter *ensemble et de la même* manière la matière litigieuse. En effet, le principe du contradictoire au regard des parties signifie, dans un première branche, qu'aucune des parties ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée⁴³¹. Reprise par l'article 14 du Code de procédure civile, cette règle n'est que la reprise d'une jurisprudence très ancienne⁴³². Elle est notamment garantie par la notification des actes de procédure. Nous l'avons vu, cette dimension du principe de la contradiction est protégée par le biais du principe d'initiative et non par le biais direct du

⁴²⁰ Guinchard (S.), et *alii*, *Droit processuel op. cit.*, p. 954, n°453 ; Motulsky (H.), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Ecrits et notes de procédure civile, op. cit.*, p.175.

⁴²¹ Wiederkehr (G.), « Le principe du contradictoire », *D.* 1974, p. 95 ; « Droits de la défense et procédure civile », *D.* 1978, p. 36.

⁴²² Vizioz (H.), *Etudes de procédure*, préf. Guinchard (S.), Dalloz, 2011, p. 447.

⁴²³ Motulsky (H.), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Ecrits et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 60. Cette position est aujourd'hui admise par la doctrine majoritaire. Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 634 ; n°174 ; Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 528, n°737 ; Héron (J.), Le Bars (Th.), *op. cit.*, p. 210, n°91.

⁴²⁴ CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz Mateos c/ Espagne*, série A, n°262, §63 ; CEDH, 24 nov. 1997, *Werner c/ Autriche*, série A, n°282, § 63. Pour une synthèse des relations entre le principe du contradictoire et le principe d'égalité des armes, cf. Guinchard (S.), et *alii*, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, op. cit.*, p. 1080 et suiv.

⁴²⁵ Les expressions « principe du contradictoire » et « principe de la contradiction » seront utilisées indifféremment. Si certains tendent à les différencier, nous les tiendrons pour notre part pour synonymes. M. Miniato considère quant à lui que « le principe de la contradiction » ne concerne que le dialogue entre les parties, et que « le principe du contradictoire » concerne plus largement tous les autres dialogues. Miniato (L.), *Le principe du contradictoire en droit processuel, op. cit.*, p. 4, n°5 et 6 ; « La consécration du principe du contradictoire par le décret du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile », *D.* 2005, p. 308 ; « Le « principe du contradictoire » : nouveau principe directeur du procès ? », *D.* 2005, p. 2537.

⁴²⁶ Magendie (J.-C.), « La contradiction, exigence d'une justice de qualité », *Gaz. Pal.* 12/12/ 2006, n°346, p. 2.

⁴²⁷ Cadiet (L.), « Contradictoire », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. Alland (D.), Rials (S.), Lamy, PUF, 2003, p. 271.

⁴²⁸ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 633, n°173.

⁴²⁹ Cornu (G.), « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes », *art. préc.*, p. 83, spéc. p. 94.

⁴³⁰ Cons. Const, 13 nov. 1985, n°84-183 DC, Rec. 116, note Favoreu (L.), *R.D.P.*, 1986, p. 385.

⁴³¹ Flécheux (G.), « Le droit d'être entendu », in *Etudes offerts à Pierre Bellet, op. cit.*, p. 149.

⁴³² Civ. 7 mai 1828, *S.* 1828, 1, 93.

contradictoire, ce qui révèle bien qu'aucun des principes ne peut être lu indépendamment des autres. Le principe de la contradiction signifie, dans une seconde branche, pour reprendre les termes de l'article 15 du Code de procédure civile, que « *les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense* ». Ainsi envisagé, il impose aux parties un devoir de communication des pièces et d'échange des conclusions, en somme « *l'instauration d'un débat contradictoire* »⁴³³. Les deux branches du principe du contradictoire révèlent que « *le contradictoire c'est le droit de savoir et de discuter* »⁴³⁴, le principe de la contradiction est nécessaire pour que le principe dispositif s'applique. Il en va ainsi tant pour le droit de savoir (A) que pour le devoir de communiquer (B).

A. L'émission des actes de procédure, dépendante du droit de savoir

120. L'office des parties en vertu du principe dispositif se concrétise par l'émission des actes de procédure, plus précisément par l'acte introductif d'instance et les conclusions. Ces actes doivent faire l'objet d'une notification ou d'une signification. Mais, parfois, l'irrégularité de forme est sanctionnée sur le terrain du droit de savoir consacré par l'article 14 du Code de procédure civile qui dispose que « *nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* ». On remarquera à ce titre que la jurisprudence a sanctionné le non respect de cette règle sur le fondement de l'article 4 du Code de procédure civile⁴³⁵. Le non-respect de cette règle peut entraîner l'anéantissement des actes de procédure et donc l'impossibilité pour les parties de délimiter leur litige. Il en va ainsi tant au regard du droit d'être appelé (1) qu'au regard du droit d'être entendu (2).

1. L'émission des actes de procédure dépendante du droit d'être appelé

121. Les parties doivent, en vertu de l'article 2 du Code de procédure civile, accomplir les actes dans les formes requises. Il est néanmoins une hypothèse dans laquelle certaines demandes vont devoir être contenues dans des actes spécifiques en raison d'un défaut de contradiction. Dans ce cas, le défaut de contradiction justifie une forme spéciale d'acte, sous peine de voir la demande déclarée irrecevable. Cette hypothèse concerne les demandes incidentes. En effet, aux termes de l'article 68 alinéa 2 du Code de procédure civile, on peut lire que ces demandes « *sont faites à l'encontre des parties défaillantes ou des tiers dans les formes prévues pour l'introduction de l'instance. En appel, elles le sont par voie d'assignation* ». Ces demandes ne peuvent donc pas être formulées dans le cadre de conclusions comme cela est le cas lorsque le contradictoire est respecté⁴³⁶. Le non respect de

⁴³³ Héron (J.), Le Bars (Th.), *op. cit.*, p. 242, n°295.

⁴³⁴ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 647.

⁴³⁵ Civ. 2^e. 19 déc. 1973, obs. Perrot (R.), *R.T.D.civ.* 1974, p. 454.

⁴³⁶ Art. 68 alinéa 1^{er} CPC, « Les demandes incidentes sont formées à l'encontre des parties de la même manière que sont présentés les moyens de défense ».

cette règle de procédure entraîne l'irrecevabilité de la demande incidente et donc l'impossibilité pour les parties de délimiter leur litige, pour non respect du principe du contradictoire⁴³⁷. Si la solution s'applique logiquement dans le cadre des procédures écrites, elle s'applique également dans le cadre des procédures orales.

122. En matière de procédure orale, l'objet du litige est délimité dans un acte écrit. Ainsi qu'a pu le relever la chambre sociale, « *l'objet du litige est fixé par la requête introductive d'instance et il appartient dès lors au juge de se prononcer sur le bien-fondé de la demande d'un syndicat tendant à la reconnaissance de sa représentativité dans divers établissements pour les élections des délégués du personnel, peu important que les élections litigieuses aient eu lieu au cours de l'instance, dès lors que leur annulation a été demandée par des conclusions additionnelles* »⁴³⁸. Le principe de l'unicité de l'instance ne fait pas échec à la formulation de demandes additionnelles pourvu qu'elles soient faites dans le cadre de l'instance initiale. En effet, le principe de l'unicité de l'instance consacré par l'article R. 1452-6 du Code du travail signifie que « *toutes les demandes liées au contrat de travail entre les mêmes parties font, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, l'objet d'une seule instance* ». C'est ce que l'on dénomme le principe de la concentration des demandes⁴³⁹ qui doit obéir au respect de la contradiction.

123. La chambre sociale de la Cour de cassation a jugé, le 19 juin 1986, qu'en cas de non comparution après conciliation partielle devant le bureau de conciliation, le salarié ne peut modifier ses demandes à l'audience du jugement sans en aviser l'employeur dans les formes prévues à l'article 68 alinéa 2. Dès lors, viole l'article 14 du Code de procédure civile le conseil des prud'hommes qui fait droit à l'ensemble des demandes formulées⁴⁴⁰. Le salarié qui souhaite donc présenter une demande additionnelle ne peut le faire que par le biais de la requête. En effet, l'article 68 alinéa 2 du Code de procédure civile dispose à propos des demandes incidentes que, lorsqu'elles sont faites à l'encontre des parties défaillantes ou des tiers, elles doivent l'être dans les formes prévues pour l'introduction de l'instance⁴⁴¹. De cette jurisprudence, deux enseignements peuvent être tirés. Le premier tient au fait que l'absence du salarié à l'audience de conciliation est assimilée à une défaillance du salarié. Le salarié doit donc être présent à l'audience sous peine de ne pas pouvoir délimiter son litige comme il

⁴³⁷ Tout le problème réside donc dans la différence entre les défenses au fond et les demandes reconventionnelles ; autrement dit le problème est celui de l'existence d'une prétention. Ass. Plén. 22 avr. 2011, *Bull. civ. Ass.plén.*, n°4, rapport Frouin, avis Azibert, *B.I.C.C.* 15 juin 2011, obs. Delpech, *D.* 2011, act. p. 1218 ; note Deshayes, Laithier, *D.* 2011, p. 1870 ; Fricero, *D.* 2011, pan. p. 249 ; obs. Théry, *R.T.D.civ.* 2011, p. 795 ; note Putman, *Dr. et proc.* 2011, p. 210.

⁴³⁸ Soc. 15 mars 1983, *Bull.civ.V*, n°154.

⁴³⁹ Sur l'émergence de cette notion dans le cadre de la procédure civile, v. *infra* n°402 à 407.

⁴⁴⁰ Soc. 19 juin 1986, *Bull.civ.V*, n°326.

⁴⁴¹ On notera que l'article 68 alinéa 2 du Code de procédure est applicable devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire. Il en résulte donc que la défaillance d'une partie justifie la modification des formes de l'acte de procédure à peine d'irrecevabilité de la demande. Ce constat confirme donc que la forme des actes de procédure est une condition nécessaire à la réalisation du principe dispositif.

l'entend. A l'heure où l'on s'interroge sur un principe de présence en droit⁴⁴², il semble qu'en matière de procédure orale la présence physique de la partie soit une condition nécessaire pour la réalisation du principe dispositif. Le second enseignement réside dans l'obligation pour les parties de formuler un écrit sous peine de violer la contradiction. Ce n'est que par la présence d'un écrit qui sera caractéristique du respect de la contradiction que la partie pourra délimiter son litige en formulant les demandes. En effet, la position de la chambre sociale est claire : si le défendeur ne comparait pas, bien que régulièrement assigné, le demandeur ne peut, en son absence, modifier, accroître ou restreindre sa prétention sans que cette modification lui ait été notifiée⁴⁴³.

124. Il en va de même devant le juge de proximité. En effet, la première chambre civile de la Cour de cassation, le 15 mai 2007, a considéré que, le juge de proximité qui avait condamné le demandeur non comparant à payer diverses sommes au défendeur, alors qu'il ne résultait ni du jugement ni de la procédure que le demandeur, partie défaillante, ait été avisé de la demande reconventionnelle qui a été formulée oralement par le défendeur à l'audience du jugement⁴⁴⁴, ne respectait pas le contradictoire. La solution a été rendue sur le fondement des articles 14, 15 et 16 du Code de procédure civile. Si le principe du contradictoire est directement en jeu, le principe dispositif est affecté de manière indirecte puisque le non respect du premier paralyse le second. C'est une fois de plus la forme de la demande reconventionnelle qui était en jeu. Celle-ci devait être formulée comme l'acte introductif d'instance.

125. On peut même aller plus loin et voir que le contradictoire permet le respect du principe d'initiative. Rappelons que ce dernier impose aux parties d'accomplir les actes de procédure dans les formes et dans les délais requis. Or, la forme ne se réduit pas à l'écrit. L'oralité est une forme d'acte. Dès lors, le fait pour une partie de présenter oralement une demande alors que cette demande devait être formée par écrit constitue une violation du principe d'initiative. La sanction sur le terrain de la contradiction se justifie par le fait que la partie était défaillante. Cependant, on pourrait parfaitement admettre que la sanction soit prononcée sous le visa de l'article 2 du Code procédure civile, puisqu'il s'agit du non respect des formes de l'acte.

126. Le respect du principe du contradictoire est nécessaire pour que le principe dispositif puisse s'appliquer. Le droit d'être appelé est donc indispensable pour l'émission des actes de procédure, il en va de même pour le droit d'être entendu.

⁴⁴² Cadiet (L.), « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies. Rapport de synthèse », *art. préc.*, spéc. n°25 ; Jeuland (E.), « Arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence », *Dr. et proc.* 2007, p. 262.

⁴⁴³ Soc. 28 nov. 1984, *Bull.civ.V*, n°462, Soc. 19 juin 1986, *Bull.civ. V*, n°326.

⁴⁴⁴ Civ. 1^{er}. 15 mai 2007, *JCP G* 2007, IV, 2240, obs. Perrot, *Procédures* 2007, comm. 162.

2. L'émission des actes de procédure dépendante du droit d'être entendu

127. « *Audiat et altera pars* », l'autre partie doit être entendue. Telle est l'essence de l'article 14 du Code de procédure civile qui préserve les droits de la défense, ceux-ci étant considérés par la Cour de cassation comme étant de droit naturel. Le droit d'être entendu est à la source de deux obligations. En effet, le contradictoire envisagé dans cette branche consacre l'obligation pour une partie de constituer avocat ainsi que l'obligation de comparaître. Leur incidence sur le principe dispositif diffère. L'émission des actes de procédure dépend du droit de constituer avocat (a) peu important l'absence de comparution d'une des parties (b).

a. L'émission des actes de procédure dépendante du droit de constituer avocat

128. Les procédures avec représentation obligatoire reposent sur la constitution d'avocat : « *c'est là encore une manifestation essentielle de la contradiction* »⁴⁴⁵. Elle est protégée non seulement dans le cadre de la première instance mais également en appel. Son non respect peut venir affecter l'acte introductif d'instance et donc l'ensemble de la procédure et fait corrélativement échec au principe dispositif.

129. Dans le cadre de la première instance, le demandeur a l'obligation, à peine de nullité pour vice de forme de l'assignation, d'indiquer au défendeur l'obligation de constituer avocat. On retrouve ici une manifestation du principe d'initiative. L'article 755 du Code de procédure civile prévoit ainsi, dans le cadre de la procédure ordinaire, que « *le défendeur est tenu de constituer avocat dans le délai de 15 jours à compter de l'assignation* ». La constitution d'avocat doit donc faire l'objet d'une communication au demandeur, on dira que la constitution d'avocat a été dénoncée au demandeur par notification directe d'avocat à avocat. Elle ne résulte d'aucune forme solennelle, il suffit que le nom de l'avocat constitué soit clairement indiqué⁴⁴⁶. Une copie de la constitution doit également être déposée par le défendeur au greffe aux termes de l'article 756 du même Code. La constitution est une obligation qui doit être remplie par l'avocat du défendeur mais qui ne rend pour autant pas nul le jugement dans l'hypothèse où la constitution aurait été remise par l'avocat du demandeur en même temps que la remise de l'assignation⁴⁴⁷.

130. Toute constitution d'avocat n'est néanmoins pas recevable : le défendeur doit respecter les mentions obligatoires de l'article 814 du Code de procédure civile qui sont notamment relatives aux éléments d'identification nécessaires du défendeur, tant personne physique que personne morale. Les conclusions ne pourront être déclarées recevables qu'en

⁴⁴⁵ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 550, n°779.

⁴⁴⁶ TGI Versailles, 21 mars 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 2, somm. 207.

⁴⁴⁷ Civ. 2^e. 26 oct. 2006, *Bull. civ.* II, n°297, *D.* 2006, IR 2751; obs. Serinet, *JCP G* 2007, I, 139, n°15.

cas d'indication de ces mentions⁴⁴⁸. L'irrecevabilité est parfaitement logique dans la mesure où le non respect des mentions de l'article 814 du Code de procédure civile traduit un non respect de la contradiction, et donc une impossibilité pour le défendeur de se défendre. Néanmoins, les juges du fond ont admis que l'irrecevabilité pouvait être couverte si ces indications étaient mentionnées dans l'ordonnance de clôture⁴⁴⁹. En sanctionnant par l'irrecevabilité le défaut de contradictoire, c'est bien le principe dispositif qui est en jeu. En effet, l'irrecevabilité des conclusions est caractéristique de l'impossibilité pour les parties de délimiter leur litige. La constitution d'avocat est donc un acte nécessaire qui doit être régulier dans la forme pour l'émission des conclusions. Le même constat peut être fait en appel.

131. La constitution d'avocat est obligatoire dans le cadre de la procédure ordinaire devant la Cour d'appel. Mais à cette étape du procès, ce n'est pas l'acte introductif d'instance qui contient l'obligation pour les parties de constituer avocat. Il incombe en effet au greffier, une fois la déclaration d'appel remise au greffe, d'adresser par lettre simple, un exemplaire de la déclaration d'appel avec l'indication de constituer non plus avoué mais avocat⁴⁵⁰. Le greffier est donc en charge de faire respecter la contradiction. L'alinéa 2 de l'article 902 du Code de procédure civile dispose en outre qu' « *en cas de retour au greffe de la lettre de notification ou lorsque l'intimé n'a pas constitué avocat dans un délai d'un mois à compter de l'envoi de la lettre de notification, le greffier en avise l'avocat de l'appelant afin que celui-ci procède par voie de signification de la déclaration d'appel* ». Lorsque les parties doivent procéder à la signification de la déclaration d'appel, l'acte de signification doit indiquer à l'intimé, à peine de nullité, que « *faute pour lui de constituer avocat dans un délai de quinze jours à compter de celle-ci, il s'expose à ce qu'un arrêt soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire et que faute de conclure dans le délai imposé à l'article 909, il s'expose à ce que ses conclusions soient déclarées irrecevables* ». On retrouve dans le cadre de la procédure d'appel les mêmes effets en cas de non-constitution d'avocat : nullité de l'acte introductif d'instance en cas de non-information du défendeur, irrecevabilité des conclusions en cas de non-constitution. La procédure d'appel et la procédure de première instance sont donc cohérentes sur ces points.

132. Il résulte de l'analyse de la place de la constitution d'avocat que cet acte imposé par la contradiction est nécessaire à la concrétisation du principe dispositif. En effet, tant la nullité de l'acte introductif d'instance que l'irrecevabilité peuvent venir affecter la délimitation par les parties de leur litige. Il en va autrement en cas de non-comparution d'une des parties à l'audience.

⁴⁴⁸ TGI Nanterre, 4 mars 1974, *Gaz. Pal.* 1975, 2, p. 492 ; Civ. 2^e. 8 déc. 1982, *Bull. civ.* II, n°161, obs. Guinchard, *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. 171.

⁴⁴⁹ CA Paris, 11 juill. 1978, *Gaz. Pal.* 1979, 1, somm. 64.

⁴⁵⁰ Art. 902 CPC dans sa rédaction en date du décret n°2012-634 du 3 mai 2012 ayant entraîné la fusion des professions d'avoués et d'avocats.

b. L'indifférence du défaut de comparaître sur l'émission des actes de procédure

133. Ainsi que le souligne la doctrine, « *on parle de défaut quand l'un des plaideurs ne comparait pas ou omet de faire valoir ses moyens de défense* »⁴⁵¹. Le défaut de conclure est constitutif d'un défaut d'accomplissement des actes de procédure et donc d'une violation du principe d'initiative pouvant entraîner la caducité de l'acte introductif d'instance, nous n'y reviendrons pas et nous concentrerons donc sur le défaut de comparution tant du demandeur que du défendeur. Si on suit la lettre de l'article 14, la partie qui ne comparait pas ne peut être jugée. Voilà le principe. Celui-ci est assorti d'un grand nombre d'exceptions et on ne saurait admettre aujourd'hui que la négligence du plaideur défaillant puisse remettre en cause la bonne administration de la justice. Dès lors, une partie qui ne comparait pas peut être jugée. Seulement, elle fera l'objet d'un jugement spécial. L'absence de comparution d'une des parties n'interdit ainsi pas à l'autre de délimiter le litige, seulement, elle le délimitera seule. Le demandeur qui ne comparait pas s'expose alors à un jugement qui sera dit contradictoire alors que, lorsque c'est le défendeur qui ne comparait pas, le jugement sera réputé contradictoire, ou si l'on préfère, il sera rendu par défaut.

134. Concernant la défaillance du demandeur, cette hypothèse est régie par l'article 468 du Code de procédure civile. Elle ouvre la possibilité pour le juge soit de renvoyer l'affaire à une audience ultérieure, soit de prononcer d'office la caducité de la citation si le demandeur ne bénéficie pas d'un motif légitime justifiant son défaut de comparution. La décision relative à la caducité de la citation pourra cependant être rapportée si le demandeur justifie dans les 15 jours de l'ordonnance d'un motif légitime. Cette décision pourra faire l'objet d'un appel par le demandeur. Le juge n'a pas à rechercher d'office un motif légitime, le demandeur ne fait en outre l'objet d'aucune mise en demeure. Mais surtout, le défendeur peut demander au juge de rendre un jugement sur le fond, seul le défendeur décide de l'autorité de la chose jugée. C'est donc à l'initiative du défendeur que le jugement sera dit contradictoire. Le juge ne peut pas prononcer de jugement sur le fond d'office⁴⁵². Lorsque le jugement est dit contradictoire, il aura les mêmes effets que le jugement contradictoire, et pourra donc faire l'objet d'un appel par le demandeur non comparant. Le principe dispositif n'est pas atteint : le demandeur pouvait présenter ses prétentions, seulement il ne l'a pas fait. Seule la partie qui comparait va délimiter le litige. Elle va pouvoir délimiter son litige en émettant les actes de procédure, seulement la procédure est unilatérale. En cas de défaut de comparution du défendeur, il convient de distinguer selon que le défendeur n'a pas comparu alors même qu'il n'a pas su qu'il était appelé, ou selon que le défendeur n'a pas comparu alors qu'il se savait appelé.

135. Lorsque le défendeur ne comparait pas alors que la citation lui a été signifiée, le défaut de comparaître n'aura d'incidence que sur la qualification du jugement. Le jugement rendu

⁴⁵¹ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 550, n°781.

⁴⁵² Civ. 2^e. 10 mars 1988, *Bull. civ.* II, n°62, obs. Guinchard, Moussa, *Gaz. Pal.* 1988, 2, somm. 495 ; Civ. 2^e. 17 oct. 2002, *Bull. civ.* II, n°228, note Perrot, *Procédures* 2003, comm. 36.

sera réputé contradictoire ainsi que le dispose l'article 473 alinéa 2 du Code de procédure civile. Le défaut de comparution du défendeur n'interdit donc pas qu'il soit statué sur le fond. A ce titre, l'article 472 du Code de procédure civile dispose que « *le juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l'estime régulièrement recevable et fondée* ». Le défaut du défendeur ne constitue pas une cause de bien-fondé de la demande. Le défendeur pourra ainsi interjeter appel, la voie de l'opposition lui est fermée. Il en va ainsi tant en cas d'unicité du défendeur qu'en cas de pluralité. En effet, lorsque dans le cadre de l'instance il existe plusieurs défendeurs auxquels la citation a été signifiée, mais que ces défendeurs ne comparaissent pas, leur absence de comparution n'a qu'un effet sur la qualification du jugement. Ce dernier sera réputé contradictoire à l'égard de tous les défendeurs, qu'ils aient comparu ou non. Peu importe donc qu'un des défendeurs ait comparu, le défaut d'une des parties suffit à ce que le jugement soit réputé contradictoire. Dans cette hypothèse, le jugement emporte les mêmes effets qu'un jugement contradictoire, il pourra donc faire l'objet d'un appel et non d'une opposition. C'est ce que prévoit l'alinéa 1^{er} de l'article 474 du Code de procédure civile. Ces hypothèses ne constituent pas des atteintes au principe dispositif, les parties ont pu conclure, mais elles n'ont pas comparu. Le principe dispositif peut donc trouver à s'appliquer indépendamment du contradictoire. Il en va différemment lorsque le défendeur n'a pas comparu parce que la citation en justice ne lui a pas été notifiée.

136. Lorsque le défendeur ne comparaît pas parce qu'il n'a pas su qu'il était appelé, le défaut de contradiction entraîne *a priori* une atteinte au principe dispositif dans la mesure où le défendeur ne peut émettre des actes de procédure et donc délimiter la matière litigieuse. Cette hypothèse est régie par l'article 471 du Code de procédure civile qui prévoit notamment que le demandeur peut réassigner volontairement ou d'office suite à une injonction du juge. Le renouvellement de l'introduction de l'instance se fait dans les mêmes formes que celles requises pour la première citation. Si la demande introductive d'instance ne produit pas les effets escomptés, alors il convient de distinguer selon que le jugement est rendu ou non en premier ou en dernier ressort. Si le jugement est rendu en premier et dernier ressort, le jugement sera rendu par défaut, il sera donc susceptible non pas d'appel mais d'opposition. La partie à l'encontre de laquelle le jugement a été rendu n'a finalement jamais été partie à l'instance, puisque le lien d'instance n'a pas pu être créé dans la mesure où le défendeur n'a jamais été le destinataire de la demande introductive d'instance, le principe dispositif n'avait pas vocation à s'appliquer, pas plus que le contradictoire. Un jugement a cependant été rendu, la procédure a été uniquement unilatérale. Néanmoins, la possibilité pour la partie défaillante de former opposition permet une sorte de rétablissement du principe dispositif dans la mesure où la formation de cette voie de recours pourra lui permettre de formuler des prétentions. Il en va de même en cas de pluralité de défendeurs. L'article 474 alinéa 2 dispose dans sa rédaction issue du décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005 que « *lorsque la décision n'est pas susceptible d'appel et que l'une au moins des parties qui n'a pas comparu n'a pas été citée à personne, le jugement est rendu par défaut* ». Le principe dispositif n'est donc pas vraiment atteint, il fait l'objet d'une application différé dans le temps. Si le jugement n'est pas rendu en dernier ressort, le jugement ne sera pas rendu par défaut mais sera réputé contradictoire. La

voie de recours ne sera donc pas l'opposition mais l'appel. Là encore, le principe dispositif retrouvera son sens dans le cadre de l'exercice de la voie de recours.

137. L'absence de contradictoire dans le cadre de l'instance ne porte pas atteinte au principe dispositif. Il n'est pas interdit à une partie de formuler des demandes, la partie ne le fait pas soit parce qu'elle est volontairement défaillante soit parce qu'elle l'est involontairement. Dans la première hypothèse, le principe dispositif sera rétabli par la possibilité d'exercer une voie de recours qui différera selon la qualification du jugement. L'appel sera formé contre un jugement réputé contradictoire, tandis que l'opposition le sera à l'encontre du jugement rendu par défaut⁴⁵³.

138. Le droit de savoir tant au regard du droit d'être appelé que du droit d'être entendu se révèle, réserve faite du défaut de comparaître, un élément nécessaire pour que le principe dispositif puisse trouver à s'appliquer. Il faut donc pour comprendre l'article 4 du Code de procédure civile procéder à sa lecture conjointe avec l'article 14 du même Code. Mais, il convient également de ne pas l'étudier indépendamment de l'article 15 qui consacre, pour les parties, le devoir de communiquer.

B. Le devoir de communiquer, dépendant de l'émission des actes de procédure

139. Le droit de savoir est consacré par l'article 15 du Code de procédure civile aux termes duquel on peut lire que « *les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent, et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense* ». De cet article il ressort que l'absence de communication en temps utile constitue une atteinte au contradictoire. L'article 15 du Code de procédure civile semble donc un instrument au service de la préservation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Mais c'est surtout la sanction du défaut de communication en temps utile qui retiendra notre attention, car elle peut entraîner l'impossibilité pour les parties d'émettre les actes de procédure. En cela, le devoir de communiquer est nécessaire pour la réalisation du principe dispositif.

140. Un autre remarque s'impose à la lecture de cet article : le contradictoire porte sur les moyens de droit, de fait, ainsi que sur les preuves. Or, nous l'avons vu, ni le moyen, ni la preuve ne font les prétentions, ce sont des éléments qui permettent de circonscrire les prétentions. Ces éléments ne forment pas à proprement parler la matière litigieuse, ce qui

⁴⁵³ Nous verrons que l'effet dévolutif de l'appel et celui de l'opposition ne sont pas identiques, celui de l'opposition étant plus large que celui de l'appel. La différence quant à leur étendue se justifie donc par la finalité de l'opposition : le rétablissement du défaut du contradictoire qui n'est donc pas imputable à la partie. Il est en effet logique qu'une partie qui aurait dû comparaître mais qui n'a pas pu comparaître parce qu'elle ne savait pas qu'elle était appelée bénéficie de la possibilité de présenter toutes les prétentions inhérentes au litige qui la concerne. A l'inverse, lorsqu'une partie n'a pas comparu alors qu'elle ne justifie d'aucun motif légitime justifiant sa défaillance, l'effet restrictif de l'appel se justifie. Sur ce point, v. *infra* n°230 à 241.

justifie que le juge peut soulever des moyens de fait, des moyens de droit, ou bien ordonner des mesures d’instruction, mais toujours au regard des prétentions des parties⁴⁵⁴. Cette communication est nécessaire pour que les parties puissent construire un débat cohérent, loyal dit-on aujourd’hui. La loyauté⁴⁵⁵, nouveau principe du procès, est venue à ce titre étendre particulièrement le domaine d’application du principe de la contradiction, puisque la communication ne s’impose plus uniquement au regard des éléments apportés par les parties, mais également au regard des éléments apportés par les tiers.

141. L’obligation pour les parties de communiquer en temps utile est nécessaire pour que les parties puissent émettre des conclusions. Ce devoir de communication porte sur les conclusions et les pièces. Les deux éléments se distinguent, distinction qui ne fait que confirmer que la preuve et le moyen ne se confondent pas. Au regard de l’office des parties quant aux émissions des actes de procédure, cette distinction ne manque pas de pertinence, car elle révèle que le devoir de communiquer les conclusions en temps utile est indispensable pour l’émission des actes de procédure (1), alors que le devoir de communiquer les pièces en temps utile lui est indifférent (2).

1. Le devoir de communiquer les conclusions en temps utile indispensable pour l’émission des actes de procédure

142. La communication des conclusions en temps utile signifie que les conclusions ne soient pas déposées tardivement. Le caractère tardif n’a pas à être relevé d’office par les juges du fond et ne peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation dans la mesure où il constitue un moyen nouveau⁴⁵⁶. Aussi, une partie ne saurait reprocher au juge d’avoir pris en compte des conclusions qu’elle estimait tardives si elle n’a pas soulevé cet incident⁴⁵⁷. Tout le problème réside donc dans l’appréciation du caractère tardif des pièces. Elle relève de l’appréciation souveraine des juges du fond⁴⁵⁸.

143. La jurisprudence est particulièrement abondante au regard des conclusions déposées le jour de l’ordonnance de clôture de la mise en état. Le juge ne peut pas statuer en écartant des débats des conclusions qu’il considérerait comme tardives sans l’expliquer aux parties⁴⁵⁹. La Cour de cassation exige que les juges motivent leur décision. Le simple rejet des conclusions en raison de leur caractère tardif, ou au contraire leur admission, doit faire l’objet d’une motivation précise et d’une caractérisation des circonstances de l’espèce, notamment par la prise en compte du contenu des conclusions. Constitue également une caractérisation nécessaire du rejet le fait pour la cour d’appel de relever qu’une partie avait communiqué

⁴⁵⁴ V. *infra* n°313 à 319.

⁴⁵⁵ V. *infra* n°644 à 651.

⁴⁵⁶ Civ. 2^e. 11 nov. 2003, *Jurisdata* n°2003-02983, *JCP G* 2004, IV, 1061; obs. Perrot, *Procédures* 2004, comm. 21.

⁴⁵⁷ Civ. 2^e. 24 mai 2007, *JurisData* n°2007-039003, obs. Perrot, *Procédures* 2007, comm. 186.

⁴⁵⁸ Civ. 3^e. 1^{er} mars 2006, *Bull. civ.* III, n°55, obs. Fricero, *Dr. et proc.* 2006, 214.

⁴⁵⁹ Civ. 2^e. 20 juin 2012, *JurisData* n°2012-013444, note Perrot, *Procédures* 2012, comm. 323.

quarante-sept pièces la veille de l'ordonnance de clôture⁴⁶⁰. Si la décision du juge n'est pas assez motivée, alors l'arrêt soumis à son contrôle pourra être censuré pour défaut de base légale⁴⁶¹. Pour reprendre la formule du Professeur Perrot, la Cour de cassation veut du « *sur mesure* »⁴⁶². C'est ainsi que les conclusions déposées cinq jours avant l'ordonnance de clôture, conclusions qui contenaient non seulement des moyens nouveaux, mais également des pièces nouvelles, ont été déclarées irrecevables⁴⁶³. A l'inverse, les conclusions déposées la veille de l'ordonnance ou le jour de l'ordonnance de clôture qui ne contiennent rien de nouveau mais qui ne font que détailler l'argumentation juridique des conclusions antérieures doivent être déclarées recevables⁴⁶⁴.

144. La Cour de cassation a rappelé cette solution, au visa des articles 15 et 135 du Code de procédure civile, dans un arrêt rendu en chambre mixte le 26 mai 2006, en précisant que le juge devait caractériser les circonstances particulières qui auraient empêché le respect de la contradiction⁴⁶⁵. Plusieurs critères se dégagent en jurisprudence pour apprécier le caractère tardif des conclusions. Il ne faut pas que les prétentions soient nouvelles ni même les moyens⁴⁶⁶. Les parties et leurs conseils doivent avoir le temps de préparer leur défense. Il en va de même en cas d'argumentation très technique quand bien même les conclusions auraient été déposées quatorze jours avant l'ordonnance de clôture⁴⁶⁷. Un autre critère se dégage progressivement : le comportement déloyal de la partie. En effet, le dépôt tardif des conclusions est envisagé parfois par la jurisprudence comme un comportement contraire à la loyauté des débats⁴⁶⁸.

145. Nous avons vu que les parties, en vertu de l'article 2 du Code de procédure civile, doivent accomplir les actes dans les formes et dans les délais requis, sous peine de ne pas remplir leur office en vertu du principe d'initiative. On remarque cependant que le principe du contradictoire remplit le même office. Chacun de ces principes possède un champ d'application qui lui est propre : le principe d'initiative concerne le respect des délais imposés par la loi ou par le juge – les délais requis – tandis que le principe du contradictoire concerne la communication des conclusions qui n'est enfermée dans aucun délai – le temps utile. Concrètement, le principe de la contradiction en tant qu'il garantit le délai raisonnable a davantage vocation à s'appliquer, selon nous, dans les procédures spéciales, et non dans les procédures ordinaires, qui, elles, connaissent non seulement les calendriers de procédure mais encore les délais légaux, autrement dit les délais requis. C'est ainsi que les décisions qui font référence aux délais imposés par le juge de la mise en état pour apprécier le caractère tardif ou

⁴⁶⁰ Com. 28 sept. 2004, *Bull. civ.* IV, n°174, *D.* 2004, *IR*, p. 2761.

⁴⁶¹ Civ. 2^e. 10 mars 2009, *JurisData* n°2009-04730, note Perrot, *Procédures* 2009, comm. 134.

⁴⁶² Civ. 1^e. 4 nov. 2003, *JurisData* n°2003-020798, note Perrot, *Procédures* 2004, comm. 6.

⁴⁶³ Civ. 2^e. 4 déc. 2003, *JurisData* n°2003-20208.

⁴⁶⁴ Civ. 2^e. 12 janv. 2001, *JurisData* n°2002-012238 ; Civ. 2^e. 12 juin 2003, *JurisData* n°2003-020168.

⁴⁶⁵ Ch. Mixte, 26 mai 2006, *Bull. Ch. Mixte* n°3, note Salati, note Perrot, *Procédures* 2006, comm. 70.

⁴⁶⁶ Civ. 2^e. 21 déc. 2000, obs. Perrot, *Procédures* 2001, comm. 58

⁴⁶⁷ Civ. 1^e. 6 juin 2000, *Bull. civ.* I, n°174 ; obs. De Rusquec, *Gaz. Pal.* 4-5 janv. 2002, p. 7.

⁴⁶⁸ Civ. 2^e. 23 oct. 2003, *Bull. civ.* II, n°326, *D.* 2003, *IR*, p. 2726, *JCP G* 2003, IV, 2952; Civ. 2^e. 4 mars 2004, *Bull. civ.* II, n°91, *JCP G* 2004, IV, 1861.

non du dépôt des conclusions pourraient être fondées non pas au regard de l'article 15 du Code de procédure civile, mais au regard de l'article 2 du même Code. Si l'on préfère, lorsqu'il s'agit des procédures sans ordonnance de clôture alors le principe du contradictoire peut trouver à s'appliquer, alors que, lorsqu'il existe une ordonnance de clôture, il ne s'agit plus de temps utile, mais bien de temps imposé. Les délais sont imposés par le juge de la mise en état qui a pour office de veiller au bon déroulement de la procédure notamment en ordonnant les délais nécessaires, ainsi que l'y autorise l'article 3 du Code de procédure civile. A notre sens, les deux principes sont donc plus complémentaires que concurrents.

146. Il n'en reste pas moins que le respect de la contradiction est nécessaire pour que le principe dispositif s'applique, car le non respect par les parties entraîne l'irrecevabilité des conclusions et donc l'impossibilité pour les parties de formuler les demandes puisque les demandes sont contenues dans les conclusions. Le respect de la contradiction s'avère donc nécessaire pour que le principe dispositif puisse s'appliquer. Il en va différemment au regard du devoir de communication des pièces.

2. Le devoir de communiquer les pièces indifférent pour l'émission des actes de procédure

147. Il existe une présomption de régularité de la procédure lorsqu'il est fait mention dans le jugement de la communication des pièces. Le jugement qui constate que les pièces ont été régulièrement versées au débat sert donc de preuve. Tout document qui sera utilisé par une partie qui le vise expressément dans ses conclusions sera présumé avoir fait l'objet d'un débat contradictoire. L'existence de cette présomption ne fait cependant pas échec à l'obligation pour les parties de communiquer leurs pièces. Si de manière traditionnelle, la communication des pièces était uniquement envisagée sous l'angle de la contradiction, elle est aujourd'hui empreinte de loyauté. La communication des pièces, si elle est imposée aux parties par l'article 15 du Code de procédure civile, est régie plus spécifiquement par les articles 132 à 137 du même Code. Néanmoins il convient de distinguer selon que l'on se trouve dans le cadre de la première instance ou de l'appel, et ce malgré l'existence de dispositions générales.

148. L'article 132 du Code de procédure civile dispose que « *la partie qui fait état d'une pièce s'oblige à la communiquer à toute autre partie à l'instance. La communication doit être spontanée* », et l'article 133 que « *si la communication des pièces n'est pas faite, il peut être demandé, sans forme, au juge d'enjoindre cette communication* ». Le juge peut même, si besoin est, fixer une astreinte, la partie peut donc être contrainte de communiquer au regard des articles 135 à 137 du même Code. Le respect du contradictoire constitue donc une obligation légale qui peut faire l'objet d'une exécution forcée. Les pièces étant des éléments permettant aux parties de soutenir leurs prétentions, il est logique qu'elles doivent les communiquer à la partie adverse. Les pièces doivent donc, tout comme les conclusions, être communiquées en temps utile. Le juge doit motiver sa décision quant à la recevabilité des pièces. Il en va du respect du débat contradictoire, ainsi que de la loyauté des débats. En effet,

la communication des pièces est commandée non seulement par la contradiction, mais également par la loyauté, leurs champs d'application sont, sur ce point, difficiles à distinguer, dans la mesure où on ne sait pas si la déloyauté est la cause du défaut de contradiction, ou si le défaut de contradiction constitue la marque de la déloyauté. Il reste néanmoins, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, qu'il faut désormais compter sur la loyauté : elle est aujourd'hui envisagée comme un principe du procès. La solution a été posée par un arrêt de la première chambre de la Cour de cassation en date du 7 juin 2005.

149. La Cour de cassation a censuré les juges du fond pour avoir rejeté en vertu de l'article 455 du Code de procédure civile, une note déposée après la clôture des débats qui ne constituait ni une réponse aux conclusions ni une demande. La Haute juridiction a considéré que la note était entre les mains de la partie intimée qui s'était abstenue de la verser au dossier⁴⁶⁹. La solution a créé un débat. Elle a été analysée comme « *hommage (...) éclatant au nouveau Code de procédure civile* »⁴⁷⁰ ou à l'inverse comme l'apparition de la loyauté comme « *bélier destructeur des textes* »⁴⁷¹, plus précisément de l'article 4 du Code de procédure civile. Nous sommes plutôt partisans de la première analyse. Nous pensons en effet que l'on ne saurait construire le procès sans prendre en compte la loyauté. En effet, en obligeant une partie à produire des pièces, le juge ne s'immisce pas dans les prétentions des parties puisque les pièces ne constituent pas la matière litigieuse mais sont des instruments de légitimation de prétentions. Il en va ainsi également en appel, bien que sur ce point les dispositions marquent un changement de perspective révélateur des transformations du procès civil.

150. Avant la réforme de la procédure d'appel opérée par le décret n°2009-1524 du 9 décembre 2009⁴⁷², la communication des pièces en appel était règlementée par l'article 132 alinéa 2 du Code de procédure civile aux termes duquel on pouvait lire qu'« *en cause d'appel, une nouvelle communication des pièces déjà versées aux débats de première instance n'est pas exigée, toute partie peut néanmoins la demander* ». Cette disposition n'est plus d'actualité. En effet, le décret relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile a abrogé l'alinéa 3 de l'article 132 du Code de procédure civile. La nouvelle solution est aujourd'hui plus sévère. Le principe est clair : il s'agit de créer un principe de concentration des éléments du débat en première instance et de favoriser l'appel comme voie d'achèvement. Les parties n'ont plus le droit à l'erreur. Ainsi que le relevait un des commentateurs du décret, « *et puisqu'il s'agit d'aller vite et mieux lors de l'instance d'appel, autant régler d'emblée les problèmes de communication des pièces qui se posent entre les*

⁴⁶⁹ Civ. 1^{er}. 7 juin 2005, n°05-60.044, *Bull.civ.*, note Boursier, *D.* 2005, p. 2570 ; obs. Julien, Fricero, *D.* 2006, p. 545 ; note Clay, *JCP G* 2005, I, 183, n°12 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2006, p. 151.

⁴⁷⁰ Boursier, *art. préc.*

⁴⁷¹ Perrot, *art. préc.*, spéc. p. 152.

⁴⁷² Décret n°2009-1524, *JO* 11 décembre 2009, texte 8. Salati (O.), « Présentation des principales dispositions du décret du 9 décembre 2009 », *Dr. et proc.* 2010, chron.3.

parties sur le point de savoir ce qui a été communiqué ou non en première instance »⁴⁷³. La volonté de faire de l'appel une voie non plus de réformation, mais d'achèvement du litige, si elle ne passe pas par une remise en cause directe du principe dispositif dans la mesure où elle n'affecte pas les prétentions des parties, n'est cependant pas sans incidence sur ce dernier.

151. Désormais, il faut compter avec l'article 906 du Code de procédure civile aux termes duquel « *les conclusions sont notifiées et les pièces communiquées simultanément par l'avocat de chacune des parties à celui de l'autre partie ; en cas de pluralité de demandeurs ou de défendeurs, elles doivent l'être à tous les avocats constitués. Copie des conclusions est remise au greffe avec la justification des notifications* »⁴⁷⁴. Les rédacteurs du décret opérant réforme de la procédure d'appel n'ont cependant prévu aucune sanction...La Cour de cassation, dans un avis en date du 25 juin 2012, a précisé que « *doivent être écartées les pièces, invoquées au soutien des prétentions, qui ne sont pas communiquées simultanément à la notification des conclusions* »⁴⁷⁵. Le juge doit donc les déclarer irrecevables ce qui a amené une partie de la doctrine à s'interroger sur l'existence d'un principe de simultanéité comme nouveau principe directeur du procès civil⁴⁷⁶.

152. Confrontée à des litiges dans lesquels les juges avaient statué sur le fond alors même que des pièces indiquées sur le bordereau n'étaient pas présentes dans le dossier, la Cour de cassation considère que les juges du fond ont violé l'article 16 du Code de procédure civile et qu'ils auraient dû inviter les parties à s'expliquer sur l'absence des pièces au dossier alors même que la communication n'avait pas été contestée avant de statuer au fond⁴⁷⁷. Ainsi que l'a souligné justement une partie de la doctrine, l'obligation pour le juge d'inviter les parties à s'expliquer sur l'absence de pièces était justifiée par les exigences de loyauté, elle est sanctionnée sur le terrain de la contradiction, et non sur le terrain de l'article 4 du Code de procédure civile. La pièce était inscrite sur le bordereau annexé aux dernières conclusions, elles sont présumées avoir été communiquées⁴⁷⁸. Les parties avaient donc connaissance des pièces. La solution est donc parfaitement justifiée, elle est même très utile pour le juge. C'est ainsi que la Professeure Fricero relevait que « *la solution de la Cour de cassation s'inscrit dans une démarche de qualité du procès civil en apportant à un dysfonctionnement un remède équitable et conforme à l'intérêt des plaideurs* »⁴⁷⁹.

⁴⁷³ Salati (O.), « Présentation des principales dispositions du décret du 9 décembre 2009 », *Dr. et proc.* 2010, chron. 3 n°3 *in fine*.

⁴⁷⁴ Voir CA Versailles, ord. 11^e ch. 1 déc. 2011, n°11-03940, *JurisData* n°2011-030268, obs. Gerbay, *JCP G* 2012, 69.

⁴⁷⁵ Cass. Avis. 25 juin 2012, n°12-00.005, *D.* 2012, p. 2435. *Jurisdata* n°2012-014534, obs. Gerbay, *JCP G* 2012, act. 814, Perrot, *R.T.D.civ.* 2012, p. 772.

⁴⁷⁶ Alcade (C.), « L'exigence de simultanéité, nouveau principe directeur du procès civil », *D.* 2012, p. 2435.

⁴⁷⁷ Civ. 2^e. 11 janvier 2006, n°04-11.129, n°03-17.381, n°03-18.984, n°03-18.577.

⁴⁷⁸ Avena-Robardet (V.), *D.* 2006, p. 1149.

⁴⁷⁹ Fricero (N.), « Les pièces du procès civil à l'épreuve du contradictoire », *D.* 2006, p. 1149, n°6.

Conclusion du Chapitre 1

153. Le renouvellement de l'analyse du principe dispositif imposait de redéfinir l'expression selon laquelle les parties maîtrisent la matière litigieuse. Nous pensons que le principe dispositif trouve son fondement dans l'article 4 du Code de procédure civile ; il signifie que les parties délimitent le fait juridique par la formulation des demandes, délimitation qui se concrétise par l'émission des actes de procédure.

154. La présentation traditionnelle qui repose sur les concepts de fait et de droit pour présenter l'office des parties quant à leur litige peut être repensée autour de la notion de fait juridique et de prétention. Nous avons en effet démontré, en nous appuyant sur les définitions contemporaines qui ont trait à la notion de litige, que ce dernier devait se définir comme le fait juridique, comme un événement entraînant des effets juridiques qui n'ont pas été recherchés par les parties. Le fait juridique est la cause du procès, à l'inverse le fait qui ne produit pas d'effets juridiques ne concerne pas le procès. Le fait non-juridique est le fait matériel, le fait auquel le droit refuse d'attacher des effets juridiques car la reconnaissance de ces effets entraînerait une contrariété à l'ordre public. Son caractère juridique est contrôlé par la condition d'intérêt légitime juridiquement protégé et par les refus d'action prévus dans le cadre du droit substantiel. L'office des parties en vertu du principe dispositif n'est donc pas la maîtrise des faits, mais la maîtrise du fait juridique. Pour expliquer techniquement le principe dispositif nous avons eu recours à la notion de prétention. En effet, les concepts d'objet et de cause de la demande traditionnellement utilisés pour caractériser le principe dispositif nous ont semblé avoir souffert de trop de controverses pour pouvoir être maintenus. Leur étude a néanmoins révélé que la prétention qui est une notion juridique, était fondée sur la cause et permettait de délimiter l'objet. Elle est donc l'instrument technique qui caractérise la maîtrise par les parties de leur litige. Elle ne saurait se confondre ni avec le moyen ni avec la preuve ce qui nous a amené à mettre en évidence que le principe dispositif n'était pas consacré par les articles 4,7 et 9 du Code de procédure civile, mais uniquement par l'article 4 dudit Code. Si les parties ont la charge d'alléguer les moyens et les preuves ce n'est pas en vertu du principe dispositif mais en vertu du principe d'initiative. L'office des parties, en vertu du principe dispositif, a donc été redéfini autour dudit article comme la délimitation du litige par les demandes.

155. Si les demandes se sont révélées être le contenu de la matière litigieuse, les actes de procédure ont été envisagés comme le contenant de la matière litigieuse. La maîtrise par les parties de leur litige se concrétise par l'émission de ces actes, plus particulièrement par l'acte introductif d'instance et les conclusions en défense. Tant que les parties n'émettent pas ces actes, la maîtrise par les parties de leur litige n'est que virtuelle. Les parties doivent ainsi émettre ces actes dans les délais et dans les formes requises. Si les parties ne respectent pas ces exigences leur maîtrise peut en être affectée. Il résulte de manière générale qu'aucun principe du procès ne peut se penser indépendamment des autres. Concernant en premier lieu

le principe d'initiative, il consacre, nous l'avons rappelé, le rôle des parties dans le cadre du déroulement de l'instance, et particulièrement le rôle des parties dans le cadre des charges processuelles. Ce principe va de pair avec le principe dispositif. Les parties ne pourront remplir leur office en vertu du principe d'initiative que si elles émettent les actes en respectant les charges processuelles. Concernant en second lieu les relations qu'entretiennent le principe dispositif et le principe du contradictoire, elles sont, elles-aussi, dépourvues d'autonomie. L'exercice du principe du contradictoire permet l'équilibre dans la délimitation de la matière litigieuse, il s'articule autour du droit de savoir et du devoir de communiquer. De manière sous-jacente nous avons également relevé que le principe d'initiative et le contradictoire entretenaient des relations privilégiées. La contradiction est nécessaire pour que les parties puissent remplir leur office. Cette nouvelle approche du principe dispositif a donc permis de proposer des prémices de réflexion sur les relations qu'entretiennent les différents principes directeurs du procès. Prémices seulement, car les développements que nous avons menés ne tendaient pas à la mise en perspective de ces relations, mais ont simplement permis d'en faire éclore quelques-unes. Le renouvellement de l'analyse du principe dispositif repose donc sur l'idée que les parties délimitent leur litige par la formulation des demandes contenues dans les actes de procédure. Plus précisément, l'office des parties est de délimiter *un* litige par la formulation des demandes contenues dans les actes de procédure.

Chapitre 2 - La délimitation d'un litige par la formulation des demandes

156. L'office des parties, en vertu du principe dispositif, est de délimiter le litige, plus exactement, de délimiter un litige. En effet, le principe de l'unité du litige⁴⁸⁰, qui interdit aux parties de modifier le fait juridique initial ayant donné lieu à l'ouverture du procès, commande l'étendue des pouvoirs des parties quant au litige. Les parties ne peuvent pas présenter des demandes étrangères au litige initial. Il n'y a qu'un litige par procès.

157. Cette analyse amène alors à distinguer les diverses demandes qui peuvent être formulées dans le cadre du procès, notamment à différencier les demandes procédurales et les demandes substantielles. Les demandes substantielles doivent être entendues comme les demandes qui portent sur le fond du litige et non les demandes qui portent sur la forme du règlement du litige, sur le déroulement régulier de la procédure. Lorsque les parties formulent des demandes procédurales, entendues comme les demandes qui portent sur les fins de non-recevoir, les exceptions de procédure ou les incidents d'instance, elles n'agissent pas en vertu du principe dispositif mais en vertu du principe d'initiative. En effet, le principe d'initiative, qui est le fondement des charges processuelles⁴⁸¹, est également le fondement de ces demandes qui ne sont autres que la marque de l'office des parties dans la conduite du déroulement de l'instance.

158. L'office des parties en vertu du principe dispositif s'entend donc uniquement comme la maîtrise des demandes substantielles et le principe de l'unité du litige qui fait référence à l'unité substantielle du litige ne concerne que ces dernières. Ces développements nous permettront alors d'apporter des précisions quant au champ d'application du principe dispositif, notamment dans le cadre des voies de recours. Nous verrons ainsi que l'office des parties au regard du litige ne concerne pas toutes les phases du procès mais qu'il n'a vocation à s'appliquer que devant le juge ordinaire, ce dernier devant être entendu comme le juge du fait juridique, et non comme le juge extraordinaire, le juge de la norme juridique. En effet, l'office des parties diffère selon que ces dernières apportent au juge un fait juridique ou une norme juridique car si les parties peuvent formuler des demandes substantielles dans le premier cas, il en va autrement dans le second. L'office des parties en vertu du principe dispositif est donc de délimiter un litige par les demandes plus précisément de délimiter un litige par les demandes substantielles (**Section I**) devant le juge ordinaire (**Section II**).

⁴⁸⁰ V. *supra* n°37.

⁴⁸¹ V. *supra* n°65 à 81.

Section 1 - La délimitation d'un litige par la formulation des demandes substantielles

159. Le principe dispositif, s'il se concrétise par la formulation des prétentions par les parties, se caractérise plus particulièrement par la formulation de prétentions substantielles et uniquement substantielles. Il ne recouvre pas les hypothèses où les parties formulent des prétentions procédurales. En effet, le principe d'initiative, qui constitue le fondement de l'obligation pour les parties de remplir les charges processuelles, fonde également la possibilité pour les parties de formuler des prétentions procédurales. La prétention procédurale est une question posée au juge qui a trait au déroulement de l'instance. La prétention procédurale est donc la prétention qui a pour objet la forme du règlement du litige et non le fond du litige qui constitue la matière litigieuse. Lorsque les parties les formulent, elles agissent en vertu du principe d'initiative qui caractérise leur office quant au déroulement de la procédure (§1). Le principe dispositif s'entend par conséquent uniquement comme la formulation d'un litige par les demandes substantielles (§2).

§ 1. La formulation de demandes procédurales, manifestation du principe d'initiative

160. Les demandes substantielles constituent le contenu de la matière litigieuse car lorsque les parties formulent des demandes qui n'ont pas un objet substantiel mais procédural, elles n'agissent pas en vertu du principe dispositif mais du principe d'initiative. Elles ne font que conduire l'instance ainsi que l'y oblige l'article 2 du Code de procédure, aux termes duquel rappelons-le, « *les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent* ». Il en va ainsi tant au regard de ce que le doyen Héron appelait les défenses procédurales (A) qu'au regard des incidents d'instance (B).

A. Le relevé d'exceptions de procédure et de fins de non-recevoir, manifestation du principe d'initiative

161. Les hypothèses dans lesquelles les parties formulent des défenses procédurales⁴⁸² sont celles dans lesquelles les parties formulent des exceptions de procédure, des fins de non-recevoir. En aucun cas, on ne saurait admettre qu'elles formulent une prétention d'ordre substantiel, leur demande ne porte pas sur le fond du litige, mais sur la forme que doit prendre son règlement. Si ces demandes peuvent avoir un effet sur le fond du litige en raison des liens qu'entretiennent la forme et le fond, tel n'est pas leur objet premier. Tant l'exception de procédure (1) que la fin de non-recevoir (2) caractérise la formulation d'une prétention procédurale.

⁴⁸² Sur la définition des défenses procédurales cf. Héron (J.), Le Bars (Th.), *op. cit.*, p. 118, n°135 et 136.

1. Le relevé d'une exception de procédure, manifestation de la formulation d'une prétention procédurale

162. S'il n'existe aucune liste limitative des exceptions de procédure dans le Code de procédure civile⁴⁸³, ce dernier règlemente le régime de cinq d'entre elles: l'exception d'incompétence⁴⁸⁴, l'exception de connexité et de litispendance⁴⁸⁵, l'exception de nullité⁴⁸⁶ et l'exception dilatoire⁴⁸⁷. Toutes les exceptions de procédure n'entraînent pas l'extinction de l'instance, seules les exceptions d'incompétence, de connexité et de litispendance ainsi que celle de nullité constituent des mécanismes permettant au juge de paralyser temporairement le principe dispositif. Traditionnellement envisagées comme des moyens de défense⁴⁸⁸, les exceptions de procédure ne tendent pas à combattre les prétentions substantielles de l'adversaire. L'exception de procédure est, pour reprendre les mots de la doctrine, un « *obstacle à l'action* »⁴⁸⁹; elle ne contient pas de prétention substantielle car elle ne tend pas à obtenir un avantage social ou économique, mais son règlement est indispensable pour que la prétention substantielle soit examinée par le juge.

163. Aux termes de l'article 73 du Code de procédure civile, l'exception de procédure se définit comme « *tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours* ». Elle doit être soulevée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir, autrement dit *in limine litis*, sous peine d'irrecevabilité⁴⁹⁰ et ce, devant le juge de la mise en état⁴⁹¹. Toutes les exceptions doivent être soulevées ensemble. Cette double exigence de simultanéité et d'antériorité est imposée même lorsque les règles invoquées au soutien de la prétention sont d'ordre public⁴⁹². Par exemple, si le défendeur a opposé avec succès une exception d'incompétence, il n'y aura autorité de chose jugée que sur celle-ci. Le demandeur pourra réintroduire l'instance, en cas d'extinction, ou la reprendre, en cas de suspension. L'obligation pour les parties de soulever les exceptions de procédure *in limine litis* signifie que le défendeur à la demande, initiale ou reconventionnelle, doit les soulever avant l'émission de défenses au fond. La purge procédurale de l'instance apparaît donc comme la condition *sine qua non* de la maîtrise par les parties de leur litige. L'auteur de la demande substantielle ne pourra présenter ses prétentions qu'une fois l'ensemble des exceptions soulevées.

164. Il existe cependant des exceptions à la règle selon laquelle toutes les exceptions de procédure doivent être soulevées avant les défenses au fond. En matière d'exception de

⁴⁸³ La jurisprudence a pu en découvrir de nouvelles. Ex : l'incident de péremption d'instance.

⁴⁸⁴ Art. 77 à 99 CPC.

⁴⁸⁵ Art. 100 à 197 CPC.

⁴⁸⁶ Art. 112 à 121 CPC.

⁴⁸⁷ Art. 108 à 111 CPC.

⁴⁸⁸ Guinchardeau (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 281, n°316.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 284, n°319.

⁴⁹⁰ A noter que le moyen qui invoque la violation de l'article 74 du CPC prend la forme d'une fin de non-recevoir.

⁴⁹¹ Art. 771 CPC dans sa rédaction issue du décret n°98-1231 du 28 décembre 1998.

⁴⁹² Art. 74 CPC.

connexité, l'article 103 du Code de procédure civile prévoit qu'elles peuvent être soulevées en tout état de cause. De même en matière de nullité, l'article 118 dudit Code dispose que « *les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure peuvent être proposées en tout état de cause, à moins qu'il en soit disposé autrement et sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages et intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt* ».

165. Le mécanisme des exceptions de procédure permet à la partie qui l'oppose de neutraliser temporairement l'examen du litige par le juge. L'exception de procédure remet en cause la régularité de la procédure, ce qui entraîne l'impossibilité pour le demandeur d'exercer son action de manière efficace. L'instance étant éteinte en raison d'une irrégularité, le demandeur ne pourra émettre une demande que par l'ouverture d'une nouvelle instance. L'impossibilité n'est cependant que temporaire, en ce que le demandeur pourra ainsi réintroduire l'instance et renouveler ses prétentions : sa demande n'est en aucun cas définitivement paralysée par l'exception de procédure. Lorsque les parties soulèvent pareille défense procédurale, elles agissent en vertu du principe d'initiative et non en vertu du principe dispositif, elles ne formulent pas de prétention substantielle. Il en va de même en matière de fin de non-recevoir.

2. Le relevé d'une fin de non-recevoir, manifestation d'une prétention procédurale

166. La fin de non-recevoir est définie à l'article 122 du Code de procédure civile comme « *tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel que le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* ». Un auteur, analysant les fins de non-recevoir, a précisé qu'elles sont des moyens de défense qui empêchent le juge de statuer sur le fond d'une prétention, « *dès lors qu'il est compétent et régulièrement saisi* »⁴⁹³, la saisine régulière du juge étant un préalable indispensable à l'éventuel examen d'une fin de non-recevoir.

167. Les fins de non-recevoir doivent particulièrement être distinguées des autres moyens de défense. Si elles ont la même finalité que les défenses au fond dans la mesure où elles ont vocation à faire échec à la demande, elles fonctionnent de la même manière que les exceptions de procédure puisqu'elles ne touchent pas au fond des prétentions mais sont relatives à la procédure. Cette nature mixte⁴⁹⁴ est liée à l'évolution de la prise en considération de la fin de non-recevoir en droit⁴⁹⁵. Dénommées exceptions péremptoires dans l'Ancien droit, inconnues du Code de 1806, la doctrine les identifia sous la qualification d'exceptions

⁴⁹³ Block (G.), *Les fins de non recevoir en procédure civile*, préf. Fricero (N.), Martin (R.), Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., 2002, p. 147, n°80 et suiv.

⁴⁹⁴ Sur la notion de fin de non-recevoir et une extension de son champ d'application à tous les moyens tirés de la violation d'une règle de procédure. V. Béguet (J-P.), « Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *R.T.D.civ.* 1947, p. 133

⁴⁹⁵ Guinchard (S.), « Fins de non-recevoir », *Dr. et pratique de la proc.civ.* Dalloz, 2009/2010, 193.00 et suiv.

péremptoires de fond, et la jurisprudence les considéra comme des défenses au fond. L'avènement de l'expression *fin de non-recevoir* est corrélatif à l'adoption du décret-loi du 30 octobre 1935. Ce dernier ne leur a pas offert de régime juridique propre, mais les a soumises au régime des exceptions de procédure. C'est la jurisprudence qui, non sans quelques difficultés⁴⁹⁶, a posé les fondations du régime juridique actuel. Les fins de non-recevoir, entendues comme telles par le Code de procédure civile, constituent dès lors une catégorie propre et obéissent à des règles particulières. Depuis le décret du 20 juillet 1972, elles peuvent être soulevées en tout état de cause⁴⁹⁷, sans que la preuve d'un grief soit nécessaire⁴⁹⁸. Le juge, en vertu de l'article 125 alinéa 1^{er} du même Code, a notamment l'obligation de soulever d'office celles qui présentent un caractère d'ordre public⁴⁹⁹. En outre, dans les matières d'ordre public telles que l'état des personnes, le juge doit les relever d'office et ce, même si elles ne présentent pas un caractère d'ordre public⁵⁰⁰.

168. Si elles sont parfois confondues⁵⁰¹, les fins de non-recevoir sont, à la différence des exceptions de procédure, sanctionnées par l'irrecevabilité de l'action. La confusion entre ces deux mécanismes est d'ailleurs fréquemment liée à la notion d'irrecevabilité⁵⁰². Il a été démontré que « *la distinction entre l'irrecevabilité et la nullité de l'acte introductif pour vice de forme n'était pas aussi absolue qu'on pourrait le penser* »⁵⁰³. Rappelons cependant que l'exception de nullité sanctionne la validité de la procédure, alors que la fin de non-recevoir remet en question le droit d'agir. Si l'une est uniquement formelle, l'autre est également matérielle. Les auteurs ont coutume de le rappeler, l'action en justice n'a réellement pris de sens en droit positif qu'avec l'introduction des fins de non-recevoir et grâce à l'impulsion donnée par la Cour de cassation⁵⁰⁴. Le défendeur, lorsqu'il soulève une fin de non-recevoir, nie l'existence du droit d'action du demandeur, autrement dit, nie son droit à être entendu sur le bien-fondé de ses prétentions substantielles. La fin de non-recevoir empêche ainsi le juge d'examiner ces dernières, d'examiner l'objet du litige, d'examiner la matière litigieuse. En effet, comme il a été souligné, « *la fin de non-recevoir apparaît comme une notion plus fonctionnelle que conceptuelle, en ce sens qu'il est plus aisé, pour décider si telle institution est une fin de non-recevoir, de vérifier si elle remplit telle fonction que d'examiner si elle comporte tel ou tel élément constitutif* »⁵⁰⁵.

⁴⁹⁶ Normand (J.), « Les excroissances des fins de non-recevoir », *R.T.D.civ.* 1981, p. 684

⁴⁹⁷ Art. 123 CPC, Civ. 2^e. 8 févr. 2007, JurisData n°2004-022114 ; Com. 13 févr. 2007, JurisData n°2007-037441.

⁴⁹⁸ Art. 124 CPC.

⁴⁹⁹ Sur l'influence de l'ordre public sur le principe dispositif et notamment le relevé d'office cf. *infra* n°366 à 368.

⁵⁰⁰ Civ. 1^e. 19 mai 1976, *Bull.civ.*, I., n°184, obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1976. p. 820.

⁵⁰¹ Sur ce point voir. Guinchard (S.), Ferrand (F.), Chainais (C.), *op. cit.*, p. 209, n°180 et suiv.

⁵⁰² Omar (M.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, préf. Perrot (R.), L.G.D.J., 1967.

⁵⁰³ Viatte (J.), « La notion d'irrecevabilité », *Gaz. Pal.* 1980, 2, doct., p.470.

⁵⁰⁴ Cayrol (N.), *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, préf. Grua (F.), Economica, 2001, p.6, n°2, « Action en justice », *op. cit.*

⁵⁰⁵ Block (G.), *op. cit.*, n°129 ; sur la fonction processuelle de la fin de non-recevoir, cf. plus précisément, p. 70 n°41 et suiv.

169. Les fins de non-recevoir ne constituent pas un mécanisme permettant aux parties de maîtriser leur litige, mais elles sont des mécanismes contrôlant l'existence d'un droit d'action et donc la régularité de l'instance, puisque une instance introduite alors même que le droit d'agir des parties est en cause est nécessairement caractéristique d'une irrégularité. Elles ne tendent pas à ce que le juge se prononce sur le fond de l'affaire mais elles tendent à ce qu'il statue sur la recevabilité de l'action. Il est, au regard de la fonction de la fin de non-recevoir, impossible de déclarer une action irrecevable et mal fondée sous peine pour les juges du fond de commettre un excès de pouvoir. Ou l'action est irrecevable et les prétentions substantielles ne sont pas soumises au juge, ou l'action est recevable et elles peuvent effectivement être considérées comme mal fondées⁵⁰⁶. Comme l'a rappelé la troisième chambre civile, dans un arrêt en date du 3 avril 2001, la fin de non-recevoir se définit comme « *tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen du fond, pour défaut de droit d'agir* »⁵⁰⁷. L'irrecevabilité de la prétention est en principe définitive. En principe seulement car, lorsque le principe est posé, l'exception n'est jamais loin. Il existe une faculté de régularisation à tout stade de la procédure, lorsque la cause d'irrecevabilité a disparu au moment où le juge statue⁵⁰⁸.

170. La liste de l'article 122 du Code de procédure civile n'est en aucun cas limitative, la loi n'est pas la seule source des fins de non-recevoir, le contrat joue ainsi un grand rôle en la matière⁵⁰⁹, et aujourd'hui le juge. En effet, si pendant longtemps, le pouvoir de créer des fins de non-recevoir était refusé au juge⁵¹⁰, il en va aujourd'hui différemment. C'est ce qui résulte de l'introduction de l'estoppel en droit français. Imposée par une logique de rationalisation et de moralisation des procédures, la jurisprudence récente vient de créer directement une nouvelle fin de non-recevoir, inspirée du droit anglo-américain⁵¹¹ dans un but de bonne administration de la justice. Qualifiée par une partie de la doctrine de « *principe de cohérence* »⁵¹², consacrée en matière contractuelle⁵¹³ et en matière d'arbitrage⁵¹⁴, la confiance

⁵⁰⁶ Sur les dérives de la pratique, cf. Perdriau (A.), « Une action en justice peut-elle être déclarée à la fois irrecevable et mal fondée ? » à propos de Com. 2 déc. 1997, *JCP G* 1998, I, 162.

⁵⁰⁷ Civ. 3^e. 3 avr. 2001, *JurisData* n°2001-009198.

⁵⁰⁸ Art. 126 CPC. Soc. 5 juillet. 1978, *Gaz. Pal.* 1978, pan. 442 ; sur la régularisation en cause d'appel, Civ. 3^e, 15 nov. 1989, *Bull.civ.* III, n°215, Civ. 2^e. 12 juin 2008, note Perrot, *Procédures* 2008, comm. 260.

⁵⁰⁹ A propos de la clause de conciliation préalable cf. Ch. Mixte. 14 févr. 2003, *Bull.civ.*, n°1 ; *B.I.C.C.*, 1^{er} mai 2003, p. 43, avis Benmakhlouf, Rapp. Bailly ; note Ancel, Cottin, *D.* 2003, p. 1386 ; obs. Clay, *D.* 2003, somm. P. 2480 ; obs. Lagarde, *JCP G* 2003, I, 142 ; note Jarrosson, *Rev. Arb.* 2003, p. 403 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2003, p. 349.

⁵¹⁰ Civ. 1^e. 10 févr. 1988, *Bull. civ.* II, n°41, « *Le juge ne peut pas opposer des fins de non-recevoir qui ne résultent pas des textes* », note Perrot, *R.T.D.civ.*, 1988, p. 577

⁵¹¹ Fauvarque-Cosson (B.), « L'estoppel du droit anglais », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2001, dir. Béhar-Touchais (M.), « La confiance légitime et l'estoppel », *Soc. Législation comp.*, 2007-4.

⁵¹² Mestre (J.), Fagès (B.), « De l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui », *R.T.D.civ.* 2002, p. 93.

⁵¹³ Com. 8 mars 2005, n°02-15.783, obs. Delpech, *D.* 2005, p. 883 ; obs. Amrani-Mekki, Fauvarque-Cosson, *D.* 2005, p. 2836 ; obs. Martin, Synvet, *D.* 2006, p. 155 ; Mestre, Fagès, *R.T.D.civ.* 2005, p. 391 ; Legeais, *R.T.D.com.* 2005, p. 397 ; Mazeaud, *R.D.C.* 2005, p. 1015 ; Civ. 3^e. 28 janv. 2009, n°07-20.891, note Houtcieff, *D.* 2009, p. 2008 ; obs. Amrani-Mekki, Fauvarque-Cosson, *D.* 2010, p. 224 ; obs. Fagès, *R.T.D.civ.* 2009, p. 317 ; Mazeaud, *RDC* 2009, p. 999.

⁵¹⁴ Civ. 1^e. 6 juill. 2005, *Bull.civ.*, I, n°302, note Agostini, *D.* 2006, p. 1424 ; obs. Clay, *D.* 2005, p. 3050, Fauvarque-Cosson, *R.D.C.* 2006, p. 1279 ; Muir-Watt, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 602 ; Loquin, *R.T.D.com.* 2006,

légitime s'exprime aujourd'hui pleinement en droit positif⁵¹⁵. En effet, en posant récemment comme principe que nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, la Cour de cassation impose aux parties une nouvelle obligation qui a des conséquences significatives en matière de détermination de la matière litigieuse.

171. En matière processuelle, la Cour de cassation a dans un premier temps fait preuve de prudence⁵¹⁶. Pour certains auteurs, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui est un « *mécanisme purement défensif, enraciné dans l'équité et tendant à la moralisation des comportements processuels* »⁵¹⁷. Cette analyse a été confirmée par un arrêt de la Cour statuant en formation plénière rendu le 27 février 2009⁵¹⁸. Dans son visa fondé sur l'article 122 du Code de procédure civile, la Cour est venue préciser que « *la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir* » ce qui a amené une partie de la doctrine à voir dans cet arrêt une « *consécration limitée* »⁵¹⁹. Elle ajoute, dans les motifs, que ne constituaient pas une violation de l'article 122 les actions de nature différentes, les actions qui n'opposaient pas les mêmes parties et les actions qui n'étaient pas fondées sur les mêmes conventions. La Haute juridiction a donc voulu restreindre, aussitôt consacré, le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui. Dit autrement, la liberté procédurale apparaît de prime abord préservée. Cependant les choses pourraient changer en raison de sa nouvelle nature de principe général du droit⁵²⁰. La Cour de cassation a en effet posé de manière non-équivoque que « *nul ne peut se contredire au détriment d'autrui* ». Pour autant, dans cette décision, la référence à l'article 122 du Code de procédure civile a disparu de la motivation. La sanction du principe de non-contradiction apparaît alors incertaine. Il n'en reste pas moins que l'introduction de l'estoppel sur le fondement de l'article 122 du Code de procédure civile est la marque de la prise en compte de la loyauté des comportements procéduraux au stade de la recevabilité de l'action⁵²¹. Aussi, alors même que de manière traditionnelle, les fins de non-recevoir permettaient de contrôler l'existence de critères objectifs quant à la recevabilité de l'action, elles permettent parfois de contrôler l'attitude du plaideur et présentent dès lors une dimension subjective réelle.

p. 309; Civ. 1^{er}. 3 févr. 2010, note Houtcieff, *JCP G*, 2010, I, 626 ; Pinsolle, *Rev. Arb.* 2005, p. 99, note Béhar-Touchais, *J.D.I.* 2006, p. 608 ; Civ. 1^{er}. 11 juill. 2006, *Bull.civ.* I, n°369, obs. Delpech, *D.* 2006, p. 2052.

⁵¹⁵ Mazeaud (D.), « La confiance légitime et l'estoppel », *R.I.D.C.* 2006-2, p.363. Il serait cependant faux de croire qu'avant l'arrêt de l'Assemblée plénière, les juges ne prenaient pas en compte le défaut de cohérence des écritures. Celui-ci était sanctionné par des mécanismes divers. Bolard (G.), « Le moyen contraire aux précédentes écritures », in *Mélanges en l'honneur de Jean. Buffet, La procédure dans tous ses états*, Montchrestien 2004, p.51, Dupont (N.), *R.T.D.civ.* 2010, p. 459, n°8 et 9.

⁵¹⁶ Civ. 1^{er}. 19 nov. 1991, *Bull.civ.* I, n°316.

⁵¹⁷ Muir-Watt (H.), « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in *Mélanges en l'honneur de Yves Loussouarn, L'internationalisation du droit*, Dalloz, 1994, p. 303, n°1.

⁵¹⁸ Ass. Plén. 27 févr. 2009, n°07-19.841, *Bull.civ.* n°573 ; note Delpech, *D.* 2009, p. 723 ; note Houtcieff, *D.* 2009, p. 1245 ; Fricero, *D.* 2010, p. 169 ; Dupont, *R.T.D.civ.* 2010, p. 459, note Callé, *JCP G* 2009, II, 10073.

⁵¹⁹ Delpech, *D.* 2009, p. 723 ; Houtcieff, *D.* 2009, p. 1245.

⁵²⁰ Com. 20 sept. 2011, n°10-22.888, obs. Delpech, *D.* 2011, p. 2345 ; obs. Fagès, *R.T.D.civ.* 2011, p. 760 ; Maréchal, *D.* 2012, p. 167.

⁵²¹ Sur les rapports qu'entretiennent la loyauté et le principe dispositif, v. *infra* n°644 à 651.

172. Lorsque les parties soulèvent une fin de non-recevoir, elles ne maîtrisent pas leur litige, elles remettent en question le droit d'action de l'adversaire. Cette défense procédurale permet aux parties de s'assurer du caractère régulier de l'instance. Le relevé d'une fin de non-recevoir n'est, de la même manière que l'exception de procédure, que la manifestation de la conduite par les parties de l'instance. Il est symptomatique de l'office des parties dans le cadre du déroulement de l'instance mais non du principe dispositif. Leur relevé peut avoir une incidence sur l'office des parties quant à la délimitation de leur litige dans la mesure où les exceptions de procédure entraînent la paralysie temporaire de la formulation des demandes substantielles et où les fins de non-recevoir peuvent entraîner leur paralysie définitive. Il en va également ainsi lorsque les parties soulèvent un incident d'instance.

B. Le relevé d'incidents d'instance, manifestation du principe d'initiative

173. Lorsque les parties soulèvent un incident d'instance, elles conduisent l'instance de la même manière que lorsqu'elles soulèvent des exceptions de procédure ou des fins de non-recevoir. Dans cette hypothèse, elles n'agissent pas en vertu du principe dispositif, mais en vertu du principe d'initiative. Lorsque les parties les formulent, elles tendent à ce que leur situation procédurale soit modifiée, ce qui peut avoir des incidences sur leur maîtrise substantielle. Le principe d'initiative est nécessaire au principe dispositif en ce que la forme donne vie au fond. Il en va ainsi tant lorsque les parties soulèvent des incidents relatifs au déroulement de l'instance (1), que lorsqu'elles soulèvent des incidents relatifs à l'extinction de l'instance (2).

1. Le relevé d'incidents relatifs au déroulement de la procédure

174. Les auteurs distinguent deux catégories d'incidents affectant le déroulement de l'instance : les incidents relatifs à l'administration de l'instance, et les incidents relatifs à l'arrêt momentané de l'instance⁵²². Dans ces hypothèses, les parties agissent en vertu du principe d'initiative.

175. Lorsque les parties soulèvent un incident relatif à l'administration de l'instance, elles ne formulent pas de prétentions substantielles, elles n'apportent pas de litige au juge, elles ne font que demander au juge qu'il statue sur la régularité de l'instance, ainsi que l'y oblige l'article 3 du Code de procédure civile. Il en va ainsi par exemple lorsque les parties demandent au juge de prononcer la jonction ou la disjonction d'instance. Tandis que dans la première hypothèse, deux instances sont jointes en raison de leur lien de connexité, la disjonction tend à les dissocier. L'article 367 du Code de procédure civile dispose ainsi que « *le juge peut, à la demande d'une partie ou d'office, ordonner la jonction de plusieurs instances pendantes devant lui s'il existe entre les litiges un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire ou juger ensemble. Il peut également ordonner la disjonction d'instance* ». La jonction ou la disjonction d'instance n'est donc possible qu'en

⁵²² Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 358 n°425 et suiv.

cas de connexité entre les demandes⁵²³. A la différence de l'exception de connexité, elle peut être présentée en tout état de cause⁵²⁴. La jonction d'instance ne crée pas de procédure unique. Dès lors, le juge n'est en aucun cas obligé de rendre une décision unique⁵²⁵ et la partie perdante peut se voir condamnée deux fois au paiement de l'amende sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile⁵²⁶. La demande de jonction ou de disjonction d'instance n'est qu'une demande tendant au bon déroulement de l'instance qui est la manifestation du principe d'initiative. Il en va de même lorsque les parties soulèvent un incident qui peut entraîner l'arrêt momentané de l'instance.

176. L'expression « *incident entraînant l'arrêt momentané de l'instance* »⁵²⁷, est utilisée par une partie de la doctrine pour présenter les cas d'interruption et de suspension de l'instance. Concernant tout d'abord les cas d'interruption de l'instance, il faut distinguer selon que l'interruption est de plein droit ou qu'elle est subordonnée à la notification à la partie adverse⁵²⁸. Dans la première hypothèse, l'article 369 du Code de procédure civile prévoit que l'instance sera interrompue automatiquement par l'acquisition de la majorité d'une des parties, par la cessation des fonctions de l'avocat, ou par l'effet du jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens. Dans la seconde hypothèse, l'instance est interrompue après notification des parties par le décès de l'une des parties, par la cessation des fonctions du représentant légal d'un majeur protégé, ou par le recouvrement ou la perte par une partie de la capacité d'ester en justice, conformément aux dispositions de l'article 370 du même Code. L'interruption de l'instance ne peut avoir lieu qu'avant l'ouverture des débats⁵²⁹ : si une des causes prévues aux articles susvisés intervient après ils seront réputés nuls, même s'ils sont passés en force de chose jugée, sauf dans l'hypothèse où ils seraient expressément ou tacitement confirmés par la partie au profit de laquelle l'interruption est prévue⁵³⁰. Si l'instance est interrompue, le juge n'en reste pas moins saisi. Cela signifie simplement que les parties, à ce moment donné, ne peuvent plus présenter de demandes substantielles et ne maîtrisent donc plus la matière litigieuse. Leur maîtrise est suspendue dans le temps de la même manière que l'est l'instance. Les parties ne retrouveront leur maîtrise que par la reprise volontaire de l'instance ou par une reprise effectuée par voie de citation. Dans

⁵²³ Cadiet (L.), « Connexité », *Rep. pr. civ. Dalloz*, 2010, n°5. Certains auteurs voient dans l'indivisibilité « *une connexité renforcée* » (Héron (J.), Bars le (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 865, n°1053. Néanmoins nous ne rejoignons pas cette présentation dans la mesure où l'indivisibilité affecte les droits alors que la connexité affecte l'instance.

⁵²⁴ Article 103 CPC. Pour l'exception de procédure Art. 74 CPC.

⁵²⁵ Soc. 20 nov. 1975, *D.* 1975, IR, 262.

⁵²⁶ Civ. 2^e. 17 mai 2001, *D.* 2001, IR, p. 1924 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2001, p. 656 ; Civ. 2^e. 24 juin 2004, obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2004, p. 555, *JCP G* 2004, IV, 2738.

⁵²⁷ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 360, n°428 et suiv.

⁵²⁸ La notification doit en effet être faite à la partie et non à son avoué ou avocat. Civ. 2^e. 19 déc. 2002, *D.* 2003, p. 179.

⁵²⁹ Art. 371 CPC. A noter que l'ouverture des débats doit s'entendre du moment où à l'audience des plaidoiries la parole est donnée en premier au demandeur. TI Nancy, 11 août 1983, obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1984, p. 165.

⁵³⁰ Art. 372 CPC.

cette hypothèse, ce sont les parties qui, en redonnant effet à l'instance, retrouvent la maîtrise de leur litige⁵³¹.

177. Concernant les cas de suspension de l'instance, qui s'envisagent comme « *une illustration du principe d'initiative* »⁵³², le Code de procédure civile prévoit, aux termes de l'article 377 du Code de procédure civile, qu'« *en dehors des cas où la loi le prévoit, l'instance est suspendue par la décision qui sursoit à statuer, radie l'affaire ou ordonne le retrait du rôle* ». Si le sursis à statuer et la radiation sont des causes classiques de suspension de l'instance par le juge, le retrait du rôle, ancienne radiation conventionnelle, est une cause de suspension formulée par les parties qui est entrée dans le champ de la procédure suite à l'adoption du décret du 28 décembre 1998⁵³³. La suspension de l'instance peut donc être le fait des parties⁵³⁴. Le retrait du rôle permet aux parties conjointement par demande écrite et motivée au juge de retirer leur affaire. L'instance pourra être reprise à la demande d'une seule des parties.

178. La radiation peut également être le fait du juge. Dans cette hypothèse, elle sanctionne le défaut de diligences des parties. Dans chacune de ces hypothèses, il s'agit d'une mesure d'administration judiciaire⁵³⁵ qui n'interrompt pas le délai de la péremption. L'instance pourra être reprise en cas de justification par les parties des diligences entreprises, ou à la demande d'une des parties. Le mécanisme de la radiation est donc un mécanisme commun au juge et aux parties qui entraîne la suspension de l'instance, et donc la suspension de la maîtrise par les parties de leurs litiges, suspension qui peut aller jusqu'à la fin de la maîtrise en cas de péremption de l'instance. La radiation, qu'elle soit une radiation conventionnelle ou une radiation sanction, n'a aucun effet sur l'existence juridique du lien d'instance, dans la mesure où elle ne remet pas en cause la demande introductive d'instance, mais uniquement l'enrôlement. La radiation doit donc s'analyser comme le fait de dessaisir le juge dans la mesure où la mise au rôle est l'acte qui caractérise la saisine du juge⁵³⁶. Le dessaisissement du juge justifie donc que la reprise de l'instance ne se fasse pas par l'introduction d'une nouvelle instance, par le dépôt d'une nouvelle demande initiale⁵³⁷. La demande de rétablissement de l'affaire n'est donc qu'une demande d'enrôlement, elle n'a pas d'incidence sur le lien d'instance. Son absence de caractère juridictionnel justifie donc qu'elle ne soit susceptible d'aucun recours⁵³⁸.

⁵³¹ Art. 374 CPC. « *L'instance reprend alors son cours en l'état où elle se trouvait au moment où elle a été interrompue* »

⁵³² Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 363, n°434.

⁵³³ L'article 377 du Code de procédure prévoit que ces incidents peuvent être prononcés en dehors des cas prévus par la loi. Cette exception vise notamment le déclinatoire de compétence ou la récusation d'un magistrat.

⁵³⁴ Art. 382 et 383 CPC.

⁵³⁵ Sur les mesures d'administration judiciaire, v. *infra* n°432 à 436.

⁵³⁶ Sur ce point, cf. *supra* n° 107 à 113.

⁵³⁷ Soc. 27 mars 1991, *Bull. civ.* V, n°157, obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1991, p. 601.

⁵³⁸ Civ. 1^{er} 16 nov. 2004, *Bull. civ.* I, n°266 ; obs. Fricero, Julien, *D.* 2005, pan. 336.

179. Le juge peut également prendre, à la demande des parties ou d'office, une décision de sursis à statuer qui est une mesure d'administration judiciaire. Selon l'article 378 du Code de procédure civile, « *la décision de sursis à statuer suspend le cours de l'instance pour le temps jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine* ». Le sursis à statuer peut être prononcé notamment dans les cas prévus par la loi, ou plus largement dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. A la différence de la radiation, la décision de sursis à statuer ne dessaisit pas le juge, l'instance n'est pas affectée, seulement le juge décide de « suspendre » son office juridictionnel. Bien qu'elle soit une mesure d'administration judiciaire, la décision de sursis à statuer peut faire l'objet d'une voie de recours qui est identique à celle relative au jugement ordonnant une expertise. Les parties peuvent, par assignation adressée au premier président, former un appel immédiat en cas de motif grave et légitime⁵³⁹. Lorsque l'ordonnance du premier président est rendue en dernier ressort, elle peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation⁵⁴⁰. La solution est logique dans la mesure où en réalité la demande formulée par les parties ne présente pas la nature d'un incident d'instance mais bien une exception de procédure⁵⁴¹ qui doit être soulevée *in limine litis*.

180. Par conséquent, on remarque que, dans les hypothèses de suspension et d'interruption de l'instance, la maîtrise par les parties de leur litige n'est pas remise en cause ; les parties restent maîtresses de leur litige, seul le moment de la maîtrise est différé. Il convient néanmoins d'envisager différemment le sursis à statuer qui n'est pas un incident mais une exception de procédure, qui n'affecte pas l'instance, et qui est susceptible de voie de recours. Seuls les incidents d'instance ont une conséquence sur la continuité de la maîtrise, car ils viennent affecter l'instance. Les parties sont maîtresses des prétentions substantielles, seulement leur maîtrise peut être différée dans le temps en raison des incidents qui viennent affecter l'instance. Dans ces hypothèses, les parties formulent une prétention procédurale, elles ne font que s'assurer du bon déroulement de la procédure. Il en va de même lorsqu'elles relèvent des incidents qui sont relatifs à l'extinction de l'instance.

2. Le relevé d'incidents relatifs à l'extinction de l'instance

181. Lorsque les parties soulèvent des incidents qui entraînent l'extinction de l'instance, elles ne formulent pas de demandes substantielles. Ces actes peuvent être analysés comme des défenses procédurales. C'est ce qui résulte de l'étude des incidents entraînant l'extinction de l'instance à titre principal et de l'étude de l'extinction de l'instance à titre accessoire.

182. Les parties peuvent ainsi en premier lieu éteindre l'instance à titre principal par un désistement d'instance⁵⁴². Ce dernier n'entraîne pas l'extinction de l'action en justice, ni même le droit en cause mais seulement la procédure. Le demandeur semble l'auteur privilégié

⁵³⁹ Art. 380 CPC.

⁵⁴⁰ Art. 3890-1 CPC.

⁵⁴¹ Cass. avis. 29 sept. 2008, obs. Cholet, *Gaz. Pal.* 30 oct. 2008.

⁵⁴² Le désistement d'acte de procédure ne sera pas étudié dans la mesure où il n'entraîne pas d'anéantissement de l'instance et n'a donc aucune influence sur le principe dispositif.

du désistement. Néanmoins, l'accord du défendeur est nécessaire. Dans cette hypothèse, le désistement donne lieu à un jugement de donné acte du juge, ce dernier ne fait que constater l'accord des parties quant à l'extinction de l'instance. L'accord du défendeur n'est indispensable que lorsque des défenses au fond ont été présentées. En outre, il n'est pas nécessaire que dans le cadre de la première instance car dans le cadre d'un désistement à une voie de recours, la volonté du demandeur peut suffire⁵⁴³. L'effet du désistement consiste à remettre les parties dans la situation où elles se trouvaient avant le procès, la prescription est considérée comme n'ayant jamais été interrompue. Le principe dispositif n'a plus vocation à s'appliquer puisqu'il n'y a plus d'instance.

183. L'instance peut également être éteinte par l'effet de la péremption⁵⁴⁴. La péremption est une sanction prononcée par le juge qui a vocation à sanctionner l'absence de diligence des parties dans la conduite de l'instance, le délai de péremption de l'instance étant de deux ans. A la différence du droit romain où elle était considérée comme une « *institution d'ordre public* »⁵⁴⁵, le Code de procédure civile n'a réservé la possibilité au juge de la prononcer que dans le cadre d'une demandes des parties, il ne peut d'office la prononcer. Une partie de la doctrine a justement mis en évidence que la péremption d'instance ne saurait devenir « *une sanction automatique de la négligence des parties* »⁵⁴⁶. Les parties doivent donc opposer par voie d'exception la péremption de l'instance. Cette dernière n'a cependant pas d'effet sur l'action ni même sur le droit litigieux. Les parties pourront toujours réintroduire l'instance, la péremption n'a donc d'effet que sur les actes de procédure⁵⁴⁷. Dans cette hypothèse, de la même manière qu'en matière de désistement, le principe dispositif n'a plus vocation à s'appliquer puisque l'instance est éteinte, il en va également ainsi en cas de caducité de la citation. La caducité de l'acte introductif d'instance entraîne en effet l'extinction de l'instance. L'acte introductif caduc reste en principe valable dans la mesure où il suffit d'enrôler à nouveau l'acte pour reprendre l'instance⁵⁴⁸.

184. L'instance peut donc s'éteindre à titre principal en raison d'un désistement, de la péremption de l'instance ou de la caducité de la citation. Dans ces hypothèses, l'extinction de l'instance entraîne l'impossibilité pour les parties de délimiter la matière litigieuse dans la mesure où l'instance est éteinte. Ces demandes procédurales sont les manifestations du principe d'initiative, il en est également ainsi lorsque les parties soulèvent une incident d'instance qui entraîne l'extinction de l'instance à titre accessoire.

⁵⁴³ Il existe cependant deux exceptions à l'efficacité du désistement unilatéral : le désistement fait avec réserves et le désistement de l'appel principal alors qu'un appel incident a été formé. Les mêmes exceptions s'appliquent en matière de pourvoi en cassation (Art. 1024 CPC).

⁵⁴⁴ Art. 386 et 393 CPC.

⁵⁴⁵ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 373, n°454.

⁵⁴⁶ Atias (Ch.), « La péremption d'instance entre deux eaux : sanction des parties et gestion du rôle », *D.* 2004, p. 2874.

⁵⁴⁷ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 376, n°458.

⁵⁴⁸ *Ibid.* p. 377, n°459.

185. L'instance peut être éteinte par voie accessoire par les parties et seulement par les parties. En effet, il est des cas dans lesquels l'instance ne pourra pas être poursuivie parce que l'action n'est plus exercée. L'impossibilité d'exercice de l'action entraîne alors la disparition corrélative de l'instance qui entraîne elle-même la fin de la maîtrise par les parties de la matière litigieuse. Le droit d'action a donc pour fonction de donner une réalité matérielle au principe dispositif⁵⁴⁹ par la création du lien d'instance. L'action est donc l'instrument procédural qui permet aux parties, maîtresses de leur litige, de porter leur conflit devant le juge. Les causes d'extinction de l'action en justice ne seront pas abordées ici, seuls retiendront notre attention les mécanismes procéduraux affectant l'instance proprement dite et qui mettent en cause le droit d'action. Plus précisément seul l'acquiescement et le désistement d'action retiendront notre attention. En effet, si la transaction et le décès de l'une des parties entraînent également la fin de l'instance, ils n'appellent pas ici de commentaire particulier. Il est un fait évident que le décès entraîne l'extinction de l'action tout comme le fait que la transaction s'analyse comme une renonciation à l'action⁵⁵⁰.

186. Le désistement d'action se distingue ainsi du désistement d'instance en ce que le premier éteint l'action et, par voie de conséquence, l'instance, alors que le second éteint uniquement l'instance tout en laissant subsister l'action⁵⁵¹. Le désistement d'action entraîne donc l'extinction accessoire de l'instance, extinction qui sera constatée par une décision de dessaisissement du juge⁵⁵². Il est en cela un réel acte abdicatif qui n'est que l'illustration du pouvoir pour les parties de mettre fin à l'instance, pouvoir qui leur est conféré par l'article 1^{er} du Code de procédure civile. Se désister de son droit d'action revient, pour le demandeur, à renoncer au droit d'être entendu sur le bien-fondé de sa prétention : se désister du droit d'action revient donc à renoncer à un droit subjectif⁵⁵³. Ainsi que le souligne la Professeure Fricero, « *la partie qui s'est désistée ne peut donc plus engager une nouvelle instance sur le droit qu'elle a abandonnée* »⁵⁵⁴.

187. Le mécanisme du désistement d'action est quant à lui un mécanisme réservé au demandeur. De la même manière qu'il peut créer l'instance par la demande initiale, le demandeur peut l'éteindre par le désistement d'action. Il est « *l'auteur naturel du désistement* »⁵⁵⁵. En effet, bien que le défendeur puisse lui aussi renoncer à son action lorsqu'il émet une demande reconventionnelle, ce désistement n'entraîne pour autant pas la disparition de l'instance dans la mesure où survivent les prétentions initiales du demandeur. Or, la matière litigieuse est constituée par les prétentions substantielles du demandeur, ainsi que par celles du défendeur. En renonçant, le défendeur laisse subsister les prétentions originaires, la matière litigieuse survit au désistement du défendeur. De ce fait, l'unique

⁵⁴⁹ Sur l'influence de l'action sur le principe dispositif cf. *supra* n° 47 à 58.

⁵⁵⁰ Sur la transaction, et plus particulièrement la justice consensuelle, cf. *infra* n° 341 à 352.

⁵⁵¹ Civ. 3^e. 29 nov. 2006, obs. Perrot, *Procédures*, 2007, comm. 31.

⁵⁵² Art. 384 CPC.

⁵⁵³ Raynaud (P.), « La renonciation à un droit », *R.T.D.civ.* 1936, p. 763.

⁵⁵⁴ Fricero (N.), « Désistement », *J-C. proc.civ.* Fasc. 682. 2010.

⁵⁵⁵ Strickler (Y.), « Désistement », *Rep. Proc.civ. Dalloz*, 2010, n°22.

maître de l'extinction de l'instance est bien le demandeur, dans la mesure où son désistement entraîne la disparition totale de la matière litigieuse et où le défendeur ne peut plus formuler de défenses ou demandes reconventionnelles⁵⁵⁶. A l'inverse le demandeur, lorsqu'il renonce à agir, entraîne l'extinction de l'instance et la caducité de toutes les demandes. Ce désistement peut alors s'analyser comme une renonciation définitive au règlement de son litige par le désistement d'action. Renoncer à l'action n'est autre qu'un renoncement au règlement juridictionnel du litige et par voie de conséquence un renoncement au principe dispositif.

188. L'acte est grave, il est dès lors largement encadré. Le désistement d'action ne peut porter que sur des droits disponibles, il ne se présume jamais, il doit être non équivoque, réel⁵⁵⁷, peu important qu'il soit exprès ou implicite⁵⁵⁸, ainsi qu'exempt de vice⁵⁵⁹, sous peine de se voir déclaré nul. En cas de doute, il appartient aux juges du fond, qui disposent en la matière d'un pouvoir souverain d'appréciation, d'interpréter la volonté de la partie. Le désistement d'action est considéré comme un acte unilatéral qui, de ce fait, n'a pas besoin d'être accepté par le défendeur⁵⁶⁰, il est parfait de par l'émission de la volonté et ne nécessite ainsi aucune forme particulière. Toutefois, lorsque le défendeur dispose d'un intérêt légitime à le refuser, son acceptation peut être nécessaire. Le désistement d'action n'est pas le seul incident d'instance entraînant l'extinction de l'instance à titre accessoire, il faut également compter sur l'acquiescement.

189. L'acquiescement peut prendre deux formes : l'acquiescement à la demande et l'acquiescement au jugement⁵⁶¹. Si tous deux obéissent à des règles communes quant à la forme que doit prendre l'acquiescement, chacun de ces acquiescements emporte des effets particuliers. Lorsqu'une partie acquiesce à la demande de l'autre, l'acquiescement entraîne la reconnaissance du bien-fondé des prétentions de l'adversaire qui entraîne « *renonciation à l'action* »⁵⁶². Cette renonciation est la marque de la reconnaissance par la partie qui acquiesce à la fin du litige. En acquiesçant, elle se soumet aux prétentions de l'adversaire, elle marque donc l'extinction de la demande. Il en va de même en matière d'acquiescement au jugement. Lorsqu'une partie acquiesce au jugement, elle renonce à exercer les voies de recours. En toute hypothèse, lorsque les parties acquiescent au jugement où à la demande, l'instance est éteinte

⁵⁵⁶ Il convient cependant de souligner qu'en matière prud'homale, la chambre sociale a admis que « *lorsque l'employeur a licencié un salarié puis a saisi la juridiction prud'homale, ni son désistement ni la règle de l'unicité de l'instance ne peuvent faire obstacle au droit du salarié de contester en justice son licenciement* ». Le désistement d'action du demandeur n'empêche pas le salarié de former une demande reconventionnelle. Cette atteinte aux effets du mécanisme du désistement du droit d'action semble cependant uniquement concerner l'hypothèse du licenciement du salarié. Pour une critique de cette solution cf. Soc., 7 juin 2006, n°04-43.774, note Grayot (S.), *L.P.A.*, 10/11/2006, n°225, p. 11.

⁵⁵⁷ Civ. 1^{er}, 7 janv. 1982, *D.* 1982, IR. 223.

⁵⁵⁸ Art. 397 CPC.

⁵⁵⁹ CA Colmar, 20 mars 1863, *DP* 1863, 2, 104.

⁵⁶⁰ CA Lyon, 7 janv. 1957 ; obs. Raynaud, *R.T.D.civ.* 1958, p. 135.

⁵⁶¹ Sur ces notions cf. Djoudi (J.), « La constatation de l'acquiescement implicite au jugement », *D.* 1996, p. 91 ; Delage (C.), « Acquiescement au jugement et participation à une mesure d'instruction », *Rev. Huiss.* 1997, p. 1405.

⁵⁶² Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 369, n°444.

et le principe dispositif n'a plus vocation à s'appliquer dans la mesure où il n'y a plus de litige opposant les parties.

190. La demande substantielle est donc l'unique acte processuel qui permet aux parties de maîtriser leur litige, car elle est l'unique acte qui contient des prétentions d'ordre substantiel. Lorsque les parties soulèvent des incidents d'instance ou des défenses procédurales, elles ne délimitent pas l'objet de leur litige, mais elles ne font que conduire l'instance. Cela ne signifie pas que les demandes procédurales sont étrangères aux demandes substantielles dans la mesure où l'existence des secondes dépend des premières, cela signifie simplement qu'il convient de distinguer l'office des parties face au litige et l'office des parties dans le cadre de l'instance. La matière litigieuse est uniquement constituée des prétentions substantielles et obéit au principe de l'unité du litige. L'objet du principe dispositif est donc de délimiter un litige par la formulation de demandes substantielles.

§ 2. La formulation de demandes substantielles, manifestation du principe dispositif

191. La délimitation du litige par les parties s'exprime uniquement par la formulation de demandes substantielles et non par la formulation des demandes procédurales, ni même par la formulation de défenses au fond⁵⁶³. Lorsque le défendeur formule une défense au fond, il ne formule pas de demande mais ne fait que mettre en œuvre les droits de la défense en contestant les prétentions de son adversaire. La défense au fond, cette espèce de « *contradiction à la demande* »⁵⁶⁴, est définie à l'article 71 du Code de procédure civile comme « *tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire* ». Ce mécanisme permet au défendeur de se placer sur le débat engagé par le demandeur et de contredire le fond de la demande tel qu'il a été tracé par le demandeur, mais ne permet pas au défendeur de formuler une prétention. La défense au fond tend ainsi à « *la dénégation du droit du demandeur* »⁵⁶⁵. Par l'émission d'une défense au fond, le défendeur ne peut prétendre à un autre avantage – économique ou social – que celui invoqué par le demandeur. C'est ainsi que l'interdiction faite au juge de modifier les prétentions ne s'applique pas aux conclusions du défendeur, ce dernier n'en émettant en réalité aucune. En remettant en cause la prétention du demandeur, il ne fait qu'apporter un point de vue nouveau, une motivation différente tant sur les faits, que sur la qualification proposée sans pour autant participer à la délimitation de l'objet du litige. Il remet en cause « *l'existence ou l'étendue du droit prétendu* »⁵⁶⁶. Malgré l'absence d'émission d'une prétention, le défendeur, qui présente traditionnellement une qualité passive⁵⁶⁷, devient

⁵⁶³ Sur la notion de fond, cf. Desdevises (Y.), « Variations sur le fond en procédure civile » in *Etudes offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Economica, 1990, p. 325.

⁵⁶⁴ Cornu (G.), Foyer (J.), *Procédure civile*, op. cit., p. 368.

⁵⁶⁵ Guinchard (S.), « Défenses au fond » in *Dr. et Pr. de la Proc.civ.*, op. cit., n°191.11.

⁵⁶⁶ Cadiet (L.), Jeuland (E.), op. cit., p.358, n°479.

⁵⁶⁷ Au sens de « *qualité à être actionné par le demandeur* », Serinet (Y-M.), « La qualité du défendeur », *R.T.D.civ.* 2003, p. 203.

néanmoins, par l'émission d'une défense au fond, une réelle partie⁵⁶⁸, en donnant au juge un éclairage nouveau sur le fond du litige. Mais on ne saurait admettre que le défendeur par les défenses au fond délimite le litige, dans la mesure où ces dernières ne contiennent aucune prétention.

192. Seules les demandes substantielles, entendues comme les demandes initiales, reconventionnelles ou additionnelles, constituent donc la matière litigieuse. La délimitation par les parties du litige entraîne nécessairement la mutabilité de la demande initiale. Lorsque les parties émettent leurs prétentions substantielles, la demande initiale est nécessairement modifiée, ce qui a pu laisser croire à la fin du principe d'immutabilité du litige⁵⁶⁹. Néanmoins, derrière ce dernier se dissimule le principe de l'unité du litige qui vient relativiser cette évolution. Aussi, si la mutabilité de l'évolution de la demande initiale est une conséquence du principe dispositif (A), l'interdiction de la mutabilité du litige est une conséquence du principe de l'unité du litige (B).

A. La mutabilité de la demande initiale, conséquence du principe dispositif

193. Parce que la maîtrise par les parties du litige s'exprime techniquement par la formulation des prétentions substantielles et que ces dernières permettent de caractériser les demandes, il est indiscutable que la demande initiale se modifie dans le cadre du procès. La possibilité laissée aux parties de formuler plusieurs demandes dans le cadre du procès est une conséquence directe du principe dispositif. La mutabilité de la demande initiale est le fruit de la pluralité des demandes pouvant être formulées par les parties initiales au procès (1) mais également par les parties secondaires au procès (2).

1. La mutabilité de la demande initiale, conséquence de la pluralité des demandes formulées par les parties initiales au procès

194. Les parties dans le cadre du procès peuvent présenter plusieurs demandes substantielles tendant à la satisfaction des intérêts privés ou à la satisfaction de l'intérêt général. Il en est ainsi que la partie initiale au procès soit une partie privée (a) ou une partie publique (b).

a. La mutabilité de la demande initiale, conséquence de la pluralité des demandes formulées par les parties privées

195. Les parties privées entendues comme les parties qui agissent en défense des intérêts privés peuvent formuler plusieurs demandes au premier rang desquelles se trouve la demande initiale. Autrefois dénommée demande introductive d'instance, elle se fonde dans la catégorie de la demande en justice en matière contentieuse⁵⁷⁰. Elle est définie par l'article 53 du Code

⁵⁶⁸ Sur cette notion V. *infra* n°202.

⁵⁶⁹ V. *supra* n°35 à 37.

⁵⁷⁰ Viatte (J.), « La demande en justice en matière contentieuse », *Gaz. Pal.* 1976, 2, p. 565.

de procédure civile comme « *celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions (...) elle introduit l'instance* ». Elle se caractérise donc par l'émission de prétention substantielle. Elle est un acte réservé au demandeur. Le défendeur peut, quant à lui, formuler, à la suite de la notification de la demande initiale, une demande reconventionnelle⁵⁷¹ qui lui permet de disposer de la même manière que le demandeur du litige.

196. La demande reconventionnelle constitue ce que l'on a pu dénommer une défense agressive⁵⁷². En dépit de son rattachement exclusif au défendeur, elle ne doit en aucun cas être considérée comme appartenant à la catégorie des moyens de défense dans la mesure où elle tend à autre chose que le rejet de la prétention adverse. A la différence du moyen de défense auquel pourtant elle emprunte sa forme⁵⁷³, la demande reconventionnelle, parce que c'est une demande qui est de la même nature que la demande principale, contient une réelle prétention⁵⁷⁴. Elle vaut conclusions⁵⁷⁵. « *C'est ce changement d'objet qui fait de la défense une demande reconventionnelle* »⁵⁷⁶. Elle « *aboutit souvent à un élargissement de la matière litigieuse, soit par un élargissement de la question litigieuse, soit par l'adjonction d'une question litigieuse nouvelle* »⁵⁷⁷. L'émission d'une demande reconventionnelle entraîne donc automatiquement la mutabilité de la demande initiale.

197. On notera également que la demande reconventionnelle ne peut être émise que par le défendeur originaire. Le demandeur ne peut pas répondre à une demande reconventionnelle par une demande du même type⁵⁷⁸. *Reconvention sur reconvention ne vaut*. Seule la reconvention du demandeur fondée sur le même titre que la reconvention du défendeur est admise. L'article 247-2 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi du 26 mai 2004 n°2004-439 dispose ainsi que « *si, dans le cadre d'une instance introduite pour altération définitive du lien conjugal, le défendeur demande reconventionnellement le divorce pour faute, le demandeur peut invoquer les fautes de son conjoint pour modifier le fondement de sa demande* ». Cependant, les hypothèses sont résiduelles et ne remettent pas en cause l'exclusivité de principe de la demande reconventionnelle par le défendeur.

⁵⁷¹ Sur ce point cf. Hoonakker (P.), « Demandes additionnelle et reconventionnelle » in *Dr.et. Pr.de la Proc.civ.* 2009/2010 n°311.52.

⁵⁷² Cornu (G.), Foyer (J.) *op. cit.*, p. 375, n°85 a).

⁵⁷³ Art. 68 al. 1. La Cour de cassation a précisé, au regard de la demande de nullité d'un acte, la différence entre un moyen de défense et une demande reconventionnelle. Ass. Plén. 22 avr. 2011, n°09-16.008, obs. Delpech, *D.* 2011, p. 1218 ; note Deshayes, Laithier, *D.* 2011, p. 18970 ; note Moury, *Rev. Soc.* 2011, 547 ; obs. Théry, *R.T.D.civ.* 2011, p. 795 et 798.

⁵⁷⁴ Civ. 3^e. 3 déc. 2008, *Bull.civ.* III, n°195, *D.* 2009, AJ 107 ; *JCP G IV*, 1048.

⁵⁷⁵ Art. 69 CPC.

⁵⁷⁶ Miguet (J.), *Immutabilité et évolution du litige*, *op. cit.*, p. 189, n°150.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 190.

⁵⁷⁸ Hébraud (P.), Raynaud (P.), « Demande reconventionnelle ; la règle Reconvention sur reconvention ne vaut et ses conditions d'application », *R.T.D.civ.* 1969, p. 373.

198. Définie comme « *la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention adverse* »⁵⁷⁹, elle appartient à la catégorie des demandes incidentes et constitue un incident de fond de l'instance en cours. Le doyen Héron a distingué les demandes reconventionnelles hybrides et les demandes reconventionnelles pures et simples⁵⁸⁰. Les premières constituent à la fois des demandes et des défenses, les secondes sont exclusivement des demandes. Il apparaît que la maîtrise du défendeur sur la matière litigieuse diffère selon qu'il présente une demande reconventionnelle hybride ou une demande reconventionnelle pure et simple. Dans la première hypothèse, la demande reconventionnelle ne présente aucune autonomie dans la mesure où elle possède un objet identique à celui de la demande initiale. L'existence de la demande reconventionnelle est donc conditionnée par l'existence réelle et régulière de la demande initiale⁵⁸¹. Au contraire, dans la seconde hypothèse, la demande reconventionnelle possède un objet distinct⁵⁸², elle peut donc survivre à la disparition de la demande initiale. Le juge statue alors uniquement sur les prétentions du défendeur. Le maître exclusif de la matière litigieuse n'est plus le demandeur, mais bien le défendeur. Cette possibilité « *n'est que l'exercice, postérieurement dans le temps de cette même liberté qu'a eu le demandeur de présenter le litige* »⁵⁸³. La demande reconventionnelle pure et simple est par conséquent l'instrument privilégié de maîtrise du litige par le défendeur qui peut venir compenser la maîtrise exclusive du demandeur dans la mesure où, à la différence de la défense au fond, elle lui permet de formuler de véritables prétentions, de prendre part activement au processus juridictionnel et de sortir de sa qualité purement passive.

199. Il en va différemment en matière de demande additionnelle. Cette dernière est, quant à elle, l'unique demande qui peut être formulée indistinctement de la qualité de la partie. Elle est définie à l'article 65 du Code de procédure comme « *la demande par laquelle une partie modifie ses prétentions antérieures* ». Elle peut être formulée par le demandeur ou le défendeur et doit être rédigée dans les formes prévues pour les moyens de défense⁵⁸⁴. Elle constitue un mécanisme commun au demandeur et au défendeur par lequel les parties peuvent venir modifier l'objet de leur litige par l'émission de nouvelles prétentions, mécanisme qui entraîne donc la mutabilité de la demande initiale.

200. Toutes ces demandes, qu'elles soient initiales, reconventionnelles ou additionnelles, contiennent des prétentions substantielles puisqu'elles portent sur le fond du litige. La

⁵⁷⁹ Civ. 2^e. 8 mars 2007, JurisData n°2007-037783.

⁵⁸⁰ Héron (J.), *Le Bars* (Th.), *op. cit.*, p. 108, n°116.

⁵⁸¹ Civ. 1^e. 19 avr. 2005, *JCP G* 2005, IV, 2350, p.1143 ; obs. Perrot (R.), *Procédures* 2005, comm. 201.

⁵⁸² La jurisprudence a pu considérer qu'une demande reconventionnelle peut survivre à l'irrecevabilité d'une demande initiale. Com. 23 févr. 1983, obs. Derrida, *D.* 1983, IR, 438.

⁵⁸³ Miguet (J.), *op. cit.*, p. 182, n°145.

⁵⁸⁴ Il convient de souligner que dans les cas où la représentation est obligatoire, la demande incidente prendra la forme de conclusions qui devront être déposées au secrétariat greffe de la juridiction et ce même en appel sauf dans l'hypothèse où elle est rédigée contre une partie défaillante ou contre un tiers (Com. 4 janv. 1984, *JCP G*, IV, 77). Dans les cas où la procédure est orale, elle pourra être formulée verbalement à l'audience (Soc. 19 juill. 1983, *Bull.civ.* V, n°444).

mutabilité de la demande est une réalité en raison de la multiplicité des prétentions pouvant être formulées dans le cadre du procès. Si la mutabilité de la demande est le fait des parties privées qui agissent pour la défense des intérêts privés, elle est également une conséquence des demandes formulées par les parties publiques qui agissent pour la défense de l'intérêt général.

b. La mutabilité de la demande initiale, conséquence de la pluralité des demandes formulées par les parties publiques

201. Les sujets du principe dispositif ne sont pas uniquement les personnes privées, la qualification de partie concerne les acteurs au procès qui émettent une prétention, qu'ils soient personne physique ou personne morale, que ces derniers agissent pour la défense d'un intérêt privé ou de l'intérêt général. Aussi, la délimitation par les parties du litige par la formulation des demandes s'entend comme la formulation des demandes tendant à la satisfaction des intérêts privés mais également des demandes tendant à la satisfaction de l'intérêt général.

202. Ainsi que le relève une partie de la doctrine, « *la notion de partie à l'instance est une des plus délicates questions du droit processuel* »⁵⁸⁵. Un auteur a pu écrire que « *la qualité de partie à l'instance se caractérise par deux critères : un critère formel qui consiste dans le fait d'être tenu par le lien juridique d'instance et un critère matériel, qui se définit comme le fait d'être engagé dans le litige qui forme la matière de l'instance* »⁵⁸⁶. Les deux critères apparaissent ainsi cumulatifs. Pour autant, la prétention est un critère suffisant pour l'identification de la partie car il ne saurait y avoir de prétention que dans le cadre de l'instance. Cette analyse est confirmée par la position de la jurisprudence pour qui la prétention est le critère d'identification de la partie. La Cour de cassation a en effet jugé qu' « *avant de se prononcer sur le plan de redressement de l'entreprise, le tribunal n'est pas tenu de procéder à l'audition des candidats repreneurs et ceux-ci, quand bien même seraient-ils entendus pour une bonne administration de la justice, n'ont pas de prétentions à soutenir au sens des art. 4 et 31 nouv.c.pr.civ. ; que dès lors la Soc. Reza Gem, qui n'est pas une partie à l'instance et à l'encontre de laquelle aucune condamnation n'a été prononcée, est irrecevable à se pourvoir* »⁵⁸⁷.

203. Le ministère public doit être envisagé, malgré son statut, comme une partie et non comme un juge. L'article 423 du Code de procédure civile prévoit ainsi que le ministère public « *peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci* »⁵⁸⁸. Dans cette hypothèse, le ministère public agit en tant que partie principale⁵⁸⁹. Il

⁵⁸⁵ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 720, n°205.

⁵⁸⁶ Bussy (F.), « La notion de partie à l'instance en procédure civile », *D.* 2003, p. 1376.

⁵⁸⁷ Com. 22 mars 1988, *Bull.civ.* IV, n°113 ; note Derrida, obs. Julien, *D.* 1988, p. 375 ; obs. Cabrillac, *Gaz. Pal.* 1988, 2, p. 661.

⁵⁸⁸ Sur la réception par la doctrine et la jurisprudence du droit d'agir du ministère public cf. Solus (H.), « La jurisprudence contemporaine et le droit du ministère public d'agir en justice au service de l'ordre public », in *Etudes Capitant*, Dalloz, 1937, p.769. C'est notamment sur ce fondement que le ministère public s'est vu reconnaître la possibilité d'agir en contestation de la retranscription sur les registres de l'état civil des enfants nés

peut également agir, en vertu de l'article 422 du même Code, dans les cas spécifiés par la loi notamment en matière d'opposition à mariage et en matière de nationalité⁵⁹⁰. S'il n'agit pas dans son intérêt personnel mais bien dans son intérêt général, reste que le ministère public formule une prétention. Il émet une prétention en sa qualité de représentant de la puissance étatique⁵⁹¹. Le ministère public est ainsi partie nécessaire au procès⁵⁹² en raison de la mise en cause de l'intérêt général⁵⁹³, ce qui justifie que le ministère public puisse exercer une voie de recours à l'encontre d'une décision rendue dans le cadre d'un procès auquel il n'était pas partie⁵⁹⁴. Il reste cependant une partie un peu particulière⁵⁹⁵ dans la mesure où il ne peut notamment pas, au regard des prétentions, demander au juge de prendre des mesures qui ne toucheraient qu'à l'intérêt privé⁵⁹⁶.

204. Le ministère public n'est pas le seul organe à pouvoir formuler des prétentions lorsque l'intérêt général est en jeu. D'autres organes, peuvent le faire, tel est le cas des ASSEDIC dans le cadre du contentieux du droit du travail⁵⁹⁷ ou encore du Fonds de garantie automobile⁵⁹⁸. En effet, la loi confère la qualité de partie à ces organismes afin que ces derniers bénéficient des effets du jugement et notamment de la possibilité d'exercer une voie de recours et donc de formuler des prétentions. Ce sont de véritables parties qui de la même manière que le ministère public formulent des demandes par leur prétentions et qui participent à la délimitation de la matière litigieuse avec les parties privées.

205. Il ne faut pas confondre ces hypothèses avec celles où le ministère public intervient comme partie jointe car, dans ce cas, il ne formule pas de prétention, il donne un avis dans des affaires qui intéressent l'ordre public, pour que le juge soit en possession de l'ensemble des éléments nécessaires pour trancher le litige. En effet, aux termes de l'article 424 du Code de procédure civile, « *le ministère public est partie jointe lorsqu'il intervient pour faire connaître son avis sur l'application de la loi dans une affaire dont il a eu communication* », tel est notamment le cas en matière de filiation, de tutelle des mineurs, de protection des majeurs vulnérables ou encore en matière de procédures collectives⁵⁹⁹. Dans cette hypothèse,

de convention de mère porteuse à l'étranger. Civ. 1^{er}. 17 déc. 2008, note Egéa, *D.* 2009, p. 166, note Brunet, *D.* 2009, p. 340, note Mirkovic, *JCP G* 2009, II, 10020 ; Murat, *Dr. fam.* 2009, comm. 15 ; Douchy-Oudot, *Procédures* 2009, comm. 52.

⁵⁸⁹ Pour une étude globale de la fonction du ministère public en tant que partie principale cf. Mikalef-Toudic (V.), *Le ministère public, partie principale dans le procès civil*, préf. Bandrac (M.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006.

⁵⁹⁰ Article 175-1 et 175-2 du Code civil.

⁵⁹¹ Mikalef-Toudic (V.), *op. cit.*,

⁵⁹² Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 725, n°209.

⁵⁹³ Guinchar (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 162, n°147.

⁵⁹⁴ Civ. 1^{er}. 29 mai 1989, *Bull.civ.* I, n°126.

⁵⁹⁵ En effet, le ministère public n'est pas, à la différence de parties *lambda*, obligé de prendre des conclusions écrites avant de prendre la parole à l'audience. Civ. 1^{er}, 3 mars 1999, *Bull.civ.* I, n°93; obs. Cadiet (L.), *JCP G* 1993, I, 3723, n°4 ; obs. Perrot (R.), *R.T.D.civ.* 1993, p. 640, n°2.

⁵⁹⁶ Sur ce point voir Miguet (J.); Gout (O.), « Ministère public. Attributions judiciaires en matière civile. Généralités. Ministère public, partie principale au procès », *J-C. proc.civ.* Fasc. 100, n° 8.

⁵⁹⁷ Art. L. 1235-4 C. trav.

⁵⁹⁸ Art. L.211-14 C. assur.

⁵⁹⁹ Art. 425 CPC.

le ministère public intervient comme un organe consultatif, il est alors un tiers au procès et ne formule pas de prétention. Le principe dispositif n'est pas remis en cause car le juge statue au regard de la formulation des prétentions des parties. Seulement, l'intervention du ministère public est nécessaire pour le règlement du litige car le litige est relatif à l'ordre public. Le ministère public doit être envisagé comme une partie à l'instance lorsqu'il intervient à titre principal pour la défense de l'intérêt général et non en tant que partie jointe.

206. Par conséquent, doit être envisagée comme une partie l'auteur d'une prétention peu important la nature des intérêts qu'il défend car si dans une lecture purement subjective du procès, la notion de demande était une notion réservée au justiciable pour la défense des intérêts personnels, aujourd'hui cette analyse doit être réfutée. Les demandes tendant à la satisfaction de l'intérêt général ne sont pas les seules demandes contenant la matière litigieuse. L'approche concrète de la notion de partie impose en effet de ne plus considérer comme partie uniquement les parties privées. Dans chaque hypothèse, la prétention fait la partie. Le renouvellement de l'approche du principe dispositif imposait donc de redéfinir les sujets du principe, et de mettre en évidence que le contenu de la matière litigieuse est formé par l'ensemble des prétentions formulées dans le procès peu important la nature des intérêts en cause et peu important que les parties soient initiales ou secondaires au procès.

2. La mutabilité de la demande initiale, conséquence de la pluralité des demandes formulées par les parties secondaires au procès

207. Par partie secondaire, il faut entendre les parties qui ne sont pas présentes dès l'introduction de l'instance mais qui interviennent en cours d'instance. On pense ainsi au cas de l'intervenant. Le tiers, par le mécanisme de l'intervention⁶⁰⁰, est un sujet du principe dispositif. Il émet des prétentions et devient partie au procès. La qualité de partie lui est uniquement reconnue quand l'intervention volontaire est principale et non accessoire. Si dans la première hypothèse, le tiers intervient de son propre chef à l'instance, dans la seconde son intervention est provoquée par les parties initiales au procès.

208. L'intervention volontaire est dite principale, au terme de l'article 339 du Code de procédure civile, « *lorsqu'elle élève une prétention au profit de celui qui la forme* ». L'émission d'une prétention substantielle par le biais de l'intervention volontaire principale, confère la qualité de partie au tiers qui se trouve automatiquement engagé dans l'instance. Un tiers peut donc devenir partie dès la première instance ou en appel lorsqu'il émet une prétention substantielle. Il devient, procéduralement, demandeur. Sa qualité de partie est certaine dans la mesure où sa demande est autonome⁶⁰¹ et n'est conditionnée ni par la recevabilité ni par l'existence de demandes originaires. Le tiers émet une véritable demande qui participe à la délimitation du litige que l'on qualifie d'incidente ; il en va différemment dans le cadre de l'intervention volontaire accessoire.

⁶⁰⁰ Hoonakker (P.), « Intervention », *Dr. et pr. de la proc.civ.* Dalloz, 2009/2010, n°312.00 et suiv.

⁶⁰¹ Civ. 2^e. 13 juill. 2006 ; obs. Perrot, *Procédures*, 2006, comm. 204.

209. Formulée comme un moyen de défense, l'intervention volontaire accessoire est possible en tout état de cause. Elle est seulement exclue lorsque l'instance met en œuvre « *une action strictement personnelle* »⁶⁰² du demandeur. Elle constitue un moyen préventif pour le tiers qui peut, par son biais, anticiper les problèmes qui pourraient survenir lors du prononcé du jugement⁶⁰³. Le tiers qui intervient de son propre chef ne doit pas être envisagé comme une partie dans la mesure où il n'émet aucune prétention, mais son intervention tend à appuyer les prétentions d'une partie⁶⁰⁴, il intervient à titre conservatoire⁶⁰⁵. Il n'intervient pas en vertu d'un droit propre, ce qui confirme l'idée selon laquelle l'action en justice ne se confond pas avec le droit subjectif⁶⁰⁶. Nous rejoignons l'analyse d'une partie de la doctrine qui considère que l'intervenant volontaire accessoire n'est pas « *une vraie partie* »⁶⁰⁷ mais nous en éloignons lorsqu'elle considère que son rôle s'apparente plus à celui du Ministère public, partie jointe⁶⁰⁸. En effet, l'intervenant accessoire ne donne pas un simple avis, il n'est pas un « organe consultatif » mais son intervention a vocation à appuyer les prétentions d'une des parties. C'est pourquoi la décision de la Cour de cassation, rendue le 2 juin 2010, par laquelle la Haute juridiction a considéré que la H.A.L.D.E. n'avait pas à intervenir en qualité d'intervenant accessoire⁶⁰⁹ nous paraît justifiée, dans la mesure où la Haute autorité lorsqu'elle intervient à un procès, n'intervient pas en raison de l'émission d'une prétention substantielle ou pour venir au soutien d'une prétention des parties, mais simplement pour donner son avis sur l'affaire portée devant les juridictions. Lorsqu'il intervient à titre accessoire, l'intervenant ne saurait prétendre ni à la qualité de partie ni à la qualité de tiers. Il en va autrement dans le cas de l'intervention forcée.

210. L'intervention forcée, encore dénommée mise en cause, consiste, pour les parties, à appeler un tiers, à le rendre partie au procès⁶¹⁰, il s'agit là d'une simple faculté, elles ne peuvent y être obligées⁶¹¹ : le juge peut simplement les inviter à y procéder si cela s'avère nécessaire à la solution du litige⁶¹². La mise en cause doit prendre la forme de l'acte introductif d'instance requis en première instance et d'une assignation en cause d'appel⁶¹³. Comme le dispose l'alinéa 2 de l'article 331 du Code de procédure civile, « *le tiers doit être*

⁶⁰² Hoonakker (P.), « Intervention », *op. cit.*, 312.22.

⁶⁰³ Guinhard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 278, n°309.

⁶⁰⁴ Art. 330 CPC.

⁶⁰⁵ Guinhard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 279, n°312.

⁶⁰⁶ Sur l'action en justice, *V. infra* n°539 à 543.

⁶⁰⁷ Héron (J.), Le Bars (Th.), *op. cit.*, p. 959, n°1170.

⁶⁰⁸ Voir *supra* n°205.

⁶⁰⁹ Soc. 2 juin 2010, n°08-40628.

⁶¹⁰ Art. 66 CPC et art. 331 à 338 CPC.

⁶¹¹ A nuancer cependant en ce sens qu'il existe des cas de mise en cause imposés par la loi. Art. 1670 du CC en cas de vente en réméré et de mise en cause des coveudeurs ou héritiers. Art. L. 455-2 CSS sur la mise en cause obligatoire, par la victime, de la Caisse en cas d'accident du travail, contre le présumé responsable... Ces hypothèses de mise en cause obligatoire se retrouvent souvent en droit social. Le défaut de mise en cause entache alors le jugement de nullité.

⁶¹² Art. 332 « *Le juge peut inviter les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige* ».

⁶¹³ Art. 68 CPC.

appelé en temps utile pour faire valoir sa défense »⁶¹⁴. La solution est logique dans la mesure où le tiers ne choisit pas d'être partie au procès mais se voit imposer cette qualité. Il existe deux cas d'intervention forcée.

211. La première, l'intervention aux fins de condamnation⁶¹⁵, est une action qui aurait pu être formée à titre principal par les parties initiales contre l'intervenant forcé. Dans cette hypothèse, l'intervenant est engagé du fait d'une des parties initiales dans l'instance mais n'est *a priori* pas une partie dans la mesure où il ne fait que préparer sa défense et n'émet pas de prétention. Seulement sa position de défendeur l'autorise néanmoins à formuler des demandes reconventionnelles et donc à émettre des prétentions. En cela, il doit être envisagé comme une partie. En effet, admettre le contraire reviendrait à considérer que le défendeur n'est pas une partie au sens procédural du terme mais que seul le demandeur l'est. Or, il ne fait aucun doute, que dans un procès, le demandeur et le défendeur sont des parties au procès. Plus que le critère de la prétention, c'est la potentialité à émettre des prétentions qui constitue le critère de la partie. La seconde forme d'intervention forcée est l'appel en déclaration de jugement ou d'arrêt commun. Dans cette hypothèse, une des parties au procès forme l'intervention à l'encontre d'un tiers pour lui rendre opposable la décision et lui fermer ainsi la voie de la tierce opposition. Là encore, il est possible de voir dans l'intervenant forcé une véritable partie, dans la mesure où la mise en cause permet à l'intervenant de faire valoir sa défense avant que ne soit intervenu le jugement tranchant le principal.

212. Les auteurs du Code de procédure civile ont réservé un sort particulier à l'appel en garantie ; il peut s'agir d'un appel en garantie simple⁶¹⁶ ou d'un appel en garantie formelle. La distinction revêt un intérêt certain car, si, dans l'hypothèse d'un appel en garantie simple, le demandeur conserve la qualité de partie principale⁶¹⁷, il en va autrement dans le cas de l'appel en garantie formelle. En effet, dans cette hypothèse, le demandeur peut requérir que le garant lui soit substitué en qualité de partie principale⁶¹⁸. Toutefois, le demandeur à l'appel en garantie ne sera mis hors de cause que pour la demande originaire, il demeure partie dans la seconde instance qui l'oppose au garant. En outre, la mise hors de cause n'est pas totale, dans la mesure où le garanti reste tenu par la condamnation sur le fond, sous réserve de la notification du jugement. Sous réserve de ces particularités, l'appel en garantie obéit au même régime que les autres cas d'intervention forcée.

⁶¹⁴ La notion de temps utile est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Il a été jugé que la condition était satisfaite lorsque l'assignation avait été délivrée trois mois avant la clôture de l'instruction. Civ. 3^e. 24 juin 1998, *Bull. civ. IV*, n°2910.

⁶¹⁵ Art. 331 al. 1^{er}.

⁶¹⁶ Art. 334 CPC «*La garantie est simple ou formelle selon que le demandeur en garantie est lui-même poursuivi comme personnellement obligé ou seulement comme détenteur d'un bien* ».

⁶¹⁷ Art. 335 CPC. Sur l'absence de création de lien juridique entre le demandeur à l'action principale et le garant, v. Com. 8 févr. 2000, *Bull. civ. IV*, n°26.

⁶¹⁸ Art. 336 CPC.

213. Dans ces hypothèses, le tiers est engagé dans le lien d'instance et peut formuler des prétentions substantielles par l'émission de demandes, il est donc une véritable partie, sujet du principe dispositif qui participe à la mutabilité de la demande initiale. Si en fonction de la qualité de la partie, la qualification de la demande diffère, toutes sont tenues par un même principe, celui de l'unité du litige. En effet, alors même que l'office des parties vis-à-vis de leur litige commande l'évolution de la demande initiale, il doit être appréhendé au regard du principe de l'unité du litige qui interdit la mutabilité du litige.

B. L'interdiction de la mutabilité du litige, conséquence du principe de l'unité du litige

214. La maîtrise par les parties de leur litige n'est pas absolue. Plus que la délimitation *du* litige, les parties sont tenues, en vertu du principe dispositif, de délimiter *un* litige. Le principe de l'unité du litige vient réguler l'étendue de la maîtrise des parties. Il se traduit par l'interdiction pour les parties de dénaturer le litige initial par l'émission de prétentions substantielles qui porteraient sur un litige distinct de celui ayant donné lieu à l'ouverture du procès. Cette interdiction se manifeste de façon différente selon que l'on se trouve face à des demandes formulées dans le cadre l'instance initiale ou dans le cadre d'une voie de recours. Tandis que dans le premier cas, l'unité du litige impose que les demandes incidentes soient rattachées par un lien suffisant à la demande initiale (1), dans le second cas, l'interdiction de modifier le litige se traduit par l'interdiction des demandes nouvelles (2).

1. L'encadrement de la recevabilité des demandes dans le cadre de l'instance initiale par l'exigence d'un lien suffisant

215. La notion de lien suffisant a eu vocation, en 1975, à remplacer celle de lien de connexité, elle est, à ce titre, appréciée de manière plus large que cette dernière et souverainement par les juges du fond⁶¹⁹. Aujourd'hui, l'absence de lien suffisant entre les demandes prend la forme d'une fin de non-recevoir. La modification du litige constitue donc une limite au droit d'action, limite qui permet de mettre en évidence que l'action en justice est l'action d'un seul litige. Cette fin de non-recevoir ne peut faire l'objet d'un relevé d'office par le juge⁶²⁰. De ce fait, si les parties ne soulèvent pas de leur propre chef la fin de non-recevoir, elles permettent à l'adversaire de donner une autre dimension au litige que celle que le demandeur avait fixé dans l'acte introductif d'instance. Malgré l'absence de relevé d'office par le juge, il reste que toutes les demandes substantielles formulées dans le procès doivent en principe présenter un lien suffisant avec la demande introductive d'instance.

216. En vertu de l'alinéa 1 de l'article 70 du Code de procédure civile, la demande reconventionnelle n'est recevable que si elle se rattache aux prétentions originaires par un lien

⁶¹⁹ Civ. 1^{er}. 6 juin 1978, *Bull. civ.* I, n°214; sur la nécessité de définir la notion de "lien suffisant" notamment en appel, cf. Ancel (M-E), « Les reconventions nouvelles en appel : une recevabilité à restreindre », *D.* 2000, p. 559.

⁶²⁰ Soc. 23 nov. 1995, *Bull.civ.*, V, n°314, *JCP G* 1996, n°41 ; note Dagorne-Labbe, *Gaz. Pal.* 1996, pan. 216.

suffisant. Autrement dit, toute demande reconventionnelle ne s'apprécie qu'au regard de la demande initiale. L'objet de la demande fixé en première instance peut donc être largement modifié si la demande reconventionnelle n'est pas rattachée par un lien suffisant à la demande initiale et si le demandeur ne soulève pas la fin de non-recevoir. Une seule exception est prévue à l'exigence du lien suffisant : la compensation judiciaire⁶²¹. L'article 70 alinéa 2 du Code de procédure civile dispose que « *la demande en compensation est recevable même en l'absence d'un tel lien sauf au juge à la disjoindre si elle risque de retarder à l'excès le jugement sur le tout* »⁶²². L'absence de nécessité de lien suffisant se justifie parfaitement dans la mesure où l'attribution d'une compensation judiciaire ne modifie pas le litige. Le juge ne statuant pas au fond, il ne fait que reconnaître ou rendre liquide une créance que le défendeur prétend avoir contre le demandeur afin de pouvoir ensuite la compenser avec la dette dont son adversaire réclame le paiement. Le litige n'est donc pas modifié, la partie qui demande la compensation judiciaire se plaçant en réalité sur le terrain de l'exécution d'une obligation et non pas sur celui du litige lui-même.

217. La demande additionnelle ne permet pas non plus aux parties d'apporter un nouveau litige. C'est ce que rappelle l'exigence de lien suffisant avec la demande initiale⁶²³. Elle emporte ainsi les mêmes effets que la demande initiale dans la mesure où elle constitue une réelle demande en justice. En effet lorsque les parties formulent un demande en intervention volontaire, la recevabilité de cette demande est conditionnée par l'existence d'un lien suffisant avec les prétentions originaires⁶²⁴, lien apprécié souverainement par les juges du fond et ce même en cause d'appel⁶²⁵. Comme toute demande incidente elle doit être rattachée aux prétentions originaires par un lien suffisant ce qui met en évidence l'unité du litige.

218. Aussi, on remarque que la maîtrise des parties de leur litige est conditionnée par la recevabilité des demandes dans le cadre de l'instance initiale. La recevabilité s'apprécie au regard de l'exigence de lien suffisant, lien qui constitue donc la limite au principe dispositif dans le cadre de l'instance principale. Dans le cadre des voies de recours, la notion de lien suffisant laisse la place à celle de nouveauté des prétentions aux fins de préservation de l'unité du litige.

2. L'encadrement de la recevabilité des demandes dans le cadre des voies de recours par l'interdiction des demandes nouvelles

219. L'article 564 dispose qu' « *à peine d'irrecevabilité soulevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un* »

⁶²¹ Et non pas la compensation légale qui constitue une simple défense au fond ; Chabas (F.), « Réflexions sur la compensation judiciaire », *JCP G* 1976, 2026.

⁶²² Pour un cas de disjonction de l'instance, CA Bordeaux, 20 nov. 2006, JurisData n°2007-037783.

⁶²³ Art. 70 CPC.

⁶²⁴ Art. 325 CPC.

⁶²⁵ Ch. Mixte, 9 nov. 2007 ; note Amrani-Mekki, *JCP G*, I, 138 ; note Douchy-Oudot, *Dr. et proc.* 2008, p. 90 ; Perrot, *Procédures*, 2008, comm. 5 ; Serinet, *JCP G* 2008, II, 10070.

tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait ». Il apparaît donc qu'en matière d'appel la mutabilité de la demande est très encadrée, et que, dans toutes hypothèses, cette mutabilité ne permet pas aux parties de modifier leur litige. La solution est logique dans la mesure où il n'existe qu'un litige par procès.

220. Aux termes de l'article 567 du Code de procédure civile, « *les demandes reconventionnelles sont également recevables en appel* »⁶²⁶. Cette disposition est, pour certains, la marque d'une « *nette érosion du principe du double degré de juridiction* »⁶²⁷ en ce sens qu'elle constitue une exception à l'interdiction de présenter des prétentions nouvelles en appel⁶²⁸. Elle participe ainsi au mouvement qui consiste à voir dans la voie d'appel non plus uniquement une voie de réformation, mais également une voie d'achèvement du litige⁶²⁹. Pour autant, elle ne permet pas aux parties de modifier le litige. L'article 565 du Code de procédure civile dispose à ce titre que « *les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge même si leur fondement juridique est différent* ». Il en va ainsi tant au regard de la recevabilité des demandes reconventionnelles que de la recevabilité des demandes additionnelles ou des interventions.

221. L'admission d'une demande reconventionnelle en appel n'est pas la consécration de la remise en cause d'une demande nouvelle. La demande ne devient nouvelle que si elle tend à une fin différente de l'objet de la demande initiale. L'interdiction des demandes nouvelles s'entend comme l'interdiction des demandes qui traduiraient la transformation du nouveau litige. Toute la difficulté réside dans la notion de « *mêmes fins* », celle-ci est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Certains penseront que l'expression de « *prétentions tendant aux mêmes fins* » est « *malheureuse* », la Cour de cassation n'ayant pas mis en évidence de critères précis, agit avec un « *certain empirisme* »⁶³⁰, et ce malgré les efforts de la doctrine⁶³¹. Pour autant, il semble que derrière cette expression, on retrouve l'idée d'équivalence des effets juridiques des différentes règles de droit invoquées⁶³². Le mécanisme de la demande reconventionnelle permet un « *renouvellement de la matière litigieuse* »⁶³³ sans toutefois proposer au juge un litige totalement distinct de celui contenu dans les prétentions initiales. Les demandes additionnelles obéissent aux mêmes contraintes.

⁶²⁶ En appel, lorsque la demande reconventionnelle est formée contre un tiers ou une partie défaillante, elle doit être présentée sous la forme d'une assignation selon l'article 68 du Code de procédure civile.

⁶²⁷ Ancel (M-E), *op. cit.*

⁶²⁸ Art. 564 CPC, Boyreau (P.), *De la prohibition des demandes nouvelles en appel*, Bordeaux, Delmas, 1945.

⁶²⁹ Pour une critique de la voie d'achèvement, Perrot (R.), « Appel. Les demandes nouvelles et la notion de « lien suffisant » », *R.T.D.civ.* 1980, p. 624 ; Vincent (J.), « Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile », *D.* 1973, chron. p. 34.

⁶³⁰ Perrot (R.), « Appel. Recevabilité d'une prétention dont le fondement juridique a été modifié en cause d'appel : l'identité de fins », *R.T.D.civ.* 1977, p. 628.

⁶³¹ Passa (J.), « La recevabilité en appel des demandes tendant aux mêmes fins dans le procès civil », *Justices*, n°7, 1997, p. 105. L'auteur, après avoir écarté les critères la prétention ayant échappé à l'autorité de chose jugée et la prétention en contradiction avec celle formulée en première instance, propose pour définir la demande nouvelle, le critère de « *la prétention pouvant se cumuler avec celle présentée en première instance* ».

⁶³² Héron (J.), Le Bars (Th.), *op. cit.*, p. 621, n°762.

⁶³³ Beauchard (J.), *Le renouvellement en appel de la matière litigieuse dans le procès civil*, thèse dact. Poitiers, spéc. p. 352 et suiv.

222. Recevable en première instance, la demande additionnelle l'est également en appel. Elle doit, dans ce cas, elle aussi, satisfaire aux exigences de l'article 565 du Code de procédure civile, autrement dit, elle doit tendre aux mêmes fins que les prétentions soumises aux premiers juges. Elle peut être présentée à tout moment, pourvu qu'elle fasse l'objet d'un débat contradictoire ; le juge est dans l'obligation de statuer⁶³⁴. Si le changement d'objet est autorisé, il est cependant nécessaire que les nouvelles prétentions portent sur le même litige. Cette possibilité met en exergue la maîtrise des parties sur leur litige sans pour autant leur conférer la possibilité de modifier les prétentions. Les juges font, dès lors, une application très stricte de la notion de lien suffisant, le changement d'« *objet matériel* », à la différence du changement d'« *objet juridique* »⁶³⁵ n'est que très difficilement admis et se heurte souvent à une irrecevabilité. L'analyse selon laquelle la demande incidente ne constitue pas une hypothèse de modification de l'objet du litige est confirmée par le fait que dans certains cas la demande additionnelle n'est jamais recevable.

223. Il en est ainsi pour la procédure par défaut et pour la procédure ouverte par requête conjointe. Dans le premier cas, l'interdiction des demandes additionnelles se justifie par le fait que le défendeur n'est pas présent ou n'a pas conclu, et ne peut donc se défendre ; si le demandeur veut former de nouvelles prétentions, il devra assigner à nouveau son adversaire lors d'une seconde instance⁶³⁶. Dans le second cas, l'interdiction est justifiée par le fait que les parties ont délimité ensemble l'objet du litige. Ce qu'une volonté conjointe a fait ne peut être défait par une volonté unilatérale. Seule devrait être recevable la demande additionnelle rédigée conjointement par les parties. Ces deux atténuations à la recevabilité des demandes additionnelles sont parfaitement compréhensibles et rejoignent l'esprit du principe dispositif. Les parties sont maîtresses ensemble du litige, elles ne peuvent donc le faire évoluer lorsqu'une partie est défaillante. Elles peuvent le faire évoluer ensemble, ou seules, sous réserve que la partie adverse soit en mesure de se défendre. La même explication justifie le fait que l'irrecevabilité de la demande additionnelle ne peut être relevée d'office par le juge, elle doit être soulevée par les parties⁶³⁷.

224. Si l'intervention forcée n'a jamais posé de difficultés en première instance, il en va autrement en appel⁶³⁸. Jusqu'au décret n°72-788 du 28 août 1972, l'intervention forcée n'était recevable en appel que lorsqu'elle avait vocation à étendre l'autorité de chose jugée aux tiers⁶³⁹. L'intervention forcée aux fins de condamnation était irrecevable dans la mesure où elle conduisait à priver le tiers du bénéfice du double degré de juridiction. Sa recevabilité fut admise en 1972 mais elle resta encadrée. Ainsi, aujourd'hui, elle n'est recevable qu'en cas d'évolution du litige. L'évolution du litige doit, à ce titre, être appréciée au regard du tiers et

⁶³⁴ Civ. 3^e. 29 sept. 2010, n°09-10.044.

⁶³⁵ En ce sens, voir Miguet (J.), « Demande additionnelle », *J-C. Proc.civ.* Fasc. 127, n°74 et suiv.

⁶³⁶ Raynaud (P.), « Conclusions. Irrecevabilité de conclusions additionnelles contre un défendeur défaillant », *R.T.D.civ.* 1951, p. 425.

⁶³⁷ Civ. 3^e. 15 juin 1976, *Bull.civ.* III, n°267.

⁶³⁸ Avril (P.), Giverdon (C.), « Les interventions en appel », *Gaz. Pal.* 1984, 1, doct. p. 121.

⁶³⁹ Civ. 2^e. 27 févr. 1979 ; obs. Raynaud, *D.* 1970, p. 581.

non au regard des parties présentes en première instance, dans la mesure où « *c'est contre leur gré que les tiers perdent alors le bénéfice du double degré de juridiction* »⁶⁴⁰.

225. La notion d'« *évolution du litige* » est floue⁶⁴¹ et laisse ainsi une grande marge de manœuvre aux juges du fond quant à son interprétation, qui ont tendance à en faire une application assez stricte⁶⁴². Ce n'est que récemment que la Cour de cassation est venue donner une définition de l'évolution du litige. Dans ses motifs, l'Assemblée plénière précise que « *l'évolution du litige impliquant la mise en cause d'un tiers devant la cour d'appel, au sens de l'article 555 du nouveau code de procédure civile, n'est caractérisée que par la révélation d'une circonstance de fait ou de droit, née du jugement ou postérieure à celui-ci, modifiant les données du litige* »⁶⁴³. La définition a le mérite d'être précise, un peu trop peut-être pour certains⁶⁴⁴. Quoiqu'il en soit, elle offre une ligne de conduite aux juges du fond et permet d'éviter les divergences jurisprudentielles. On remarque ainsi que c'est la modification des faits, la modification du litige, qui permet aux tiers d'intervenir dans le procès en appel. La révélation d'un nouveau fait n'est pas la traduction d'un changement de litige, mais bien la révélation d'un fait nouveau relatif au litige initial qui justifie que le tiers acquière la qualité de partie. La définition du critère de l'évolution du litige permet ainsi de restreindre sa recevabilité. Elle participe ainsi de la préservation, *a minima*, de la règle du double degré de juridiction⁶⁴⁵. La Cour a réussi ainsi à préserver l'équilibre des conceptions de la voie d'appel, celle-ci est une voie d'achèvement du litige, mais également une voie de réformation. L'Assemblée plénière a ainsi suivi l'avis de M. Cédras qui préconisait un certain équilibre, un « *compromis qui ne peut résulter que de la reconnaissance de l'exigence du double degré de juridiction en tant que principe et de la possibilité d'intervention forcée en appel en tant qu'exception* »⁶⁴⁶. Par le mécanisme de l'intervention forcée et sa recevabilité en appel, les parties peuvent ainsi faire évoluer le litige et offrir au juge toutes les données nécessaires à son règlement sans pour autant modifier le litige.

226. Par conséquent, on remarque que l'unité du litige, qui constitue la limite principale au principe dispositif, est protégée tant dans le cadre de l'instance initiale que dans le cadre des voies de recours par les exigences de lien suffisant et d'interdiction des demandes nouvelles.

⁶⁴⁰ Cadiet (L.), Jeuland (E.), *op. cit.*, p. 632, n°829 ; Terré (F.), « L'intervention en appel », in *La voie d'appel*, Ann. Fac. Dr. et sc.éco. d'Aix en Provence, n°54, 1964, p. 115.

⁶⁴¹ Perrot (R.), « Appel. Intervention forcée devant la Cour : la notion d'évolution du litige », *R.T.D.civ.* 2005, p. 671 ; Perrot (R.), Tissot, « Les effets de l'appel », *Gaz.Pal.* 1974, 1, doct., p. 408.

⁶⁴² Gissier-Pierrard (M-J), « L'évolution du litige, bilan de cinq années d'application jurisprudentielle de l'article 555 du nouveau Code de procédure civile », *JCP G* 1978, I, 2888 ; Légier (G.), « L'intervention forcée en appel et l'évolution du litige », *D.* 1978, p. 151 ; Maria (P.), « Laxisme ou rigueur en matière d'évolution du litige ? », *Gaz. Pal.* 1984, 1, chron. p. 251.

⁶⁴³ Ass. Plén. 11 mars 2005, n°03-20.484, *B.I.C.C.*, 1 juin 2005, rapport Betch et avis Cédras, *JCP G* 2005, II, 10161 ; obs. Fischer, *D.* 2005, p. 2368 ; Fricero, *Dr. et Proc.* 2005-4, p. 227 ; Perrot, *Procédures* mai 2005, n°118, *R.T.D.civ.* 2005, p. 455, Serinet, « Droit judiciaire privé », *JCP G*, 2005, I, 183.

⁶⁴⁴ Fischer (E.), *op. cit.*, Perrot (R.), *op. cit.*

⁶⁴⁵ Sur le double degré de juridiction, cf. dossier Justices 1996-4, p. 1 et suiv., spéc. Cadiet (L.), Guinchard (S.), « Le double degré de juridiction », p. 1 ; Hilaire (J.), « Un peu d'histoire », p. 9 ; Molfessis (N.), « La protection constitutionnelle », p. 17.

⁶⁴⁶ Cédras (J.), *op. cit.*

L'office des parties en vertu du principe dispositif doit donc s'entendre comme la délimitation d'un litige dans le procès. Plus précisément le principe dispositif n'a pas vocation à s'appliquer à toutes les étapes du procès, mais il s'applique uniquement devant le juge ordinaire.

Section 2 - La délimitation d'un litige devant le juge ordinaire

227. Le Code de procédure civile ne donne aucune définition de la voie de recours mais nous pouvons dire avec le Professeur Perrot que « *les voies de recours sont des voies de droit qui ont pour objet propre de remettre en cause une décision de justice* »⁶⁴⁷. La voie de recours permet donc de remettre en cause l'autorité de chose jugée de la décision antérieure afin qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit, elle ouvre une nouvelle instance. Il ne sera point ici question d'étudier dans la globalité l'ensemble des voies de recours, il ne sera pas non plus question de s'essayer à la création d'une véritable théorie générale⁶⁴⁸. Les développements qui vont suivre ne concerneront que les hypothèses des voies de recours qui tendent à corriger « *l'error in iudicando* » et non « *l'error in procedendo* »⁶⁴⁹. En effet, la première a un effet direct sur le fond du litige, alors que la seconde ne porte que sur des considérations purement formelles relatives au jugement. On pourrait penser que toutes les voies de recours permettent la mutabilité de la demande dans la mesure où elles tendent à remettre en cause le fond du litige. Or, il n'en est rien.

228. Au terme de l'article 527 du Code de procédure civile, on peut lire, « *les voies ordinaires de recours sont l'appel et l'opposition, les voies de recours extraordinaires la tierce opposition, le recours en révision et le pourvoi en cassation* ». On classe traditionnellement les voies de recours autour de la distinction entre voies de recours ordinaires et voies de recours extraordinaires. Tandis que les premières sont celles qui ne sont ouvertes que dans les cas spécifiés par la loi⁶⁵⁰, les secondes sont ouvertes dans tous les cas, sauf exceptions posées par la loi ; les voies de recours ordinaires ont un effet suspensif, sous réserve d'exécution forcée, à la différence des voies de recours extraordinaires. On connaît les problèmes posés par cette classification. Par exemple, le Professeur Cadiet souligne que si la classification relative à l'appel et au recours en révision est parfaitement exacte, il en va autrement pour l'opposition en ce sens qu'elle « *devrait plutôt être rangée parmi les voies de recours extraordinaires dans la mesure où elle n'est ouverte qu'à l'encontre des seuls jugements par défaut et suppose donc que l'appel soit fermé* »⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ Perrot (R.), *Institutions judiciaires*, op. cit., p. 489, n°615.

⁶⁴⁸ Salhi (K.), *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, thèse dact., dir. Le Bars (Th.) Caen, 2004 ; Héron (J.), « Convention européenne des droits de l'homme et théorie générale des voies de recours », in *Mélanges offerts à Pierre Drat*, op. cit., p.369 ; Wiederkehr (G.), « Le système des voies de recours en droit judiciaire privé français », *R.I.D.C.* 1989, n° spéc. vol. 11, p. 225.

⁶⁴⁹ Cadiet (L.), Jeuland (E.), op. cit., p. 618, n°806.

⁶⁵⁰ Art. 580 CPC.

⁶⁵¹ Cadiet (L.), Jeuland (E.), op. cit., p. 615, n°800, en ce sens voir également Héron (J.), Le Bars (Th.), op. cit., p. 562, n°696.

229. Nous pensons pour notre part que la distinction revêt un intérêt certain : les voies de recours ordinaires sont les voies de recours qui portent sur un fait juridique, tandis que les voies de recours extraordinaires sont les voies de recours qui ont pour objet un acte juridique. Tandis que l'office du juge du fait juridique est de créer une règle de droit conforme à la légalité⁶⁵², l'office du juge de l'acte juridique est de s'assurer de la légalité de la norme juridique qui lui est soumise. En effet, le juge de la norme juridique peut être envisagé comme un juge extraordinaire, dans la mesure où il ne tranche pas une question relative au fait mais juge le droit. Dans ce cas, le juge est saisi d'une règle de droit contenue dans un acte juridique créé par le juge ordinaire mais il n'est pas saisi d'un fait juridique⁶⁵³. De la même manière, les parties ne formulent pas de demande substantielle, elles demandent au juge qu'il soit statué sur la légalité de la décision de justice. Partant, l'obligation pour les parties de délimiter leur litige s'il est un principe du procès n'a de sens que devant le juge ordinaire. Il s'applique dans le cadre de l'exercice voies de recours ordinaires (A) mais non dans celui des voies de recours extraordinaires (B).

§ 1. L'application du principe dispositif dans le cadre des voies de recours ordinaires

230. Lorsque les parties émettent des prétentions d'ordre substantiel dans le cadre d'une voie de recours, elles forment une voie de recours ordinaire. Il existe deux voies de recours ordinaires, l'appel et l'opposition. Dans chacune de ces hypothèses, les parties apportent au juge un litige et font évoluer l'objet de la demande initiale en raison de l'effet dévolutif. L'exercice d'une voie de recours est donc la cause de la mutabilité de la demande initiale. Néanmoins, l'exercice de ces voies de recours ne permet pas aux parties d'amener un autre litige. En effet, elles ne sont recevables qu'au regard de la demande initiale de première instance. L'hypothèse de « *fragmentation du procès* »⁶⁵⁴ obéit donc au principe de l'unité du litige. L'office des parties s'entend donc bien comme l'obligation faite aux parties de délimiter *un* litige dans la mesure où l'exercice tant de l'appel (A) que de l'opposition (B) n'élué pas l'unité du litige.

A. La délimitation d'un litige dans le cadre de l'appel

231. L'appel⁶⁵⁵ est « *la voie royale du double degré de juridiction* »⁶⁵⁶. L'article 543 du Code de procédure civile précise que « *la voie de l'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuse, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé* ». La voie d'appel permet donc de faire rejurer le litige par un magistrat d'une juridiction

⁶⁵² V. *infra* n°265.

⁶⁵³ Nous verrons qu'il en est également ainsi lorsque les parties apportent au juge non pas un fait juridique mais un acte juridique qu'elles ont elle-même créé. V. *infra* n°322 à 352.

⁶⁵⁴ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 371, n°95.

⁶⁵⁵ Ravarini (G.), « Interrogations autour d'un droit fondamental : l'appel », in *Mel. Guinchard, op. cit.*, p. 355.

⁶⁵⁶ Cadiet (L.), Jeuland (E.), *op. cit.*, p. 623, n°816.

supérieure⁶⁵⁷, magistrat qui possède une plénitude de juridiction⁶⁵⁸ et ce indépendamment de la décision des premiers juges. Elle est ouverte au demandeur et au défendeur⁶⁵⁹. L'appel est une voie de droit générale, voie de droit oscillant entre réformation et achèvement du litige, mais qui, en toute hypothèse, ne permet pas de modifier le litige. L'acte d'appel prend sa source dans la demande initiale, dans la demande qui a introduit la première instance, elle est le fondement de la déclaration d'appel et permet ainsi de préserver l'unité du litige.

232. On peut lire que la demande initiale « *ne comprend pas seulement l'acte initial « d'ouverture des hostilités » en première instance mais aussi l'acte par lequel le plaideur déclenche une instance sur une voie de recours* »⁶⁶⁰. L'acte introductif d'instance, devant les juridictions de second degré, est nécessairement conditionné par la demande initiale⁶⁶¹, il trouve sa source dans la demande introductive de première instance. En effet, « *l'appel étant destiné à vérifier dans quelles conditions les premiers juges ont accompli leur mission, il serait illogique de modifier, dans la seconde instance, les éléments du débat* »⁶⁶². C'est la consécration de l'effet dévolutif de l'appel consacré par l'adage « *tantum devolutum quantum appellatum* ». C'est ainsi que l'on peut facilement mettre en évidence que, si la demande introductive d'instance des voies de recours peut faire évoluer la matière litigieuse, elle ne lui donne jamais naissance. Seule la demande initiale de première instance, composée de la demande principale, voire de demandes subsidiaires⁶⁶³, délimite la matière litigieuse et ce, bien que chaque demande initiale consacre l'ouverture d'une nouvelle instance⁶⁶⁴. La fragmentation de l'instance n'entraîne en aucun cas une multiplication des procès. Il n'y a qu'un litige, non pas par instance, mais par procès.

233. L'appel en tant que voie d'achèvement ne permet aux parties que de présenter des moyens nouveaux. Les parties, au travers de leurs conclusions⁶⁶⁵, peuvent procéder à une nouvelle argumentation, mais ne peuvent pas présenter de nouvelles prétentions. Comme le souligne le Professeur Ferrand « *ce sont alors les conclusions elles seules, et non l'acte d'appel, qui détermineront les moyens sur lesquels les juges d'appel devront se*

⁶⁵⁷ Art. 561 CPC « *L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit* ».

⁶⁵⁸ Leveneur (L.), « A propos de la plénitude de juridiction de la cour d'appel », *Gaz. Pal.* 1970, 2, doct. p.10.

⁶⁵⁹ Art. 548 CPC. A noter que l'appel incident peut également être formé contre un autre intimé. ; Gas (D.), « Autonomie des appels incidents », *Gaz. Pal.* 1981, 2, doct. p.325, Lobin (Y.), « L'appel incident et l'appel provoqué », *Gaz. Pal.* 1986, 1, p. 125; Verdun (G.), « La recevabilité des appels incident et provoqué ou le chemin difficile », *Gaz. Pal.* 1986, 1, p. 127.

⁶⁶⁰ Desdevises (Y.), *Demande en justice-demande initiale*, *op. cit.*

⁶⁶¹ Cf. le principe de l'interdiction des demandes nouvelles en appel notamment et son corollaire le principe de l'immutabilité du litige. Art 564 CPC : « *les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions* ».

⁶⁶² Guincharde (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 864, n°1248.

⁶⁶³ Putman (E.), « Remarques sur la demande subsidiaire », *JCP G* 1991, I, 3493.

⁶⁶⁴ Sur la fragmentation de l'instance cf. Vinh-Dalmaï (M-P.), *La notion d'instance*, thèse dact. Paris II, 2000, p.47 n°121 et suiv. L'auteur étudie successivement les fragmentations temporelles et les fragmentations spatiales.

⁶⁶⁵ Chazal de Mauriac (R.), « Les conclusions devant la Cour d'appel, le point de vue du magistrat », *Gaz. Pal.*, 2008, 2, doct. n°278 ; Jourdain (P.), « Les conclusions dans le procès civil devant les juridictions du fond », *Gaz. Pal.* 1983, 2, doct. p. 415, Lissarrague (B.), « Variations sur le thème des écritures en appel », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, La création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007, p. 295.

prononcer »⁶⁶⁶. Le juge ne sera saisi du litige qu'autant qu'il a été appelé, l'intimé ne peut pas élargir le débat dans ses conclusions. Les parties, dans leurs conclusions, vont procéder de nouveau au syllogisme juridique afin de convaincre le juge du bien-fondé de leurs prétentions respectives, mais elles ne modifient pas l'objet du litige. A la différence de la première instance, les parties ne peuvent pas présenter de demandes nouvelles⁶⁶⁷.

234. Aux côtés de l'appel général, coexistent deux autres formes d'appel⁶⁶⁸, à savoir l'appel en annulation du jugement et l'appel-nullité. Tous deux présentent également un effet dévolutif. Ainsi que l'a mis en évidence une partie de la doctrine, « *il convient de bien faire la distinction entre appel en annulation et appel-nullité : l'appel en annulation suppose que l'appelant invoque la nullité du jugement dans un appel qui est ouvert par la loi, alors que l'appel-nullité, création de la jurisprudence, est un recours admis lorsque la loi prohibe l'appel ou le repousse à un moment ultérieur* »⁶⁶⁹. Il convient, en outre, de souligner qu'il existe deux autres cas légaux dans lesquels l'effet dévolutif s'opère de plein droit et pour le tout. L'article 562 alinéa 2 du Code de procédure civile réserve cette hypothèse aux situations dans lesquelles les juges du second degré sont saisis de l'entier litige en l'absence de limitation de l'appel à certains chefs de jugement⁶⁷⁰ ou lorsque l'objet du litige est indivisible.

235. Dans le cas d'un appel en annulation, l'appel emportera un effet dévolutif sauf dans l'hypothèse où la cause de nullité affecte l'acte introductif d'instance⁶⁷¹ à moins que l'appelant ait conclu au fond à titre principal⁶⁷², et non subsidiaire⁶⁷³, peu important le comportement du défendeur⁶⁷⁴. Dans cette hypothèse, on considère en effet que le demandeur, en concluant au fond devant les premiers juges, malgré l'irrégularité de l'introduction de l'instance, a renoncé au principe du double degré de juridiction⁶⁷⁵. En présence d'un appel-

⁶⁶⁶ Ferrand (F.), « Appel », *Rep.proc.civ.dalloz*, 2012, n°762.

⁶⁶⁷ V. *supra* n°219 à 226.

⁶⁶⁸ Gerbay (P.), « Les effets de l'appel voie d'annulation », *D.* 1993, chron. p. 143 ; Julien (P.), « L'effet dévolutif de l'appel au regard de l'appel tendant à l'annulation du jugement », *B.I.C.C.*, H.S., avril 2003, n°2, p. 52.

⁶⁶⁹ Ferrand (F.), *op. cit.*, n°772.

⁶⁷⁰ Civ. 2^e. 29 mai 1979, *Bull.civ.* II, n°163 ; Civ. 1^e. 22 juill. 1975, *Bull.civ.* I, n°245 ; Com. 29 mai 2001, obs. Julien, *D.* 2001, somm. 2716 ; Civ. 3^e. 15 janv. 2003, *JCP G* 2003, IV, 1393.

⁶⁷¹ En effet, dans une telle hypothèse, la jurisprudence reconnaît l'extinction de l'instance, les juges du fond devant dès lors renvoyer l'affaire devant les premiers juges. (Com. 22 déc. 1975, *Bull.civ.*, IV, n°311, *D.* 1976, IR 90).

⁶⁷² Civ. 2^e. 21 févr. 1990, *Bull.civ.* II, n°36 ; *D.* 1990, IR, 63.

⁶⁷³ Si la Haute juridiction a jugé un temps que l'effet dévolutif pouvait avoir lieu lorsque l'appelant avait conclu à titre subsidiaire, elle est revenue sur cette position. (Civ. 2^e. 25 mai 2000, note Bolard, « L'effet dévolutif de l'appel et les conclusions subsidiaires au fond » *D.* 2000, p. 819 ; Cadiet (L.), « Conclusions subsidiaires et effet dévolutif de l'appel », *JCP G* 2000 I, 267 ; Civ. 1^e. 12 juin 2001, obs. Julien (P.), *D.* 2001, somm. 2715)

⁶⁷⁴ Pendant un temps, la jurisprudence a considéré que si le défendeur avait comparu et conclu au fond (Civ. 2^e. 9 juill. 1981, *Bull.civ.* II, n°154 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1982, p. 473), mais la Cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence dans deux arrêts en date du 13 juillet 2000, pour considérer que l'effet dévolutif n'avait pas lieu même si le défendeur avait conclu au fond devant le premier juge (Civ. 2^e. 13 juill. 2000, *Bull.civ.*, II, n°121 et 125 ; obs. Bolard, *D.* 2001, p. 499 ; Perrot (R.), *R.T.D.civ.* 2001, p. 957).

⁶⁷⁵ Sur le double degré de juridiction, cf. Gillet (J-L.), « Le second degré de juridiction en matière civile, sa place et sa portée », *Gaz. Pal.* 1996, 2, p. 996 ; Guinchard (S.), « Le second degré de juridiction en matière civile, aujourd'hui et demain », *Gaz. Pal.* 1996, 2, doct. p. 1004.

nullité⁶⁷⁶, si les juges du fond ont, pendant un temps, refusé de lui reconnaître un effet dévolutif, la Cour de cassation a dans un arrêt en date du 28 mai 1996, jugé que « *si la recevabilité de l'appel-nullité est conditionnée par l'existence de griefs autonomes tels que l'excès de pouvoir ou la violation d'un principe fondamental de procédure, son effet dévolutif s'opère pour le tout en application de l'article 562 al. 2 nouv.c.pr .civ., la cour d'appel ayant dès lors l'obligation après avoir annulé la décision attaquée, de statuer sur le fond* »⁶⁷⁷.

236. Le point commun entre ces différentes formes d'appel est donc de présenter un effet dévolutif. L'effet dévolutif, s'il n'entraîne pas nécessairement la dévolution de l'entier litige⁶⁷⁸, ne doit pas être envisagé comme la dévolution d'un autre litige. Expression de la voie d'appel en tant que voie de réformation⁶⁷⁹, l'effet dévolutif n'a de sens qu'au regard de la saisine du juge et non pour les parties. Ainsi que le relevait le Professeur Vincent, « *dire que l'appel est une voie de réformation invoque irrésistiblement le concept de plénitude de juridiction* »⁶⁸⁰. Ce sont les parties, et plus particulièrement l'appelant, qui décident de ce qui doit être dévolu dans l'acte d'appel au regard de la première instance. Seule la déclaration d'appel emporte l'effet dévolutif, et non les écritures des parties⁶⁸¹.

237. L'effet dévolutif de l'appel, qu'il s'agisse d'un appel principal en annulation ou d'un appel-nullité, permet donc de préserver l'unité du litige, et traduit bien le fait qu'en droit positif la maîtrise par les parties du litige doit s'entendre comme la maîtrise d'un seul litige, ce qui induit nécessairement l'existence d'un litige. Il en va de même en matière d'opposition.

B. La délimitation d'un litige par la voie de l'opposition

238. L'opposition est définie à l'article 571 du Code de procédure civile, comme la voie de recours qui « *tend à faire rétracter un jugement rendu par défaut* » et qui n'est ouverte qu'au défaillant. Le jugement rendu par défaut est le jugement rendu alors que le défendeur n'a pas comparu. Il faut que le jugement ait été rendu en premier et en dernier ressort, que la citation à comparaître n'ait pas été délivrée à personne et que l'appel soit fermé. Les jugements rendus par défaut sont rares eu égard à sa définition restrictive. Si l'opposition est un mécanisme propre au défendeur qui lui permet de faire valoir ses moyens de défense, elle n'en reste pas moins un mécanisme très peu utilisé. En matière d'opposition, « *dans l'instance qui recommence, la recevabilité des prétentions respectives du demandeur et de l'opposant s'apprécie, en fonction de la demande primitive, suivant les règles ordinaires* »⁶⁸².

⁶⁷⁶ Barret (O.), « L'appel-nullité », *R.T.D.civ.* 1990, p. 189 ; Bolard (G.), « L'appel nullité », *D.* 1988, chron. p.177.

⁶⁷⁷ Com. 28 mai 1996, *Bull.civ.* IV, n°150, *JCP G* 1996, IV, n°1625 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1996, p. 985 ; Wiederkehr, *Justices*, 1997-7, p. 183.

⁶⁷⁸ Il n'y aura dévolution automatique de l'entier litige que lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible (art. 562 al.2).

⁶⁷⁹ Rusquec du (Me.), « Les effets de l'appel quant à l'objet du litige », *Gaz. Pal.* 1974, 1, doct. p. 401.

⁶⁸⁰ Vincent (J.), « L'ouverture quant à l'objet du litige », *Gaz. Pal.* 1974, 1, doct. p.404, spéc. p. 405.

⁶⁸¹ Civ. 1^{er}. 22 juin 1999, *Bull. civ.* I, n°206.

⁶⁸² Art. 577 CPC.

L'opposition permet ainsi « un retour » en première instance⁶⁸³, elle permet le rétablissement du contradictoire. De ce fait, chaque partie retrouve sa qualité procédurale initiale. L'opposant redevient ainsi défendeur, il peut alors contester tous les points qui ont été jugés contre lui. Ce retour en première instance permet néanmoins une évolution du procès ; les parties vont pouvoir présenter des demandes qu'elles n'ont pas pu présenter dans le cadre de la première instance, mais elles ne peuvent pas apporter un autre litige.

239. La procédure se déroule selon les règles de droit commun. Dès lors, le défendeur peut présenter des demandes reconventionnelles, des moyens de défense. Quant au demandeur, rien ne l'empêche de présenter des demandes additionnelles. A la différence de l'appel, les demandes nouvelles ne font l'objet d'aucune interdiction. En effet, nous pouvons dire avec le Professeur Cadiet que « *la règle du double degré de juridiction n'étant pas en jeu, rien ne s'oppose à ce que l'opposant forme des demandes nouvelles dans les mêmes conditions qu'il aurait pu le faire lors de l'instance initiale* »⁶⁸⁴. De ce fait, l'objet du litige est largement enrichi. L'opposition apparaît comme étant « une deuxième chance » donnée aux plaideurs. En effet, si elle n'est censée être bénéfique qu'au défendeur qui ne s'était pas vu appliquer le contradictoire, il apparaît que néanmoins, elle permet au demandeur de « recommencer le procès », celui-ci pouvant présenter des chefs de demande qui avaient été rejetés la première fois, pourvu qu'ils procèdent de la même cause que ceux qui avaient été admis⁶⁸⁵.

240. La seule limite réside dans l'unité du litige. Le juge ne peut pas rejurer des points qui n'ont pas été jugés par défaut et qui sont dissociables des points soumis au juge par l'opposition⁶⁸⁶. La matière litigieuse connaît ainsi, par le biais de l'instance sur opposition, un second souffle, sans doute parce qu'elle ne crée pas véritablement de lien d'instance mais qu'elle n'est que la continuité de la première instance. En effet, il convient de garder à l'esprit que l'acte d'opposition n'anéantit pas le jugement rendu par défaut, « *le jugement frappé d'opposition n'est anéanti que par le jugement qui le rétracte* »⁶⁸⁷. Le mécanisme de l'opposition permet par conséquent aux parties de modifier l'objet du litige, de transformer la matière litigieuse, mais non de changer de litige.

241. Les parties, lorsqu'elles exercent une voie de recours ordinaire, lorsqu'elles forment un appel ou une opposition, ne portent pas devant le juge une norme juridique, mais un fait juridique. Elles peuvent donc faire évoluer l'objet de la demande initiale, mais il leur est interdit de changer de litige en vertu du principe de l'unité du litige. Le principe dispositif a

⁶⁸³ Art. 576 CPC, « *L'affaire est instruite et jugée selon les règles applicables devant la juridiction qui a rendu la décision frappée d'opposition* ». Si pour les juridictions nationales l'opposition respecte les exigences du droit à un procès équitable et plus précisément du droit à un juge impartial (Civ. 2^e. 5 févr. 2007, note Denoix de Saint Mars, *D.* 1999, p. 24 ; note Perrot, *R.T.D.civ.* 1997, p. 513), il semble que la CEDH ait une appréciation plus nuancée notamment quant aux exigences d'impartialité (CEDH, 6 août 1997, *De Haan c/ Pays Bas*, obs. Sudre, *JCP G* 1998, I, 107).

⁶⁸⁴ Cadiet (L.), Jeuland (E.), *op. cit.*, p. 652, n° 854.

⁶⁸⁵ Civ. 2^e. 17 nov. 1993; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1994, p. 173, *JCP G* 1994, IV, 164.

⁶⁸⁶ Junillon (J.), « Opposition », *Dr. et pr. de la proc. civ.* 2009/2010, n°542.63.

⁶⁸⁷ Art. 572 al.2 CPC.

donc vocation à s'appliquer dans le cadre des voies de recours ordinaires. Il en va différemment dans le cadre des voies de recours extraordinaires, dans la mesure où dans ces hypothèses les parties n'apportent pas au juge un fait juridique, mais une norme juridique contenue dans la décision de justice.

§ 2. L'inapplication du principe dispositif dans le cadre des voies de recours extraordinaires

242. Les voies de recours extraordinaires sont la tierce opposition, le pourvoi en cassation et le recours en révision. Dans ces hypothèses, les parties ne formulent pas de prétention d'ordre substantiel. Elles ne demandent pas au juge de trancher un litige, elles demandent au juge qu'il se prononce sur la légalité de la norme juridictionnelle. Le principe dispositif n'a pas de sens dans le cadre de ces recours, que ceux-ci soient ouverts pour les parties initiales au procès (A) ou pour les tiers (B).

A. L'inapplication du principe dispositif dans le cadre des voies de recours extraordinaires ouvertes aux parties

243. Il existe deux voies de recours extraordinaires ouvertes aux parties initiales au procès : le recours en révision ainsi que le pourvoi en cassation. Tandis que dans l'hypothèse du recours en révision l'objet est de constater l'erreur judiciaire, dans celle du pourvoi en cassation l'objet est de s'assurer de la conformité du jugement au droit. Dans chacune de ces hypothèses, le principe dispositif ne s'applique pas, car les parties ne délimitent pas un fait juridique mais apportent une norme juridique au juge. Il en va ainsi dans le cadre du recours en révision (1) ainsi que dans le cadre du pourvoi en cassation (2).

1. L'inapplication du principe dispositif dans le cadre du recours en révision

244. Hormis dans les cas spécifiés par la loi, l'ouverture d'un recours en révision est impossible. Une autre condition est exigée. Un auteur l'a bien mis en évidence en soulignant qu'« *il est nécessaire que la situation fâcheuse dans laquelle se trouve le demandeur à la révision ne résulte pas de sa propre faute* »⁶⁸⁸. La spécificité de ce recours, non suspensif d'exécution, est de sanctionner « *l'ombre d'une déloyauté et même, le plus souvent, d'une fraude* »⁶⁸⁹, cette spécificité justifie que l'affaire soit obligatoirement communiquée au ministère public⁶⁹⁰. Il est ouvert sous réserve de l'impossibilité d'exercer une autre voie de recours à l'exception cependant du pourvoi en cassation. Le recours en révision s'il est provoqué dans le cadre d'un litige tend de manière plus large à sanctionner la mauvaise application de la loi, il tend à « *la réparation de l'erreur judiciaire* »⁶⁹¹, et s'inscrit dans un

⁶⁸⁸ Juillon (J.), « Recours en révision », *Dr. et pr. de la proc. civ.* Dalloz action, 2009/2010, n°552.50.

⁶⁸⁹ Héron (J.), *Le Bars (Th.)*, *op. cit.*, p. 778, n°934.

⁶⁹⁰ Art. 600 CPC.

⁶⁹¹ Héron (J.), *Le Bars (Th.)*, *op. cit.*, p. 777, n°933.

contrôle de légalité de la norme juridictionnelle. Le recours en révision ne peut ainsi porter que sur des décisions passées en force de chose jugée.

245. Le recours en révision peut être formé indistinctement par le demandeur et le défendeur. Cette voie de recours, qui est venue en 1975 remplacer la requête civile⁶⁹², elle-même avatar de *la proposition d'erreur*, est bien une voie de recours extraordinaire, dans la mesure où l'article 595 du Code de procédure limite rigoureusement ses quatre cas d'ouverture. A la différence de l'opposition et de l'appel, les parties ne peuvent présenter des demandes incidentes, des prétentions nouvelles... Le recours en révision est uniquement une voie de rétractation qui tend à l'annulation du jugement, il ne présente pas, à la différence de l'opposition, ce caractère de « seconde chance » offerte aux plaideurs. Le recours en révision a néanmoins une influence sur le fond du litige en ce sens que « *le recours en révision tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit* »⁶⁹³. Le juge peut ainsi, aux termes de l'article 601 du Code de procédure civile, statuer sur la recevabilité et le fond du litige mais il ne permet pas aux parties de formuler de nouvelles prétentions. Le recours en révision possède deux effets : rétracter le jugement initial et statuer de nouveau en fait et en droit. Il s'agit là des deux effets du recours en révision que l'on dénommait autrefois le rescindant et le rescisoire⁶⁹⁴.

246. La vocation première du recours en révision est la bonne application du droit. Le recours en révision ne permet pas aux parties de renouveler la matière litigieuse, d'apporter de nouvelles demandes. Les parties qui décident d'intenter pareil recours apportent un jugement qu'elles considèrent comme entaché d'erreur au juge dépourvu de prétentions d'ordre substantiel. De la même manière que pour l'instance ouverte dans le cadre d'un recours en révision, celle ouverte dans le cadre d'un pourvoi en cassation ne permet pas aux parties d'être maîtresses de leur litige malgré l'incidence que le pourvoi peut avoir sur le fond du litige car les parties n'apportent pas au juge un fait juridique, mais une norme juridique.

2. L'inapplication du principe dispositif dans le cadre du pourvoi en cassation

247. La Cour de cassation est juge de la norme juridique et non du fait juridique. En effet, nous rejoignons le Professeur Jeantin qui écrivait que « *la distinction du fait et du droit est, à bien y réfléchir, sinon une fausse distinction, du moins une formulation dissociée d'une unique réalité* »⁶⁹⁵. La Cour de cassation s'assure de la conformité de la norme juridictionnelle au droit, elle opère un contrôle de légalité de la norme juridictionnelle. La norme juridictionnelle n'est qu'une norme à portée individuelle qui doit être conforme au

⁶⁹² Boyer (L.), « Réflexions sur la requête civile », *R.T.D.civ.* 1956, p. 55.

⁶⁹³ Art. 593 CPC.

⁶⁹⁴ Civ. 2^e. 25 mars 2010, note Perrot, *Procédures* 2010, comm. 221 ; Civ. 2^e. 7 avr. 2011, note Perrot, *Procédures* 2011, comm. 198.

⁶⁹⁵ Jeantin (M.), « Réformer la Cour de cassation », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, *op. cit.*, p. 465, spéc. p. 488, n°30.

droit à portée générale. Le contrôle de la Cour de cassation aura lieu chaque fois qu'il existe un doute sur la possibilité pour la norme de s'insérer dans l'ordonnement juridique. La Haute juridiction ne tranche pas le fait juridique, elle exerce une fonction de contrôle de la conformité de la norme juridictionnelle au droit. Telle est l'essence de la fonction de la Cour de cassation, qui justifie qu'elle n'ait pas la possibilité de se saisir du fait juridique.

248. La mise en perspective du litige comme fait juridique et du jugement comme norme juridique permet de comprendre les pouvoirs de la Cour de cassation sur les faits⁶⁹⁶. La distinction entre le droit et le fait est nécessairement relative, puisque le fait qui intéresse le procès est nécessairement juridique⁶⁹⁷. Cela ne signifie pas que les juges de cassation soient des juges du fond et ce même dans l'hypothèse du renvoi sans cassation⁶⁹⁸, dans la mesure où il est interdit à la Haute juridiction de se saisir du fait juridique⁶⁹⁹. « *L'extension du rôle des juges de cassation* »⁷⁰⁰ dans le domaine des faits n'est pas à regretter et ne constitue en aucun cas un renversement de son office. Au contraire, elle est nécessaire à l'insertion de la norme juridictionnelle dans l'ordonnement juridique. Dès lors, pour pouvoir s'assurer de la conformité au droit de la norme juridictionnelle, la Haute juridiction doit nécessairement se pencher sur les faits⁷⁰¹. Partant, il semble qu'outre des considérations pragmatiques qui justifient que la Cour de cassation ait à se pencher sur les faits sans pour autant être juge du litige, on puisse également expliquer ce phénomène par des considérations théoriques⁷⁰². Les juges du fond sont les juges du fait juridique, tandis que la Cour de cassation est le juge de l'acte juridique créé par le juge ordinaire.

249. Appartenant à la catégorie des voies de recours extraordinaires, le pourvoi en cassation n'a pas pour objet de *juger l'affaire* mais de *juger l'arrêt* pour reprendre la formule d'une partie de la doctrine⁷⁰³. Que la Cour de cassation permette de juger l'affaire à nouveau c'est une chose, mais le jugement de l'affaire n'est le fruit que des juges du fond suite au jugement de l'arrêt. Lorsque la Cour de cassation se fonde sur la décision attaquée, elle se réfère effectivement au fond de l'affaire et se penche sur les faits mais elle ne se comporte pas comme une juridiction ordinaire qui trancherait le litige entre particuliers⁷⁰⁴. Juge du droit et non du fait, la Cour « *a pour principale attribution d'apprécier la légalité des jugements ou arrêts rendus en dernier ressort, en tenant pour acquis les faits souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, et de casser les décisions rendues en violation de la règle de droit, en renvoyant en principe la connaissance de la contestation à un tribunal de même*

⁶⁹⁶ Aubert (J.-L.), « Le fait et la Cour de cassation », in *Etudes offertes au Doyen Simler*, Dalloz, 2006, p. 843.

⁶⁹⁷ V. *supra* n°43 à 46.

⁶⁹⁸ Luxembourg (F.), « La Cour de cassation, juge du fond », *D.* 2006, p. 2358.

⁶⁹⁹ Pour une volonté de faire de la Cour de cassation un troisième degré de juridiction et lui conférer la possibilité reconnue au Conseil d'Etat d'évoquer l'affaire, cf. Texier (S.-L.), « De la possibilité de la Cour de cassation de mettre fin au procès civil », *D.* 2011, p. 116.

⁷⁰⁰ Kernaleguen (F.), *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse dact. Université de Rennes, 1979.

⁷⁰¹ Aubert (J.-L.), « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005, p. 1115.

⁷⁰² Perdriau (A.), « Le pragmatisme de la Cour de cassation », *JCP G* 2001, I, 364.

⁷⁰³ Héron (J.), Le Bars (Th.), *op. cit.*, p. 663, n°806.

⁷⁰⁴ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 959, n°292.

ordre »⁷⁰⁵. Ainsi que le dispose l'article 604 du Code de procédure civile, « *le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* ».

250. Pour conclure, on constate que lorsque les parties exercent une voie de recours extraordinaire classique, le principe dispositif ne s'applique pas car les parties ne formulent pas de prétention substantielle, l'objet de leur recours est uniquement de s'assurer de la conformité de la norme juridictionnelle à la loi. Le principe dispositif n'a pas vocation à s'appliquer dans le cadre des voies recours extraordinaires ouvertes aux parties initiales au procès, pas plus qu'il ne s'applique dans le cadre des voies de recours extraordinaires ouvertes aux tiers. Il en est ainsi dans le cadre de la tierce opposition.

B. L'inapplication du principe dispositif dans le cadre de la voie de recours extraordinaire ouverte au tiers

251. Le jugement rendu en première instance présente, en tant qu'il est un acte juridictionnel, une autorité de chose jugée relative. Autrement dit, le dispositif de la décision ne s'impose qu'entre les parties à l'instance. On ne peut imposer à tous une solution recherchée par des personnes déterminées. Les parties sont seules maîtresses du litige, elles seules doivent donc supporter les conséquences juridiques de leurs actions respectives. Les tiers sont en principe totalement extérieurs à la solution donnée à un litige entre particuliers. Néanmoins, on admet traditionnellement que la relativité de la chose jugée a pour corollaire son opposabilité⁷⁰⁶. Les tiers peuvent donc se voir opposer la solution donnée au litige alors même qu'ils n'étaient pas parties⁷⁰⁷. Comme le note le Professeur Guinchard, « *le jugement, par son existence même, modifie l'ordonnancement juridique ; cette modification, objectivement, doit être reconnue et respectée par les tiers. Le principe d'opposabilité du jugement rend compte de cette nécessité pour les tiers de reconnaître et respecter la situation juridique substantielle née du jugement* »⁷⁰⁸. De ce fait, les tiers doivent se plier au dispositif du jugement. Il peut cependant arriver que le jugement rendu leur soit préjudiciable. N'ayant pas été parties au litige, ils ne peuvent en principe contester la décision. Nonobstant, ils ne sont pas dénués de tout recours en ce qu'ils peuvent toujours non seulement invoquer l'effet relatif de chose jugée, mais également exercer une voie de recours qui leur est propre, la tierce opposition, tierce opposition qui ne leur permet néanmoins pas de présenter des prétentions substantielles.

252. La tierce opposition « *tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit d'un tiers qui l'attaque. Elle remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit* »⁷⁰⁹. Elle apparaît donc comme

⁷⁰⁵ Boré (J.), *La cassation en matière civile*, Dalloz, 1997, p. 61, n°264.

⁷⁰⁶ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 754, n°1094.

⁷⁰⁷ Boyer (L.), « Les effets du jugement à l'égard des tiers », *R.T.D.civ.* 1951, p. 163.

⁷⁰⁸ *Ibid.*

⁷⁰⁹ Art. 582 CPC.

étant « nécessaire, puisqu'elle est la seule possibilité de mettre fin au préjudice et (...) utile, puisque la relativité de la chose jugée ne permet pas d'atteindre ce résultat »⁷¹⁰. A priori par cette voie de recours, traditionnellement, mais maladroitement, présentée comme extraordinaire⁷¹¹, le tiers opposant ne peut modifier la matière litigieuse, il lui est en effet impossible de présenter des demandes nouvelles⁷¹². Incidente⁷¹³, elle peut seulement entraîner un retard dans l'examen du litige par le juge, dans la mesure où ce dernier peut surseoir à statuer jusqu'à ce que la tierce opposition ait fait l'objet d'une décision définitive. Principale, elle peut affecter l'exécution de la décision puisque le juge peut, au regard de l'article 590 du Code de procédure civile, suspendre l'exécution de la décision attaquée. Il est communément admis que le jugement rendu suite à une tierce opposition présente un effet relatif, c'est-à-dire que le succès de la tierce opposition laisse inchangée la situation des parties. La tierce opposition a uniquement pour effet de rendre la décision attaquée inopposable au tiers, cette dernière conservant l'autorité de chose jugée à l'égard des parties qui ne voient donc pas leur situation altérée. La tierce opposition ne permet donc pas aux tiers de délimiter un litige auquel ils sont étrangers.

253. Pour autant, une partie de la doctrine relève justement que la tierce opposition ne poursuit pas toujours les mêmes finalités. Ainsi, si sa vocation première est de contester l'effet relatif de l'autorité de chose jugée, elle est parfois utilisée pour critiquer le dispositif du jugement, pour critiquer « l'efficacité substantielle du jugement »⁷¹⁴. Il arrive ainsi que le jugement rendu sur tierce opposition vienne se substituer à la décision attaquée. Ainsi, sur le fondement des articles 591 et 584 du Code de procédure civile, en cas d'indivisibilité entre les droits du tiers et des parties originaires, le jugement rendu sur tierce opposition ne présente aucun effet relatif. Cela signifie que lorsque le jugement attaqué et le jugement rendu sur tierce opposition ne peuvent être exécutés simultanément⁷¹⁵, le second doit primer sur le premier « mais seulement dans la recevabilité de la tierce opposition, c'est-à-dire dans l'intérêt du tiers opposant »⁷¹⁶. Il a en effet été souligné qu'« en demandant le retrait du dispositif de la décision qu'il attaque, le tiers émet lui aussi une prétention portant sur le même effet juridique (...). La prétention formée par le tiers est une prétention « ordinaire », en tous points semblable à celle que peuvent former les parties originaires »⁷¹⁷. Lorsqu'une partie forme une tierce opposition, elle formule une prétention substantielle. Expliquons-nous. Le caractère indivisible des droits qui est la marque de l'unité du litige justifie qu'un tiers participe à la délimitation de la matière litigieuse dans le cadre de la tierce opposition sous

⁷¹⁰ Fricero (N.), « Tierce opposition », *Rep. proc.civ. Dalloz*. 2012, n°5.

⁷¹¹ Voir en ce sens Cadiet (L.), Jeuland (E.), *op. cit.*, p. 656, n°863.

⁷¹² Civ. 2^e. 7 janv. 1999, *Bull.civ.* II, n°5 ; obs. Wiederkehr, *R.G.D.P.* 1999, 630.

⁷¹³ La tierce opposition est dite incidente lorsqu'elle est formée au cours d'un procès, alors qu'elle est principale quand elle est formée en dehors de toute procédure.

⁷¹⁴ Bléry (C.), *L'efficacité substantielle des jugements civils*, préf. Mayer (P.), L.G.D.J., 2000. Sur les différentes finalités de la tierce opposition, cf. Héron (J.), *Le Bars* (Th.), *op. cit.*, p. 758, n°910.

⁷¹⁵ Soc. 17 nov. 1960 ; note R.L., *JCP A*, 1961, II, 11924 ; obs. Raynaud, *R.T.D.civ.* 1961, p. 564.

⁷¹⁶ Lecourt (A.), « Tierce opposition », *J-C. proc.civ.* Fasc.742, 2010, n°36.

⁷¹⁷ Héron (J.), *Le Bars* (Th.), *op. cit.*, p. 759, n°911.

couvert du respect du contradictoire. Le litige initial n'est cependant pas modifié, puisque la tierce opposition se fonde sur la demande initiale.

254. La Cour de cassation a ainsi confirmé la décision des juges du fond qui a étendu aux parties initiales la décision rendue sur tierce opposition qui constatait le caractère exclusif et absolu du droit de propriété de l'opposant⁷¹⁸. De ce fait, la première décision qui avait fait droit à une action en revendication d'immeuble est remise en cause, la propriété véritable ayant été établie. On constate ainsi que lors de la première instance, la partie demanderesse, qui a fixé l'objet de la demande, réclamait la propriété dudit immeuble. L'objet de la demande était donc clair : la reconnaissance de la propriété de l'immeuble. Les juges du fond y avaient fait droit, la tierce opposition remet en cause cette décision. Ainsi, par la demande en retrait du dispositif attaqué, le tiers émet une prétention qui lui permet de participer à la détermination de la matière litigieuse sans toutefois amener un autre litige. La tierce opposition peut donc avoir deux vocations : permettre aux parties de contester l'autorité de chose jugée ou formuler de nouvelles prétentions. Dans la première hypothèse la tierce opposition se confond avec le mécanisme de l'article 1351 du Code civil, dans la seconde elle présente les effets de l'opposition puisqu'elle permet à une personne qui aurait dû être partie au litige de rétablir le contradictoire.

255. Il résulte donc de ces développements que le principe dispositif est inconnu des voies de recours extraordinaires, réserve faite de la tierce opposition tendant au retrait du dispositif de la décision attaquée qui n'est qu'une opposition dissimulée. L'exclusion du principe dispositif se justifie par la différence d'objet qui existe entre les voies de recours ordinaires et les voies de recours extraordinaires. Tandis que dans le premier cas, les parties apportent au juge un fait juridique, dans le second cas elles présentent au juge une norme juridique. Il n'existe pas de litige dans le cadre des voies de recours extraordinaires. Le principe dispositif est un principe qui a uniquement vocation à s'appliquer devant le juge ordinaire.

⁷¹⁸ Civ. 3^e. 6 nov. 1970, *Bull.civ*, III, n°595.

Conclusion du Chapitre 2

256. La mise en perspective du renouvellement de l'analyse du principe dispositif devait se poursuivre par le renouvellement de ses manifestations. Il convenait de mettre en évidence que l'office des parties en vertu du principe dispositif est de délimiter un litige par la formulation des demandes substantielles devant le juge ordinaire.

257. En premier lieu, l'analyse des rapports qu'entretiennent le principe dispositif et les demandes devait être poursuivie par la mise en place d'une distinction entre les demandes substantielles et les demandes procédurales. En effet, les parties peuvent présenter différentes sortes de demandes dans le procès, des demandes substantielles et des demandes procédurales. La formulation des premières est une manifestation du principe dispositif, mais la formulation des secondes est une manifestation du principe d'initiative. La formulation par les parties de prétentions procédurales caractérise la formulation des demandes ayant trait au déroulement de la procédure. Elles sont au nombre de trois : les fins de non-recevoir, les exceptions de procédure ainsi que les incidents d'instance. Lorsque les parties les formulent, elles ne délimitent pas le litige, elles conduisent l'instance conformément à l'article 2 du Code de procédure civile. Le principe dispositif ne s'entend donc que comme la formulation des demandes substantielles par les parties que ces dernières soient parties principales, qu'elles interviennent en cours d'instance, qu'elles soient privées ou publiques. Toute partie qui émet une prétention délimite le litige. La multiplicité des demandes est la marque de la mutabilité de la demande initiale. Ce constat nous a permis de rejoindre la thèse du Professeur Miguet qui avait déjà mis en lumière le fait que la matière litigieuse n'était pas une chose figée. Néanmoins nous nous sommes un peu éloignés de sa pensée quant à l'immutabilité du litige pour lui préférer le terme d'unité du litige. Les parties, en vertu du principe dispositif, font nécessairement évoluer le litige non seulement en raison de la pluralité des parties mais également en raison de l'exercice des voies de recours et de la contradiction. L'unique limite à l'office des parties est l'interdiction de changer de litige dans le cadre du procès. La préservation de l'unité du litige est notamment protégée par l'exigence d'un lien suffisant entre les demandes et par l'interdiction des demandes nouvelles en appel.

258. En second lieu, nous avons démontré que le principe dispositif en vertu duquel les parties doivent délimiter un litige ne s'applique que dans le cadre des voies de recours ordinaires. Plus exactement le principe dispositif s'applique dans le cadre de l'instance ouverte suite à un appel interjeté ou suite à la formation d'une opposition. Nous avons à ce titre vu que la possibilité pour les parties de délimiter leur litige était davantage étendue dans le cadre de l'opposition que dans le cadre de l'appel, la première voie de recours présentant un effet dévolutif plus important que la seconde. Si le principe dispositif s'applique dans le cadre des voies de recours ordinaires, il ne s'applique pas dans le cadre des voies de recours extraordinaires. La distinction entre ces voies de recours repose à notre sens sur leur objet ; tandis que les voies de recours ordinaires sont des voies de recours tendant à faire rejuger un

fait juridique, les voies de recours extraordinaires tendent à contrôler la régularité d'un acte juridique à l'ordonnancement juridique, ou si l'on préfère à s'assurer de la légalité de la norme juridictionnelle. En effet, tant le recours en révision que le pourvoi en cassation ou la tierce opposition sont des voies de recours qui portent sur des normes juridiques contenues dans des actes juridiques et non sur un fait juridique. Le principe dispositif est donc un principe qui s'applique devant le juge ordinaire, mais non devant le juge extraordinaire.

Conclusion du Titre I

259. La mise en évidence de l'objet du principe dispositif dans le cadre du procès civil a permis non seulement de le redéfinir mais également de préciser son champ d'application. Le principe dispositif est un principe du procès qui trouve à s'exprimer à l'occasion d'un fait juridique devant le juge ordinaire. Il se matérialise par l'émission par les parties de prétentions substantielles et se concrétise par l'émission des actes de procédure. Il trouve son fondement dans l'article 4 du Code de procédure civile et se distingue du principe d'initiative. Ce dernier consacré par l'article 2 du Code de procédure constitue le fondement de l'office des parties dans le cadre de l'instance. Les parties doivent en vertu de ce dernier conduire l'instance sous les charges qui leurs incombent. Le principe d'initiative est le fondement non seulement des charges processuelles des parties, mais également des demandes procédurales, des demandes portant sur la régularité de l'instance. Les deux principes ne sauraient donc se confondre mais sont pour autant liés. Le principe d'initiative doit être respecté pour que le principe dispositif prenne tout son sens. Le principe du contradictoire joue le même rôle. Si le premier permet de donner une réalité matérielle au principe dispositif, le second garantit que les parties soient ensemble et de la même manière maîtresses de leur litige par le respect du devoir de communiquer et du droit de savoir.

260. Le renouvellement de l'analyse du principe dispositif aura également permis de mettre en lumière un nouveau principe, celui de l'unité du litige, principe qui permet de comprendre l'étendue mais également les limites de la maîtrise des parties. Fondement de la coopération dans le cadre des demandes, il permet de comprendre pourquoi les parties peuvent présenter notamment des demandes virtuelles mais également pourquoi les parties ne peuvent pas présenter de demandes nouvelles en appel. Par conséquent, la mise en perspective de l'objet du principe dispositif a permis de proposer une nouvelle lecture de l'office des parties quant au litige. Si, de manière traditionnelle, on considère que le principe dispositif impose aux parties de délimiter la matière litigieuse par l'allégation et la preuve des faits, nous pensons qu'il peut être présenté comme l'obligation pour les parties de délimiter la matière litigieuse par la formulation des demandes substantielles. Le principe dispositif, s'il a pour objet de délimiter l'office des parties quant au litige, a également pour finalité l'office du juge quant au litige, ce qu'il nous appartient de voir dès à présent.

Titre II La finalité du principe dispositif, l'office du juge quant au litige

261. A la question « *qu'est-ce qu'un juge ?* », le Professeur Wiederkehr répondait qu'est juge « *celui qui juge* »⁷¹⁹. Nous pensons néanmoins que le juge ne doit pas être défini par son activité principale, car cette dernière est certes son activité principale mais non son activité exclusive. Le juge qui concilie en vertu de l'article 21 du Code de procédure civile est un juge qui pourtant n'exerce pas de fonction juridictionnelle. De la même manière, certaines autorités administratives indépendantes peuvent, lorsqu'elles y sont autorisées par la loi, exercer une fonction juridictionnelle, pourtant elles ne sont pas des juges, elles relèvent de l'administration. Au regard du droit positif, le critère organique s'impose donc. Est un juge celui qui est institué comme tel par l'Etat. Le juge est le dépositaire de *l'imperium*, *imperium* qui n'est autre qu'une manifestation de *l'imperium* de l'Etat⁷²⁰. En effet, le Professeur Jarosson a démontré que la *jurisdictio*, la fonction juridictionnelle, ne se confondait pas avec *l'imperium*⁷²¹. Plus précisément, il a démontré, par l'étude du droit romain, notamment des *legis actiones*, qu'originellement, le juge ne disposait que de *l'imperium*, il préparait le litige, litige qui était tranché par un magistrat qui était un particulier désigné par le juge⁷²². L'avènement de la *jurisdictio* du magistrat fut corrélatif de l'abandon de ces actions au profit de l'adoption de la procédure formulaire. S'appuyant sur les travaux de certains romanistes, il a mis en évidence que « *la jurisdictio trouve son fondement dans l'imperium* »⁷²³, « *l'imperium est un ensemble de pouvoirs ; l'un d'entre eux est la jurisdictio* »⁷²⁴. L'opposition entre la *jurisdictio* et *l'imperium* relève donc du mythe. *L'imperium* du juge n'est que l'une des manifestations de *l'imperium* de l'Etat⁷²⁵, la fonction juridictionnelle est donc une fonction étatique, il n'y a de juge que par l'Etat.

262. Se pose alors la question du sens de la fonction juridictionnelle. Cette question n'est abordée en doctrine de manière générale qu'au regard de la théorie de l'acte juridictionnel⁷²⁶. « *Etre ou ne pas être juridictionnel, telle est la question* »⁷²⁷. La théorie de la fonction juridictionnelle est sans aucun doute l'un des points de procédure les plus controversés. Il

⁷¹⁹ Wiederkehr (G.), « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, op. cit.*, p. 575, spéc. p. 580 et suiv. Adde. Rials (S.), « La fonction de juger », *Droits*, 1989-9, p. 3

⁷²⁰ Jarosson (Ch.), « Réflexions sur l'imperium », in *Etudes offertes à Pierre Bellet, op. cit.*, p. 245.

⁷²¹ *L'imperium* de l'Etat, s'il s'exprime principalement par le juge, qui n'est autre que le représentant de l'Etat dans le cadre du procès, s'exprime également par d'autres mécanismes. D'une manière générale le notaire, l'huissier, en ce qu'ils disposent de la force exécutoire, caractéristique du pouvoir de contrainte, sont des représentants de la puissance étatique.

⁷²² Jarosson (Ch.), « Réflexions sur l'imperium », *art. préc.*, p. 261, n°34 à 36.

⁷²³ *Ibid.*, p. 262, n°38.

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 261, n°39.

⁷²⁵ *Ibid.*

⁷²⁶ La doctrine a également pu émettre le souhait que nous partageons que soit élaborée une théorie de l'acte judiciaire non juridictionnel. Wiederkehr (G.), « De la distinction des actes juridictionnels et non juridictionnels », *Justices* 1995-1, p. 246.

⁷²⁷ Guinchard (S.), Ferrand (F.), Chainais (C.), *op. cit.*, p. 692, n°1005.

n'est pas question ici de reprendre l'ensemble théories auxquelles elle a donné lieu. Elles sont bien connues, les écrits sur la question sont innombrables⁷²⁸. On sait que, selon l'époque, selon l'identité de l'auteur, la définition diffère, chacun cherchant à analyser la fonction juridictionnelle au regard des enjeux de la matière qu'il étudie⁷²⁹. Dans un premier temps, les auteurs ont proposé un critère formel ; puis dans un second temps des critères matériels notamment celui relatif à la contestation, à la structure de l'acte ou encore à la finalité de l'acte sont apparus. Aujourd'hui la doctrine se prononce pour une combinaison de ces critères pour adopter une définition commune à la majorité des auteurs qui est celle de la constatation par un tiers étranger aux intérêts en cause⁷³⁰.

263. Aucune de ces théories n'emporte notre conviction, non pas en raison des argumentations développées, mais en raison de la méthode choisie. Selon celles-ci, ce serait au travers du produit de la fonction juridictionnelle que cette dernière pourrait être comprise. Nous ne partageons pas ce point de vue et rejoignons Vizioz lorsqu'il avançait que « *ce n'est point de l'existence d'actes juridictionnels ayant une nature spécifique, qu'on peut induire l'existence d'une fonction juridictionnelle distincte mais c'est parce qu'une fonction spéciale s'impose à l'Etat, fonction qui consiste à trancher des prétentions, qu'il existe des actes présentant un caractère propre, adapté à l'objet de cette fonction : la nature de l'acte juridictionnel est donc d'ordre « fonctionnel ».* Autant dire que les fonctions de l'Etat, tout du moins la fonction juridictionnelle, doivent être caractérisées et différenciées d'après leur objet, qu'elles ne peuvent pas l'être exclusivement d'après leur nature interne, le contenu des actes par lesquels elles se traduisent »⁷³¹. Ce n'est pas parce que le juge rend un acte juridictionnel qu'il exerce une fonction juridictionnelle, c'est parce qu'il exerce une fonction juridictionnelle qu'il rend un acte juridictionnel. Il est en effet, peut-être, le temps de considérer que la finalité de l'acte est un critère pertinent pour comprendre les manifestations des actes juridictionnels et de ceux qui ne le sont pas⁷³². L'acte juridictionnel n'est pas le produit de la fonction juridictionnelle, il est l'instrument de la fonction juridictionnelle. Il ne sera donc entendu ici que comme l'acte nécessaire pour la réalisation de la fonction juridictionnelle, que comme l'acte nécessaire pour que le juge puisse trancher le litige. On pense ainsi à la Cour de cassation⁷³³ qui est un véritable juge institué par l'Etat, qui rend des

⁷²⁸ Voir notamment pour une reprise des controverses et une bibliographie exhaustive, Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 410, n°102 ; Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 693, n°1006 et suiv.

⁷²⁹ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 410, n°102 ; Guinchard (S.), Ferrand (F.), Chainais (C.), *op. cit.*, p. 692, n°1004.

⁷³⁰ Pour une présentation de ces théories, v. Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 693, n°1006 et suiv.

⁷³¹ Vizioz (H.), *Etudes de procédure, op. cit.*, p. 97.

⁷³² Bandrac (M.), « De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », in *Mélanges offerts à Pierre Draï, op. cit.*, p. 171.

⁷³³ Nous rejoignons ici la position du Professeur Zénati (« La nature de la Cour de cassation », *B.I.C.C.* 15 avr. 2003) et nous éloignons de celle du Professeur Kernaleguen (*L'extension du rôle des juges de cassation, op. cit.*). Cet auteur a en effet démontré le développement du rôle juridictionnel de la Cour de cassation en raison de ses pouvoirs quant aux faits. Or, nous pensons que ce développement n'est que la marque de la reconnaissance du raisonnement syllogistique par la Cour de cassation. Organe garant de la bonne application du droit, la Cour de

actes juridictionnels mais qui pour autant ne tranche pas de litige⁷³⁴. Elle est la garante de la conformité des normes juridictionnelles à l'ordonnement juridique. La décision de la Cour de cassation est cependant nécessaire pour le règlement du litige qui a donné lieu au pourvoi, car le litige ne pourra être définitivement tranché qu'une fois que la Cour de cassation aura statué sur la conformité de la norme juridictionnelle à l'ordre juridique.

264. Les explications relatives à la fonction juridictionnelle au travers de la structure de l'acte juridictionnel ont conduit à définir la fonction juridictionnelle comme le fait de dire le droit et non de trancher les litiges. Exercerait la fonction juridictionnelle le tiers qui se livre à une constatation. Nous ne souscrivons pas à ces analyses et pensons que la constatation n'est pas autre chose que la méthode de la fonction juridictionnelle, méthode qui se traduit par la réalisation du syllogisme juridique et qui consiste à appliquer la règle de droit aux faits. En effet, ainsi que la souligne une partie de la doctrine « *on dit volontiers que la constatation se réduit à un syllogisme : la majeure en est la règle de droit ; la mineure est constituée par les faits de l'espèce concrète sur lesquels s'appuie la prétention ; la conclusion consiste dans la réponse par oui ou par non posée* »⁷³⁵. Le fait de construire le syllogisme juridique n'est qu'une activité intellectuelle à laquelle se livre le juge. Appliquer le droit aux faits, telle est la méthode traditionnelle du juge pour remplir la fonction juridictionnelle qui se caractérise par l'opération de qualification juridique des faits. Là où Motulsky voyait dans le syllogisme juridique un mécanisme permettant la réalisation du droit⁷³⁶, il convient d'y voir plus largement un mécanisme intellectuel de motivation du droit, plus précisément un mécanisme de motivation de la norme juridictionnelle. Le syllogisme est caractéristique de l'obligation de motivation de la norme juridictionnelle. Cette dernière doit être entendue comme la norme juridique contenue dans le dispositif du jugement. Elle est la norme juridique qui va venir imposer un modèle de conduite aux parties, elle est une norme juridique à portée individuelle⁷³⁷. Pour reprendre la formule de Ripert, « *le juge n'est jamais que le législateur des cas particuliers* », la fonction juridictionnelle est une fonction contentieuse⁷³⁸ et normative. Aussi, si trancher les litiges est l'objet de la fonction juridictionnelle, dire le droit en est la méthode. L'office du juge quant au litige est donc de trancher les litiges en motivant la création de la norme individuelle.

265. Derrière l'office des parties et du juge au regard du principe dispositif se dissimule donc l'office du juge et des parties quant à l'élaboration de la norme juridictionnelle. *Da mihi factum, dabo tibi jus*, donne-moi le fait juridique, je te donnerai la norme juridique. Nous avons vu que le principe dispositif imposait aux parties de délimiter le fait juridique, il se caractérise par la création d'effets juridiques non recherchés dont les effets peuvent être

cassation raisonne par syllogisme ce qui l'amène inéluctablement à se pencher sur les faits pour voir si le syllogisme a été régulièrement construit.

⁷³⁴ V. *supra* n°247 à 250.

⁷³⁵ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 698, n°1012.

⁷³⁶ Motulsky (H.), *Principes d'une réalisation méthodique en droit privé, op. cit.*

⁷³⁷ Millard (E.), « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cah. Cons. Constit.* 2007, n°21.

⁷³⁸ D'Ambra (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle*, préf. Wiederkehr (G.), L.G.D.J. 1994.

sanctionnés par un jugement. Or, la sanction de ces effets n'est autre que la concrétisation par le jugement des effets juridiques qui sont renfermés dans le fait par l'édition de la norme juridictionnelle. En cela, on peut affirmer que le fait est source de droit⁷³⁹. *Jurisdictio*, dire le droit étymologiquement, dire la norme juridictionnelle. Le juge qui exerce la fonction juridictionnelle est donc le juge qui crée la norme juridictionnelle inhérente au fait juridique, le juge qui tranche le litige en motivant sa décision dans le jugement. Le principe dispositif se révèle être une garantie de la fonction juridictionnelle car, lorsque les parties délimitent leur litige, le juge tranche un litige (**Chapitre 1**) en motivant dans le jugement (**Chapitre 2**).

⁷³⁹ Blondel (Ph.), « Le fait source de droit », *art. préc.*

Chapitre 1 - Trancher un litige

266. Les parties, en vertu de l'article 4 du Code de procédure civile, doivent délimiter un litige par la formulation des demandes substantielles contenues dans les actes de procédure. Lorsqu'elles remplissent leur office, le juge exerce la fonction juridictionnelle. Rappelons que la maîtrise par les parties du litige se confond avec la maîtrise du fait juridique. La fonction juridictionnelle signifie donc que le juge doit trancher le fait juridique, autrement dit, qu'il doit extraire la norme juridique inhérente au fait. Plus précisément, le juge doit trancher un litige car, de la même manière que le principe de l'unité du litige détermine l'office des parties, il détermine l'office du juge. L'office des parties a ainsi pour finalité la fonction juridictionnelle.

267. Ce constat se confirme lorsque l'on se penche sur les limites du principe dispositif. Si nous avons pu définir le litige comme le fait juridique, nous avons également vu que l'absence de litige se caractérisait par l'acte juridique. Rappelons que, lorsque les parties apportent au juge, un acte juridique, qui n'est autre qu'une norme juridique créée par le juge ordinaire, le juge extraordinaire doit en apprécier la légalité, et que, dans cette hypothèse, le principe dispositif ne s'applique pas. Il en va de même lorsque les parties apportent au juge une norme juridique qu'elles ont, elles-mêmes, créée dans le cadre d'un acte juridique. Dans ce cas, le principe dispositif n'a pas vocation à s'appliquer, pas plus que le juge a à exercer la fonction juridictionnelle. Il convient de voir que le juge du fait juridique tranche un litige (**Section I**), alors que le juge de l'acte juridique entérine un acte juridique (**Section II**).

Section 1 - Trancher un litige, l'office du juge du fait juridique

268. Lorsque les parties agissent en vertu du principe dispositif, le juge exerce la fonction juridictionnelle. Cette fonction ne doit pas uniquement être entendue comme le fait de trancher *le* litige, mais plutôt comme celui de trancher *un* litige. L'unité du litige qui commande l'étendue de la maîtrise par les parties sur leur litige commande également l'étendue des pouvoirs du juge. A l'égard de l'office du juge, l'unité du litige est garantie par ce que l'on dénomme le principe de neutralité du juge. Mais ce principe n'est pas le seul mécanisme qui permette de garantir l'unité du litige. L'activité du juge dans le cadre du procès, marque de la collaboration entre les parties et le juge, tend également à cette finalité. Par conséquent, lorsque les parties apportent au juge un litige, le juge tranche un litige en étant neutre (§1) et en étant actif (§2).

§ 1. La finalité du principe dispositif, trancher un litige en étant neutre

269. La neutralité du juge est « *historique* »⁷⁴⁰, elle est inhérente à la fonction juridictionnelle. Bien que n'ayant que très peu suscité l'intérêt de la doctrine classique⁷⁴¹, on considère traditionnellement que le principe de neutralité⁷⁴² est le corollaire du principe dispositif. On sait que la neutralité est traditionnellement envisagée comme un principe relatif à l'instruction, plus particulièrement à la preuve. C'est ainsi que Glasson et Tissier l'expliquaient : « *le juge civil n'a pas, comme le juge criminel, ou le juge administratif, à instruire d'office le procès. Le principe est ici la neutralité du juge. Le juge ne doit s'attacher qu'aux faits invoqués par les parties dans la cause* »⁷⁴³. La seule étude d'ensemble relative au principe de neutralité du juge porte d'ailleurs sur les pouvoirs de ce dernier en matière de preuve⁷⁴⁴. Pour autant, il convient d'affiner davantage les relations.

270. Motulsky avait été clair sur ce point : « *la neutralité du juge joue un rôle particulièrement grand dans le domaine de la preuve, à telles enseignes que souvent – à tort, selon nous – l'expression n'est employée que pour désigner la position du magistrat au regard des problèmes de preuves* »⁷⁴⁵. En effet, la preuve ne fait pas la prétention⁷⁴⁶. La question de l'office du juge vis-à-vis des preuves est ainsi une question indépendante du principe dispositif. Tandis que l'office du juge civil en matière de preuves se caractérise, à la différence de ses homologues en matière pénale et administrative, par sa passivité, la neutralité du juge fait référence à l'office du juge qui statue sur les prétentions et non au juge de l'instruction. Elle est contenue dans l'article 5 du Code de procédure civile aux termes duquel on peut lire que « *le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ». Le principe de neutralité est donc à la source de deux obligations pour le juge : se prononcer sur *tout* ce qui est demandé et *seulement* sur ce qui est demandé ; il garantit directement l'unité du litige. L'unité du litige est inhérente à la fonction juridictionnelle car elle impose au juge de ne trancher que le litige (A) et tout le litige (B).

⁷⁴⁰ Duval (Ph.), *La genèse du code de procédure civile de 1806 : à la frontière du droit et de la politique*, dir. Durand (B.), Montpellier I, 2007, p. 79.

⁷⁴¹ Un auteur relevait justement que l'office du juge n'a que très peu intéressé la doctrine classique. Il faut en effet attendre la moitié du XX^{ème} siècle pour que les premières systématisations soient faites. L'absence de réflexion se justifie par la conception qu'avaient les auteurs de la procédure, celle-ci n'était envisagée que comme un droit technique, une succession d'étapes permettant le règlement du litige. Sur ce point V. Colson (R.), *La fonction de juger. Etude historique et positive*, thèse dact. dir. Cadiet (L.), Nantes, 2003, p. 150, n°253 et suiv.

⁷⁴² L'expression « principe de la neutralité », est attribuée à Bartin selon la doctrine. Aubry et Rau par Esmein (P.), *Droit civil français*, T.XII., 1958, Librairies techniques, 6^{ème} éd., p. 66, note 56. Adde André (G.), *Du principe de neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles*, Paris, Jouve et Cie, 1910 ; Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique en droit privé*, op. cit. p. 81.

⁷⁴³ Glasson (E.), Tissier (A.), *Traité théorique et pratique de l'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, op. cit. p. 656, n°593.

⁷⁴⁴ André (G.), op. cit.

⁷⁴⁵ Motulsky (H.), « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », art. préc., p. 38, spéc. p. 52, n°23.

⁷⁴⁶ V. supra n°75 à 81.

A. Trancher un litige en étant neutre, ne trancher que le litige

271. Le doyen Wiederkehr a fait valoir que « *ce qu'il y a d'essentiel dans la fonction de juger, c'est que le juge est complètement extérieur au litige. Le juge n'intervient qu'à titre de juge. Sa seule relation avec l'affaire en cause, c'est précisément qu'il en est juge* »⁷⁴⁷. Telle est l'essence de la neutralité du juge. Celui-ci n'exerce sa fonction juridictionnelle que lorsqu'il statue sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui lui est demandé. La neutralité implique alors que le juge ne s'immisce pas dans les prétentions ; on considère dès lors qu'il ne doit pas statuer *infra* ou *extra petita*, autrement dit qu'il doit statuer *omnia petita*, sur tout ce qui est demandé et uniquement sur ce qui est demandé. Ce principe est contenu dans l'article 5 du Code de procédure civile, article 5 qui n'est qu'une condition de la fonction juridictionnelle. Le juge ne peut trancher le litige qu'en étant neutre. L'article 12 alinéa 1^{er} inclut l'article 5 du Code de procédure civile. Néanmoins, l'interdiction pour le juge de statuer en dehors des limites tracées par les parties n'interdit pas au juge de relever des moyens de fait dans la mesure où, nous l'avons vu, le moyen ne se confond pas avec la prétention. Au contraire le relevé d'un moyen de fait est parfois nécessaire pour que le juge puisse statuer sur l'ensemble des prétentions des parties. Il convient par conséquent de mettre en évidence que l'interdiction pour le juge de statuer en dehors des prétentions des parties est inhérente à la fonction juridictionnelle (1) tout comme la faculté pour le juge de relever des faits adventices (2).

1. L'interdiction pour le juge de statuer en dehors des prétentions des parties, inhérente à la fonction juridictionnelle

272. Se prononcer *seulement* sur ce qui est demandé, telle est la première obligation qu'impose au juge l'article 5 du Code de procédure civile. De ce fragment d'article s'extrait l'interdiction pour le juge de modifier l'objet du litige, ce que l'on a coutume d'appeler l'indisponibilité du litige par le juge. Parce que les parties délimitent leur litige par la formulation de demandes substantielles, le juge ne peut statuer qu'au regard de ce qu'elles ont demandé et uniquement au regard de cela. L'interdépendance qui existe entre le principe dispositif et le principe de neutralité justifie ainsi que la Cour de cassation statue non seulement au regard de l'article 4, mais également au regard de l'article 5 du Code de procédure civile.

273. L'interdiction pour le juge de statuer en dehors du cadre tracé par les parties lui impose de ne pas statuer *extra petita*⁷⁴⁸. Autrement dit, il ne doit pas statuer sur des

⁷⁴⁷ Wiederkehr (G.), « Qu'est ce qu'un juge ? », *art. préc.*, spéc. p. 582.

⁷⁴⁸ Certains auteurs opèrent une distinction entre les deux mécanismes en considérant que l'*ultra petita* consiste pour le juge à accorder plus qu'il n'était demandé d'un point de vue monétaire (Normand (J.), Bléry (C.), « Principes directeurs du procès », *J-C. Proc. civ.*, Fasc. 151, 2013). Or, la diminution pour le juge d'un montant, qu'il s'agisse d'une pension alimentaire ou de dommages et intérêts, ne constitue pas une atteinte à l'indisponibilité de l'objet. En effet, le montant numéraire ne saurait faire partie de la matière litigieuse. Pour ces raisons, nous préférons retenir le terme d'*extra petita*. Statuer sur plus qu'il n'a été demandé n'est pas statuer sur un autre montant, mais statuer sur un autre objet, et donc sur un autre litige.

prétentions qui n'ont pas été formulées par les parties. Les solutions sont nombreuses, on ne saurait en faire la liste exhaustive. Par exemple, les juges qui condamnent, sur le fondement de l'article 258 du Code civil, le mari à payer à son épouse une pension mensuelle indexée à titre de contribution aux charges du mariage et qui attribue à l'épouse la jouissance gratuite du domicile conjugal, méconnaissent les termes du litige tels qu'ils ont été fixés par les parties, car l'épouse n'avait demandé que le paiement de la pension, et non la jouissance gratuite du domicile. La cour d'appel a statué *extra petita* dans la mesure où elle a accordé plus que ce qui était demandé. Sous le visa des articles 4 et 5 du Code de procédure civile, la Cour de cassation a pris le soin de poser clairement que « *l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ; le juge doit se prononcer sur tout ce qui lui est demandé et seulement sur ce qui lui est demandé* »⁷⁴⁹.

274. L'interdiction de modifier l'objet du litige impose également au juge de ne pas statuer *infra petita*. L'*infra petita* doit s'entendre comme le fait pour le juge de refuser volontairement de statuer sur l'ensemble des prétentions des parties, comme l'omission volontaire de statuer. La jurisprudence est, sur ce point, très claire. La Cour de cassation a ainsi jugé dans un arrêt en date du 1^{er} mars 1983 qu' « *il résulte de l'absence de motivation d'un arrêt quant aux limitations de garantie et franchises prévues par la police que les termes généraux de son dispositif « rejette toutes autres demandes », simple formule de style, à tort couramment usitée, n'avait pas visé ce chef des conclusions de l'assureur, sur lequel il avait donc été omis de statuer* »⁷⁵⁰. Le juge en choisissant de ne pas se prononcer sur ce qui est demandé par les parties, ne respecte pas le principe de neutralité. Il viole donc corrélativement le principe dispositif dans la mesure où le juge a choisi de répondre sur certains chefs de demande, et non sur l'ensemble, qui pourtant détermine l'objet du litige.

275. On pourrait multiplier les exemples⁷⁵¹ mais la conclusion serait toujours identique : la violation de l'article 4 constitue une violation de l'article 5 du Code de procédure civile. Lorsque le juge ne statue pas conformément aux prétentions mais qu'il statue *infra* ou *ultra petita*, le juge ne remplit pas son office juridictionnel. Autrement dit, la violation de l'article 5 du Code de procédure civile entraîne non seulement la violation de l'article 4, mais également celle de l'article 12 du même Code. La neutralité est une modalité de réalisation de l'article 12 du Code de procédure civile. Lorsque les parties émettent une demande, le juge exerce sa fonction juridictionnelle, il doit trancher *tout le litige et rien que le litige*. L'exigence de neutralité du juge a donc vocation à préserver l'unité du litige, unité du litige qui, lorsque l'on se penche sur les rapports qu'entretiennent les articles 5 et 12 du Code de procédure civile, se révèle être inhérente à la fonction juridictionnelle.

⁷⁴⁹ Civ. 1^{er}. 5 avr. 2005, *Bull.civ.* I, n°166.

⁷⁵⁰ Civ. 1^{er}. 1 mars 1983, *Bull.civ.* I, n°83, obs. Guinchard, *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm., p. 176 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1983, p. 596.

⁷⁵¹ Civ. 1^{er}. 6 juin 1978, *Bull.civ.* I, n°216 ; Civ. 2^e. 14 janv. 1981, *Bull.civ.* II, n°4 ; Civ. 1^{er}. 1 févr. 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 2, p. 495 ; Com. 3 nov. 2009, n°08-17.768.

276. Le contentieux relatif aux demandes non chiffrées est à ce titre particulièrement révélateur. En effet, la Cour de cassation a jugé que ne devait pas être considérée comme irrecevable la demande qui n'était pas chiffrée par les parties. Le juge, en déclarant irrecevable les demandes non chiffrées, porte atteinte non seulement à l'article 5 du Code de procédure civile, mais également à l'article 12 du même Code. L'objet du litige est formé par les prétentions d'ordre substantiel indépendamment du montant demandé. C'est ce qu'enseigne la jurisprudence de la Cour de cassation fondée sur les articles 4 et 12 du Code de procédure civile⁷⁵² ; le juge est obligé de statuer sur la demande non chiffrée sous peine de ne pas remplir son office juridictionnel. La Haute juridiction a ainsi sanctionné les juges du fond sur le fondement de l'article 4 du Code de procédure civile pour avoir refusé, dans le cadre d'une demande en réparation, d'évaluer le montant d'un dommage dont il avait constaté l'existence⁷⁵³. Cette décision révèle que l'évaluation du dommage constitue une prétention virtuellement comprise dans la demande de réparation. L'insuffisance des preuves ne constitue pas une justification légitime au refus pour le juge de statuer⁷⁵⁴.

277. Le juge doit statuer sur l'entier litige et donc sur l'ensemble des prétentions qui sont contenues dans la demande, que celles-ci soient explicitement formulées ou implicites à la demande principale. Cette solution a été réaffirmée dans un arrêt de la deuxième chambre civile en date du 14 décembre 2006⁷⁵⁵. En effet, si cette solution était traditionnelle⁷⁵⁶, un doute sur sa pérennité avait pu être jeté suite à un arrêt rendu par la même chambre le 10 février 2000 duquel il ressortait que l'absence de demande chiffrée devait être entendue comme une absence de prétention⁷⁵⁷. Or, le chiffrage de la demande ne fait pas la prétention. La prétention consiste dans l'avantage substantiel qui est demandé par les plaideurs, en l'espèce un avantage économique, c'est-à-dire le paiement d'une somme d'argent. On ne saurait faire du chiffrage un élément de la matière litigieuse dans la mesure où cela sous-entendrait que toute réévaluation par le juge du montant demandé par les parties constitue une atteinte à la neutralité et au principe dispositif.

278. L'article 12 du Code de procédure civile, s'il impose au juge de trancher le litige, lui impose de trancher l'entier litige et non de manière parcellaire, sous peine de commettre un déni de justice. En effet, on peut envisager les atteintes au principe de neutralité comme le refus volontaire pour le juge de statuer sur le litige. Nous avons vu que le principe de neutralité imposait au juge de statuer *omnia petita*. Or, lorsque le juge ne tranche pas le litige dans son intégralité, il ne tranche pas le litige. Dans cette hypothèse, l'omission de statuer

⁷⁵² Soc. 11 mars 2009, *Bull.civ.* V, n°77 ; *JCP S* 2009, 1268 ; RJS 2009-6, p. 494.

⁷⁵³ Civ. 2^e. 19 nov. 2009, n°08-70.340, *JurisData* n°2009-050415; Civ. 3^e. 18 janv. 2011, n°09-72.816, *JurisData* n°2011-000529.

⁷⁵⁴ Civ. 3^e. 7 sept. 2010, n°08-20.665, n°08-20.991, 08-20.533, *JurisData* n°2010-015488.

⁷⁵⁵ Civ. 2^e. 14 déc. 2006, *Bull.civ.* II, n°350.

⁷⁵⁶ Civ. 2^e. 25 oct. 1995, *Bull.civ.* II, n°259; Soc. 7 oct. 1997, *Bull.civ.* V, n°302.

⁷⁵⁷ Civ. 2^e. 10 févr. 2000, Du Rusquec (E.), *JCP G* 2000, II, 10405.

constitue également un déni de justice⁷⁵⁸. Le déni de justice a été défini par la jurisprudence comme « *le refus de répondre aux requêtes ou le fait de négliger des affaires en état de l'être, mais aussi plus largement tout manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu* »⁷⁵⁹. Or qu'est-ce que l'omission de statuer volontaire, autrement dit le cas d'*infra petita*, sinon le refus de répondre aux prétentions des parties ? Le juge, de manière non équivoque, choisit de ne pas statuer sur l'ensemble des prétentions des parties, il choisit donc de ne pas statuer, et ne remplit dès lors pas son office juridictionnel. Aussi, le principe dispositif, s'il marche de pair avec le principe de neutralité, commande également l'obligation pour le juge d'exercer sa fonction juridictionnelle sous peine de commettre un déni de justice.

279. Par conséquent, on constate que l'interdiction pour le juge de statuer en dehors du cadre tracé par les parties, que ce soit *infra* ou *extra petita*, si elle est traditionnellement rattachée au principe de neutralité, commande plus largement l'office juridictionnel du juge, sous peine pour ce dernier de commettre un déni de justice. La violation de la neutralité constitue un manquement à l'article 12 du Code de procédure civile et donc à l'article 4 du Code civil. Dès lors, le principe dispositif n'est pas seulement le corollaire du principe de neutralité, il est plus largement le corollaire de l'office juridictionnel du juge civil. L'indisponibilité du litige fait partie intégrante de l'office du juge et vise à la préservation de l'unité du litige. Il n'exclut pas que le juge puisse prendre appui sur des faits adventices, au contraire le relevé d'un moyen de fait relève de l'office juridictionnel du juge.

2. La faculté pour le juge de relever des faits adventices, inhérente à la fonction juridictionnelle

280. Le principe dispositif interdit au juge de sortir du débat tel qu'il a été tracé par les parties. Mais, aux termes de l'article 7 alinéa 1 du Code de procédure civile, « *le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat* ». L'interdiction pour le juge de se fonder sur des faits qui n'ont pas été apportés par les parties n'est autre que l'interdiction pour le juge de changer de litige. Le principe est clair. L'alinéa 2 de l'article 7 du Code de procédure civile apporte une précision : « *parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués* ». Il ressort donc de la lettre de cette disposition que le juge peut prendre en compte les « *faits adventices* »⁷⁶⁰, c'est-à-dire les faits que les parties n'ont pas spécialement invoqués. Cette disposition n'est que la consécration d'une jurisprudence ancienne⁷⁶¹.

⁷⁵⁸ Weber (J.-F.), *JCP G* 1999, II, 10213, spéc. p. 2206. Ainsi que le met en évidence l'avocat général de la Cour de cassation dans ses conclusions, les juges, lorsqu'ils déboutent les parties de toute demande plus amples ou contraires, effectuent un acte volontaire.

⁷⁵⁹ TGI Paris, 6 juill. 1994, note Petit, *Gaz. Pal.* 1994, 2, p. 589.

⁷⁶⁰ Motulsky (H.), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *art. préc.*, spéc. p. 110, n°12.

⁷⁶¹ Civ. 19 juin 1929, *Gaz. pal.*, 1929, 2, p. 312. « *S'il n'est pas permis aux juges de substituer une autre demande à celle qui est portée devant eux, il ne leur est pas interdit, quant à la demande même qui leur est*

281. Tout le problème réside alors dans le fait de savoir si les faits non spécialement invoqués par les parties sont dans le débat. Si on suit la lettre du texte, il ne fait aucun doute que la réponse est positive. Motulsky avait insisté sur ce point, « *la modification de la cause est interdite au juge* »⁷⁶². Nous rejoignons à ce titre le Professeur Le Bars, lorsqu'il dénonce l'assimilation de l'article 7 au principe dispositif. L'auteur relève que « *fréquemment présenté comme instaurant un monopole de l'allégation des faits, l'article 7, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile n'énonce rien de tel. Il ne fait qu'interdire au juge de se fonder sur des faits qui ne sont pas dans le débat, ce qu'on ne peut qu'approuver* »⁷⁶³. Lorsque le juge s'appuie sur un fait adventice, il ne porte pas atteinte au principe dispositif, il ne fait que relever un moyen de fait. Or, le moyen de fait ne fait pas la prétention. La possibilité pour le juge de relever un moyen de fait n'est autre que l'illustration de la coopération entre les parties et le juge au stade de l'élaboration du jugement, plus précisément au stade de l'allégation des faits.

282. L'allégation n'est pas le monopole des parties. Comme il a pu être souligné, « *chaque procès est un roman où les faits et le droit dansent un ballet ensemble qui semble ne jamais vouloir s'interrompre* »⁷⁶⁴. Les faits adventices sont dans la cause, dit-on traditionnellement. Ils sont les faits qui forment le litige, préférons-nous dire. Lorsque le juge les relève, il n'altère pas la matière litigieuse, il n'altère pas les prétentions. Ces faits appartiennent au débat, ils peuvent être « *tirés du dossier* »⁷⁶⁵ ou tirés des écritures. Ils constituent le « *panier* »⁷⁶⁶ du juge, ce dernier possédant en l'espèce un pouvoir souverain d'appréciation⁷⁶⁷. La solution ne fait aucun doute. Le principe dispositif est respecté. La matière litigieuse ne se limite pas aux faits allégués, mais comprend l'ensemble des faits apportés par les parties⁷⁶⁸, l'ensemble des faits compris dans le débat. C'est notamment parce qu'il relève un moyen que le juge doit observer le principe de la contradiction⁷⁶⁹.

283. La conception du débat est assez large, dans la mesure où le juge peut déduire certains faits des pièces⁷⁷⁰ et où il n'est pas nécessaire que l'acte soit matériellement versé au débat si les conclusions en font mention⁷⁷¹. La Chambre sociale, le 26 juin 1986, au visa de l'article 7 du Code de procédure civile, a jugé « *qu'en statuant ainsi, alors qu'à défaut de leur consignation au procès verbal dressé lors de l'audience de conciliation, les faits invoqués par l'employeur à cette audience n'étaient pas dans le débat ; les juges du fond ont violé le texte*

soumise, de puiser les motifs de leur décision dans les divers éléments du débat, lors même que les faits sur lesquels il s'appuie n'ont pas été spécialement invoqués par les parties dans leurs conclusions ».

⁷⁶² Motulsky (H.), « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *art. préc.*, spéc. p. 47.

⁷⁶³ Le Bars (Th.), « De la théorie des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux, Liber amicorum*, Dalloz, 2009, p. 321.

⁷⁶⁴ Bolze (A.), « La notion de litige juridique », *art. préc.*, spéc. p. 49, n°6.

⁷⁶⁵ Bolard (G.), « Les faits tirés du dossier », in *Etudes offertes à Jacques Normand, op. cit.*, p. 43.

⁷⁶⁶ Storme (M.), « Le juge et son panier », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Héron, op. cit.*, p. 473.

⁷⁶⁷ Boré (J.), *La cassation en matière civile*, Dalloz, 4^e éd., 1998, n°1273.

⁷⁶⁸ Bolard (G.), « Les principes directeurs du procès civil », *art. préc.*, spéc. p. 330, n°7.

⁷⁶⁹ Sur le respect de la contradiction par le juge en matière de faits adventices, cf. Bolard (G.), « Les faits tirés du dossier », *art. préc.*, spéc. p.45 et suiv.

⁷⁷⁰ Civ. 3^e. 15 janv. 1975, note Martin (R.), *JCP G* 1975, II, 18107.

⁷⁷¹ Civ. 2^e. 19 mai 2005, *Bull.civ.* II, n°127 ; Civ. 2^e. 28 févr. 2006, *Bull.civ.* II, n°53.

susvisé »⁷⁷². La première chambre civile, au visa du même article, a, quant à elle, considéré que « *pour statuer comme elle l'a fait, la cour d'appel a retenu que le report de la date d'exigibilité du crédit, consenti par la banque à la société emprunteuse, avait nécessairement donné lieu à des discussions qui ont nécessairement conduit la banque à découvrir l'absence de caution* » ; *qu'en retenant ainsi une circonstance de fait qui n'était pas dans le débat et dont elle a déduit le caractère fautif de l'attitude de la banque, comme cause exclusive de son propre dommage, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »⁷⁷³. La deuxième Chambre civile⁷⁷⁴ a la même position. La possibilité pour le juge de fonder sa décision sur des faits non spécialement invoqués par les parties, sous réserve du respect du principe du contradictoire, se justifie par le fait que le juge doit trancher tout le litige.

284. Malgré un contrôle limité, la Cour de cassation veille au respect du principe dispositif lorsque le juge relève des faits qui n'ont pas été spécialement invoqués par les parties. La constatation de la violation du principe de neutralité et donc du non respect de la fonction juridictionnelle découle donc du contrôle de dénaturation des conclusions⁷⁷⁵. Le contrôle opéré par la Cour de cassation révèle que l'appréciation par le juge du litige, et donc des prétentions, relève du pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond. Ce sont les juges du fond qui apprécient l'objet du litige, qui apprécient les prétentions expressément, implicitement ou virtuellement formulées par les parties par ce pouvoir que l'on a pu qualifier de « *tentaculaire* » et dont certains souhaiteraient qu'il soit plus encadré⁷⁷⁶. Nous rejoignons le Professeur Atias lorsqu'il avance que « *l'appréciation souveraine des juges du fond doit être envisagée positivement, en elle-même. Elle constitue moins l'objet d'un pouvoir que celui d'une fonction spécifique. Les juges du fond ont l'obligation d'examiner les faits allégués par les parties, de prendre en considération ceux qui sont dans le débat, au besoin en invitant les parties à fournir les explications de fait qu'ils estiment nécessaires à la solution du litige, et de les apprécier. Ils ne peuvent s'en dispenser. Cette fonction spécifique des juges du fond s'impose évidemment à la Cour de cassation* »⁷⁷⁷.

285. Par exemple, dans une affaire relative à l'indemnisation d'un préjudice correspondant aux frais d'aménagement d'un logement, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, dans une décision datée du 4 février 2010, a rejeté le pourvoi qui faisait grief à l'arrêt d'avoir limité le montant du préjudice. Le requérant reprochait aux juges du fond d'avoir pris en compte le fait que le logement ait été acquis par la communauté des époux et d'avoir relevé d'office ce moyen pour limiter le montant de l'indemnisation alors pourtant qu'aucune des

⁷⁷² Soc. 26 juin 1986, *Bull.civ.* V, n°343.

⁷⁷³ Civ. 1^{er}. 21 nov. 2006, *Bull.civ.* I, n°505 ; Civ.1^{er}. 4 janv. 1995, *Bull.civ.* I, n°12.

⁷⁷⁴ Civ. 2^e. 23 sept. 2004, n°01-12.964. Sur le fondement des articles 7 et 16 du Code de procédure civile. « *En statuant ainsi, au vu d'une pièce dont il ne résulte pas des documents de la procédure qu'elle ait été dans le débat et sans l'avoir soumise à la discussion contradictoire des parties, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

⁷⁷⁵ Voir par exemple. Com. 8 mai 1978, *Bull.civ.* IV, n°131 ; Com. 18 févr. 1980, *Bull.civ.* IV, n°82 ; Soc. 22 déc. 1988, *Bull.civ.* IV, n°700, *JCP G* 1989, IV, 71 ; Civ 2^e. 3 déc. 1997, *Bull.civ.* II, n°291, *JCP G* 1998, IV, 1142.

⁷⁷⁶ Bachellier (X.), « Le pouvoir souverain des juges du fond », *Droit et technique de cassation*, 2009.

⁷⁷⁷ Atias (Ch.), « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.* 2009, p. 744, n°8.

parties ne l'avait allégué et n'avait pu le débattre contradictoirement. La Haute juridiction rejette le pourvoi au motif que « *l'acquisition de l'immeuble par la communauté des époux X..., élément de fait ressortant de l'acte de vente, produit contradictoirement, était dans le débat, peu important qu'elle n'ait pas été spécialement invoquée par les parties au soutien de leurs prétentions ; que dès lors, la cour d'appel, sans violer le principe de la contradiction, n'a fait qu'user de la faculté que reconnaît au juge l'article 7, alinéa 1^{er} du code de procédure civile* »⁷⁷⁸. Dans cette espèce, le requérant n'avait pas spécialement allégué l'appartenance du bien à la communauté, mais les juges du fond se sont appuyés sur cet élément pour limiter le montant du préjudice. La solution donnée par la Cour de cassation nous paraît parfaitement justifiée dans la mesure où ce fait était dans le débat puisqu'on pouvait le déduire de l'acte de vente. L'acte de vente est une pièce du dossier, il est dans le débat et a été débattu contradictoirement ; le juge peut par conséquent s'appuyer dessus et s'intéresser à son contenu. Il ne dénature pas le litige mais remplit son office. La partie connaissait ce document et son contenu. Les juges du fond n'étaient donc pas sortis du litige tel que fixé par les parties. Aucune atteinte au principe dispositif n'est constatée.

286. De même, dans une espèce relative à une procédure de licenciement collectif pour motif économique engagée suite à la liquidation judiciaire d'une société, les salariés demandeurs au pourvoi faisaient valoir, pour critiquer la décision du Conseil des prud'hommes et celle de la Cour d'appel d'Amiens qui les avait déboutés de leurs demandes aux fins d'annulation du plan de sauvegarde de l'emploi et de leur licenciement notamment, que la juridiction s'était fondée sur leur adhésion à une convention d'allocation spéciale du Fonds national pour l'emploi. Selon eux, cette adhésion n'avait été invoquée par aucun des salariés et ne résultait d'aucune pièce de la procédure, de sorte que la cour d'appel avait violé non seulement l'article 7 du Code de procédure civile, mais aussi l'article 4 du même Code. La chambre sociale de la Cour de cassation, le 7 juillet 2009, a considéré que le moyen est irrecevable dans la mesure où « *il résulte des énonciations de l'arrêt que M.Y. a soutenu que son adhésion à une convention spéciale du FNE ne lui interdisait pas d'obtenir l'indemnisation de son préjudice résultant de l'insuffisance du plan de sauvegarde pour l'emploi* »⁷⁷⁹. L'analyse est identique. Le fait était dans le débat, il était même dans l'arrêt. Aucune modification de l'objet du litige ne pouvait être constatée.

287. Il apparaît également que la Cour de cassation encourage les juges du fond à prendre en considération les faits adventices. Un arrêt inédit de la première Chambre civile rendu le 8 janvier 2009 en est le parfait exemple⁷⁸⁰. Saisie d'un pourvoi relatif à la recevabilité d'une action en nullité des intérêts d'un prêt consenti par un professionnel à un particulier, la Cour de cassation reconnaît la violation des articles 4,5 et 7 du Code de procédure civile par la Cour d'appel. Celle-ci avait retenu pour déclarer l'appelant irrecevable qu'il n'y avait pas eu de remboursement anticipé. Pour la Cour, « *en statuant ainsi, quand il résultait des échanges*

⁷⁷⁸ Civ. 2^e. 4 févr. 2010, n°08-21.109.

⁷⁷⁹ Soc. 7 juill. 2009, n°08-42.896.

⁷⁸⁰ Civ. 1^e. 8 janv. 2009, n°07-12.388, 07-14.003.

de correspondance entre le notaire chargé par M.X... de verser le prix de la vente de l'immeuble et la banque que les parties s'étaient mises d'accord sur les termes d'un remboursement anticipé, la cour d'appel a dénaturé les termes du débat et a violé les textes susvisés ». On constate que dans cette espèce, les parties n'avaient pas spécialement invoqué l'existence d'un remboursement anticipé. Pour autant, la Cour précise que ce remboursement « résultait » des pièces de la procédure. C'était donc un fait dans le débat mais non spécialement invoqué par les parties, un fait adventice. La Haute juridiction reproche aux juges du fond de ne pas l'avoir pris en compte et d'avoir donc dénaturé les termes du litige. La censure est immédiate : pour pouvoir respecter l'objet du litige, les juges doivent prendre en compte l'ensemble des éléments présents dans le débat. Le cadre doit être néanmoins strictement défini, et certains éléments doivent être déduits des pièces du dossier. Les partisans de la passivité du juge y verront sans doute une atteinte à la liberté des parties : le litige ne serait plus la chose des parties, mais celle du juge. Nous ne partageons pas ce point de vue. En effet, on pourrait parfaitement imaginer que la faculté pour le juge de s'appuyer sur des faits adventices devienne une obligation. La consécration de cette obligation ne serait en aucun cas une atteinte au principe dispositif dans la mesure où les faits adventices sont les faits qui appartiennent au même litige. Elle permettrait de servir l'office du juge qui est commandé par l'unité du litige.

288. Le principe de neutralité est tel qu'il est garanti par la Cour de cassation qui opère un contrôle de dénaturation des actes de procédure⁷⁸¹. La faculté pour le juge de se prononcer sur des faits adventices ne constitue donc pas, ainsi que l'avait mis en évidence Motulsky, une atteinte au principe dispositif. S'il justifiait cette faculté par le fait que le moyen n'était pas dans la cause ni dans l'objet, nous préférons la justification selon laquelle le moyen ne fait pas la prétention et le moyen de fait garantit l'unité du litige. Le fait dans le débat est le fait qui est relatif au litige apporté par les parties, alors que le fait qui n'est pas dans le débat est la marque de la découverte par le juge d'un autre litige. Le principe de neutralité, inhérent à la fonction juridictionnelle, impose au juge qu'il ne tranche que le litige initial, qu'il ne tranche que le litige, mais qu'il tranche également l'entier litige.

B. Trancher un litige en étant neutre, trancher tout le litige

289. L'interdiction pour le juge de statuer *infra* ou *extra petita* n'est qu'une manifestation de l'obligation plus générale de statuer *omnia petita*. On retrouve ici le principe de l'unité du litige qui, de la même manière qu'il permet de comprendre l'office des parties vis-à-vis de leur litige, permet de comprendre la fonction juridictionnelle. Aussi, avancer que le principe dispositif a pour finalité la fonction juridictionnelle revient à dire que, lorsque les parties formulent des demandes, le juge tranche le litige, plus précisément il tranche *tout* le litige. Il peut notamment procéder à son interprétation.

⁷⁸¹ Boré (J.), « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *R.T.D.civ.* 1972, p. 249.

290. Le juge, lorsqu'il prend connaissance des faits, peut donc être amené à les apprécier, à les interpréter⁷⁸². Dit autrement, le juge se saisit des faits et les interprète en vue de l'application d'une règle de droit. Le Professeur Rigaux a parfaitement démontré que la réalité judiciaire impliquait une modification de l'ordre des prémisses, et qu'en réalité l'appréciation des faits ne pouvait être qu'orientée. « *Le fait est premier, sans doute, mais ce fait, le magistrat ne saurait l'appréhender sans avoir déjà présente à l'esprit la règle qu'il se propose d'appliquer. La description du fait subit nécessairement l'attraction du concept par l'intermédiaire duquel cette règle de droit désigne l'hypothèse à laquelle elle s'applique* »⁷⁸³. Le juge appréhende les faits de manière orientée ; il les interprète au regard d'une règle de droit déterminée, celle que les parties considèrent comme le fondement juridique de la demande, ou celle que lui-même pense applicable au litige⁷⁸⁴. Cette interprétation est liée à la nécessité de dégager les éléments constitutifs du droit invoqué. Elle ne saurait être automatique. Il est en effet des cas d'espèces dans lesquels les faits apportés par les parties se suffisent ; le juge ne fait alors que les constater. Au contraire, il peut arriver que ces éléments ne soient pas directement « visibles », le juge doit alors les interpréter. Dès lors, le juge, sous couvert de son pouvoir souverain d'appréciation, peut être amené à déduire des faits, pour trancher le litige. L'interprétation des faits – l'interprétation de la matière litigieuse – fait donc partie de son office juridictionnel. La jurisprudence considère ainsi qu'« *il appartient aux juges de définir l'objet du litige dont ils sont saisis et de restituer aux conclusions des parties leur véritable portée juridique* »⁷⁸⁵, le juge a l'obligation de rechercher « *le véritable objet du litige* »⁷⁸⁶

291. On admet classiquement que le juge a le pouvoir de dégager les demandes implicites et les prétentions virtuelles des parties⁷⁸⁷. Cette possibilité lui est notamment reconnue en présence de demandes imprécises, elle est parfaitement légitime et se justifie par l'unité du litige. Il en va de même au regard des prérogatives que le juge possède en cas d'indivisibilité du litige. Aussi, parce que l'office du juge est de trancher tout le litige, il doit pouvoir interpréter les demandes (1) et statuer sur l'ensemble des questions indivisibles (2).

1. Trancher tout le litige, trancher les demandes implicites

292. Le pouvoir que possède le juge de dégager les demandes implicites ou virtuelles ne saurait être analysé comme une atténuation du principe de l'indisponibilité du litige pour le juge. En effet, le juge ne porte pas atteinte à l'objet du litige dans la mesure où ces demandes

⁷⁸² Pour certains il y a même une interprétation nécessaire. Ivanier (Th.), *L'interprétation des faits en droit*, préf. Carbonnier (J.), L.G.D.J., Bibliothèque de philosophie du droit, Tome 30, 1988, p. 49.

⁷⁸³ Rigaux (F.), *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, préf. Dabin (J.), Bibliothèque de la Faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 80, n°53.

⁷⁸⁴ Sur le rôle des parties et la prise en compte des volontés individuelles dans le cadre de la qualification juridique, v. *infra* n°360 à 369.

⁷⁸⁵ Soc. 23 mai 1962, *Bull. civ.* IV, n° 467.

⁷⁸⁶ Guinchart (S.), Chainais (C.) Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 391, n°478.

⁷⁸⁷ Miguet (J.), *Immutabilité et évolution du litige*, *op. cit.*, p. 74, n°67 ; Normand (J.), *Le juge et le litige*, *op. cit.*, p. 110, n°118 et suiv.

implicites ou virtuelles sont contenues dans l'objet du litige puisqu'elles ne sont que l'accessoire, la conséquence ou le complément des demandes originaires. C'est ce qu'il résulte de la lettre de l'article 566 du Code de procédure civile qui dispose que « *les parties peuvent aussi expliciter les prétentions qui étaient virtuellement comprises dans les demandes et défenses soumises au premier juge et ajouter à celles-ci toutes les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément* ».

293. Lorsque les parties usent de cette faculté en cause d'appel, elles ne modifient pas l'objet de leur demande⁷⁸⁸. En effet, elles ne présentent pas de *nouvelles* prétentions mais elles ne font qu'expliquer les prétentions originaires qui étaient dès le début du procès contenues dans leurs demandes. Les demandes implicites ou virtuelles et les demandes originaires forment un tout indissociable qui permet de constituer l'objet du litige. Dès lors, la possibilité et même le devoir pour le juge de rechercher le véritable objet du litige ne sauraient être envisagés comme une atteinte à la maîtrise par les parties de leurs demandes en ce que l'ensemble de ces demandes puisent leurs sources dans un seul litige. La jurisprudence est constante sur ce point. Par exemple en jugeant que la demande d'attribution préférentielle implique nécessairement que soit fixé le prix auquel aura lieu cette attribution, et ce même s'il n'y a pas de contestation sur le prix fixé par l'une des parties, les juges ne dénaturent ni les conclusions des parties ni les termes du litige. En effet, le juge statue sur l'objet du litige tel que sollicité par les parties : la fixation du prix ne constitue pas une modification de l'objet du litige mais bien une précision de cet objet, la fixation du prix de l'attribution étant nécessaire pour que cette dernière puisse se réaliser. C'est ce qui résulte notamment d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 20 octobre 1987⁷⁸⁹.

294. Ainsi que l'a relevé Mme Bléry, « *est virtuellement comprise dans la demande, la prescription de mesures, voire la reconnaissance de droits sans lesquels la prétention ne peut être accueillie* »⁷⁹⁰. Il serait dès lors erroné de considérer que la possibilité pour le juge de prononcer d'office l'exécution provisoire⁷⁹¹ ou de prononcer des astreintes constituent des atteintes au principe dispositif. Ainsi que l'a relevé la Cour de cassation, lorsque le juge ordonne l'exécution provisoire, il assortit seulement sa décision d'une modalité et non d'un moyen de pur droit⁷⁹². Nous rejoignons le Professeur Perrot, qui, commentant la décision, relève que « *l'exécution provisoire se place davantage au niveau de l'imperium du juge qu'à celui de sa jurisdictio (...), l'exécution provisoire est une manière d'être de la décision* »⁷⁹³. Cela ne signifie pas pour autant que les demandes des parties et l'exécution des décisions de justice soient étrangères. Au contraire, lorsque les parties demandent au juge un avantage économique ou social, elles demandent nécessairement l'exécution de la décision de justice,

⁷⁸⁸ Il ne s'agit donc pas d'une illustration de la mutabilité de la demande. Sur ce point, *supra* n°231 à 237.

⁷⁸⁹ Civ. 1^{er}. 20 oct. 1987, *Bull.civ.* I, n°272, *JCP G* 1987, IV, 399.

⁷⁹⁰ Normand (J.), Bléry (C.), « Principes directeurs du procès », *op. cit.*, n°91.

⁷⁹¹ Article 515 CPC.

⁷⁹² Civ. 2^e. 13 avr. 1976, *Bull.civ.* II, n°120, obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1978, p. 932.

⁷⁹³ *Ibid.*

sans quoi leur demande n'aurait aucun sens. L'exécution du jugement est une demande virtuellement comprise dans la demande initiale.

295. La faculté que le juge détient de dégager les demandes implicites ou virtuelles ne doit cependant pas le conduire à modifier la matière litigieuse, dit autrement à trancher un litige qui n'aurait pas été amené par les parties devant lui. La Cour de cassation veille au respect de la fonction juridictionnelle. C'est ainsi que la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé, le 21 janvier 1987, que modifiant l'objet du litige, au regard de l'article 4 du Code de procédure civile, les juges qui considèrent que la demande des indivisaires tendant à faire constater que l'un d'entre eux ne pouvait refuser le renouvellement du bail sans autorisation en justice contient implicitement une demande d'autorisation de renouvellement du bail que la cour d'appel accorde⁷⁹⁴. La dénaturation du litige constitue donc la limite au pouvoir du juge de dégager les demandes implicites et virtuelles.

296. Ainsi, afin de pouvoir trancher l'intégralité du litige, le juge peut interpréter les faits, il peut interpréter les demandes. La faculté d'interprétation du juge sert sa fonction juridictionnelle sans pour autant violer le principe dispositif. L'unité du litige justifie par conséquent que le juge statue sur l'ensemble des questions que sous-entend la demande, y compris les demandes indivisibles.

2. Trancher tout le litige, trancher les demandes indivisibles

297. Les auteurs présentent traditionnellement comme dérogations à l'article 4 du Code de procédure civile des hypothèses émanant du droit substantiel relatives au droit des obligations et au droit de la famille⁷⁹⁵. Or, aucune de ces hypothèses ne constitue un cas d'*ultra petita*, dans ce cas le juge ne fait qu'exercer sa fonction juridictionnelle, il ne fait que trancher des questions indivisibles, il ne fait que trancher l'entier litige.

298. Le prononcé d'un délai de grâce, la modération de la clause pénale et la fixation du point de départ des intérêts moratoires seraient pour une partie de la doctrine des hypothèses d'*ultra petita* justifiées par l'ordre public⁷⁹⁶. Une précision s'impose. La modération de la clause pénale ne constitue pas une atteinte au principe dispositif. « *La clause pénale a pour but de fixer à l'avance, conventionnellement et forfaitairement, les dommages et intérêts qui seront dus en cas d'inexécution afin d'éviter les difficultés d'évaluation judiciaire et d'agir comme moyen de pression sur le débiteur* »⁷⁹⁷. Lorsque le juge modère la clause pénale, il modère une clause conventionnelle. Ce n'est pas la matière litigieuse qui est en jeu mais le contrat. L'appréciation des pouvoirs du juge en matière de clause pénale doit être appréciée au

⁷⁹⁴ Civ. 3^e. 21 janv. 1987, note Martin (R.), *D.* 1987, p. 597.

⁷⁹⁵ Normand (J.), Bléry (C.) « Principes directeurs du procès. Détermination des éléments de l'instance. Les parties. L'objet du litige », *op. cit.*, n°114 et suiv.; Martin (R.), « Principes directeurs du procès », *op. cit.*, n°95 et suiv.

⁷⁹⁶ Normand (J.), Bléry (C.), *op. cit.*, n°129 et suiv.

⁷⁹⁷ Buffelan-Lanore (Y.), Larribau-Terneyre (V.), *Droit civil, les obligations, op. cit.*, p. 418 n°1244.

regard de la force obligatoire du contrat, et non au regard du principe de neutralité. Si l'office du juge du contrat et l'office du juge du litige se ressemblent, il n'en reste pas moins qu'ils ne sauraient se confondre, car ils obéissent à des principes techniques distincts. Le principe dispositif concerne la liberté procédurale : les pouvoirs que le juge détient en matière de contrat ne sauraient donc être envisagés au regard du principe de neutralité du juge du procès, mais bien comme une manifestation du principe de neutralité du juge du contrat⁷⁹⁸.

299. En outre, ne peut être assimilé à une modification des termes du litige le prononcé du délai de grâce en matière d'obligations en vertu des articles 510 du Code de procédure civile et 1244-1 du Code civil. En effet, lorsque le juge prononce un délai de grâce, il ne modifie pas l'objet du litige, à savoir la condamnation du débiteur au paiement de ses dettes. Le débiteur reste tenu de remplir ses obligations. Le juge a statué sur la demande à savoir le remboursement des impayés. Seulement, le délai de grâce lui permet d'aménager le remboursement. Le principe de la condamnation n'est pas remis en cause, ce sont les modalités d'exécution qui sont affectées. La seule différence réside dans le moment et la manière de rembourser. Le même raisonnement conduit à considérer que l'octroi de délai en matière d'expulsion en cas d'impossibilité de relogement dans des conditions normales⁷⁹⁹ ne constitue pas une atteinte au principe dispositif. Le principe de l'expulsion ordonnée par le juge n'est pas remis en question, seul le moment de l'expulsion est différé.

300. De même, aux termes de l'article 1153-1 alinéa 1^{er} du Code civil, « *en toute matière, la condamnation [d'une partie] à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale* ». Cette disposition est également présentée comme une modification de l'objet du litige⁸⁰⁰. Elle constituerait une hypothèse d'*ultra petita* puisqu'il est accordé plus que ce qui n'avait été demandé par les parties. Nous ne pouvons souscrire à cette analyse. Cette présentation réside dans une appréciation erronée de l'objet du litige. L'objet du litige se définit comme l'avantage social ou économique demandé par les parties. Dans le cas de l'article 1153-1 du Code civil, il y a eu une condamnation pécuniaire d'une partie, l'avantage - l'objet - est économique. Or, le fait que des intérêts moratoires soient dus alors même qu'ils n'avaient pas été demandés ne constitue pas une atteinte à l'immutabilité de l'objet. S'ils sont dissociables d'un point de vue purement monétaire, ils ne le sont absolument pas d'un point de vue conceptuel. Les intérêts moratoires ne sont que les fruits de l'indemnité première. Ils forment un tout. Les intérêts de l'article 1153-1 du Code civil affectent uniquement le montant définitif de la condamnation. Or, le montant de la condamnation ne détermine pas l'objet. Admettre que le prononcé d'indemnités moratoires entraîne une modification de l'objet du litige, c'est admettre que le montant de l'indemnité a une incidence sur l'objet de la demande. Si tel était le cas, cela signifierait que toute indemnité accordée dont le montant ne correspond pas exactement à ce que les parties

⁷⁹⁸ Sur ces deux aspects de l'office du juge qui participe à l'unité de la fonction juridictionnelle, cf. *infra* n°581 et suiv.

⁷⁹⁹ Art. L.613-1 du Code de la construction et de l'habitation.

⁸⁰⁰ Normand (J.), Bléry (C.), *op. cit.*, n°115 à 138.

auraient demandé entraînerait une modification de l'objet du litige et donc une violation du principe dispositif. La solution serait invraisemblable.

301. De la même manière, on ne saurait analyser la possibilité pour le juge de fixer le point de départ à un autre jour que le jugement comme une hypothèse de modification de l'objet du litige. La jurisprudence autorise expressément le juge à la faire d'office et a rejeté le grief de violation du principe de neutralité⁸⁰¹. La deuxième chambre civile l'a relevé dans un arrêt en date du 23 janvier 1993 : « *L'allocation d'intérêts à une date antérieure au jugement ne constitue qu'une réparation complémentaire faisant partie intégrante des dommages et intérêts accordés à titre principal* »⁸⁰². La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion de préciser que la faculté de report de la date relevait du pouvoir discrétionnaire des juges du fond⁸⁰³. Là encore le juge ne statue pas *ultra petita*, il statue sur une demande implicite qui n'est autre que la conséquence directe de la demande initiale. Trancher le litige, tout le litige, telle est la finalité de la fonction juridictionnelle. Il en va de même au regard des exemples issus du droit de la famille.

302. La possibilité offerte au juge de statuer sur la contribution aux charges du mariage, sur la résidence de la famille et sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale en cas de rejet de la demande en divorce fondée sur l'article 258 du Code civil ne doit pas non plus s'analyser en une hypothèse de modification de l'objet du litige⁸⁰⁴. Elle constitue une prétention virtuellement comprise dans la demande, une conséquence logique du rejet de la demande en divorce. La contribution aux charges, la résidence de la famille et l'autorité parentale sont des questions indivisibles de la question du divorce et justifient donc que le juge puisse se prononcer dessus, la demande des parties étant nécessairement implicite. Le caractère indivisible des questions relatives à la filiation justifie également que, lorsqu'une action en recherche de paternité ou de maternité est engagée, le juge, en vertu de l'article 331 du Code civil, statue sur l'exercice de l'autorité parentale, la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ainsi que sur l'attribution du nom.

303. La mise en évidence des rapports qu'entretiennent la neutralité et la fonction juridictionnelle amène à conclure que la fonction juridictionnelle est la finalité du principe dispositif. Lorsque les parties apportent au juge un fait juridique, le juge doit remplir son office au regard de l'article 12 du Code de procédure civile. En outre, parce que son office est de trancher tout le litige, il dispose de pouvoirs particuliers qui garantissent sa fonction juridictionnelle.

⁸⁰¹ Civ. 2^e. 20 juin 1990, *Bull.civ.* II, n°141, obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1991, p. 395.

⁸⁰² Civ. 2^e. 23 janv.1993, *Bull.civ.* III, n°28, obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1991, p. 398.

⁸⁰³ Ass. plén. 3 juill. 1992, *Bull. Ass. Plén.* n°7, concl. Dontenville, note Perdriau, *JCP G* 1992, II, 21898 ; obs. Aubert, *Deffrénois* 1992, p. 1453.

⁸⁰⁴ Ce n'est en effet qu'une faculté et non une obligation. Civ. 2^e. 28 oct. 1992, *Bull.civ.* I, n°252, obs. Massip, *Deffrénois* 1993, p. 715 ; Civ. 1^e. 19 juin 2007, *Bull.civ.* I n°25, obs. Douchy-Oudot, *D.* 2007, p. 2693 ; note Larribau-Terneyre, *Dr. fam.* 2007, comm. 163 ; obs. Hauser, *R.T.D.civ.* 2007, p. 760.

§ 2. La fonction juridictionnelle, trancher un litige en étant actif

304. Le juge, pour pouvoir remplir son office juridictionnel, doit donc connaître les prétentions exactes des parties. Pour que la connaissance de l'affaire soit la plus précise possible, il doit faire respecter la contradiction ; en effet, par l'exercice de la contradiction les parties peuvent échanger les demandes et les pièces, et ainsi déterminer les prétentions. Mais le juge peut également prendre des mesures d'instruction, soit à la demande des parties, soit d'office. Ces prérogatives ne sont pas des atteintes au principe dispositif, dans la mesure où elles n'ont pas vocation à permettre au juge de modifier les prétentions des parties mais elles tendent à ce que le juge comprenne les prétentions des parties. Ces prérogatives sont le symbole de la coopération entre les parties et le juge et l'exemple le plus éclairant du fait que la distinction entre le fait et le droit et le juge et les parties ne permet plus d'appréhender leurs offices respectifs. Par conséquent, on peut considérer que l'activité du juge dans le règlement juridictionnel du litige sert l'office des parties. Le juge doit observer la contradiction (**A**) et peut ordonner des mesures d'instruction afin que tout le litige soit tranché (**B**).

A. Trancher tout le litige en observant la contradiction

305. Vizioz précisait que « *le principe du contradictoire qui domine toute espèce de procès, interdit au juge d'asseoir sa décision sur des faits dont il aurait acquis une connaissance personnelle, en dehors du contrôle des parties. Dans notre procédure civile française, il se combine avec le principe dispositif* »⁸⁰⁵. Si, sous l'empire du Code de procédure civile de 1806, le principe du contradictoire ne concernait que les parties en ce qu'il leur permettait d'être maîtresses ensemble et de la même manière de leur litige⁸⁰⁶, le [nouveau] Code de procédure civile a étendu le respect du contradictoire au juge. Ce principe, d'ordre public, doit, à partir de la réforme du Code de procédure civile, être également envisagé comme un instrument de réalisation du service public de la justice, en ce qu'il permet d'assurer le principe d'égalité des justiciables et de parvenir à la vérité judiciaire.

306. La soumission du juge au principe du contradictoire est liée au développement des pouvoirs de celui-ci dans le déroulement du procès⁸⁰⁷. Sous l'empire des textes antérieurs, on considérait que le contradictoire et la notion de partie étaient intimement liés. Le juge n'étant pas partie et le contradictoire n'intéressant que les parties, il n'y était pas soumis⁸⁰⁸. Le Code de procédure civile met justement fin à cette conception du procès. En soumettant le juge au principe du contradictoire, ce dernier a une nouvelle fonction : assurer l'égalité entre les justiciables. On connaît bien l'histoire de l'article 16 du Code de procédure civile : le principe de la contradiction à l'égard du juge a été posé pour la première fois par le décret n°71-740 du 9 septembre 1971. Ce texte imposait au juge son respect chaque fois qu'il relevait d'office un

⁸⁰⁵ Vizioz (H.), *op. cit.* p. 448, n°239.

⁸⁰⁶ Voir *supra* n°118 à 152.

⁸⁰⁷ Dans ce sens Héron (J), Bars le (Th.), *op. cit.*, p. 234 n°276.

⁸⁰⁸ Parodi (C.), « L'esprit général et les innovations du Code de procédure civile », Defrénois, 1976, p. 737, spéc. p. 740, n°26 et suiv.

moyen de droit, sauf lorsque ce dernier était d'ordre public. Le décret n°72-684 du 20 juillet 1972 supprima cette exception, le respect de la contradiction était absolu.

307. Par la suite, le décret n°75-1123 du 5 décembre 1975 abrogea l'article, et plus généralement l'obligation de respect du contradictoire par le juge, celui-ci ne s'imposant qu'aux parties ; le juge était uniquement soumis à l'obligation de faire observer la contradiction par les parties. La doctrine s'en émut fortement⁸⁰⁹ et la Cour de cassation sembla s'y opposer en matière de moyen mélangé de fait et de droit⁸¹⁰. L'article 16 du Code de procédure civile n'a véritablement pris son sens qu'après la décision du Conseil d'Etat rendue le 12 octobre 1989. Dans l'arrêt « *Rassemblement des avocats de France* », la Haute juridiction administrative annule l'article 16 alinéa 3 dans sa rédaction issue du décret n°76-714 du 19 juillet 1976 et fait du principe du contradictoire un véritable principe général du droit⁸¹¹. Une controverse est alors née au sujet de l'étendue de l'obligation pour le juge de respecter la contradiction. Le Conseil d'Etat introduit une distinction : si le juge avait l'obligation de se soumettre au contradictoire lorsqu'il relève d'office un moyen de pur droit, cette obligation disparaît en cas de relevé d'un moyen d'ordre public. La Cour de cassation s'y est opposée⁸¹² et il a fallu attendre le décret n°81-500 du 12 mai 1981 pour que l'article 16 possède une rédaction définitive. Le juge est désormais soumis à la contradiction et doit la faire respecter.

308. A ce titre, le fondement juridique utilisé par le Conseil d'Etat pour annuler l'article 16 alinéa 3 est très révélateur. Les juges s'appuient sur le principe de l'égalité des citoyens devant la justice pour justifier le rétablissement de l'obligation à l'égard du juge. Or, le principe d'égalité n'est-il pas un des principes de fonctionnement du service public de la justice ?⁸¹³ Sous l'empire des textes antérieurs, le contradictoire ne permettait pas d'assurer pareille fonction. Le juge pouvait relever des moyens de droit d'office mais il n'était pas tenu de soumettre ses initiatives à la discussion des parties. Cette absence d'obligation générale créait une situation d'inégalité entre les justiciables⁸¹⁴. Là où certains pouvaient connaître un débat contradictoire au regard des initiatives du juge, d'autres en étaient privés. La présence du contradictoire dans les procédures dites inquisitoires confirme qu'il ne concerne pas uniquement les intérêts privés mais également l'intérêt général.

⁸⁰⁹ Bénabent (A.), « Les moyens relevés en secret par le juge », *JCP G* 1977, I, 2849.

⁸¹⁰ Civ. 2^e. 6 juillet 1978, obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1979, p. 417, spéc. p.420. Dans cet arrêt la Cour de cassation interprète l'article 16 dans sa rédaction issue du décret de 1975 et lui donne la même valeur que celle de 1971.

⁸¹¹ CE, 12 oct. 1979, concl. Franc, *JCP G* 1980, II, 19288, obs. Boré ; note Bénabent, *D.* 1979, p. 606 ; note Julien, *Gaz. Pal.* 1980, 1, p. 6 ; Viatte, *Gaz. Pal.* 1980, 1, p. 21 ; Normand, *R.T.D.civ.* 1980, p. 145 ; Dévolvé, « Le nouveau code de procédure civile devant le Conseil d'Etat », *D.* 1979, chron. p. 281.

⁸¹² En raison des différences de jurisprudence qui animaient les chambres de la Cour de cassation, et notamment de la résistance de la deuxième chambre civile (V. par ex : Civ. 2^e. 31 janv. 1980, note Viatte, *Gaz. Pal.* 1980, 1, p. 299), la Haute juridiction, saisie en chambre mixte, rendit trois arrêts par lesquels elle imposa le respect de la contradiction quelque soit la nature du moyen relevé d'office (Ch. Mixte, 10 juill. 1981 ; concl. Cabannes, *D.* 1981, p. 637 ; obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1981, p. 677 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1981, p. 905 ; note Viatte, *Gaz. Pal.* 1981, p. 627).

⁸¹³ Burgelin (J.-F.), « Egalité, continuité, adaptabilité du service public de la justice », in *Le service public de la justice*, éd. Odile Jacob, 1998, p. 79.

⁸¹⁴ Normand (J.), *R.T.D.civ.* 1978, p. 184, spéc. p. 186.

309. En outre, le Professeur Frison-Roche a mis en avant que le principe du contradictoire concerne également l'Etat en ce qu'il permet d'accéder à la vérité⁸¹⁵. La contradiction n'a pas échappé à cet objectif. Il est « *la méthode de la vérité judiciaire* »⁸¹⁶. En soumettant le juge à la contradiction et en l'obligeant à la faire respecter, la fonction « *heuristique* »⁸¹⁷ du contradictoire a été clairement posée : il devait servir à l'établissement de *la vérité*⁸¹⁸. Cet objectif dépasse le cadre des intérêts individuels et concerne plus largement l'intérêt général. « *En ce sens, il dépasse les intérêts des protagonistes du procès et relève de l'Etat de droit, constituant ainsi le signe d'une société démocratique* »⁸¹⁹. Pour reprendre les termes du Professeur Amrani-Mekki, à l'égard du juge, « *la contradiction doit être respectée car elle légitime par son existence la décision rendue* »⁸²⁰. Que l'on ne s'y trompe cependant pas : la fonction du contradictoire d'établissement de la vérité n'est pas une fonction récente⁸²¹. Elle a toujours existé, mais elle était masquée par la fonction protectrice qui lui était traditionnellement rattachée. En posant expressément que « *le juge doit en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* », les rédacteurs du Nouveau Code de procédure civile ont clairement mis en évidence que la vérité recherchée n'était pas une vérité subjective, n'était pas la vérité des parties mais au contraire la vérité objective.

310. Par conséquent, on constate que l'avènement du Nouveau Code de procédure civile aura été l'occasion pour le principe du contradictoire d'acquérir une autonomie certaine. La soumission du juge au contradictoire et la motivation du Conseil d'Etat dans l'arrêt « *Rassemblement des avocats de France* » ont permis de dévoiler sa fonction essentielle, à savoir assurer l'égalité des justiciables devant la justice. Aucune partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée. Cette règle est d'ordre public et doit être relevée d'office par le juge⁸²². L'obligation pour le juge de faire observer la contradiction le transforme ainsi en un *créateur de la contradiction*, en ce qu'il peut et doit obliger les parties à remplir leurs obligations et donc à rendre effectif le principe dispositif. Comme il a justement été souligné, « *l'activité du juge est alors un rempart contre l'unilatéralité de la procédure* »⁸²³. L'objectif d'égalité des citoyens devant la justice impose l'égalité procédurale des parties. La satisfaction de l'intérêt général passe ainsi par celle des intérêts privés : assurer l'égalité entre les parties devant la justice nécessite que les parties puissent maîtriser ensemble et de la même manière leur litige.

⁸¹⁵ Frison-Roche (M.-A.), *Généralités sur le principe du contradictoire*, *op. cit.*

⁸¹⁶ Martin (R.), « De la contradiction à la vérité judiciaire », *Gaz. Pal.* 1980, 1, doctr. p. 209.

⁸¹⁷ Ascensi (L.), *Du principe de la contradiction*, *op. cit.*, p. 195.

⁸¹⁸ Cette fonction du contradictoire a été mise en évidence par le Professeur Frison-Roche, *Généralités sur le principe du contradictoire*, *op. cit.*

⁸¹⁹ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 646, n°181.

⁸²⁰ Amrani-Mekki (S.), « Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky ? Les droits de la défense », *Procédures* 2012, dossier 6, n°18.

⁸²¹ Sur l'évolution de la fonction heuristique, cf. Ascensi (L.), *op. cit.*, p. 204 et suiv.

⁸²² Civ. 2^e. 10 mai 1989, *Bull.civ.* II, n°105.

⁸²³ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 641, n°181.

311. L'obligation qui pèse sur le juge de faire respecter la contradiction fait ainsi de lui le garant du principe dispositif. Cette obligation doit être respectée même dans les procédures d'urgence, dans la mesure où, alors même qu'une assignation d'heure à heure a été délivrée, le juge doit s'assurer que le défendeur a pu préparer sa défense⁸²⁴. Le juge doit s'assurer que les parties maîtrisent leur litige. Pour ce faire, le juge s'est vu reconnaître des pouvoirs effectifs telle que la possibilité d'écarter des débats les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile⁸²⁵ ou encore celle d'enjoindre la communication⁸²⁶. Le juge ne pourra d'ailleurs pas fonder sa décision sur des éléments qui n'ont pas été communiqués à une partie⁸²⁷. En matière d'expertise notamment, cette dernière sera inopposable à la partie qui n'a pas été informée de la mesure d'instruction, les parties devant être convoquées aux « réunions d'expertise »⁸²⁸. On pourrait multiplier les exemples.

312. L'existence de pouvoirs du juge pour faire respecter la contradiction met ainsi en évidence que l'activité du juge n'est pas incompatible avec le principe dispositif. Au contraire même, on constate que les pouvoirs qu'il détient en matière de contradiction sont des instruments au service du principe dispositif, puisqu'en imposant aux parties de se soumettre à la contradiction il les oblige à être ensemble et de la même manière maîtresses de la matière litigieuse. L'activité du juge peut donc être envisagée comme un instrument au service de l'effectivité du principe dispositif. Il en va de même au regard des prérogatives que le juge détient dans le cadre de l'instance.

B. Trancher tout le litige en ordonnant des mesures d'instruction

313. Dans une conception classique du procès civil, la vérité recherchée est celle des parties, une vérité subjective et relative : « *le procès (est) considéré avant tout comme la chose des parties, et le juge n'(a) pas mission de rechercher une vérité qui serait absolue* »⁸²⁹. Mais surtout, dans la conception accusatoire, la charge et l'administration de la preuve ayant partie liée, le juge ne se voit reconnaître aucun pouvoir en la matière. La question de la preuve forme un tout, le titulaire de la charge est automatiquement le détenteur du pouvoir de l'administration, le juge n'intervient pas. La passivité du juge quant aux charges processuelles se traduit parfaitement dans la règle selon laquelle le juge ne peut pas introduire dans le débat des faits qu'il aurait acquis de sa connaissance personnelle. Laurent écrivait : « *la jurisprudence est en ce sens. Les monuments sont rares, parce que le principe est si élémentaire et d'une vérité si évidente, qu'il arrive rarement que le juge se mette au-dessus de la loi en décidant une contestation d'après la connaissance personnelle qu'il a de l'affaire* »⁸³⁰.

⁸²⁴ CA Versailles, 23 janv. 1991, *D.* 1991, IR 143, obs. Perrot, *R.T.D.civ.*, p. 597.

⁸²⁵ Art. 135 CPC.

⁸²⁶ Art. 133 CPC.

⁸²⁷ Civ. 2^e. 18 oct. 1963, *D.* 1963, p. 749 ; Civ. 2^e. 4 juill. 1984, *Bull.civ.* II, n°128.

⁸²⁸ Civ. 1^e. 8 juin 1982, *Bull.civ.* I, n°219, obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1983, p. 194.

⁸²⁹ Ponsard (A.), « La vérité et le procès. Rapport français », in *La vérité et le droit*, Tr. Ass. Henri Capitant, T. XXXVIII, *Economica*, 1987, p. 673, spéc. p. 674.

⁸³⁰ Laurent (F.), *Principes du droit civil français*, Bruxelles, Paris, T.XIX, 1878, 3^e éd., p. 80, n°83.

314. L'ordonnance de 1667 avait reconnu au juge la faculté de déclencher la procédure de l'interrogatoire sur faits et articles. Cette procédure, si elle ne pouvait être ordonnée d'office par le juge, offrait aux parties la faculté de faire interroger par le juge l'autre partie sur les faits et les articles qui concernaient les faits⁸³¹. L'ordonnance avait également mis en place la comparution personnelle⁸³² qui, à la différence de l'interrogatoire, portait sur des faits qui n'étaient pas communiqués à l'avance à la partie qui devait comparaître. Or, comme le note un auteur, ce mécanisme n'a pas eu le succès escompté : « *Pour les magistrats comme pour le législateur, l'office du juge doit se cantonner à écouter les parties, certes parfois à demander qu'un fait soit plus explicitement prouvé, mais non à s'immiscer à proprement parler dans les débats* »⁸³³. Tissier notait ainsi la reconnaissance de prérogatives uniquement exceptionnelles en matière de mesures d'instruction⁸³⁴. Aubry et Rau soulignaient également la nécessité de soumettre les faits constatés par une mesure d'instruction au principe du contradictoire et, de manière plus générale, tout fait sur lequel le juge entendait fonder sa décision⁸³⁵. Pour pouvoir faire l'objet d'une mesure d'instruction, le fait devait avoir été invoqué par une des parties. L'initiative de la mesure d'instruction appartenait donc aux parties, et ne permettait pas au juge de statuer en dehors des prétentions des parties. Un auteur, étudiant la genèse du Code de procédure civile de 1806 et constatant le rôle passif du juge, a mis en avant que la conception libérale et corrélativement individualiste qui a régné jusqu'à la moitié du XIX^e siècle n'offrait au juge dans le déroulement du procès qu'un rôle de surveillant de l'instance : « *les rédacteurs du Code tiennent à inscrire dans le marbre la fonction de juge policier* »⁸³⁶. Le Code de 1806 lui permettait de prononcer d'office une enquête⁸³⁷, une expertise⁸³⁸. Le [nouveau] Code de procédure civile est allé plus loin et a considérablement accru les pouvoirs du juge en matière de preuve. En effet, si aucune charge ne lui est reconnue, il n'en reste pas moins qu'il participe à la manifestation de la vérité de manière sensible.

315. Le juge s'est vu reconnaître la possibilité d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction prévues par la loi, il peut participer à l'établissement de la preuve mais ce n'est pas une obligation ; aucune charge ne lui a été reconnue mais ses prérogatives ont été largement amplifiées. Le juge agit et contrôle, il prend une part active dans le déroulement du procès. La preuve n'appartient plus aux parties mais procède également du juge qui doit avoir une entière connaissance des faits pour pouvoir trancher le litige⁸³⁹. Comme l'a remarqué le

⁸³¹ Cette procédure avait déjà été mise en place par l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539. Pour une présentation de cette procédure voir. Glasson (E.), Tissier (A.), *op. cit.*, p. 826, n°689 et suiv.

⁸³² La comparution personnelle a également été reprise par le Code de 1806, V. Glasson (E.), Tissier (A.), *op. cit.*, p. 834, n°693.

⁸³³ Duval (Ph.), *La genèse du code de procédure civile de 1806*, dir Durand (B.), thèse dact. Montpellier I, 2007, p. 292.

⁸³⁴ Tissier (A.), « Le centenaire du Code de procédure », *art. préc.*, spéc. p. 647.

⁸³⁵ Aubry et Rau par Esmein (P.), *Droit civil français*, T.XII., 1958, Librairies techniques, 6^{ème} éd., p.61. Pour un recensement des pouvoirs du juge en matière de preuve, p. 66 et suiv.

⁸³⁶ Duval (Ph.), *La genèse du code de procédure civile de 1806*, *op. cit.*, p. 249 et suiv.

⁸³⁷ Art. 254 CPC 1806.

⁸³⁸ Art. 302 CPC 1806.

⁸³⁹ Deharo-Dalbignat (G.), *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, L.G.D.J ;, 2004.

Professeur Hébraud, le juge est devenu le maître de l'administration de la preuve⁸⁴⁰. C'est ainsi que l'article 155 du Code de procédure civile dispose que « *la mesure d'exécution est exécutée sous le contrôle du juge qui l'a ordonnée lorsqu'il n'y procède pas lui-même* ». L'article 149 précise quant à lui que « *le juge peut à tout moment accroître ou restreindre la mesure d'instruction* ». Ce mouvement s'est corrélativement traduit par les développements des pouvoirs des techniciens dans l'administration de la preuve⁸⁴¹. Avec le décret n°73-1122 du 17 décembre 1976, le technicien est en effet apparu comme la personne à qui incombait effectivement l'administration de la preuve lorsque le juge n'était pas en mesure de procéder lui-même à la mesure d'instruction⁸⁴².

316. La doctrine dans son ensemble s'accorde sur le fait que doivent être prouvés les faits concluants⁸⁴³ et contestés⁸⁴⁴ par la partie adverse. D'aucuns pourront objecter que la jurisprudence considère néanmoins que l'absence de contestation par les parties des faits allégués ne permet pas de caractériser ces derniers comme constants et qu'elle n'empêche en aucune mesure le juge de prononcer des mesures d'instruction⁸⁴⁵. Cette possibilité constitue *a priori* une atteinte à l'idée selon laquelle les parties sont maîtresses des faits, mais elle ne permet pas au juge de découvrir de nouveaux faits et donc de modifier la matière litigieuse. La théorie du fait constant est indépendante du principe dispositif⁸⁴⁶. Selon cette théorie, le fait allégué par une partie et non contesté par l'autre est tenu pour constant : le juge n'a pas à intervenir, il doit tenir ce fait pour établi ; peu importe qu'il soit vrai ou non, celui qui ne conteste pas doit en assumer les conséquences. C'est ainsi que la jurisprudence traditionnelle considérerait qu'un fait qui n'avait pas été contesté devait être tenu pour établi, la partie qui l'allègue n'étant pas obligée de le prouver. La conception accusatoire du procès ne se souciait pas des exigences de loyauté de la procédure. Peu importe que le fait non contesté soit vrai, peu importe que la partie adverse n'ait pas été en mesure d'apporter la preuve contraire. Les parties étant maîtresses de leur litige, elles devaient en assumer les conséquences. La possibilité pour le juge de s'émanciper de la théorie du fait constant ne lui confère pas la possibilité de s'immiscer dans la matière litigieuse mais traduit seulement l'idée selon laquelle le juge et les parties collaborent dans l'établissement de la manifestation de la vérité. Le choix pour le juge de ne pas tenir pour constant un fait non contesté est une prérogative nécessaire au juge pour l'exercice de sa fonction juridictionnelle⁸⁴⁷.

⁸⁴⁰ Hébraud (P.), « *La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge* », in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, T. XXVI, 1978, p. 379 spéc. p. 389.

⁸⁴¹ V. notamment concernant l'expert. Leclerc (O.), *Le juge et l'expert, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 2005.

⁸⁴² Oppetit (B.), « Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé », in *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Xe colloque des IEJ, Poitiers 26-28 mai 1975, PUF, 1976, p. 53.

⁸⁴³ Autrement dit pertinents. Ferrand (F.), « Preuve », *op. cit.*, n°92 et suiv.

⁸⁴⁴ Sur ce point, voir l'analyse critique de l'exigence de contestation du Professeur Lagarde, Lagarde (X.), *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, *op. cit.*, p.140, n°88 et suiv.

⁸⁴⁵ Civ. 1^e. 3 janv. 1980, *Bull.civ.* I, n°7 ; Civ. 2^e. 10 mai 1991, *Bull.civ.* II, n°142, obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1992, p. 447.

⁸⁴⁶ Le Bars (Th.), « La théorie du fait constant », *JCP G* 1999, I, 178.

⁸⁴⁷ Normand (J.), *Le juge et le litige*, *op. cit.*, p. 449.

317. Le juge joue par conséquent un rôle dans l'administration de la preuve. Les prérogatives du juge en matière de preuve ne lui permettent pas de s'immiscer dans le fait⁸⁴⁸ et ce malgré les craintes qui ont été formulées⁸⁴⁹. Il ne peut pas introduire de nouveaux faits dans le débat, il ne dénature pas les prétentions. La mesure d'instruction n'a pas vocation à découvrir de nouveaux faits. L'article 146 alinéa 2 du Code de procédure civile est clair ; « *en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve* ». Ce texte met bien en exergue qu'il n'est pas de l'office du juge de prouver les faits que les parties ont allégué ou non mais qui se trouvent dans le débat. La mesure d'instruction est une mesure subsidiaire⁸⁵⁰. « *L'augmentation réelle des pouvoirs du juge ne lui permet pas une investigation inquisitoriale dans la vie privée des parties, mais lui assure plus de clartés dans la connaissance des circonstances du cas* »⁸⁵¹. Il ne faut en effet pas perdre de vue que ces mesures d'instruction ne peuvent porter que sur « *les faits dont dépend la solution du litige* »⁸⁵². Cela implique que ces faits aient été préalablement identifiés. Motulsky considérait déjà que la preuve devait porter sur les éléments constitutifs du droit subjectif invoqués et uniquement sur ceux-là. Le Professeur Cadiet a la même position : « *ce qui doit être prouvé, c'est le fait de nature à déclencher l'application de la règle de droit ; c'est le fait tel qu'il est défini au présupposé de la règle de droit et qui est seul susceptible de déclencher l'application de son effet juridique* »⁸⁵³.

318. La jurisprudence va dans le même sens. C'est ainsi que la Cour de cassation a considéré que « *si les juges du fond peuvent recourir à une mesure d'instruction, il s'agit pour eux d'une simple faculté qui ne saurait être destinée à suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve, que dès lors il ne saurait être fait grief à la cour d'appel de ne pas avoir enjoint à l'URSSAF, qui se prévalait de la prescription, de produire les documents qu'elle détenait* »⁸⁵⁴. En outre, nous rejoignons l'analyse des auteurs qui considèrent que « *le risque que peut présenter cette mutabilité potentielle des faits est triplement limité. Primo, le juge demeure tenu de statuer et de ne statuer que sur ce qui lui est demandé ; secundo, le principe du contradictoire lui permet de prévenir les abus et, tertio, cette ingérence du juge dans l'ordre des faits est d'une certaine manière atténuée, sinon compensée, d'une part, par le principe de proportionnalité de la preuve au but recherché, et d'autre part, par le renforcement des prérogatives reconnues aux parties sur les éléments juridiques du litige* »⁸⁵⁵. Contrairement à ce qu'on a pu craindre, le développement des

⁸⁴⁸ Bolard (G.), « La matière du procès et le principe dispositif », Dalloz action, chap. 221, n°211.111 et suivants.

⁸⁴⁹ En ce sens Ponsard (A.), « Rapport français », in *La vérité et le droit*, Trav. Ass. H. Capitant, Tome XXXVIII, 1987, p. 673, spéc. p. 679.

⁸⁵⁰ Ghnassia (J-Ph.), *Le juge civil à la recherche de la mesure d'instruction idoine*, thèse dact., Strasbourg, 2009, p. 30, n°17. On notera que la demande de mesure d'instruction fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile ne peut être ordonnée que sous forme de requête ou en référé. Com. 9 juill. 2013, n°11-27.235, *Jurisdata* n°2013-014462 ; note Perrot, *Procédures* 2013, 275.

⁸⁵¹ Daigre (J-J), « La doctrine et la réforme de la procédure civile », *JCP G* 1981, I, 3020.

⁸⁵² Art. 143 CPC.

⁸⁵³ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p.845, n°252.

⁸⁵⁴ Soc. 31 mai 1990, n°87-19.987 ; voir également Com. 14 déc. 2004, *Bull.civ.* IV, n°224.

⁸⁵⁵ Cadiet (L.), Jeuland (E.), *op. cit.*, p. 429, n°544.

pouvoirs du juge n'a pas emporté le principe dispositif⁸⁵⁶. La seule mesure d'instruction qui aurait pu constituer une atteinte à la maîtrise des faits par les parties est la production forcée⁸⁵⁷. Or, celle-ci ne peut être ordonnée qu'à la demande d'une partie⁸⁵⁸. Lorsque le juge décide de prononcer une mesure d'instruction, c'est toujours au regard de ce que les parties ont allégué⁸⁵⁹. Les pouvoirs que le juge détient en matière de preuve sont des pouvoirs qui viennent servir l'office juridictionnel mais qui ne tendent pas à la découverte de nouveaux faits. Ils sont au contraire commandés par la fonction juridictionnelle. Ce qui compte c'est que le juge du jugement ne décèle pas seul de nouveaux faits. Nous rejoignons ainsi le Professeur Croze qui considère qu'on ne saurait admettre que le juge puisse prendre en compte des faits qui n'ont pas été apportés par les parties, mais on admet largement qu'il peut « *traiter librement les informations qui lui ont été communiquées* »⁸⁶⁰.

319. Lorsque le juge use de la faculté qui lui est offerte par l'article 8 du Code de procédure civile, il invite les parties à préciser leur argumentation, à apporter des éclaircissements⁸⁶¹. Ainsi qu'il a pu être souligné, cette faculté du juge est également liée à sa fonction juridictionnelle : « *l'analyse la plus fine possible des faits et du droit (...) seule garantira le rendu d'un jugement équitable* »⁸⁶². Le juge, pour pouvoir trancher le litige, doit connaître et bien connaître les prétentions des parties. La Cour de cassation encourage judicieusement les juges à user de cette faculté. La première chambre civile, dans un arrêt en date du 11 juin 2002, a ainsi cassé, au visa des articles 8 et 10 du Code de procédure civile, l'arrêt qui a débouté la mère de sa demande tendant à l'obtention d'un droit de visite sur son enfant au motif « *qu'en statuant ainsi, sans user des pouvoirs que lui conféraient les articles 8 et 10 du code de procédure civile, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »⁸⁶³. On pourrait là encore voir une atteinte au principe dispositif, mais nous ne partageons pas ce point de vue, et ce pour au moins deux raisons.

320. La première tient au fait que les parties restent maîtresses de la décision⁸⁶⁴. Le juge n'apporte pas de son propre chef de nouveaux faits dans le débat. Les parties sont libres d'apporter ou non leur concours. La décision leur appartient, aucune sanction ne pourra être prononcée en cas de refus, le juge apprécie souverainement les conséquences du refus⁸⁶⁵. Il n'est en aucun cas maître du fait⁸⁶⁶ si l'on préfère. La seconde est que, même si les parties

⁸⁵⁶ Hébraud (P.), « La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge », *art. préc.*, spéc. p. 401.

⁸⁵⁷ Daigre (J.-J.), *La production forcée de pièces dans le procès civil*, préf. Lombois (C.), PUF, 1979.

⁸⁵⁸ Marraud (C.), « La production forcée des preuves en justice », *JCP G* 1973, I, 2572.

⁸⁵⁹ Civ. 1^{er}. 26 juin 2001, *Bull.civ. I*, n°191 (absence de production d'un document tendant à prouver le caractère excessif d'une clause pénale) ; Civ. 1^{er}. 4 févr. 1981, *Bull.civ. I*, n°48 (allégation de faits sans aucune preuve). Pour une analyse exhaustive de la jurisprudence cf. Ferrand (F.), « Preuve », *op. cit.*, n°362 et suiv.

⁸⁶⁰ Croze (H.), *Recherche sur la qualification en droit processuel*, *op. cit.*, p. 490, n°476.

⁸⁶¹ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 397, n°490.

⁸⁶² Gonzalvez (F.), « Les explications de fait ou de droit demandées par le juge aux parties en procédure civile », *R.R.J.* ; 2002, T.II., p. 963, spéc. p. 964.

⁸⁶³ Civ. 1^{er}. 11 juin 2002, n°00-12.568, *JurisData* 2002-014828.

⁸⁶⁴ Voir *contra* Gonzalvez (F.), *art. préc.*, *R.R.J.* 2002, T.II., p. 963, spéc. p. 982.

⁸⁶⁵ Soc. 16 mai 2001, n°99-41.182, *JurisData* 2001-009880.

⁸⁶⁶ Héron (J.), Le Bars (T.), *op. cit.*, n°260.

étaient obligées d'apporter des explications de fait ou de droit au juge, cela ne contreviendrait pas au principe dispositif. Le fait pour les parties de devoir s'expliquer porte nécessairement sur les circonstances ayant donné lieu au litige et non sur un autre litige. L'obligation pour les parties de se justifier ne serait que la marque de la coopération entre les parties et le juge qui viendrait renforcer leurs offices respectifs. En effet, cela permettrait aux parties de délimiter tout leur litige en affinant les prétentions qu'elles soumettent au juge et cela permettrait à ce dernier de savoir exactement ce que veulent les parties. La possibilité de demander des explications de faits aux parties ne nous paraît dès lors pas contestable au regard du principe dispositif. Elle constitue, tout comme l'alinéa 2 de l'article 7 du Code de procédure civile, une mesure équilibrée qui tend à la conciliation de deux impératifs distincts, à savoir celui de la préservation du caractère privé du litige, et celui de la fonction juridictionnelle du juge.

321. Par conséquent, il résulte de ces développements que le principe dispositif a pour finalité la fonction juridictionnelle, car, lorsque les parties délimitent leur litige, le juge doit trancher le litige. Plus précisément, de la même manière que les parties doivent délimiter un litige, le juge doit trancher un litige, pour cela il doit être actif et neutre. L'unité du litige s'est révélée être garantie par le principe de neutralité, neutralité consacrée par l'article 5 du Code de procédure civile, article qui n'est qu'une composante de l'article 12 du même Code. Mais les relations que le principe dispositif et la fonction juridictionnelle entretiennent ne s'arrêtent pas là. En effet, l'office des parties et du juge partagent les mêmes limites. Lorsque les parties n'apportent pas de litige, le juge n'exerce pas de fonction juridictionnelle. Il en est ainsi lorsque les parties apportent au juge un acte juridique qu'elles ont créé.

Section 2 - Entériner un acte juridique, l'office du juge de l'acte juridique

322. La mise en perspective des relations qu'entretiennent la fonction juridictionnelle et le litige passe par la mise en évidence de leurs limites. Nous avons vu que le principe dispositif n'avait pas vocation à s'appliquer lorsque les parties apportaient au juge extraordinaire une décision de justice. Cette décision de justice n'est autre qu'un acte juridique qui contient une norme juridique créée par le juge ordinaire et qui est portée devant le juge extraordinaire pour que celui-ci en examine la légalité. Dans cette hypothèse, le juge ne tranche pas de litige, il n'exerce pas de fonction juridictionnelle, il s'assure de la conformité au droit de la norme juridictionnelle. Le juge extraordinaire, s'il est le seul juge à apprécier la légalité de la norme juridictionnelle, n'est pas le seul juge à être confronté au contrôle de légalité d'une norme. En effet, le juge ordinaire peut exercer ce contrôle de légalité lorsqu'il est saisi d'une norme conventionnelle. La norme conventionnelle est la norme contenue dans l'acte juridique créé par les parties. Nous avons vu que la fonction juridictionnelle était une fonction normative, une fonction qui tendait à la création de la norme juridictionnelle individuelle. Lorsque le juge

est saisi d'un acte juridique, il est d'ores et déjà saisi d'une norme juridique⁸⁶⁷. Dans ce cas, les parties ne demandent pas au juge de trancher un litige, elles lui demandent de venir entériner l'acte après un contrôle de légalité de la norme juridique contenue dans l'acte. Le juge de l'acte juridique créé par les parties, par l'homologation ne fait que vérifier la conformité de la norme conventionnelle individuelle contenue dans l'acte juridique au regard des normes juridiques générales. Il opère donc un contrôle de légalité.

323. La distinction entre le fait juridique et l'acte juridique, classiquement utilisée pour présenter les sources des obligations ou encore la source des droits subjectifs⁸⁶⁸, permet de comprendre l'articulation du procès. L'acte juridique⁸⁶⁹ est une manifestation de volonté qui recherche des effets juridiques déterminés⁸⁷⁰, il est « *la manifestation intentionnelle de volonté dans le but de réaliser certains effets de droits* »⁸⁷¹ alors que le fait juridique est un événement, un complexe de faits ayant des effets juridiques n'ont recherchés par les parties. C'est donc dans le critère de l'intention de réalisation des effets juridiques que les auteurs trouvent généralement le critère de distinction⁸⁷². Il existe deux hypothèses dans lesquelles, dans le cadre du procès, le juge ordinaire n'est pas saisi d'un fait juridique mais d'un acte juridique : il s'agit de la matière gracieuse et du contrat judiciaire. Ils appartiennent au même genre dans la mesure où ils contiennent tous deux des normes conventionnelles mais se distinguent sur un point. Le contrat judiciaire est l'acte juridique qui porte sur les droits disponibles tandis que l'acte gracieux est l'acte qui porte sur des droits indisponibles. Tandis que le premier repose sur un accord de volontés, le second se caractérise par son unilatéralisme.

⁸⁶⁷ Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, L.G.D.J. Bruylant, La pensée juridique, 1999, p. 227 (« acte créateur de norme ») ; Ancel (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *R.T.D.civ.* 1999, p. 771 ; De Béchillon (D.), « Le contrat comme norme dans le droit public positif français », *R.F.D.A.* 1992, p. 15. Sur les rapports qui existent entre les actes conventionnels et les actes juridictionnels V. notamment. Duclos (J.), *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, préf. Martin (D.), L.G.D.J., 2004, spéc. p. 43 et suiv.

⁸⁶⁸ Aubert (J.-L.), Savaux (E.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey Université, 13^e éd., 2012, n°210 et suiv. Terré (F.), *Introduction générale au droit*, Précis, Dalloz, 9^e éd., 2012, n°206 et suiv.

⁸⁶⁹ Voir le numéro spécial de la Revue *Droits* consacré à l'acte juridique, 1998-7.

⁸⁷⁰ Pour une critique de la notion d'effets juridiques, Amselek (P.), « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Einsenmann », in *La pensée de Charles Einsenmann*, Paris, Economica, PUAM, 1986, p. 30.

⁸⁷¹ Buffelan-Lanore (Y.), Larribau-Terneyre (V.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p. 23, n°50.

⁸⁷² La question du critère de distinction entre l'acte juridique et le fait juridique est plus complexe. Pour présenter les choses de manière très schématique, s'opposent les partisans de la thèse subjectiviste et les partisans de la thèse objectiviste. Tandis que les premiers fondent la force obligatoire du contrat sur la volonté, les seconds la fondent sur la loi. Les critiques à l'encontre de la première sont essentiellement fondées sur la reconnaissance de la toute-puissance de la volonté et le concept de droit subjectif. Ces critiques ont été mises en évidence par les positivistes qui ont adopté une conception pleinement objective de l'acte juridique. Les excès de chacune des positions ont été dénoncés par certains auteurs, au premier rang desquels on peut trouver les Professeur Hauser (Hauser (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, préf. Raynaud (P.), Paris, L.G.D.J., T. 117, 1971), Hébraud (Hébraud (P.), « Rôle respectif de la volonté et les éléments objectifs de l'acte juridique », in *Mélanges offerts à Jacques Maury, Théorie générale du droit et droit comparé*, T.II, Dalloz, 1960, p. 460) et Wicker (Wicker (G.), *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de la théorie de l'acte juridique, op. cit.*, 1997). Le point commun entre ces différents auteurs est d'avoir dégagé un nouveau critère de l'acte juridique qui est celui de la cause, cause mêlant des éléments objectifs et subjectifs. L'acte juridique peut ainsi se définir comme « *une situation nouvelle établissant une combinaison de la volonté d'éléments objectifs en vue de produire un résultat de droit destiné à satisfaire un besoin individuel, ou plus largement, une fin particulière à un ou plusieurs sujets sans qu'il soit à distinguer selon que l'acte a, ou non, sa source dans une manifestation de volonté* ». (Wicker (G.), *Les fictions juridiques, op. cit.*, p. 105, n°103).

324. Derrière la diversité des hypothèses, on peut cependant croire dans l'existence d'un droit commun de l'homologation judiciaire qui reposerait sur le contrôle de légalité de la norme, contrôle pouvant selon les diverses hypothèses présenter un degré différent et donc une finalité différente obéissant ainsi à un régime différent. Dans chacune de ces hypothèses, le juge n'exerce pas de fonction juridictionnelle, pas plus que le principe dispositif n'a vocation à s'appliquer ce qui confirme que le principe dispositif est une garantie de la fonction juridictionnelle. L'acte d'homologation est un acte qui relève de *l'imperium* par lequel le juge donne son efficacité à la norme juridique dont il a à apprécier la légalité. Il déclare efficace une norme par son *imperium* après s'être assuré de sa validité. Nous verrons en conséquence que l'entérinement d'un acte juridique est un procédé étranger à la fonction juridictionnelle : il en va ainsi tant au regard de l'acte juridique gracieux (§1) qu'au regard du contrat judiciaire (§2)

§ 1. L'absence de fonction juridictionnelle du juge de l'acte gracieux

325. L'article 25 du Code de procédure civile dispose que « *le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant qu'elle soit soumise à son contrôle* ». La doctrine majoritaire considère aujourd'hui qu'il existe une unité entre le gracieux et le contentieux, car le gracieux serait constitutif d'un contentieux latent. On a ainsi pu écrire que « *le caractère gracieux n'est jamais que provisoire* »⁸⁷³, qu'il existe entre le contentieux et le gracieux une unité. Toute procédure gracieuse contiendrait un litige dissimulé susceptible d'éclorre à tout moment. « *Le contentieux latent, loin de constituer un obstacle à la détermination du champ d'application de la juridiction gracieuse, s'avère au contraire en être le plus sûr révélateur, le véritable fondement. Une affaire revêt un caractère gracieux moins en dépit qu'en raison d'un contentieux latent. La juridiction gracieuse n'est jamais plus fidèle que lorsque s'y projette l'ombre du contentieux* »⁸⁷⁴. L'unité du gracieux et du contentieux a été également expliquée en raison de l'identité de méthode utilisée par le juge. Parce que le juge opèrerait une vérification juridictionnelle de la règle de droit aux faits, il n'existerait qu'une seule et même définition de la juridiction.

326. Nous ne souscrivons pas à cette analyse. En matière contentieuse, le juge exerce sa fonction juridictionnelle en appliquant la règle de droit aux faits pour pouvoir motiver la norme juridictionnelle ; il réalise donc un syllogisme juridique à partir du fait juridique. Il en va autrement en matière gracieuse. Le juge ne fait que confronter deux normes juridiques. Il confronte la norme juridique contenue dans l'acte juridique à l'ordonnancement juridique, il se prononce alors sur la validité de la norme. Il opère un contrôle imposé par la loi sur un acte qui émane de la volonté des plaideurs, à tel point que les Romains désignaient la matière

⁸⁷³ Bergel (J.-L.), « Juridiction gracieuse et matière contentieuse », *D.* 1983, p. 166.

⁸⁷⁴ Ninivin le (D.), *La juridiction gracieuse dans le nouveau code de procédure civile*, *op.cit.*, p. 95, n°269.

gracieuse comme une « *juridiction volontaire* »⁸⁷⁵. Lorsque le juge est saisi d'un acte juridique gracieux, il n'officie pas en vertu de l'article 12 du Code de procédure civile. Lorsque les parties formulent une demande relative à un acte gracieux, elles apportent au juge une acte juridique qui justifie donc que les principes directeurs ne s'appliquent pas (A) et que le juge ne rende pas d'acte juridictionnel (B).

A. L'exclusion des principes directeurs en matière gracieuse

327. Les principes directeurs de la matière gracieuse diffèrent de ceux de la procédure contentieuse, « *la juridiction gracieuse relève d'un droit d'exception* »⁸⁷⁶, elle reflète parfaitement « *la toute-puissance de l'autorité judiciaire* »⁸⁷⁷. Les articles 4 et 5 du Code de procédure civile sont compris dans la section II du chapitre 1^{er} relatif aux principes directeurs du procès, intitulée « *l'objet du litige* ». Ces articles ne concernent donc que les hypothèses contentieuses, et excluent naturellement de leur champ d'application la matière gracieuse qui par définition ne connaît pas le litige. Le juge peut, en effet, en vertu des articles 26 et 27 du Code de procédure civile, fonder sa décision sur tous les faits, y compris ceux qui n'auraient pas été allégués, et peut procéder d'office à toutes les investigations utiles. Comme il a pu être relevé, « *le principe de l'allégation des faits ne s'applique pas en matière gracieuse. Le comportement du requérant dans cette perspective ne repose pas sur l'existence d'un droit, mais relève bien d'une pratique bien comprise de la défense de ses intérêts privés* »⁸⁷⁸. C'est ainsi que la première chambre civile de la Cour de cassation, dans une décision en date du 20 mai 1980 relative à une affaire portant sur une rectification d'état civil⁸⁷⁹, a pu souligner le caractère dérogoire de l'article 26 du Code de procédure civile.

328. L'arrêt est révélateur et important en ce qu'il constitue la première application de l'article 26 du Code de procédure civile-et mérite alors d'être brièvement relaté. En l'espèce M. Roux souhaitait se voir reconnaître le nom de Roux de Lusignan. Le requérant, débouté de sa demande en rectification, s'est alors pourvu en cassation reprochant aux juges du fond d'avoir violé l'article 7 du Code de procédure civile. En effet, les premiers juges avaient refusé de prendre en considération les actes de baptême de ses père et grand-père, présentés par le demandeur au soutien de sa prétention au motif que « *l'état civil existait déjà à l'époque dans les pays du Levant* ». Le demandeur soulignait ainsi que le juge avait fondé sa décision sur des faits qui n'avaient pas été allégués par les parties et que le juge avait acquis par sa connaissance personnelle. La Haute juridiction rejeta le pourvoi au motif que « *la cour d'appel, qui devait instruire et juger l'affaire comme en matière gracieuse (...) n'a fait*

⁸⁷⁵ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 1315, n°2049.

⁸⁷⁶ Bergel (J-L), « Juridiction gracieuse et matière contentieuse », *D.* 1983, chron. p. 165.

⁸⁷⁷ Ninivin le (D.), *La juridiction gracieuse dans le nouveau code de procédure civile*, Litec, 1983, p. 131, n°340.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, p. 130, n°337.

⁸⁷⁹ Civ. 1^e. 20 mai 1980, *Bull.civ.* I, n°153, obs. D-L.N., *JCP G* 1981, II, 19549 ; obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1980, p. 803; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1981, p. 212.

qu'user du pouvoir qu'elle tenait de l'art. 26 nouv.c.pr.civ. dérogatoire à l'article 7 du même code ». La nature gracieuse de l'affaire justifie donc qu'il soit dérogé au principe dispositif.

329. L'inapplication des principes directeurs du procès a été fortement affirmée par le Conseil d'Etat dans son arrêt « *Rassemblement des nouveaux avocats de France* » rendu le 12 octobre 1979⁸⁸⁰. La plus haute juridiction administrative a, dans cette décision, jugé que « *si les art.26 et 27 nouv.c.pr.civ. permettent au juge de fonder sa décision « sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis y compris ceux qui n'auraient pas été allégués », et de procéder « même d'office, à toutes les investigations utiles », ces articles figurent dans un chapitre fixant les règles propres à la matière gracieuse ; qu'en cette matière, les principes directeurs du procès, qui sont d'ailleurs énoncés dans un chapitre différent du même titre, ne peuvent s'appliquer ; qu'il en est ainsi, en particulier, du caractère contradictoire de la procédure* ». La Cour de cassation a la même position. Dans un arrêt en date du 26 juin 1984, la 3^{ème} chambre civile a pris le soin de préciser dans le cadre d'une affaire gracieuse que « *ceux des principes directeurs du procès énoncés au chapitre 1^{er} titre I, livre I du nouveau Code de procédure civile, qui supposent l'existence d'un différend entre deux parties, ne sont pas applicables en cette matière* »⁸⁸¹. La Cour distingue donc selon les principes qui supposent l'existence d'un différend et ceux qui ne l'imposent pas. La Cour européenne a la même position, les garanties du procès équitable ne s'appliquent pas⁸⁸². Si l'accent est traditionnellement mis sur l'absence du respect du contradictoire⁸⁸³, le principe dispositif ne s'applique pas non plus en matière gracieuse.

330. La difficulté d'appréhension de la matière gracieuse tient, pensons-nous, à sa nature hybride. Dans une étude consacrée à la théorie de l'acte juridique au regard des actes du procès, Mme Mayer s'est livrée à une réflexion sur le critère de l'acte juridique et a mis en évidence la notion d'action juridique. Cette notion permet de comprendre à notre sens aux actes gracieux⁸⁸⁴. S'appuyant sur les travaux de la doctrine publiciste et de la doctrine privatiste, l'auteur a mis en évidence que l'acte juridique devait être envisagé comme la manifestation de volonté déclarée tendant à la modification de l'ordonnement juridique. Plus précisément l'auteur a démontré que c'était la volonté déclarée et non la volonté interne qui permettait de caractériser l'acte juridique, autrement dit elle a insisté sur la manifestation de la volonté et non sur la volonté elle-même⁸⁸⁵. L'auteur nous apprend également qu'il existait à l'intérieur de la catégorie du fait juridique, un fait juridique un peu particulier connu des droits allemand et suisse, qui présente une nature hybride en ce que par sa nature il

⁸⁸⁰ CE, 12 oct. 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, concl. Franc, obs. Boré, *JCP G* 1980, II, 19288 ; note Bénabent, *D.* 1979, p. 606, note Julien, *Gaz. Pal.* 1980, I, p. 6, obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1980, p. 145.

⁸⁸¹ Com. 26 juin 1984, *Bull.civ.* III, n°123.

⁸⁸² L'article 6 ne s'applique pas aux procédures unilatérales et non contentieuses car il n'existe pas de contestation. V. Guide sur l'article 6 édité par le Conseil de l'Europe, *Droit à un procès équitable*, p. 5 n°6.

⁸⁸³ Ninivin le (D.), « La faculté pour le juge de se prononcer sans débat en matière gracieuse », *JCP G* 1995, II, 22399.

⁸⁸⁴ Mayer (L.), *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préf. Cadiet (L.), I.R.J.S. 2009.

⁸⁸⁵ Mayer (L.), *op. cit.*, spéc. p. 164, n° 166.

ressemble aux faits juridiques mais par ses effets aux actes. Il s'agit de ce que l'auteur a dénommé l'action juridique⁸⁸⁶. Lorsque les parties agissent dans cette matière, elles émettent ce que la doctrine allemande dénomme « *les actions juridiques comparables à un acte juridique* »⁸⁸⁷. Il s'agit là d'un raccourci évident de sa pensée mais qui résume, nous l'espérons, assez justement sa position. Pour reprendre les mots de Mme Mayer, « *l'accomplissement de telles actions suppose de la part de son auteur, non seulement une volonté d'accomplir l'action elle-même mais également une volonté de créer l'effet de droit attaché à l'action (...). Pour autant, l'effet de droit est attaché par la loi à l'action seule et non à la volonté de créer l'effet de droit* »⁸⁸⁸. L'action juridique, par nature unilatérale, est donc un acte juridique car elle repose sur une manifestation de volonté de créer l'effet de droit. Mais l'effet de droit n'est pas attaché à sa volonté mais à son action.

331. Cette définition prend tout son sens au regard de l'office des parties en matière gracieuse. Prenons l'exemple de l'adoption qui, en vertu de l'article 1167 du Code de procédure civile, relève de la matière gracieuse. Dans cette hypothèse, il s'agit bien d'une action juridique, il existe une manifestation de volonté d'accomplir l'action – l'adoption – mais également une volonté de créer les effets de droit – l'établissement de la filiation, le changement de nom.... Pour autant, ces effets de droit sont attachés par la loi à l'adoption et non à la manifestation de volonté d'adopter. Il s'agit donc bien d'une action juridique. Il en va de manière identique dans le cadre d'une demande en rectification de l'état civil par exemple. Dans cette hypothèse, la manifestation de volonté réside dans le changement de prénom, elle a vocation à la production d'effets juridiques qui ne sont pas attachés par la loi à la volonté seule mais bien à l'action. Lorsque les parties apportent au juge un acte gracieux, elles tendent à ce que le juge procède à un contrôle de légalité de la norme. En effet, le fait que l'homologation en matière gracieuse soit consécutive à un contrôle d'opportunité ne permet pas de caractériser la matière gracieuse⁸⁸⁹. Ainsi que l'a souligné Mme Malpel-Bouyjou, l'existence d'un contrôle d'opportunité peut avoir lieu lors de l'adoption de décisions contentieuses notamment en matière de nom d'usage de la femme dans le divorce⁸⁹⁰. C'est donc davantage dans le contrôle de légalité que dans le contrôle d'opportunité que se caractérise la matière gracieuse dans la mesure où le juge du contentieux ne procède pas à un contrôle de légalité de la norme, mais crée une norme juridictionnelle.

⁸⁸⁶ *Ibid.*, p. 190, n°184 et suiv.

⁸⁸⁷ Mayer (L.), *op. cit.*, p. 191, n°184. Il convient de préciser que la doctrine allemande distingue deux catégories d'actions juridiques : les actions matérielles et les actions juridiques comparables à un acte juridique. Mme Mayer propose de réserver le terme d'action juridique à la seconde catégorie dans la mesure où la première catégorie n'est autre que le simple fait matériel, la manifestation de l'homme de réaliser l'action mais qui n'entraîne aucun effet de droit parce que le droit ne lui en reconnaît pas. Nous ne reprendrons pas dans nos développements sa position et par action juridique entendons uniquement dénommer les actions juridiques comparables à un acte juridique.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 191, n°184.

⁸⁸⁹ Dans ce sens, Mélin-Soucramanien (B.), « L'homologation judiciaire en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, LexisNexis, 2012, p. 372, spéc. p. 377.

⁸⁹⁰ Malpel-Bouyjou (C.), *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, *op. cit.*, p. 211, n°357.

332. Dans chacune des hypothèses de la matière gracieuse les effets juridiques recherchés par les parties ne pourront trouver à s'appliquer qu'après l'homologation du juge qui se sera livré à un contrôle d'opportunité et de légalité de l'acte. Le principe dispositif ne s'applique pas plus que le juge ne rend d'acte juridictionnel.

B. L'homologation de l'acte gracieux, un acte non juridictionnel

333. Une majorité de la doctrine, sous l'influence de Hébraud⁸⁹¹, tend à voir aujourd'hui dans les actes gracieux de véritables actes juridictionnels⁸⁹². Nous ne partageons pas cet avis et rejoignons les rares auteurs qui refusent encore de voir dans la décision d'homologation un acte juridictionnel⁸⁹³. Les décisions gracieuses n'ont pas autorité de chose jugée parce que le juge ne juge rien et elles ne dessaisissent pas le juge parce que le juge n'a jamais été saisi d'un fait juridique. Le juge ne tranche pas de litige, ce qui n'exclut pas que la décision d'homologation par nature administrative emprunte au régime de l'acte juridictionnel⁸⁹⁴. En effet, la particularité de la matière gracieuse est de se situer à la frontière entre l'acte juridique et le fait juridique. Parce qu'elle est issue d'un fait juridique, elle emprunte parfois le régime de l'acte juridictionnel mais parce qu'elle n'est pas qu'un fait juridique mais avant tout un acte juridique, elle n'est pas un acte juridictionnel. Mme Mayer l'avait mis en évidence : « une action juridique ne se voit pas appliquer la totalité des dispositions qui régissent l'acte juridique »⁸⁹⁵.

334. Parce qu'il oscille entre le fait juridique et l'acte juridique, l'acte gracieux emprunte au régime de l'acte juridictionnel, ce qui justifie donc par exemple qu'il fasse l'objet d'un contrôle lors de l'examen de l'action en justice. La notion d'intérêt légitime est souvent utilisée en matière de changement de nom⁸⁹⁶. Cela justifie également que la voie de l'appel soit ouverte et permette ainsi l'élévation du contentieux qui traduit le changement de nature d'une procédure gracieuse en une procédure contentieuse⁸⁹⁷. Lorsqu'une contestation voit le jour, le contentieux réapparaît. Si le législateur est resté muet sur le terme d'élévation du contentieux, l'hypothèse avait été implicitement prévue puisque l'article 543 du Code de procédure civile prévoit l'ouverture de la voie d'appel même en matière gracieuse. L'opposition constitue également une voie de recours entraînant l'élévation du contentieux.

⁸⁹¹ Hébraud (J.), « Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du Conseil », *D.* 1946, p. 333.

⁸⁹² Cornu (G.), Foyer (J.), *op. cit.*, p. 126, n°21 ; Héron (J.), Le Bars (Th.), *op. cit.*, p. 269, n°329 ; Cadiet (L.), Jeuland (E.), *op. cit.*, p. 82, n°99 ; Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 1318, n°2054 et suiv ; Amiel-Cosme (L.), « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices* 1997-5, p. 135 ; Balensi (I.), « L'homologation des actes juridiques », *R.T.D.civ.* 1978, p. 46.

⁸⁹³ Couchez (G.), Lagarde (X.), *op. cit.*, p. 250, n°116 ; Perrot (R.), *Institutions judiciaires, op. cit.*, p.593, n°596.

⁸⁹⁴ La décision d'homologation oscille donc entre l'acte administratif et l'acte gracieux, v. Solus (H.), Perrot (R.), *op. cit.*, p. 445, n°485.

⁸⁹⁵ Mayer (L.), *op. cit.*, p. 194, n°185.

⁸⁹⁶ Civ. 1^{er}. 20 févr. 1996, *Bull.civ.* I, n°98, obs. Massip, *Defrénois* 1996, p. 985 ; obs. Hauser, *R.T.D.civ.* 1996, p. 356 (défaut d'intérêt de la partie qui souhaitait voir substituer à ses prénoms leurs diminutifs).

⁸⁹⁷ Ninivin le (D.), *op. cit.*, p. 90, n°257 et suiv.

335. Par exemple, élève le contentieux le ministère public qui forme opposition au choix des parents du prénom de l'enfant, si la décision attaquée lui a été préalablement signifiée⁸⁹⁸. Il en va de même en cas d'opposition à une demande de rectification d'un acte de l'état civil⁸⁹⁹. On notera cependant que, si la tierce opposition et l'appel permettent d'élever le contentieux, toute personne n'est pas recevable à agir. En effet, l'opposition des enfants au changement de régime matrimonial ne fait pas de la procédure initialement gracieuse une procédure contentieuse⁹⁰⁰, dans la mesure où les enfants s'opposent à un acte auquel ils ne sont pas parties⁹⁰¹. Le changement de régime matrimonial n'a d'incidence que dans les rapports pécuniaires entre époux, et ne concerne pas les rapports pécuniaires entre les enfants et les parents. En considérant que l'opposition des enfants n'élevait pas le contentieux, la Cour de cassation a considéré qu'il n'existait pas de litige, que le fait n'était pas à l'égard des enfants majeurs juridique mais simplement matériel⁹⁰², que ces derniers ne pouvaient prétendre être lésés par une décision qui ne les concerne pas directement, car cela contreviendrait à l'ordre public contrairement à leurs créanciers qui, eux, peuvent former tierce opposition à la décision d'homologation⁹⁰³.

336. L'action juridique n'est donc pas un simple fait juridique, car la manifestation de volonté a pour finalité la création d'effets juridiques déterminés. Parce que l'acte gracieux est avant tout un acte juridique plutôt qu'un fait juridique, il n'est pas un acte juridictionnel et il doit être étudié par le biais des règles régissant les actes juridiques⁹⁰⁴. On pourrait s'étonner de la recevabilité de l'action en nullité à l'égard du jugement d'adoption. C'est ainsi que la Cour d'appel de Pau a pu annuler pour vice du consentement un jugement d'adoption plénière⁹⁰⁵. Pour autant la Cour de cassation n'a pas suivi cette jurisprudence et a rejeté l'action en nullité pour vice du consentement dans le cadre d'une adoption simple, mais ce refus se justifie à notre sens en raison de la particularité de l'adoption plénière qui est révocable⁹⁰⁶. De la même manière, les juges palois ont pu rejeter l'action en nullité pour erreur sur l'âge des adoptés⁹⁰⁷. On notera également que dans le cadre du changement de

⁸⁹⁸ Murat (P.), « Les conséquences de l'élévation du contentieux en matière de prénom », *Dr. fam.* 2005, comm. 87.

⁸⁹⁹ CA Dijon, 10 févr. 1993, note Ninivin le (D.), *JCP G* 1994, II, 22246.

⁹⁰⁰ Civ. 1^{er}. 19 mars 2008, n°05-21.924, *JurisData* n°2008-043227, note Egéa, *Dr. fam.* 2008, comm.75.

⁹⁰¹ Beignier (B.), Combret (J.), Fremont (E.), « Le changement de régime matrimonial depuis le 1^{er} janvier 2007 », *Dr. fam.* 2007, étude 11.

⁹⁰² Sur cette distinction, v. *supra* n°42 à 58.

⁹⁰³ Civ. 1^{er}. 9 juill. 1991, *Bull. civ.* I, n°238 ; obs. Lucet, *D.* 1992, p. 220.

⁹⁰⁴ La question qui se pose est en effet celle de l'application de la théorie de l'acte juridique à la matière gracieuse et plus précisément de la spécificité de cet acte par rapport au contrat. S'il ne nous appartient pas de mener cette démonstration, il convient cependant de relever qu'en droit privé, la théorie de l'acte juridique est le plus souvent présentée comme la théorie du contrat. Néanmoins, le contrat n'est pas le seul acte juridique, il faut également compter notamment sur l'acte unilatéral (Encinas de Munagorri (R.), *L'acte juridique unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. Lyon-Caen (A.), L.G.D.J. 1996), l'engagement unilatéral, voire la décision (Lokiec (P.), « La décision et le droit privé », *D.* 2008, p. 2293). Il conviendrait donc de se pencher sur l'identification de l'action juridique au regard de ces différentes catégories d'actes juridiques afin de mieux comprendre le régime des actes juridiques gracieux créés par les parties.

⁹⁰⁵ CA Pau, 30 mai 1990, note Larribau-Terneyre, *D.* 1990, p. 20.

⁹⁰⁶ Civ. 1^{er}. 27 nov. 2001, n°00-10.151 ; *D.* 2002, p. 39.

⁹⁰⁷ CA Pau, 26 juin 1995, note Larribau Terneyre, *D.* 1996, p. 214.,

régime matrimonial, les enfants nés hors mariage pourront seulement intenter une action en nullité contre la convention homologuée en cas de fraude⁹⁰⁸. L'action en nullité se justifie en raison de la nature contractuelle de la convention qui persiste même après l'homologation du juge⁹⁰⁹.

337. La nature profondément administrative de la décision rendue en matière gracieuse est marquée à notre sens par la possibilité donnée à d'autres organes d'homologuer les actes gracieux en supprimant le contrôle d'opportunité. On pense ainsi au changement de régime matrimonial, lorsqu'il n'existe pas d'enfants mineurs⁹¹⁰. La nature contractuelle du changement de régime matrimonial justifie ainsi que lorsque les époux usent de la faculté qui leur est conférée par l'article 1397 du code civil de procéder à un changement par acte notarié, la convention s'impose aux époux mais également au juge. Les époux ne peuvent se prévaloir de l'argument tiré de l'intérêt de la famille pour annuler la convention, seules les actions de droit commun s'ouvrent à eux. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 29 mai 2013, confirmant ainsi le lien de causalité qui existe entre la nature et le régime de l'acte⁹¹¹.

338. Lorsqu'un acte juridique gracieux est soumis au juge, il ne fait que prendre acte des volontés des parties en exerçant un contrôle approfondi en raison de l'indisponibilité des droits en cause. Il a l'apparence d'un acte juridictionnel mais n'en est pas un. Le juge de l'acte juridique gracieux n'exerce pas de fonction juridictionnelle, il ne fait qu'exercer un contrôle de légalité de la norme conventionnelle, il en va de même pour le juge du contrat judiciaire.

§ 2. L'absence de fonction juridictionnelle du juge du contrat judiciaire

339. Le contrat judiciaire est un acte juridique créé par les parties mais pour lequel l'intervention du juge est nécessaire pour que ce dernier soit envisagé comme un titre exécutoire⁹¹². Entendu strictement, il « désigne l'accord des parties qui, réalisé en cours d'instance et constaté par le juge, porte règlement conventionnel de tout ou partie du litige »⁹¹³. Il a pu être écrit que « les actes processuels accomplis par les parties tout au long du procès paraissent (donc) exprimer une part du principe dispositif »⁹¹⁴. Il a ainsi été avancé que ces actes processuels étaient plus précisément des « actes processuels dispositif »⁹¹⁵, des

⁹⁰⁸ Civ. 1^e. 12 déc. 2000, *Bull. civ.* I, n°318, note Garé, *D.* 2001, p. 1496; note Casey, *JCP G* 2001, II, 10478; obs. Wiederkehr, *JCP G* 2002, I, 103, n°9, obs. Massip, Defrénois 2001, p. 604; obs. Hauser, *R.T.D.civ.* 2001, p. 120.

⁹⁰⁹ Civ. 1^e. 14 janv. 1997, *Bull. civ.* I, n°20, rapp. Savatier, *D.* 1997, p. 273, note Paillet, *JCP G* 1997, II, 22913 ; obs. Wiederkehr, *JCP G* 1997, I, 4047, n°2 ; obs. Vareille, *R.T.D.civ.* 1997, p. 985.

⁹¹⁰ Jeamin-Petit (E.), « La libéralisation du changement de régime matrimonial », *JCP G* 2007, I, 108 ; Revel (L.), « Le changement de régime matrimonial ; quelle déjudiciarisation ? », *D.* 2006, p. 2591.

⁹¹¹ Civ. 1^e. 29 mai 2013, 12-10.027 ; note Souhami, *D.* 2013, p. 2088 ; note Lagelée-Heymann, *JCP G* 2013, 959.

⁹¹² Mestre (J.), « Des éléments du contrat judiciaire », *R.T.D.civ.* 1990, p. 648.

⁹¹³ Muller (Y.), *op. cit.*, p. 273, n°253.

⁹¹⁴ *Ibid.*, p. 378, n°348.

⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 391, n°360, p. 34, spéc. p. 50.

« *conventions de disposition processuelle* »⁹¹⁶. La référence au verbe « disposer » parle d'elle-même. Comment ne pas faire l'analogie avec le principe dispositif ? En outre, il fut un temps où la Cour de cassation sanctionnait la violation de l'objet du litige sur le fondement de l'article 1134 du Code civil⁹¹⁷. Si cette jurisprudence a été progressivement abandonnée suite à l'analyse de l'instance non pas comme un lien contractuel mais comme un lien légal, il n'empêche qu'elle est symptomatique de l'amalgame réalisé entre la logique contractuelle et le principe dispositif.

340. Lorsque les parties concluent un contrat judiciaire, elles le font en vertu de la liberté contractuelle et non en vertu du principe dispositif. Dans ces hypothèses, le juge n'exerce pas une fonction juridictionnelle mais une fonction d'homologation. Lorsque les parties apportent au juge un contrat, elles le saisissent d'un acte juridique, d'une norme juridique⁹¹⁸. Il n'est pas rare en effet que les parties décident ensemble de parvenir à une solution conventionnelle du litige. Il s'agit alors d'un règlement consensuel du litige qui est une manifestation de la liberté contractuelle (A) et qui donne lieu à un acte non juridictionnel (B).

A. Le contrat judiciaire, manifestation de la liberté contractuelle

341. Lorsque les parties décident de recourir au contrat, elles renoncent au juge. Elles ne peuvent cependant le faire que si elles ont la libre disponibilité de leurs droits. La libre disponibilité est une condition nécessaire à la liberté contractuelle mais n'intéresse pas la liberté procédurale. En effet, si on a pu la présenter comme "*irréductible*"⁹¹⁹ au principe dispositif, elle reste une "*notion étrangère*"⁹²⁰. Nous rejoignons à ce titre l'analyse du Professeur Fauvarque-Cosson selon laquelle "*en dépit d'une racine terminologique commune, la condition de libre disponibilité ne s'identifie pas au principe dispositif puisque celui-ci joue quelque soit la nature de ces droits*"⁹²¹. En effet, l'hypothèse de l'élévation du contentieux est la marque de la présence du principe dispositif alors même que les droits sont indisponibles.

342. Lorsque les parties confient à un tiers, par contrat, la mission de régler leur litige on parle de compromis, alors que lorsqu'elles règlent seules leur litige, soit à l'issue d'une médiation ou d'une conciliation par exemple, elles concluent une transaction. Dans cette hypothèse, le litige est leur chose puisqu'elles en ont organisé le règlement mais il ne s'agit pas là d'une manifestation du principe dispositif mais bien de la liberté contractuelle. En effet, la transaction est un contrat qui ne peut être réalisé que si les parties ont la libre disponibilité de leurs droits. On a pu écrire que le contrat était devenu « *un mode d'expression et de*

⁹¹⁶ Cadiet (L.), « Les accords sur la juridiction dans le procès », *art. préc.*

⁹¹⁷ Com. 7 déc. 1984, note Crémieu, *D.* 1955, p. 110 ; Civ. 1^{er}. 10 oct. 1960, obs. Esmein, *JCP G* 1961, II, 11980.

⁹¹⁸ Pour la qualification de norme juridique quant au contrat, cf. Ancel (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *R.T.D.civ.* 1999, p. 771 ; De Béchillon (D.), « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *R.F.D.A.* 1992, p. 15.

⁹¹⁹ Muller (Y.), *op. cit.*, p.74, n°118.

⁹²⁰ Fauvarque-Cosson (B.), *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, préf. Lequette (Y.), L.G.D.J., 1996 p.73, n°115.

⁹²¹ *Ibid.*, p.75, n°118.

sélection des prétentions litigieuses »⁹²² à tel point qu'il était devenu une procédure à part entière⁹²³. La transaction est devenue un « *modèle* » de règlement des litiges⁹²⁴. Les règles entourant la transaction ne sont pas régies par le Code de procédure civile, mais bien par le Code civil. Il convient donc de distinguer l'office des parties en vertu du contrat et l'office des parties en vertu de la loi. Ce sont des offices qui ne se confondent pas bien qu'ils présentent la même finalité : faire du litige la chose des parties.

343. Régie par les dispositions du Code civil, utilisée notamment en droit du travail et en matière d'indemnisation, la transaction est un contrat nommé qui se définit aux termes de l'article 2044 dudit Code comme le « *contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* ». Les parties, pour transiger, doivent avoir la capacité, consentir de manière libre et éclairée au contrat, la transaction doit avoir un objet et une cause. Elle pourra donc faire l'objet des actions de droit commun relatives au contrat. Il existe donc des possibilités de remettre en cause la transaction et ce d'autant plus que l'article 2053 du Code civil dispose ainsi que la « *transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation. Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou nullité* ». Les voies de recours seront donc contractuelles et non juridictionnelles. La transaction est un contrat à part entière, et même un contrat spécial, puisque la transaction ne sera valablement formée que si les parties aboutissent à des concessions réciproques⁹²⁵ qui doivent s'analyser plus comme des renoncements à des prétentions que comme des renoncements à des droits⁹²⁶ : il s'agit là d'une condition légale contrôlée par le juge et qui caractérise le contrôle de légalité auquel se livre le juge lorsque les droits sont disponibles.

344. Comme il a été justement relevé, « *il serait incorrect de déduire systématiquement du caractère d'ordre public de la matière (...) que les droits litigieux sont par nature indisponibles. C'est en effet la situation de dépendance de la partie protégée qui rend ces droits indisponibles, non le fait qu'il existe des règles d'ordre public* »⁹²⁷. Dire qu'un droit est disponible, c'est avant tout dire que l'on peut y renoncer. Ainsi qu'il a pu être relevé à propos de la transaction, « *ce qui fait en réalité difficulté, c'est toujours l'autre versant de la transaction, c'est-à-dire la renonciation à saisir les juridictions étatiques afin qu'elles connaissent du différend* »⁹²⁸. L'article 2048 du Code civil est clair, la transaction est un acte abdicatif, un acte par lequel les parties au contrat renoncent aux droits, aux prétentions et aux actions. La renonciation se définit comme « *une manifestation unilatérale de volonté accompagnée ou suivie, en matière de droits réels, d'un abandon matériel et dont le but est*

⁹²² Cayrol (N.), *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, préf. Grua (F.), Economica, 2001, p. 317, n°540.

⁹²³ *Ibid.*

⁹²⁴ Jarrosson (Ch.), « La transaction comme modèle », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, *op. cit.*, p. 58.

⁹²⁵ Jarrosson (Ch.), « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, chron., p.267. L'exigence de concessions réciproques est néanmoins exclue en matière d'indemnisation d'accidents de la circulation relevant de la loi du 5 juillet 1985. Civ. 2°. 16 nov. 2006, *Bull.civ.* II, n°320, obs. Train, *D.* 2007, pan. 1688 ; note Mayaux (L.), *JCP G* 2007, II, 10032 ; note Sardin, *Gaz. Pal.* 2007, p. 1050.

⁹²⁶ Jarrosson (C.), *art. préc.*, p. 271, n°35.

⁹²⁷ Fauvarque-Cosson (B.), *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, *op. cit.*, p. 41, n°62 *in fine*.

⁹²⁸ Lagarde (X.), « Transaction et ordre public », *D.* 2000, p. 264 *in fine*.

d'éteindre, sans le transmettre à un tiers, un droit actuel appartenant ou devant appartenir ultérieurement au renonçant, ou d'empêcher ce droit de naître »⁹²⁹. Les parties ne peuvent pas renoncer à tous leurs droits, qu'ils soient procéduraux ou substantiels. L'article 323 du Code civil dispose ainsi que « *les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation* ». La prohibition est générale et s'explique par le fait que « *cette disposition est l'expression procédurale de l'indisponibilité de la filiation elle-même et, par suite, elle s'applique tant aux actions tendant à établir la filiation qu'à celles qui visent à la contester, tant à la demande qu'à la défense* »⁹³⁰. L'interdiction de la renonciation est commandée par l'indisponibilité des actions relatives à la filiation.

345. La différence entre l'acte juridique gracieux et le contrat judiciaire réside donc à notre sens dans la nature des droits qui sont en cause. Tandis que les contrats judiciaires portent sur des droits qui sont disponibles, les actes gracieux portent sur des droits indisponibles. La libre disponibilité des droits joue donc un rôle quant à l'étendue du contrôle de légalité auquel doit se livrer le juge dans le cadre de l'acte juridique, mais est étrangère au principe dispositif. La nature des droits n'éluide pas le fait que, comme en matière gracieuse, la décision d'homologation ne donne pas lieu à un acte juridictionnel.

B. L'homologation du contrat judiciaire, un acte non juridictionnel

346. Le régime d'homologation des contrats judiciaires est complexe, il n'est pas question pour nous de détailler le régime de chaque homologation qui diffère selon la source de l'accord. Il n'en reste pas moins que, lorsque le juge homologue la transaction il ne rend pas, en toute hypothèse, un acte juridictionnel et ce, bien que la formule de l'article 2052 du Code civil soit équivoque. Aux termes de ce dernier, on peut en effet lire que « *les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort* », les transactions auraient la même nature que les jugements et seraient alors susceptibles de faire l'objet d'une voie de recours. Or, dans cette hypothèse, le juge ne rend pas un acte juridictionnel car il n'est pas confronté à un litige. La disparition du litige ne résulte pas dans ce cas du fait du juge, mais bien de la volonté des parties qui ont réalisé des concessions réciproques, ce qui amène une partie de la doctrine à parler d' « *autorité de la chose transigée* »⁹³¹. Les parties, lorsqu'elles ont conclu un contrat judiciaire, ne peuvent pas introduire une action devant le juge, elles se heurteront à une fin de non-recevoir⁹³². Les hypothèses risquent de se multiplier dans la mesure où les techniques de gestion contractuelle des litiges s'étendent.

347. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n°2010-1602 du 22 décembre 2010, les parties peuvent recourir, pour régler de manière consensuelle leur litige, à la convention de procédure

⁹²⁹ Lessona (S.), « Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil », *R.T.D.civ.* 1912, p. 387.

⁹³⁰ Douchy-Oudot (M.), *op. cit.*, n°29.

⁹³¹ Deharo (G.), « L'autorité de la chose transigée en matière civile », *Gaz. Pal.*, 1 déc. 2005, n°335, p. 2.

⁹³² Ch. mixte, 14 févr. 2003, *Bull.ch.mixte*, n°1; *B.I.C.C.*, 1^{er} mai 2003, p. 43, avis Benmakhlouf, Rapp. Bailly ; note Ancel, Cottin, *D.* 2003, p. 1386 ; obs. Clay, *D.* 2003, somm. 2480 ; obs. Lagarde, *JCP G* 2003, I, 142; note Jarrosson, *Rev. Arb.* 2003, 403; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2003, p. 349.

participative⁹³³. Cette dernière, inspirée par le rapport Guinchard⁹³⁴, régie par les articles 2062 à 2068 du Code civil, se définit comme « une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine du juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend »⁹³⁵. Tant que la procédure est en cours, tout recours au juge sera irrecevable. L'article 2066 prévoit notamment que la convention pourra faire l'objet d'une homologation par le juge afin que lui soit conférée la force exécutoire après avoir opéré un contrôle de légalité. En outre, l'adoption de l'acte d'avocat par la loi n°2011-331 du 28 mars 2011 participe du même mouvement et est symptomatique de la transformation du rôle d'avocat, qui plus qu'un défenseur des justiciables, devient acteur du règlement des conflits⁹³⁶. Expression du nouveau « droit collaboratif », ces nouveaux instruments juridiques tendent à la déjudiciarisation du règlement des conflits. L'homologation n'est jamais obligatoire pour les droits indisponibles, le choix est laissé à la discrétion des parties. Il en va autrement lorsque les droits sont indisponibles, notamment dans le cadre du divorce et de la séparation de corps⁹³⁷.

348. Un auteur a tenté de démontrer l'unité de régime de l'homologation judiciaire en matière gracieuse et en matière de contrat judiciaire en expliquant la nature hybride de la convention homologuée autour de la notion de juridiction gracieuse⁹³⁸. Selon lui, tandis que la transaction conserve une nature contractuelle, la décision d'homologation présente une nature juridictionnelle, ce qui implique que la transaction ne peut être remise en cause que par les voies de droit commun des contrats, tandis que la décision d'homologation peut l'être par les biais des voies de recours. L'analyse est séduisante, mais ainsi que l'a relevé une partie de la doctrine, il est difficile de faire la distinction entre la décision d'homologation et la convention, dans la mesure où elles forment un tout qui ne saurait dès lors obéir à un régime distinct⁹³⁹. Nous pensons que l'unité réside dans le fait que l'acte n'est pas juridictionnel, l'homologation de la transaction ne fait que conférer la force exécutoire à la transaction, ce que la Professeure Fricero dénomme « l'homologation allégée »⁹⁴⁰. L'homologation de la transaction est une activité purement administrative donnant lieu à un jugement de donné acte, un acte non-juridictionnel. Le juge exerce néanmoins comme en matière gracieuse, un contrôle, puisqu'il n'entérinera la norme conventionnelle que si celle-ci ne vient pas heurter l'ordre public, si elle est conforme à la légalité. Mais il ne se livrera pas à un contrôle d'opportunité car en la matière les droits sont disponibles, ce qui justifie que le juge prenne

⁹³³ Fricero (N.), « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice autrement... », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, op. cit., p. 145 ; Poivey-Leclercq (H.), « La convention de procédure participative « un pacte de non agression à durée déterminée », *JCP G* 2011, 70.

⁹³⁴ Guinchard (S.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, la Documentation française, 2008.

⁹³⁵ Art. 2062 CC.

⁹³⁶ Bléry (C.), « L'avocat nouveau est arrivé », *Procédures* 2011, alerte 23

⁹³⁷ Larribau-Terneyre (V.), « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlements des litiges en matière familiale ? – (A propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative) », *Dr. Fam.* 2012, étude 12.

⁹³⁸ Hugon (Ch.), « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *L.P.A.* 11 déc. 2003, n°247, p. 4.

⁹³⁹ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), op. cit., p. 525, n°139.

⁹⁴⁰ Fricero (N.), « Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge ? », *RJPF* 2010-1, p. 8.

seulement acte de la volonté des parties. La résolution du conflit résulte de l'accord de volonté des parties. Les parties, lorsqu'elles choisissent de se tourner vers la justice consensuelle, renoncent à leur droit fondamental d'accès à un tribunal.

349. On notera à ce titre que la Cour européenne des droits de l'homme contrôle néanmoins que le système de renonciation soit dépourvu d'ambiguïté sous peine de porter atteinte à l'effectivité du droit d'accès au juge. C'est ce qui résulte de l'arrêt *Bellet contre France* rendu le 4 décembre 1995. En l'espèce, des requérants contaminés par le virus du VIH, qui avaient été indemnisés par un fonds d'indemnisation, s'étaient vu opposer une fin de non-recevoir pour défaut d'agir à l'occasion de la demande qu'ils avaient formée pour obtenir réparation de leur préjudice⁹⁴¹. La Cour européenne considère qu'il y a eu une violation du droit d'accès concret et effectif à un tribunal, dans la mesure où « *le système ne présentait pas une clarté et les garanties suffisantes pour éviter un malentendu quant aux modalités d'exercice des recours offerts et aux limitations découlant de leur exercice simultané* »⁹⁴². Il existe donc une obligation positive d'information qui pèse sur l'Etat en cas de renonciation à l'action en justice pour un autre mode de justice sous peine de voir l'Etat condamné sur le terrain de l'article 6§1. Si ces arrêts concernent l'hypothèse d'une renonciation à l'action en justice au profit d'un système d'indemnisation, ces jurisprudences sont transposables à la justice consensuelle qui a pour objet la renonciation à l'action en justice. Le refus de l'application de l'article 6§1 à la procédure d'arbitrage est logique, puisque l'arbitrage n'est pas une juridiction prévue par la loi.

350. Pour autant, la justice actuelle est celle du respect des exigences fondamentales de bonne justice émanant notamment de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, exigences dont sont notamment dépourvus les modes alternatifs de règlement des conflits qui, par définition, sont ceux qui se déroulent en dehors du juge⁹⁴³. En effet, on sait qu'un des problèmes posés par les modes alternatifs de règlement des conflits réside dans leur soumission aux garanties du procès équitable⁹⁴⁴: le droit positif ne confère pas à ces modes alternatifs l'exhaustivité des garanties de bonne justice. La solution a été rendue en matière d'arbitrage et on peut penser logiquement qu'une solution identique s'applique aux modes alternatifs de règlement des conflits. Il résulte clairement de l'arrêt « *Cubic* » rendu par la première chambre civile le 20 février 1991⁹⁴⁵, que « *l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui ne concerne que les Etats et les juridictions étatiques* » est inapplicable à la procédure d'arbitrage. Ainsi que le relève le Professeur Clay, cette jurisprudence apparaît comme étant la consécration de la pensée du Professeur Jarosson qui avait mis en évidence que, si l'article 6§1 n'était pas directement applicable à la procédure

⁹⁴¹ Civ. 2^e. 26 janv. 1994, obs. Cayla, *R.D.S.S.* 1994, p. 420.

⁹⁴² CEDH, 4 déc. 1995, *Bellet c/ France*, note Harichaux, *JCP G* 1996, II, 22648.

⁹⁴³ Lagarde (X.), « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des conflits », *Rev. Arb.* 2001-3.

⁹⁴⁴ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 222, n°52 et suiv.

⁹⁴⁵ Civ. 1^e. 20 févr. 2001, *Cubic*, obs. Clay, *Rev. Arb.*, 2001-3, p. 511.

d'arbitrage, les garanties substantielles de bonne justice l'étaient⁹⁴⁶. Le juridictionnalisation des modes alternatifs de règlement des conflits n'est pas imposée par le procès équitable, elle est la marque d'un débordement par les autorités nationales des exigences relatives au procès équitable.

351. Une partie de la doctrine plaide ainsi activement en faveur de l'extension des garanties de l'article 6§1 à la justice contractuelle⁹⁴⁷. Un auteur s'interrogeait sur le caractère juridictionnalisable des transactions, question qui peut s'étendre à l'ensemble des contrats judiciaires et qui pose celle de la possibilité de les contester par le biais des voies de recours juridictionnelles. Les transactions resteraient des contrats d'un point de vue de la nature mais seraient dotées, lorsqu'elles sont homologuées par le juge, des attributs du jugement, et notamment de la chose jugée⁹⁴⁸. L'analyse est intéressante en ce qu'elle met en relief la nécessité de recourir au juge, celui-ci étant envisagé comme l'organe de la justice. Néanmoins, nous ne pensons pas que pareille proposition puisse être adoptée, dans la mesure où le régime d'un acte ne dépend que de sa nature. Un choix semble s'imposer. Ou l'homologation confère à la transaction une nature de jugement et ouvre droit à l'exercice de voies de recours, ou elle ne permet pas la remise en cause de sa nature, et seules les actions de nature contractuelle restent ouvertes. Notre choix est en faveur de la dernière analyse.

352. La nature contractuelle des transactions est nécessaire, sauf à remettre en cause l'opportunité même des règlements alternatifs. La remise en cause de la nature de la transaction en jugement reviendrait à remettre en cause l'objet de la justice consensuelle, qui est la renonciation à la justice étatique. La justice consensuelle repose sur le choix des parties de ne pas recourir à la justice étatique, entendu comme le choix de ne pas voir leur litige tranché par le juge. Elle repose sur la renonciation au droit au juge et aux garanties qui l'entourent. La justice consensuelle, qui se caractérise par la liberté, emporte également la responsabilité de ce choix. Si les parties décident de renoncer à la justice étatique, elles doivent en assumer les conséquences et par là même l'impossibilité de remettre en cause par le biais de l'exercice des voies de recours leur transaction. C'est pourquoi nous pensons que la juridictionnalisation des contrats judiciaires, entendue comme la possibilité donnée aux parties de faire trancher à nouveau leur litige par le juge, ne doit pas être développée. Cela ne signifie pas que les parties doivent être dénuées de tout recours, mais qu'elles doivent exercer des recours qui sont en harmonie avec la nature de l'acte qu'elles soumettent au juge. En

⁹⁴⁶ Clay (Th.), *op. cit.*, Jarosson (Ch.), « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. Arb.* 1989-3, p. 573.

⁹⁴⁷ Le débat a vu le jour notamment quant à l'application du principe du contradictoire. Sur ce point Ascensi (L.), *Du principe de la contradiction, op. cit.* L'auteur met en exergue la fondamentale du principe de la contradiction, et par là-même, défend son application à l'ensemble des procédures, dont les modes alternatifs de règlements des conflits. *Adde* pour un plaidoyer en faveur de l'application des garanties du procès équitable. Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 224, n°53 et suiv. ; Guinchard (S.), *et alii, Droit processuel, droits fondamentaux du procès, op. cit.*, p. 1389 n°594 et suiv. *Contra* Jarosson (Ch.), « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », *R.G.D.P.* 1999, p. 764 ; Pollet (D.), « Principe de la contradiction et médiation », *Gaz.pal.* 2-3 juin 1999, p. 3 ; Timsit (J.), « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz. Pal.* 14-15 sept. 2001, p. 53.

⁹⁴⁸ Desdevises (Y.), « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ? », *D.* 2000, p. 284.

effet, si les parties n'ont pas la possibilité de venir remettre en cause leur transaction par le mécanisme des voies de recours juridictionnelles, elles doivent pouvoir le faire dans le cadre des actions contractuelles. Le juge ne doit intervenir que lors des problèmes d'exécution du contrat. Il doit être le juge des litiges nés à l'occasion du contrat, mais non le juge du litige qui a été réglé par le contrat.

Conclusion du Chapitre 1

353. Les développements qui précèdent tendaient à la mise en perspective des relations qu'entretiennent l'office des parties et du juge. Le premier temps du raisonnement a consisté à étudier les relations qu'entretiennent le principe dispositif et le principe de neutralité. Ce dernier, consacré par l'article 5 du Code de procédure civile, est le corollaire du principe dispositif. Parce que l'office des parties est de délimiter le litige par l'émission des demandes, le juge ne peut statuer en dehors des demandes des parties. L'article 5 du Code de procédure civile est une des modalités de réalisation de la fonction juridictionnelle. Le juge ne peut trancher le litige qu'en étant neutre. Mais surtout, il nous est apparu que, si le principe de neutralité interdit au juge de statuer en dehors du litige tel qu'il est délimité par les parties, il commande au juge de statuer sur tout ce qui lui est demandé. Cette obligation tend à protéger l'unité du litige, principe qui de la même manière qu'il vient encadrer l'office des parties, vient encadrer l'office du juge. Il vient justifier la possibilité pour le juge de statuer sur les demandes implicites et les demandes indivisibles. De la même manière que pour l'office des parties, l'unité du litige interdit néanmoins au juge de dénaturer le litige, de juger un litige que les parties ne lui auraient pas apporté, la Cour de cassation étant la gardienne de l'unité du litige par le biais du contrôle de dénaturation des écritures des parties. La mise en perspective de la place de la neutralité du juge devait conduire logiquement à s'intéresser à la question de la collaboration du juge et des parties dans le cadre du procès. Sur ce point nous avons vu que tant la possibilité pour le juge de statuer sur des faits adventices que celle d'ordonner des mesures d'instruction ne remettaient pas en cause le principe dispositif, dans la mesure où, dans ces hypothèses, le juge agit au regard des moyens et des preuves, et non au regard des prétentions. En outre, nous avons pu constater que, parce qu'il est de l'office du juge de faire respecter la contradiction, celui-ci participe à l'équilibre de la maîtrise entre les parties. La collaboration, tant au regard de la conduite de l'instance qu'au stade de la contradiction, ne remet pas en cause le principe dispositif. La finalité du principe dispositif réside dans l'obtention d'une norme juridictionnelle. *Donne-moi le fait juridique, je te donnerai la norme juridique.*

354. Le second temps du raisonnement avait vocation à confirmer les liens qu'entretiennent l'office des parties et celui du juge en vertu du principe dispositif par l'étude de leur limite commune, qui réside dans l'absence de litige. Lorsque les parties n'apportent pas de litige au juge, non seulement le principe dispositif n'a pas vocation à s'appliquer, mais le juge n'exerce pas la fonction juridictionnelle non plus. Il en est ainsi lorsque les parties apportent au juge non pas un fait juridique mais un acte juridique qu'elles ont créé. Dans cette hypothèse, la fonction juridictionnelle laisse la place à la fonction d'homologateur du juge, et le principe dispositif est exclu. Il en est ainsi dans deux hypothèses : dans le cadre de la matière gracieuse et dans le cadre du contrat judiciaire. Tandis que, dans le premier cas, les parties apportent au juge un acte juridique qui porte sur les droits indisponibles, dans le second cas, elles présentent au juge un acte juridique qui porte sur les droits disponibles. *A priori étrangers l'un*

à l'autre, ces actes se réunissent autour de la technique de l'homologation qui ne confère ni à l'un ni à l'autre un caractère juridictionnel. Tous deux sont des actes qui ne font pas appel aux pouvoirs du juge détenus en raison de la *jurisdictio* mais bien en raison de *l'imperium* et qui justifient donc qu'ils puissent être exécutés par d'autres organes que le juge. Dans ces hypothèses, le juge ne fait qu'apprécier la légalité de la norme juridique qui lui est soumise, il ne crée pas de norme juridique.

355. Le renouvellement de l'analyse du principe dispositif a permis de porter un regard nouveau sur les relations qu'entretiennent l'office des parties et celui du juge en vertu du principe dispositif. Alors que, de manière traditionnelle, on considère que le principe dispositif signifie que les parties apportent les faits et que le juge dit le droit, nous avons proposé une nouvelle lecture de cette maxime autour de la fonction juridictionnelle. Lorsque les parties remplissent leur office en vertu du principe dispositif, le juge tranche le litige. *Donne-moi un litige, je trancherai un litige*, tel est à notre sens la lecture qu'impose le droit positif du principe dispositif. Plus précisément, lorsque les parties délimitent leur litige, elles attendent que le juge tranche le litige en motivant dans le jugement, ce qu'il nous appartient de voir à présent.

Chapitre 2 - Trancher un litige en motivant dans le jugement

356. L'alinéa 1^{er} de l'article 12 du Code de procédure civile est clair : « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit applicable* ». De cet alinéa, la majorité des auteurs s'accorde pour dégager le critère de la fonction juridictionnelle : dire le droit entendu comme appliquer la règle de droit au fait pour pouvoir rendre la décision. La fonction juridictionnelle se définirait donc par la réalisation du syllogisme permettant la réalisation de la règle de droit. Tel est l'enseignement de la thèse de Motulsky. L'essentiel de la pensée de l'élève de Roubier reposait sur l'idée que le juge, par la méthode du syncrétisme juridique, doit dans un premier temps rechercher la règle de droit, puis vérifier que les faits correspondent au présupposé de la règle pour que l'effet juridique de la règle de droit puisse se réaliser⁹⁴⁹. Prenons un exemple. Des époux demandent le divorce parce qu'ils ne vivent plus ensemble depuis quinze ans. Le juge recherche la règle de droit applicable, puis il va rechercher l'article 238 du Code civil qui prévoit le prononcé du divorce pour altération du lien conjugal. Si la confrontation entre les faits et la règle de droit correspond, alors le juge va faire jouer l'effet juridique de la règle, il va prononcer le divorce. Tandis que le présupposé de la règle serait les faits, l'effet juridique serait la règle de droit. La réalisation du syllogisme n'est pas caractéristique de la fonction juridictionnelle mais d'une garantie de la fonction juridictionnelle : la motivation. En effet, le juge lorsqu'il applique la règle de droit au fait ne fait que motiver la norme juridictionnelle qu'il va édicter dans le jugement.

357. Si de manière traditionnelle, la motivation était le fait du juge, l'évolution du droit positif amène à une autre conclusion. La norme juridictionnelle ne sera plus objectivement motivée mais subjectivement motivée. Si l'on préfère le juge n'a plus le choix de la motivation, il doit prendre en compte les volontés des parties. En effet, l'augmentation des charges processuelles dans le cadre du procès est la marque de la consécration du raisonnement syllogistique par les parties. Ces dernières, nous l'avons vu, doivent présenter des écritures qualificatives qui s'apparentent à de véritables propositions de règlement juridictionnel du litige⁹⁵⁰. L'office du juge n'est donc pas en premier lieu de construire le syllogisme, mais de *vérifier* le syllogisme construit par les parties et de choisir entre les deux syllogismes. En effet, en décidant que le juge doit requalifier les faits mais n'a pas l'obligation de changer le fondement juridique de la demande par la jurisprudence de 2007, la Cour de cassation n'a pas privé les juges de l'obligation de statuer en droit. C'est donc bien d'un changement de méthode qu'il s'agit. Le juge ne raisonne plus par syllogisme en observant les faits, en recherchant la règle de droit applicable et en appliquant le droit au fait, le juge choisit entre les syllogismes construits par les parties. La nouvelle méthode du juge est symptomatique de la prise en compte des volontés individuelles dans la qualification de la demande, mais ne remet pas en cause le principe dispositif. Lorsque les parties délimitent leur litige en vertu du principe dispositif, elles ne tendent pas à ce que le juge applique le droit aux

⁹⁴⁹ Motulsky (H.), *Principes de réalisation méthodique en droit privé*, op. cit.

⁹⁵⁰ V. *supra* n°99 à 102.

faits, elles tendent à ce que le juge contrôle la qualification juridique de la demande dans le jugement portant sur le principal. En effet, les parties n'attendent pas n'importe quel jugement, elles attendent que le juge statue non pas sur le déroulement de la procédure mais sur le fond, sur le litige. Aussi, il nous appartient de voir que la finalité du principe dispositif est que le juge contrôle la qualification juridique de la demande (**Section I**) et qu'il rende un jugement portant sur le principal (**Section II**).

Section 1 - La finalité du principe dispositif, le contrôle de la qualification juridique de la demande

358. La méthode de la fonction juridictionnelle n'est pas d'appliquer la règle de droit aux faits, mais de vérifier que l'application de la règle de droit aux faits par les parties dans leurs conclusions est conforme au droit. Autrement dit, la méthode de la fonction juridictionnelle n'est plus de réaliser le syllogisme juridique. Le juge, lorsqu'il tranche le litige, ne fait qu'effectuer un contrôle des qualifications juridiques, plus précisément il effectue un contrôle de légalité des qualifications juridiques proposées par les parties (§1). Il convient même de relever que ce contrôle de légalité est dépendant de la volonté des parties (§2).

§ 1. Le contrôle de l'application du droit aux faits, un contrôle de la légalité des qualifications juridiques proposées par les parties

359. La méthode de la fonction juridictionnelle consiste désormais, pour le juge, non pas à procéder lui-même à la réalisation du syllogisme, mais à vérifier le syllogisme construit par les parties dans le cadre de leurs écritures. Cette transformation méthodologique s'explique en premier lieu par des considérations pragmatiques. Le juge n'a plus le temps de procéder lui-même au syncrétisme, il doit compter sur la collaboration des parties pour l'édition du jugement. De manière plus théorique, on peut voir dans ce changement une application logique du principe dispositif. En effet, le litige est un fait juridique. Dès lors, la maîtrise par les parties du litige impose que les parties aient la maîtrise des effets juridiques. Or, les effets juridiques inhérents au fait dépendent de la qualification apportée par les parties, qualification qui n'est autre que la motivation de la prétention et qui est le produit du raisonnement syllogistique. Le contrôle de la légalité des qualifications juridiques se révèle donc être commandé par le principe dispositif (**A**) et doit, en outre, se faire dans le respect du principe dispositif (**B**).

A. Un contrôle de légalité commandé par le principe dispositif

360. En vertu de l'article 12 du Code de procédure civile, le juge « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ». Pour une partie de la doctrine, lorsque le juge requalifie les faits, il change corrélativement le fondement juridique de la demande, il relève donc un moyen de droit. Le changement de fondement juridique et la requalification relèveraient d'une

seule et même opération. « *Toute opération de requalification implique le relevé d'office d'un moyen de droit : requalifier c'est substituer à une règle de droit invoquée par les parties une autre règle de droit, donc relever d'office un moyen de droit. La première opération n'a de sens que parce qu'elle est le prélude à la seconde.* »⁹⁵¹. Prenons l'exemple du changement de qualification de l'action en responsabilité⁹⁵². En considérant que la faute n'est pas délictuelle mais contractuelle, l'action sera fondée non plus sur l'article 1382, mais sur l'article 1147 du Code civil. Pour ces auteurs également, lorsque le juge relève un moyen de droit il peut s'appuyer sur les faits qui n'ont pas été spécialement invoqués par les parties, on dira alors qu'il relève un moyen mélangé de fait et de droit. A l'inverse, lorsqu'il relève un moyen de pur droit, il relève un moyen de droit en s'appuyant uniquement sur les faits qui ont été apportés par les parties⁹⁵³. Si l'expression « *moyen de pur droit* » a disparu suite à l'annulation par le Conseil d'Etat, pour des raisons liées au respect du principe du contradictoire, de l'alinéa 3 de l'article 12 du Code de procédure civile⁹⁵⁴, elle garde cependant tout son intérêt. Lorsque le juge relève un moyen de pur droit, on considère qu'il relève un moyen « *qui ne trouve son assise dans aucun fait qui ne serait déjà établi ou qui devrait être apprécié de façon nouvelle* »⁹⁵⁵. Autrement dit, il s'appuie sur les faits qui ont été allégués par les parties mais dont ces dernières n'ont pas su tirer toutes les conclusions. Cette approche de la méthode de la fonction juridictionnelle repose donc sur une unité de procédé, le relevé d'un moyen de droit et une dualité d'objet, les moyens mélangés de fait et de droit et le moyen de pur droit.

361. Le relevé d'un moyen de droit ne saurait se résumer à la qualification des faits. Ainsi que l'a souligné Mme Weiller, « *s'il est vrai que la requalification des faits conduit nécessairement le juge à relever un moyen de droit nouveau, l'inverse n'est pas vrai : le relevé d'office d'un moyen de droit, c'est-à-dire « l'application spontanée au litige de règles de droit autres que celles dont les parties sollicitaient le profit » ne tient pas nécessairement à une requalification de l'espèce* »⁹⁵⁶. Par exemple, le relevé de l'autorité de la chose jugée, la prescription sont des hypothèses dans lesquelles le juge relève d'office un moyen de droit mais ne se prononce pas sur la qualification des faits. Il convient donc de distinguer la requalification et le fondement juridique de la demande. Requalifier un fait, c'est dire qu'une voiture est un meuble, c'est dire que la situation du couple non marié ou non pacsé est un concubinage, ce n'est pas dire quel est le fondement juridique de la demande. Le choix du fondement juridique n'interviendra qu'en fonction de la qualification des faits. Ce sont donc deux opérations complémentaires qui ont deux objets différents.

⁹⁵¹ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 420 n°521.

⁹⁵² Raschel (L.), *Le droit processuel de la responsabilité civile*, préf. Cadiet (L.), *I.R.J.S.* p. 207, n°295 et suiv.

⁹⁵³ Sur cette distinction, v. Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 427, n°531.

⁹⁵⁴ CE, 12 oct. 1979, *Rassemblement des avocats de France*, concl. Franc, note Boré, *JCP G*, II, 1980, 9288 ; note Bénabent, *D.* 1979, p. 606 ; note Julien, *Gaz. Pal.* 1980, I, p. 6 ; Normand, *R.T.D.civ.* 1980, p. 145.

⁹⁵⁵ Normand (J.), Bléry (C.) « Principes directeurs du procès », *op.cit.*, n°69.

⁹⁵⁶ Weiller (L.), *JCP G*, 2008, II, 10006.

362. En effet, la Cour de cassation, au visa de l'article 12 du Code de procédure civile, considère traditionnellement que le devoir de requalifier les faits ne concerne que les faits invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions⁹⁵⁷. Le devoir de requalification ne concerne donc que les faits allégués. Lorsque le juge requalifie, il relève par conséquent un moyen de pur droit. A l'inverse, lorsque le juge change le fondement juridique de la demande, il relève nécessairement un moyen mélangé de fait et de droit. Cette distinction permet de mieux comprendre la jurisprudence de 2007. L'Assemblée plénière est venue préciser que « *si parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau Code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer le fondement juridique de leurs demandes* »⁹⁵⁸. Dans le communiqué de la Cour de cassation, on peut lire que « *cette décision se situe dans le sillage d'une évolution marquée par le décret du 28 décembre 1998 et un précédent arrêt rendu par l'assemblée plénière le 7 juillet 2006, qui, dessinant le rôle respectif des parties et du juge dans le procès civil, repose sur l'idée que si le juge doit jouer un rôle actif dans le déroulement du procès, il n'a pas à remplir tous les rôles, et qu'il revient aux parties elles-mêmes, représentées par des conseils professionnels, d'invoquer tous les moyens susceptibles de fonder leurs prétentions* »⁹⁵⁹. Cette jurisprudence est donc venue poser la distinction entre le fondement juridique et la requalification qui n'est peut-être pas aussi artificielle qu'on aurait pu le penser car, par cette décision, la Cour de cassation a consacré l'obligation pour les juges du fond de relever les moyens de pur droit et la simple faculté de relever les moyens mélangés de fait et de droit. C'est donc l'étendue des pouvoirs du juge concernant les différents moyens que la Cour de cassation est venue préciser.

363. L'Assemblée plénière par l'arrêt de 2007 a enfin mis un terme à la « *jurisprudence erratique* »⁹⁶⁰ ainsi qu'aux controverses doctrinales⁹⁶¹. Les critiques n'ont pas manqué : Il

⁹⁵⁷ La solution est classique, v. par exemple. Civ. 1^o. 16 févr. 1988, *Bull.civ. I*, n°38 (« *Celui qui n'avait prétendu ni qu'il avait eu la volonté de s'associer avec l'adversaire, ni qu'il avait eu l'intention de participer aux bénéfices n'est pas fondé à reprocher au juge du fond de n'avoir pas recherché d'office si les conditions d'une société de fait se trouvaient réunies en l'espèce* ») ; Civ. 1^o. 28 juin 1988, *Bull.civ. I*, n°210, *D.* 1988, *IR*, p. 25, *JCP G* 1988, IV, 317, obs. Normand (J.), *R.T.D.civ.* 1988, p. 809.

⁹⁵⁸ Ass. Plén., 21 décembre 2007, *Bull.civ. Ass. Plén.*, n°10, rapport Loriferne, *Dr. et proc.*, n° 2 mars-avril 2008 ; ccl. De Gouttes, *Gaz. pal.*, 2008 n°19, p. 2 ; notes, Bénabent, *R.D.C.* n°2, 2008, p. 327 ; Cadiet, « *Droit judiciaire privé* », *JCP G* 2008, I, 138, p. 96 ; Deshayes (O.), « *L'office du juge à la recherche de sens* », *D.* 2008, p.1102 ; Gautier (P-Y.), « *La faculté pour le juge de soulever d'office un moyen de droit et la protection effective de l'acheteur* », *R.T.D.civ.* 2008, p. 317 ; Hocquet-Berg (S.), « *Vice caché ou défaut de conformité ?* », *Resp. civ. et ass.*, n°3, 2008, comm. 112 ; Leveneur, *Contrats. conc. consomm.* n°4, 2008, comm. 92 ; Malinvaud, *R.D.I.* 2008, p. 102 ; Perrot, *Procédures*, n°3, 2008, comm.71 ; Weiller, *JCP G* 2008, II, 10006.

⁹⁵⁹ Communiqué de la Cour de cassation, *Gaz. pal.* 2008, n°12, p.13.

⁹⁶⁰ Expression empruntée à Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 422, n°525 ; cf. cet ouvrage pour un rappel exhaustif de la controverse qui a opposé les différentes chambres de la Cour de cassation.

⁹⁶¹ Eudier (F.), « *La nature du pouvoir du juge de rectifier le fondement juridique de la demande* », *D.* 1996, p.247 ; Normand (J.), « *Les pouvoirs du juge quant au fondement des prétentions litigieuses* », *R.T.D.civ.* 1987, p. 390 ; « *Le relevé d'office des moyens touchant au droit substantiel. Obligation ou faculté ?* », *R.T.D.civ.* 1991, p. 152, « *Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la CESDH (art.6-1)* », *R.T.D.civ.* 1996, p. 689 ; « *Les apports respectifs du juge et des parties à la solution du litige, aujourd'hui et demain* », *R.T.D.civ.* 1998, p. 461 ; Martin (R.), « *Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier ?* », *D.* 1994, p. 308, « *L'article*

s'agit d'un « *coup de grâce pour l'adage « da mihi factum dabo tibi jus »* »⁹⁶² qui s'est transformé en « *da mihi factum, da mihi jus, iudicium dabo* »⁹⁶³, l'équilibre trouvé par le [nouveau] Code de procédure civile est réduit à néant⁹⁶⁴. L'obligation pour les parties d'alléguer le droit devait s'accompagner d'un renforcement de l'office du juge et non pas d'un « *adieu au juge providence* »⁹⁶⁵. Les rôles des acteurs du procès sont bouleversés et on peut lire qu' « *obliger ainsi le juge à rechercher tous les fondements juridiques possibles excèderait d'abord son office et ne correspondrait plus aux principes de l'action en justice, notamment au « principe dispositif », selon lequel ce sont les parties qui demeurent maîtresses de leur procès* »⁹⁶⁶. Selon ces auteurs, l'article 12 du Code de procédure civile serait devenu facultatif pour le juge⁹⁶⁷. Nous ne partageons pas ces critiques, tout au moins pensons-nous qu'elles doivent être relativisées. Expliquons-nous.

364. Nous rejoignons le Professeur Croze qui soulignait que « *de là à conclure que le juge civil n'est plus tenu de dire le droit, il n'y a qu'un pas, qu'il faut se garder de franchir trop vite, car un juge qui choisit entre des prétentions qualifiées n'en dit pas moins le droit aussi, mais de manière différente de celui qui qualifie lui-même les faits soumis à son jugement* »⁹⁶⁸. Le juge est toujours tenu de trancher le litige, il est donc toujours tenu par l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Mieux encore, il est toujours tenu de statuer en droit, il ne pourrait rendre une décision sans fondement juridique. Ce qui a changé, c'est qu'il ne va plus forcément statuer au regard de la règle de droit qui selon lui correspond aux faits. En cela il jugerait « mal ». Pour autant, on sait, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, que l'erreur d'interprétation ou d'application dans la règle de droit ne porte pas atteinte à la fonction juridictionnelle⁹⁶⁹. Ce qui a donc changé depuis 2007, c'est que le juge doit statuer au regard de la règle de droit que les parties ont choisi de donner à leur litige, au regard des règles de droit qui sont présentes dans les écritures et qui ne l'obligent donc pas à changer le fondement juridique de la demande puisque les parties l'ont déjà choisi. Le droit sera toujours « dit », mais ce sera le droit que les parties ont choisi, celui qui est considéré comme subjectivement applicable au litige et non celui qui était objectivement applicable. Ce que les parties veulent le juge donnera, telle est à notre sens l'explication de la jurisprudence de 2007.

6-1 de la CESDH au contre l'article 12 du nouveau code de procédure civile », *D.* 1996 ; p. 20, « Le relevé d'office par le juge d'un moyen de droit. Une question mal posée », *D.* 2005, p. 1444.

⁹⁶² Bénabent (A.), *op. cit.*

⁹⁶³ Deshayes (O.), *op. cit.*

⁹⁶⁴ Dans ce sens, Bléry (C.), « Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès ? », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Héron, op. cit.*, p. 111, spéc. p. 123 ; Croze (H.), *Da mihi factum jusque*, Procédures 2006, repère 9.

⁹⁶⁵ Weiller (L.), *art. préc.*, p. 25.

⁹⁶⁶ De Gouttes (R.), *art. préc.*, D.1).

⁹⁶⁷ Perrot (R.), « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP G* 2008, I, 156, n°14.

⁹⁶⁸ Croze (H.), « Le juge doit-il dire le droit ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, op. cit.*, p. 225, spéc. p. 226.

⁹⁶⁹ Soc. 18 déc. 2007, *Bull.civ.* V, n°213, note Croze, *JCP G* 2008, II, 10030 ; obs. Amrani-Mekki, *JCP G* 2008, I, 138, note Lefort, *Dr. et proc.* 2008, p. 149 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2008, p. 158.

365. En consacrant la simple faculté pour le juge de relever le fondement juridique de la demande, la Cour de cassation vient entériner les transformations de la logique judiciaire. En effet, si l'on pouvait admettre il y a cinquante ans que le juge réalisait lui-même le syllogisme, cette méthode n'est certainement plus celle qu'il applique aujourd'hui. La détermination des prémisses du syllogisme appartient aux parties. Le juge n'a plus le temps de procéder au syncrétisme juridique, c'est aux parties de le faire, telles est la vocation des écritures qualificatives⁹⁷⁰. Et il semble que la logique soit la même pour les juges du fond et le juge de cassation. Le Professeur Croze écrivait à propos de la Cour de cassation que « *le juge de la légalité ne se demandera pas si la solution dégagée est la seule qui pouvait découler de la situation de fait préexistante, mais si elle est au nombre de celles qui pouvaient l'être. Autrement dit, dans le cas du contrôle portant sur une décision juridictionnelle, alors que les juges du fond sont censés partir des motifs pour en déduire le dispositif, le juge de cassation considère d'abord le dispositif et remonte ensuite aux motifs afin de vérifier s'ils sont de nature à la justifier : il ne s'agit pas de vérifier si les motifs entraînent le dispositif, mais bien si le dispositif suppose l'existence de motifs réunis en l'espèce* »⁹⁷¹. Telle est devenue la méthode de l'office du juge qui n'est autre, ainsi que l'a mis en évidence le Professeur Cadiet, que le symptôme du développement de l'équité dans l'office du juge civil⁹⁷². Concernant les juges du fond dans le cadre de la procédure ordinaire, ces derniers, lorsqu'ils sont saisis par des écritures qualificatives, procèdent à la même démarche. Ils partent du dispositif des écritures qui contient les prétentions des parties et remontent vers les motifs qui constituent la réponse aux moyens. La reconnaissance d'une simple faculté de changer le fondement juridique de la demande ne leur impose pas de chercher les autres règles de droit applicables mais simplement de s'assurer que la motivation est conforme aux prétentions ainsi qu'à la loi⁹⁷³.

366. Le juge n'a pas à contrôler l'opportunité du fondement juridique proposé par les parties. Une question se pose alors : le juge doit-il toujours donner aux parties ce qu'elles désirent ? Oui, si l'on suit la jurisprudence la Cour de cassation. Mais sous réserve de la légalité devrait-on préciser. En effet, en maintenant la possibilité pour le juge de requalifier les faits, c'est l'obligation de ne pas trancher le litige au regard d'une motivation illégale qui a été consacrée. La légalité de la motivation apparaît alors comme une garantie de la légalité de la norme juridictionnelle, légalité qui, parfois, ne pourra être acquise que par la création de la norme jurisprudentielle. On sait que deux niveaux de normativité peuvent se dégager dans le cadre du jugement, ce dernier étant constitutif d'une norme individuelle et pouvant donner naissance à la création d'une norme à portée générale⁹⁷⁴. Expliquons-nous. L'acte

⁹⁷⁰ V. *supra* n°99 à 102.

⁹⁷¹ Croze (H.), *Recherche sur la qualification en droit processuel*, op. cit., p. 244, n°244.

⁹⁷² Cadiet (L.), *L'équité dans l'office du juge civil*, *Justices* 1998, p. 97.

⁹⁷³ Cette hypothèse n'est évidemment valable que lorsque les parties présentent au juge des écritures qualificatives et récapitulatives ce qui met en évidence que la disparité dans la rédaction des écritures et plus largement des moyens entraîne des variations dans la méthode de la fonction juridictionnelle.

⁹⁷⁴ Sur ces deux aspects de l'office du juge. V. Malpel-Bouyjou (C.), *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, thèse dact., Pau, 2012, p. 14, n°11 et suiv. Zénati-Castaing (F.), « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007, p. 1553.

juridictionnel qui met fin au litige contient une norme individuelle, une norme qui a vocation à régir le comportement des parties au litige et uniquement le comportement de ces dernières. Mais parfois dans le cadre du contrôle de la qualification juridique – autrement dit dans le cadre du contrôle de la motivation de la norme juridictionnelle –, le juge pourra être amené à créer une norme à portée non plus individuelle mais générale, la norme jurisprudentielle, norme qui aura alors force de loi.

367. La prise en compte des volontés individuelles ne doit donc se faire que dans le cadre de la légalité, exigence de légalité qui justifie donc que le juge doive, parfois, d'office relever les moyens de pur droit. Et peut-être peut-on alors penser, puisque l'expression « moyen de pur droit » n'existe plus, que le moyen d'ordre public retrouve une place dans le paysage juridique. Ce moyen que l'on croit disparu est peut-être amené à jouer un nouveau rôle sur la scène procédurale⁹⁷⁵. L'utilisation par les juridictions administratives du moyen d'ordre public est donc la marque non seulement de l'existence de la notion, mais également de son utilité⁹⁷⁶. Ses manifestations dans le contentieux civil font ainsi penser qu'il existe certainement une notion unitaire de moyen d'ordre public transcendant les différences de contentieux. N'oublions pas que le moyen de pur droit n'est qu'un moyen d'ordre public⁹⁷⁷, et que ce qu'a consacré la Cour de cassation est bien l'obligation de relever les moyens d'ordre public.

368. Mais alors, de quel moyen d'ordre public parle-t-on ? Que recouvre ce « *noyau irréductible, le bastion le plus important, la dernière ligne de défense insurmontable pour la réalisation de l'ordre juridique* »⁹⁷⁸ ? Difficile à définir, cette « *notion aux cent visages* »⁹⁷⁹ est avant tout fonctionnelle⁹⁸⁰, elle se laisse appréhender par ses effets. On a pu écrire que l'ordre public qui affecte aujourd'hui le procès civil n'est plus « *l'ordre public politique* » mais bien « *l'ordre public économique* »⁹⁸¹. La justice est aujourd'hui appréhendée non plus comme le règlement d'intérêts privés, mais comme un service public à part entière. Ainsi qu'il a justement été noté, « *la fonction directive de l'ordre public étatique a nettement diminué, (...) en même temps sa fonction protectrice s'est développée* »⁹⁸². Cet ordre public perturbateur est constitué non seulement par l'ordre public procédural, mais également par l'ordre public substantiel ; ou, pour reprendre une distinction proposée en doctrine, par

⁹⁷⁵ Dornser-Dolivet (A.), Bonneau (T.), « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.* 1986, p. 59.

⁹⁷⁶ Le moyen d'ordre public en contentieux administratif est utilisé pour délimiter les prérogatives du juge. Pour une liste des moyens d'ordre public, Chapus (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Lextenso éd., 13^e éd., 2008, p. 819, n°932.

⁹⁷⁷ Dornser-Dolivet (A.), Bonneau (T.), « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *art. préc.*,

⁹⁷⁸ Kerameus (K.), « Rapport général. L'ordre public dans le procès », in *L'ordre public*, Journées libanaises, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIX, éd., L.D.G.J, 1998, p. 859, spéc. p. 878.

⁹⁷⁹ Vincent (J.), « La procédure civile et l'ordre public », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, T.II., Dalloz Sirey, 1961, p. 303, spéc. p. 304, n°2.

⁹⁸⁰ Héron (J.), « Rapport français. L'ordre public dans le procès », in *L'ordre public*, *op. cit.*, p. 941.

⁹⁸¹ Sur cette distinction v. Carbonnier (J.), *Droit civil. Les biens, les obligations*, vol. II, PUF, coll. Quadrige manuels, 2004, p. 2038, n°985. Tandis que le premier concerne principalement l'Etat, la famille et l'individu, le second se caractérise par l'interventionnisme de l'Etat.

⁹⁸² Hauser (J.), Lemouland (J.-J.), « Ordre public et bonnes mœurs », *Rep.civ. Dalloz*, 2004, n°26.

« l'ordre public processuel dépendant du fond du droit » et « l'ordre public purement processuel »⁹⁸³. Pour notre part nous pensons que le moyen d'ordre public est le moyen qui tend à préserver la légalité dans la mesure où la contrariété à l'ordre public n'est autre que la contrariété à la loi. Mais il ne nous appartient pas de nous étendre sur ce thème, notre démonstration n'avait vocation qu'à mettre en évidence la prise en compte des volontés dans le cadre des qualifications en droit processuel.

369. Le juge est donc toujours tenu de statuer conformément au droit applicable, mais il statuera conformément au droit choisi par les parties, si l'on préfère il statuera conformément à la motivation proposée par les parties et ce dans le respect de la légalité. En outre, quand il requalifiera parce que la légalité est concernée il devra le faire dans le respect des prétentions des parties, conformément à la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation.

B. Un contrôle de légalité devant s'opérer dans le respect du principe dispositif

370. L'article 12 du Code de procédure civile impose au juge de statuer conformément aux règles de droit applicables au litige. Par droit applicable, il faut entendre non pas le droit que le juge considère comme objectivement applicable au litige, mais le droit qui est applicable en France. Le juge doit donc vérifier la légalité des qualifications au regard du droit national. Il peut confronter les faits à la loi, il peut les confronter aux principes généraux ou encore à la coutume. Ce qui compte donc c'est que le juge confronte les faits à une norme juridique. A ce titre, on relèvera que ne constitue pas une règle de droit pour la Cour de cassation une circulaire car elle est dépourvue de toute valeur normative ; les juges ne peuvent se fonder sur des circulaires administratives pour trancher le litige⁹⁸⁴. A l'inverse, constitue une norme juridique la convention collective. En effet, les conventions contiennent la règle de droit applicable au litige, le juge doit donc en connaître la teneur pour pouvoir trancher le litige⁹⁸⁵.

371. L'obligation pour le juge de statuer conformément aux règles de droit applicables doit s'entendre comme l'obligation pour le juge de statuer conformément au droit interne, que celui-ci émane des autorités nationales ou supra-nationales. Les juges devront ainsi écarter les règles de droit nationales qui ne sont pas conformes au droit supra-national. Les juges de l'ordre judiciaire sont en effet compétents pour apprécier la conventionnalité des lois⁹⁸⁶. En effet, par les arrêts *Nicolo*⁹⁸⁷ et *Jacques Vabre*⁹⁸⁸, le Conseil d'Etat puis la Cour de cassation ont reconnu respectivement le pouvoir aux juridictions de l'ordre administratif et judiciaire pour contrôler la conformité des dispositions nationales aux traités supra-nationaux dont la

⁹⁸³ *Ibid.*

⁹⁸⁴ Civ. 2^e. 11 juin 2009, obs. Perrot, *Procédures* 2009, comm. 300.

⁹⁸⁵ Soc. 5 mai 2009, obs. Perrot, *Procédures* 2009, comm. 227.

⁹⁸⁶ Le contrôle de conventionnalité des lois ne doit pas être confondu avec le contrôle de constitutionnalité des lois que les juridictions de l'ordre judiciaire et administratif se refusent à réaliser.

⁹⁸⁷ CE 20 oct. 1989, *Nicolo*, Rec. 190, concl. Frydman ; *GAJA* 2013, n°90.

⁹⁸⁸ Ch. Mixte 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, concl. Touffait, *D.* 1975, p. 561 ; concl. et note R.C., *Gaz. Pal.* 1975, 2, p. 470 ; note Boulouis, *AJ* 1975, p. 567, note Ruzié, *JDI* 1975, p. 802 ; note Foyer, *Holleaux, Rev. crit. DIP* 1976, p. 347 ; obs. Rousseau *RGDIP* 1976, p. 690.

Convention européenne des droits de l'homme. C'est pourquoi les juges ne manquent pas d'utiliser les textes internationaux au soutien de leurs décisions : en matière de procédure civile, l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme est ainsi largement utilisé par les juges du fond. Pour reprendre les termes du Professeur Guinchard, la Convention est devenue un « *instrument de pouvoir du juge national* »⁹⁸⁹.

372. En outre, le principe de primauté du droit communautaire, ou devrait-on dire du droit de l'Union, celui de la Grande Europe⁹⁹⁰, conduit également à écarter les dispositions nationales qui sont contraires à ce droit. La Cour de justice l'a expressément jugé, tout juge doit relever d'office le moyen tiré du droit communautaire⁹⁹¹, le juge ne doit pas hésiter à utiliser la technique du renvoi préjudiciel lorsqu'il a un doute sur la portée du droit européen. La Cour de justice a précisé que le juge avait toujours la possibilité de relever le moyen tiré de la conformité du droit national avec le droit européen⁹⁹². Une nuance doit cependant être apportée à la primauté du droit européen sur le droit national. La Cour de justice est venue préciser dans son arrêt *Van Schijndel* que le juge ne devait pas relever le moyen de droit tiré du droit communautaire si le relevé d'office de ce moyen avait pour conséquence de faire renoncer le juge à la passivité qui lui incombe⁹⁹³. Dans cette décision, la Cour de justice apporte donc une limite à la primauté du droit communautaire sur le droit national et cette limite réside en l'espèce dans le respect du principe dispositif et plus largement dans le principe de l'autonomie procédurale des Etats membres. L'application d'office du droit communautaire ne doit être réalisée que si elle ne tend pas à la modification des prétentions des parties⁹⁹⁴. Il en va de même au regard du droit national.

373. En décidant que le juge avait l'obligation de requalifier les faits mais n'avait pas l'obligation de changer le fondement juridique de la demande, la Cour de cassation n'est pas venue remettre en cause le principe dispositif. En effet, même lorsque le juge requalifie, il doit respecter les prétentions des parties. Motulsky a fortement défendu cette idée concernant le relevé des moyens de droit. « *Si, dans une hypothèse de ce genre, le juge estime que la règle proposée n'est pas applicable et qu'il envisage d'en faire jouer une autre, il ne peut le faire que sur la base des faits invoqués comme constituant la cause de la demande* »⁹⁹⁵. Nous préférons dire que le juge est tenu par les prétentions des parties et doit relever le moyen de

⁹⁸⁹ Guinchard (S.), « Convention européenne des droits de l'homme et procédure civile », *Rep. proc. civ. Dalloz*, 2012, n°132.

⁹⁹⁰ Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne qui a remplacé le projet de Constitution européenne, le 1^{er} décembre 2009, l'expression « droit de l'union européenne » s'est substituée à celle de droit communautaire en raison de la suppression des piliers instaurés par le traité de Maastricht. On notera également que, depuis l'entrée en vigueur du traité, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, cette dernière possède désormais une réelle force normative.

⁹⁹¹ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, *Gaz. Pal.* 1979, p. 145; CJCE 19 juin 1990, *Factortame*, note Fourgoux, *D.* 1990, p. 547.

⁹⁹² CJCE, 11 juill. *Verholen*, *Rec. CJCE*, I, p. 3757.

⁹⁹³ CJCE, 14 déc. 1995, *Van schijndel*, *Rec. CJCE*, I, p. 4705.

⁹⁹⁴ Delicostopoulos (I.), *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, préf. Guinchard (S.), L.G.D.J. p. 248, n° 305 et suiv.

⁹⁹⁵ Motulsky (H.), « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *art. préc.*, p. 50, n°19

droit dans le respect de l'unité du litige. Le relevé d'un moyen d'ordre public ne doit jamais amener le juge à modifier les prétentions des parties mais il doit aider les parties à préciser leurs prétentions.

374. Lorsque le juge procède à la qualification ou à la requalification des faits, il agit pour rectifier l'erreur commise par les parties - en cas de requalification - ou pour pallier leur carence - en cas d'absence de qualification. Par exemple, dans l'hypothèse des loteries publicitaires, leur requalification n'entraîne pas d'altération de l'objet. L'avantage demandé par les parties réside dans la sanction du professionnel. Que la loterie publicitaire soit qualifiée de délit, de quasi-délit, ou encore d'acte juridique, toutes ces qualifications, malgré des régimes juridiques différents, tendent à la sanction du professionnel⁹⁹⁶. Dans cette hypothèse l'objet du litige n'est pas altéré, seule la motivation de la décision diffère. Cette farandole de « *qualifications opportunistes* »⁹⁹⁷ voit le jour lorsque le juge cherche à respecter les prétentions des parties. Le juge doit prendre en compte les volontés individuelles indépendamment des qualifications formulées par les parties pour pouvoir trancher les prétentions⁹⁹⁸ mais il ne doit pas pour autant renoncer à sa neutralité. L'opération de requalification ne doit donc pas conduire le juge à modifier les prétentions des parties.

375. C'est ainsi que la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt en date du 5 novembre 1973, qu'en requalifiant une action en bornage d'une action en revendication les juges du fond avaient restitué à la demande sa véritable qualification juridique, dans la mesure où les demandeurs avaient entendu en réalité exercer une action en revendication immobilière fondée sur leur titre et tendant à donner à chaque partie sa juste part de propriété⁹⁹⁹. De la même manière, la requalification d'une action paulienne en tierce opposition ne constitue pas une modification de l'objet du litige¹⁰⁰⁰. Bien que les fondements juridiques diffèrent, l'objet est toujours identique, il s'agit de voir constatée la fraude. La même logique justifie que la requalification d'une action en résolution en action en nullité pour violence morale ne constitue pas une violation de la neutralité dans la mesure où la requalification n'entraîne pas l'altération de l'avantage demandé par les parties qui est la remise en cause du contrat¹⁰⁰¹; seule la motivation caractérisée par l'opération de qualification diffère.

376. Cette analyse est confirmée par le fait que, lorsque le changement de fondement juridique modifie l'objet de la demande, la Cour de cassation sanctionne le défaut de neutralité et par là-même la violation du principe dispositif. Par exemple, dans une décision

⁹⁹⁶ Brun (Ph.), « Loteries publicitaires trompeuses, la foire aux qualifications pour une introuvable sanction », in *Liber amicorum Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 191.

⁹⁹⁷ Hauser (J.), « Les qualifications opportunistes ou la vengeance de la logique », in *Etudes offertes au Professeur Hubert Groutel*, LexisNexis, Litec, 2006, p. 155.

⁹⁹⁸ Terré (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. Le Balle (R.), L.G.D.J., 1957.

⁹⁹⁹ Civ. 3^e. 5 nov. 1973, *Gaz. Pal.* 1977, 1, somm. 19.

¹⁰⁰⁰ Civ. 2^e. 9 janv. 1991, *Bull.civ.* II, n°15, obs. Julien, *D.* 1992, p. 129.

¹⁰⁰¹ Com. 6 févr. 1978, *Bull.civ.* IV, n°49.

rendue le 29 octobre 2003, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel qui avait rejeté la demande en résolution de la vente pour non paiement de la partie payable au comptant pour appliquer le principe général du droit *fraus omnia corrumpit* et condamner l'acquéreur au montant du prix prétendument réglé par compensation. En l'espèce, le changement de fondement juridique opéré par les juges du fond avait modifié l'objet du litige. L'avantage réclamé par l'appelant était la résolution de la vente, l'anéantissement du contrat. Or, les juges n'ont pas statué sur cette question mais bien sur celle de la vente et du paiement. L'objet du litige n'ayant pas été respecté par les parties, la violation de la neutralité et du principe dispositif est constatée au visa des articles 4 et 5 du Code de procédure civile¹⁰⁰².

377. Une remarque s'impose : le prononcé d'office du divorce aux torts partagés prévus par l'article 245 alinéa 3 du Code civil ne constitue pas une atteinte au principe dispositif. Le juge ne peut prononcer ce divorce que dans le cadre d'une demande en divorce. L'objet du litige est donc la dissolution du lien matrimonial. La possibilité pour le juge de prononcer le divorce sur le fondement de l'article 245 du Code civil alors même que les époux avaient formé une demande de divorce pour faute ne constitue pas une hypothèse d'*extra petita*. En effet, dans ce cas, le juge ne fait qu'user de son pouvoir de requalification des faits qui lui permet de donner un autre fondement juridique à la demande des parties. La requalification permet au juge, au regard des faits de l'espèce, de ne pas retenir la faute exclusive d'un des époux mais bien la faute respective de chacun d'entre eux. Cette requalification a pour conséquence le relevé d'office d'un autre fondement juridique que celui invoqué par les parties dans leurs conclusions. Dans la mesure où le moyen ne fait pas la prétention, où la motivation ne se confond pas avec la fonction juridictionnelle, le changement de motifs par le juge ne constitue pas une atteinte au principe dispositif : le contrôle de qualification n'est qu'un contrôle sur la motivation des prétentions. A ce titre, le respect du contradictoire est impératif. Le juge respecte l'objet du litige dans la mesure où le lien matrimonial est dissous, dès lors le principe dispositif n'est pas violé.

378. Par conséquent, la méthode du juge consiste selon l'article 12 du Code de procédure civile non plus à réaliser le syllogisme mais à opérer un contrôle de légalité des qualifications juridiques – un contrôle de légalité de la motivation – au regard des règles de droit applicables en France que celles-ci soient nationales ou internationales. Le changement de méthode est à notre sens commandé par le principe dispositif qui consacre la maîtrise par ces dernières du fait juridique et donc des effets juridiques produits par l'événement. Elle est symptomatique de la prise en compte des volontés individuelles dans les qualifications juridiques. Ceci est confirmé par le fait que l'existence même d'un contrôle de légalité est dépendant de la volonté des parties.

¹⁰⁰² Civ. 3^e. 29 oct. 2003, *Bull.civ.* III, n°186, *JCP G* 2003, IV, 3008.

§ 2. Un contrôle de légalité des qualifications juridiques dépendant de la volonté des parties

379. Dans certains cas, le juge exerce une fonction juridictionnelle alors même qu'il est dispensé par les parties de procéder au contrôle de légalité de la motivation. C'est donc bien la méthode du règlement du litige qui diffère ce qui confirme que la réalisation du syllogisme par un tiers ne saurait être envisagée comme le critère de la fonction juridictionnelle. Il en va ainsi dans deux hypothèses respectivement prévues par les alinéas 3 et 4¹⁰⁰³ de l'article 12 du Code de procédure civile, hypothèses qui consacrent la possibilité pour les parties de lier le juge par un accord exprès ou par un accord d'amiable composition. Dans les deux cas, le juge rend un acte juridictionnel alors même qu'il ne peut contrôler la légalité des qualifications. Le point commun entre ces deux accords est de porter sur des droits disponibles. La libre disponibilité des droits est donc la condition *sine qua non* pour que les parties puissent demander au juge de ne pas vérifier la légalité des qualifications juridiques. Elle joue un rôle primordial certes dans le cadre de l'acte juridique, mais également dans le cadre du fait juridique où elle peut avoir une incidence sur l'étendue de la motivation. Le contrôle de légalité des qualifications juridiques est exclu tant dans le cadre de l'accord procédural (A) que dans le cadre de l'accord d'amiable composition (B).

A. L'exclusion du contrôle de légalité des qualifications juridiques en cas d'accord procédural

380. L'article 12 alinéa 3 du Code de procédure civile dispose que les parties peuvent, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, lier le juge sur les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. Certains ont avancé que cette faculté « *paraît être surtout une disposition, à la fois théorique et lénifiante, destinée à apaiser le vif mécontentement des nostalgiques de la procédure accusatoire, qui tenant que « le procès doit être et rester la chose des parties », se montraient fort hostiles à l'orientation nettement inquisitoire (...)* »¹⁰⁰⁴. Si les termes sont sans doute un peu forts, la véracité du raisonnement ne fait aucun doute. Ainsi que le soulignait le Professeur Miguet, « *il paraît donc de prime abord naturel de considérer le pouvoir des parties de lier le juge comme une simple application, pour ne pas dire une résurgence du principe dispositif* »¹⁰⁰⁵. En réalité, il ne s'agit pas d'une application classique du principe dispositif, mais d'une application extraordinaire du principe dispositif, en raison d'immixtion de la logique contractuelle qui permet aux parties d'être maîtresses non seulement des prétentions, mais également de leur motivation. Le principe dispositif s'applique car les parties formulent des prétentions mais la motivation des prétentions est insérée dans un accord, accord qui est une manifestation de la liberté contractuelle. Le juge reste saisi d'un litige, d'un fait juridique mais dont les contours

¹⁰⁰³ Lorieux (A.), « De la recherche préalable de l'accord à l'efficacité du procès civil », *Gaz. Pal.* 1996, 2, p. 1268

¹⁰⁰⁴ Com. 2 mai 1983, note Joly, *D.* 1985, p. 368, spéc. p. 370 *in fine*.

¹⁰⁰⁵ Miguet (J.), « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge sur les qualifications et points de droit », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 567, spéc. p. 568-569.

sont inscrits dans un acte juridique qui n'élude pas le litige. En cela, on peut y voir une application extraordinaire du principe dispositif.

381. Dans cette hypothèse, les parties sont totalement maîtresses des moyens et plus seulement des prétentions. Le juge ne peut relever aucun moyen de droit ni même requalifier¹⁰⁰⁶. Cette disposition donne raison aux partisans de la thèse selon laquelle la matière litigieuse peut s'entendre des faits juridiquement qualifiés¹⁰⁰⁷. Pour autant, il ne s'agit pas d'un contrat judiciaire. Les parties n'ont pas mis fin à leur litige, le juge est tenu de trancher litige apporté par les parties. Cet accord permet seulement aux parties d'échapper aux règles de droit en principe applicables sous réserve de la libre disponibilité. Il a pu être assimilé à une « *convention abdicative* », « *l'abdication ne porte pas sur tel ou tel point particulier mais sur la possibilité générale de modifier ou d'élargir le cadre du débat, sans nécessairement connaître à l'avance les moyens qui auraient permis de le faire* »¹⁰⁰⁸. Nous acquiesçons à l'analyse dans la mesure où les parties ne peuvent pas modifier unilatéralement l'accord, un second accord étant nécessaire pour modifier le premier¹⁰⁰⁹.

382. Si l'on constate que les parties ont une certaine emprise sur la qualification juridique, le juge reste tenu de dégager la norme juridictionnelle : il devra trancher le litige mais il ne le fera pas nécessairement conformément à la règle de droit applicable, il tranchera le litige au regard de la règle de droit choisie par les parties. Lorsqu'il statue sur un litige qui a donné lieu à un accord procédural, le juge rend pour autant un acte juridictionnel, il rend un jugement qui a autorité de chose jugée et qui peut être attaqué par les voies de recours traditionnelles. Le jugement rendu est un jugement constitutif. Le juge peut donc rendre un acte juridictionnel qui résulterait de l'application d'une « mauvaise » règle de droit aux faits si les parties en ont convenu ainsi. Il faut dès lors, parce que les enjeux sont importants en ce que cette technique prive le juge de sa méthode, que l'accord soit exprès. L'accord, s'il n'a pas besoin d'être écrit, doit cependant ne laisser aucun doute quant à la réelle volonté des parties. On notera à ce titre l'utilisation par la Cour de cassation de cet article en matière d'indemnisation du préjudice dans le cadre du divorce.

383. On sait que, dans le cadre d'un divorce et dans le cadre de la séparation de corps¹⁰¹⁰, l'époux victime peut demander la réparation de son préjudice sur deux fondements juridiques distincts, que sont l'article 1382 du Code civil et l'article 266 du même Code. Cette possibilité a été maintenue par la loi du 26 mai 2004 qui se voulait instaurer un divorce « *rapide et sans*

¹⁰⁰⁶ Les Professeurs Cadiet et Jeuland font référence à la « canalisation de l'office du juge », Cadiet (L.), Jeuland (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.* p. 436, n°550.

¹⁰⁰⁷ Hébraud (P.), *R.T.D.civ.*, 1955, p. 699 ; 1959, p. 775, 1967, p. 203 ; 1971, p. 193 ; Martin (R.), « A la recherche de la cause en procédure civile », *D.* 1988, chron. p.312 « Le fait et le droit », *art. préc.* ; Miguet, *Immutabilité et évolution du litige, op. cit.*, n°40 et suiv.

¹⁰⁰⁸ Miguet (J.), « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge sur les qualifications et points de droit », *in Mel. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 567, spéc. p. 572.

¹⁰⁰⁹ Civ.1^e. 26 mai 1999, *Bull.civ.* I, n°172, note Niboyet, *Gaz. Pal.*, 1-2 mars 2000, p. 39.

¹⁰¹⁰ Civ. 1^e. 9 déc. 2003, note Larribau-Terneyre, *Dr. fam.* 2004, comm.34.

douleur »¹⁰¹¹. Chacun de ces deux textes n'a pas vocation à réparer le même préjudice. Tandis que l'article 1382 du Code civil répare le préjudice lié au comportement de l'époux pendant le mariage, l'article 266 du Code civil répare le préjudice caractérisé par les conséquences matérielles ou morales d'une particulière gravité consécutives à la rupture du mariage¹⁰¹². Le premier n'est pas relatif à la dissolution du mariage, le second l'est. Les juges ne peuvent statuer que sur celui qui est invoqué par les parties, sous peine de violer le principe dispositif. Mais derrière la clarté des apparences se dissimule l'obscurité des champs d'application, car finalement il n'est pas hypothèse d'école qu'un même préjudice soit réparé sur le fondement de l'article 266 ou sur le fondement de l'article 1382, cela dépend de l'appréciation souveraine des juges du fond. Finalement ce n'est pas tant la teneur du préjudice qui est en jeu, c'est le fondement qui est invoqué par les parties, ce qu'elles souhaitent voir sanctionné. La Cour de cassation est attachée à la distinction et, même si l'on peut s'interroger sur l'opportunité du maintien de l'article 266 du Code civil en raison du champ d'application de l'article 270 du même Code relatif à la prestation compensatoire, il n'en reste pas moins que de *lege lata* cette distinction existe¹⁰¹³.

384. La Cour de cassation considère que viole l'article 4 du Code de procédure civile, l'arrêt qui alloue à l'épouse la somme de 8000 euros sur le fondement de l'article 266 du Code civil et celle de 2000 euros sur le fondement de l'article 1382 du même Code alors que l'épouse avait formé une demande de réparation à titre principal sur le fondement de l'article 266 du Code civil et à titre subsidiaire sur le fondement de l'article 1382 du même Code. La première chambre civile considère que les demandes sont alternatives et non cumulatives, et que dès lors les juges du fond avaient méconnu l'objet du litige¹⁰¹⁴. On le sait, les deux fondements ne sont « *interchangeables* »¹⁰¹⁵ ni par le juge ni par les parties. La demande fondée sur l'article 1382 et la demande fondée sur l'article 266 sont deux demandes distinctes qui ne tendent pas à l'obtention du même avantage. La solution est traditionnelle et est justifiée par le fait que si ces demandes puisent leurs sources dans le même fait juridique, elles sont caractéristiques de deux litiges distincts, les effets juridiques produits par l'un et par l'autre sont différents. La Cour de cassation n'hésite pas à se fonder sur l'article 4 du Code de procédure civile pour sanctionner les juges du fond qui prononcent la condamnation sur le texte non invoqué par les parties. Il ne s'agit pas d'un simple changement de moyen, mais d'un véritable changement de demande ce qui permet de mettre en évidence que, souvent, les prétentions ne se déduisent que des moyens.

385. Tandis que l'article 1382 est un mécanisme de responsabilité tendant à sanctionner la déloyauté de l'époux fautif, l'article 266 du Code civil tend à indemniser l'époux qui subit le

¹⁰¹¹ Lemouland (J.-J.), « *La loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce* », *D.* 2004, p. 1825.

¹⁰¹² Sur cette distinction, v. Civ. 2^e. 28 sept. 2000, note Lécuyer, *Dr. fam.* 2001, comm. 5.

¹⁰¹³ Civ. 1^e. 9 janv. 2007, comm. Larribau-Terneyre, *Dr. fam.* 2007, comm.37. V. L'auteur se demande si finalement la distinction entre les articles 266 et 1382 du Code civil n'est pas artificielle.

¹⁰¹⁴ Civ. 1^e. 19 déc. 2012, n°11.27-410, *Jurisdata* n°2012-030513, obs. Larribau-Terneyre, *Dr. fam.* 2013, comm. 28.

¹⁰¹⁵ Civ. 1^e. 9 janv. 2007, note Larribau-Terneyre, *Dr. fam.* 2007, comm. 37.

divorce indépendamment de la question de la faute, ce qui justifie donc que l'article 266 du Code civil puisse s'appliquer dans le cadre du divorce pour altération définitive du lien conjugal. Si, dans la première hypothèse, il faut imputer une faute à l'époux et prouver le lien de causalité entre la faute et le préjudice, il en va autrement dans la seconde¹⁰¹⁶. On ne cherche pas à imputer une faute à un époux, on cherche à indemniser l'époux qui va souffrir du préjudice. Ce qui compte, c'est la caractérisation des circonstances d'une particulière gravité découlant du mariage. Le dommage doit répondre aux caractéristiques prévues par la loi qui sont au nombre de deux : les circonstances d'une particulière gravité, et le fait qu'elles découlent de la dissolution du lien conjugal. On peut dès lors voir dans la responsabilité et dans l'indemnisation un critère de distinction des champs d'application des articles 266 et 1382 du Code civil.

386. Constitue ainsi un préjudice sur le fondement de l'article 1382 du Code civil le fait pour une épouse de faire interner abusivement son mari et d'entretenir une relation adultère¹⁰¹⁷ ou encore le fait pour l'épouse de priver son mari de voir ses enfants¹⁰¹⁸. A l'inverse, la Cour de cassation s'est prononcée pour la première fois sur le critère de l'article 266 du Code civil dans une décision du 1er juillet 2009. Elle a considéré que le fait pour les juges de retenir que l'époux, après 39 ans de mariage, avait quitté le domicile conjugal pour rechercher une nouvelle compagne et laissé sa compagne dans des conditions difficiles ne suffisait pas à caractériser les circonstances d'une particulière gravité justifiant l'application de l'article 266 du Code civil¹⁰¹⁹. La solution peut paraître sévère, elle est cependant révélatrice de la distinction de l'article 1382 du Code civil. S'il ne fait aucun doute que les circonstances rappelées par les juges du fond constituaient une faute qui pouvait entraîner un préjudice distinct de la dissolution du mariage, elles n'étaient pas suffisamment graves pour justifier l'application de l'article 266 du Code civil.

387. La première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que « *pour allouer la somme de 5 000 euros à titre de dommages-intérêts, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, à l'épouse qui sollicitait cette somme sur le fondement de l'article 266 du Code civil, il a été énoncé que le juge doit vérifier, même d'office, que les conditions d'application de la loi sont remplies et qu'en condamnant le mari au paiement de cette somme sur le fondement du seul texte applicable, le juge n'a introduit aucun élément ou moyen nouveau dans les débats. En statuant de la sorte, la cour d'appel, qui a modifié l'objet du litige dont elle était saisie, a violé l'article 4 du Code de procédure civile et l'article 12 alinéa 3 du Code de procédure civile* »¹⁰²⁰. La violation de l'article 4 du Code de procédure civile ne faisant aucun doute, les juges n'ont pas à relever d'office le moyen de droit tiré de l'article 1382 et de

¹⁰¹⁶ *Contra*. Civ. 2^e., 28 sept. 2000, note Lécuyer, *Dr. fam.* 2001, comm. 5.

¹⁰¹⁷ Civ. 1^e. 11 févr. 2009, obs. Gallmeister, *AJ. Fam.* 2009, p. 130 ; obs. Larribau-Terneyre, *Dr. fam.* 2009, comm. 25

¹⁰¹⁸ Civ. 1^e. 14 janv. 2009, obs. David, *AJ. Fam.* 2009, p. 259.

¹⁰¹⁹ Civ. 1^e. 1 juil. 2009, *Bull. civ.* I, n°145, note. Larribau-Terneyre, *Dr. Fam.* 2009, comm. 106 obs. David, *AJ. Fam.* 2009, p. 347 ; obs. Hauser, *R.T.D.civ.* 2009, p. 705.

¹⁰²⁰ Civ. 1^e. 6 mars 2013, n°12.12.338, 265 ; note Larribau-Terneyre, *Dr. Fam.* 2013, comm. 64.

266 du Code civil. En statuant sur un de ces fondements alors que les parties ne l'avaient pas invoqué, le juge modifie les prétentions et porte atteinte au principe dispositif. Cette motivation suffit et on comprend mal *a priori* pourquoi la Cour de cassation s'est attachée à relever également la violation de l'article 12 alinéa 3 du Code de procédure civile qui autorise les parties à lier le juge sur un fondement juridique. Il n'existait pas d'accord exprès en l'espèce sauf à voir ce dernier dans les conclusions concordantes, ce que la Cour de cassation s'est toujours refusée à faire jusqu'alors¹⁰²¹. La Cour de cassation alignerait alors le régime de l'accord exprès relatif à la loi nationale sur le régime de la loi étrangère¹⁰²². Pourquoi pas. Il faudrait néanmoins réserver la possibilité pour les parties, si elles le souhaitent, de demander au juge que cette question soit tranchée en appel au titre des prétentions présentant un lien suffisant avec la demande introductive d'instance. Cette jurisprudence s'inscrirait alors dans le mouvement de concentration des demandes en première instance qui tend à se mettre en place¹⁰²³.

388. Au regard des ces développements, il résulte donc qu'il est permis d'avoir une autre lecture de l'article 12 du Code de procédure civile que celle traditionnellement admise. L'obligation pour le juge de trancher le litige conformément aux règles de droit applicables ne doit pas être entendue au regard du droit positif comme le droit applicable aux faits mais bien comme le droit applicable en France. Le droit applicable aux faits ne sera pas nécessairement celui qui devait objectivement être appliqué, il tend même à devenir le droit choisi par les parties. La fonction juridictionnelle doit donc être distinguée de la méthode utilisée par le juge, symptomatique de son obligation de motivation. Un autre exemple est à ce titre révélateur, il s'agit de la possibilité pour le juge de trancher le litige au regard de l'équité lorsque les parties ont conclu un accord d'amiable composition.

B. L'exclusion du contrôle de légalité des qualifications juridiques en raison de l'accord d'amiable composition

389. L'article 12 alinéa 4 du Code de procédure civile dispose que « *le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer en amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas expressément renoncé* ». Inspirée par l'arbitrage¹⁰²⁴, l'amiable composition a vu le jour avec l'avènement du [nouveau] Code de procédure civile. Par cette convention, les parties élargissent l'office du juge en lui donnant la possibilité de statuer en équité, elles lui permettent d'être « *en état d'apesanteur juridique* »¹⁰²⁵. Un accord exprès est également indispensable et, si elles n'y ont pas renoncé, un appel est possible même si, dans cette hypothèse, le juge statuera comme

¹⁰²¹ Civ. 1^{er}. 20 déc. 1976, *Bull. civ. I*, n°417 ; Civ. 2^e. 14 sept. 2006, *Bull. civ. II*, n°217 ; obs. Julien, *D.* 2007, p. 1382 ; obs. Clay, *JCP G* 2007, I, 139, n°16 ; obs. Perrot, *Procédures*, 2006, comm. 229 ; Civ. 2^e. 2 juill. 2009, obs. Perrot, *Procédures* 2009, comm. 307.

¹⁰²² Civ. 1^{er}. 6 mai 1997, *Bull. civ. I*, n°140, note Fauvarque-Cosson, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 514.

¹⁰²³ V. *infra* n°402 à 407.

¹⁰²⁴ Cornu (G.), « Le juge-arbitre », *Rev. Arb.* 1980, n°2, p. 373.

¹⁰²⁵ Cadiet (L.), Jeuland (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 437, n°551.

amiable compositeur¹⁰²⁶, un pourvoi étant également envisageable sous réserve du respect de la contradiction¹⁰²⁷. L'accord d'amiable composition n'est pas un contrat judiciaire, car il ne constitue pas un accord sur le fond du litige. Il est un accord qui autorise le juge à statuer en équité et non pas en droit. Alors que la méthode du juge est normalement de résoudre le litige en disant le droit, en motivant en droit, dans cette hypothèse le juge va résoudre le litige en motivant en équité. Lorsque les parties décident d'user de l'amiable composition, elles permettent au juge de s'affranchir des règles de droit lorsque les circonstances le justifient.

390. L'amiable composition, « *cette sorte d'auberge espagnole où l'on trouve, d'ordinaire, ce que l'on veut bien y apporter* »¹⁰²⁸, ne permet pas de modifier, à l'instar de l'accord de l'alinéa 3, la nature de la matière litigieuse. Les parties ne sont pas maîtresses de la motivation, elles demandent au juge de ne pas statuer en droit. Nous rejoignons la doctrine qui considère que « *le principe dispositif, l'obligation pour l'arbitre de respecter l'objet du litige, de statuer sur tout ce qui est demandé, et seulement sur ce qui est demandé, ce sont, nous semble-t-il, des exigences de l'amiable composition, comme des exigences de l'arbitrage en droit : exigence de toute juridiction* »¹⁰²⁹. Lorsque le juge statue en amiable composition, il rend un véritable acte juridictionnel, et ce même s'il n'a pas dit le droit ; cela amène la doctrine, pourtant est favorable au critère de la constatation de la règle de droit aux faits comme élément de définition de la fonction juridictionnelle, à considérer que l'accord d'amiable composition est un acte juridictionnel¹⁰³⁰. Il est un acte qui a autorité de chose jugée et qui dessaisi le juge. C'est l'acte par lequel le juge réalise sa fonction juridictionnelle, l'acte par lequel il tranche le litige.

391. L'amiable composition n'est qu'un arbitrage réalisé par le juge, le juge étant un arbitre institué par l'Etat qui se distingue de l'arbitre institué par les parties. Pour autant, l'arbitre privé, tout comme le juge arbitre, exerce une fonction juridictionnelle dans la mesure où il va trancher des prétentions parce que les parties lui ont confié cette mission par la convention d'arbitrage, qui résulte soit d'un compromis soit d'une clause compromissoire. Les parties formulent des demandes au juge arbitre, il est saisi d'un litige. A ce titre l'objet de la demande doit être contenu dans le cadre de la convention à peine de nullité de la convention¹⁰³¹. La sentence arbitrale bien que dépourvue de *l'imperium* est un acte juridictionnel susceptible d'être remis en cause par l'exercice d'une voie de recours. L'article 1478 du Code de procédure civile dispose ainsi que « *le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties ne l'aient institué en tant qu'amiable compositeur* » et l'article 1482 que « *la sentence arbitrale expose succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens* ». Dès lors, il ne fait aucun doute que bien que nous réfutons la

¹⁰²⁶ Civ. 1^{er}. 24 mars 1993, *Bull.civ.* I, n°120.

¹⁰²⁷ Com. 9 janv. 1979, obs. Julien, *D.* 1979, IR, 291 ; note Loquin, *Rev. Arb.* 1979, p. 468.

¹⁰²⁸ Bredin (J.-D.), « L'amiable composition et le contrat », *Rev. Arb.* 1984, n°2, p. 259, spéc. p. 260

¹⁰²⁹ *Ibid.*, spéc. p. 264.

¹⁰³⁰ Guinchard (S.), Ferrand (F.), Chainais (C.), *op. cit.*, p. 705, n°1021.

¹⁰³¹ Art. 1445 CPC.

qualification de juge faite à propos de l'arbitre, ce dernier exerce une fonction juridictionnelle et rend des actes juridictionnels en raison de l'existence de prétentions par les parties.

392. L'accord d'amicable composition s'inscrit bien, comme le relevait le doyen Cornu, dans une « *politique d'apaisement, de faveur aux pactes qui prend résolument le parti de permettre et même d'encourager, les arrangements amiables, même partiels, même dans les affaires contentieuses* »¹⁰³². Pour autant ce mécanisme, *a priori* très attrayant, n'a pas rencontré le succès escompté. En effet, contrairement à l'hypothèse de l'accord prévu à l'alinéa 3 du même article et à la clause compromissoire, l'accord d'amicable composition¹⁰³³ ne peut être conclu que lorsque le litige est né. Cette dernière condition est sans aucun doute le frein principal à l'utilisation de l'amicable composition¹⁰³⁴. Malgré des avantages évidents¹⁰³⁵, les parties préfèrent donc recourir à l'arbitrage qui présente le réel avantage de leur laisser le choix de l'arbitre. « *L'arbitrage judiciaire* »¹⁰³⁶ n'a pas su convaincre malgré les similitudes qu'il entretient avec l'arbitrage privé¹⁰³⁷ et les honneurs de la doctrine¹⁰³⁸. Le juge arbitre n'en reste pas moins un juge doté de la fonction juridictionnelle, mais un juge qui n'applique pas la méthode traditionnelle, dans la mesure où il peut s'affranchir des règles de droit et motive sa décision en équité.

393. De manière traditionnelle, la méthode de la fonction juridictionnelle consistait pour le juge à appliquer la règle de droit conformément aux faits en réalisant le syllogisme. Si le fait ne correspondait pas aux conditions de la règle de droit, alors le juge devait procéder à sa requalification, il devait néanmoins le faire toujours dans le respect de la volonté des parties. Désormais, le juge laisse aux parties le soin de choisir le fondement juridique de la demande, il ne fait qu'exercer un contrôle de légalité des qualifications juridiques caractéristique d'un contrôle de légalité des motivations des prétentions. Ce contrôle s'effectue dans le cadre de l'acte du jugement sur le fond qui est l'instrument de la fonction juridictionnelle.

Section 2 - La finalité du principe dispositif, l'obtention d'un jugement portant sur le principal

394. Lorsque les parties agissent en vertu du principe dispositif, elles attendent du juge qu'il rende un jugement. En effet, les prétentions formulées par les parties dans le cadre du procès se révèlent être l'objet du dispositif du jugement. Il convient même de préciser que les

¹⁰³² Cornu (G.), « Le juge-arbitre », *Rev. Arb.* 1980, n°2, p. 373, spéc. p. 385, n°38.

¹⁰³³ Magendie (J.-C.), « L'amicable composition », *R.J.D.A.* 1996, p. 727.

¹⁰³⁴ Clay (T.), « Droit judiciaire privé », *JCP G* 2005, I, 125, n°10. Sur le manque d'attractivité général de l'amicable composition et la volonté de donner la possibilité au juge de la proposer cf. Estoup (P.), « L'offre judiciaire d'amicable composition et de conciliation après clôture des débats », *D.* 1987, chron. p. 269 ; Fouchard (Ph.), « L'arbitrage judiciaire », in *Etudes offerts à Pierre Bellet, op. cit.*, p. 167, spéc. p. 188, n°40 et n°51.

¹⁰³⁵ Estoup (P.), « Une institution oubliée : l'arbitrage judiciaire », *Gaz. Pal.* 1986, 2, chron. p. 620.

¹⁰³⁶ Fouchard (Ph.), « L'arbitrage judiciaire », *art. préc.*, p. 167 ; Hébraud (P.) « Observations sur l'arbitrage judiciaire », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 635.

¹⁰³⁷ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 436, n°541.

¹⁰³⁸ Brouillaud (J.-P.), « Plaidoyer pour une renaissance de l'amicable composition judiciaire », *D.* 1997, p. 234 ; Estoup (P.), « L'amicable composition », *art. préc.*, p. 221.

parties n'attendent pas n'importe quel jugement de la part du juge, elles attendent de lui qu'il statue au principal. Dès lors, il ressort que le principe dispositif a bien pour finalité le jugement puisque de manière générale les prétentions sont l'objet du dispositif du jugement (§1) et que plus précisément les prétentions substantielles sont l'objet du jugement statuant sur le principal (§2).

§ 1. Les prétentions, l'objet du dispositif du jugement

395. L'Assemblée plénière proclamait, dans un arrêt en date du 13 mars 2009, sur le fondement de l'article 480 du Code de procédure civile et 1351 du Code civil : « l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement et a été tranché dans son dispositif »¹⁰³⁹. La décision a le mérite de la clarté. La distinction entre les moyens et les prétentions permet de le comprendre. Les prétentions sont l'objet du dispositif à la différence des moyens qui sont l'objet des motifs. De la même manière que les moyens permettent l'éclairage des prétentions, les motifs permettent de comprendre le dispositif. Cette correspondance structurelle permet alors de mieux analyser le domaine de l'autorité de la chose jugée car l'autorité de la chose jugée n'est attachée qu'au dispositif et donc qu'aux prétentions (A), les moyens ne bénéficiant que de ce que nous appellerons l'autorité de chose motivée (B).

A. Les prétentions, l'objet de l'autorité de la chose jugée

396. Traditionnellement présentée comme un attribut du jugement¹⁰⁴⁰, l'autorité de la chose jugée est reconnue aux actes juridictionnels. La question des attributs du jugement est souvent confondue avec celle des effets. Pour autant, il convient de les distinguer. Tandis que les effets du jugement sont les effets qui résultent de la volonté du juge, les attributs du jugement sont les effets qui sont automatiquement attachés au jugement par la loi¹⁰⁴¹. Pour reprendre les mots du Professeur Wiederkehr, « il serait illusoire de croire qu'il suffit d'ouvrir un quelconque manuel ou traité de droit judiciaire pour en tirer une définition claire et nette »¹⁰⁴².

¹⁰³⁹ Ass. Plén. 13 mars 2009, D. 2009, AJ, p. 879 ; note Serinet, JCP G 2009, II, 10077 ; obs. Perrot, R.T.D.civ. 2009, p. 366, Procédures 2009, comm. 131 ; obs. Putman, Dr. et proc. 2009/5, p. 266.

¹⁰⁴⁰ Si pendant longtemps, l'autorité de chose jugée a été envisagée comme un effet du jugement, les Professeurs Foyer et Tomasin ont démontré qu'elle constituait davantage un attribut du jugement. Foyer (J.), *De l'autorité de chose jugée en matière civile*, thèse dact. Paris, 1954 ; Tomasin (D.), *Essai sur l'autorité de chose jugée*, préf. Hébraud (P.), L.G.D.J. 1975.

¹⁰⁴¹ Héron (J.), Le Bars (Th.), *op. cit.*, p. 275, n°338. On recense plusieurs attributs du jugement : l'hypothèque légale, la force exécutoire, l'autorité de la chose jugée, l'intervention des courtes prescriptions. Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 750, n°1089. Sur la qualification de ces attributs, cf. Bléry (C.), *L'efficacité substantielle des jugements civils*, préf. Mayer (P.), L.G.D.J., 2000, p. 141, n°212 et suiv.

¹⁰⁴² Wiederkehr (G.), « Sens, signifiante et signification de l'autorité de chose jugée », in *Etudes offertes à Jacques Normand*, *op. cit.*, p. 507.

397. L'autorité de la chose jugée n'est pas qu'« *une question d'école* »¹⁰⁴³, elle présente une double dimension. Dans sa dimension positive, elle est une preuve, plus précisément une présomption de vérité attachée au jugement¹⁰⁴⁴ ; mais surtout, dans une dimension négative, elle ne peut être remise en cause en cas d'identité de cause, d'identité d'objet et d'identité de parties. On retrouve les notions complexes que sont l'objet et la cause. Ainsi que le relève Maître Delaporte, « *quelle que soit sa valeur sur le plan logique ou pédagogique, la distinction entre objet et cause est le résultat d'un effort intellectuel qui demande du recul, car elle décompose deux éléments indivisibles d'une même démarche : l'objet d'une prétention ou d'une décision, pris en lui-même et isolé de son fondement, n'a strictement aucune définition juridique* »¹⁰⁴⁵. Il serait illusoire de croire que les développements qui vont suivre permettront de trancher les controverses qui l'affectent. Néanmoins, nous pouvons dire que la localisation de la chose jugée s'explique au regard de l'office des parties.

398. L'article 1351 du Code civil dispose que « *l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement* », il faut entendre par là, que l'autorité de la chose jugée a lieu à l'égard de l'objet du litige qui se compose de l'ensemble des prétentions, à l'égard de l'ensemble des demandes qui ont fait l'objet du jugement. Pour garantir, l'autorité de la chose jugée, « *il faut que la chose demandée soit la même* », autrement dit il faut que la prétention appartienne à l'objet du jugement, que le juge ait déjà statué dessus ; « *que la demande soit fondée sur la même cause* », c'est-à-dire que la prétention appartienne au même litige, et enfin « *que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité* ». L'autorité de la chose jugée n'est par conséquent que l'autorité de la chose demandée et l'autorité de la chose jugée ne sera pas attachée à la demande qui a été formulée. Tandis que la condition de l'objet est relative à l'identité des prétentions (1), la condition de la cause est relative à l'identité de litige (2).

1. L'identité de l'objet, l'identité de prétentions

399. L'autorité de la chose jugée ne porte que sur ce qui a été demandé par les parties. Or, la chose demandée se confond avec la prétention expressément ou implicitement formulée. En effet, les prétentions ont autorité de la chose jugée quand bien même ne figureraient-elles pas expressément dans le dispositif. Le propre de la demande implicite ou de la demande virtuelle est de ne pas figurer clairement dans le dispositif, mais d'être la demande sur laquelle le juge ne pouvait que se prononcer pour trancher les demandes expressément formulées. La doctrine considère que ces demandes proviennent des motifs et que dès lors, il faudrait reconnaître l'autorité de la chose jugée aux motifs. L'arrêt d'assemblée plénière pourrait donc être

¹⁰⁴³ Bléry (C.), « Qu'est ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? », *Procédures* 2007, étude 11.

¹⁰⁴⁴ On rejoint néanmoins les auteurs qui considèrent que la qualification de présomption à l'égard de l'autorité de chose jugée n'est pas heureuse dans la mesure où l'autorité de chose jugée ne peut finalement pas être remise en cause et où elle a force de vérité légale. Elle est davantage une règle de fond imposée par la loi qu'un mode de preuve. V. Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 753, n°1093.

¹⁰⁴⁵ Delaporte (V.), « L'étendue de la chose jugée au regard de l'objet et de la cause de la demande », *B.I.C.C.*, 23 janv. 2004, hors série.

envisagé comme la fin de la jurisprudence selon laquelle l'implicite et le virtuel ont autorité de chose jugée. Nous ne partageons pas ce point de vue car les motifs ont pour objet les moyens et uniquement les moyens et permettent d'identifier les qualifications juridiques. Or, les moyens ne font pas les prétentions, la motivation ne se confond pas avec la fonction juridictionnelle. Rappelons que la demande implicite ou virtuelle trouve son fondement dans les prétentions formulées dans la demande introductive d'instance¹⁰⁴⁶. Dès lors, si l'autorité de chose jugée est reconnue aux demandes implicites et virtuelles c'est parce que la demande sur laquelle elles reposent a elle-même l'autorité de chose jugée. L'arrêt de 2009 n'est donc pas venu condamner la reconnaissance de l'autorité de la chose jugée aux demandes implicites et virtuelles, dans la mesure où le dispositif est l'objet de l'autorité de la chose jugée et où les demandes implicites et virtuelles reposent sur les demandes expressément formulées dans le cadre du dispositif.

400. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 2 novembre 1999, a eu l'occasion de préciser que le débouté par les juges du fond des « *demandes plus amples ou contraires* » constitue une omission de statuer ne devant pas entraîner l'ouverture d'un recours en cassation¹⁰⁴⁷. Aussi, la Cour de cassation jugea que « *l'arrêt, en dépit de la formule générale du dispositif qui « déboute les parties de leurs demandes plus amples ou contraires », n'a pas statué sur le chef de la demande relatif aux intérêts, dès lors qu'il ne résulte pas des motifs de la décision, que la cour l'ait examiné* ». Cet arrêt s'imposait eu égard aux divergences de jurisprudence qui animaient les chambres de la Haute juridiction quant au recours pouvant être formé suite à une décision des juges qui avait rejeté globalement l'ensemble des demandes. La première et la deuxième chambres civiles de la Cour considéraient que ces décisions constituaient des omissions de statuer et que, dès lors, aucune autorité de chose jugée n'était attachée à la décision qui ne pouvait donc faire l'objet que d'une requête en omission de statuer. A l'inverse, la troisième chambre civile et la chambre sociale voyaient dans ces décisions de véritables jugements non motivés qui pouvaient donc faire l'objet d'un pourvoi en cassation¹⁰⁴⁸. La Cour de cassation statua en faveur de l'irrecevabilité du recours en cassation. L'autorité de la chose jugée porte donc sur l'objet du litige, c'est-à-dire sur les prétentions qui ont été effectivement tranchées par le juge dans le dispositif. Peu importe que la prétention ait été expressément ou implicitement formulée, l'important est qu'elle ait été formulée, ce qui confirme que l'autorité de chose jugée n'est que l'autorité de la chose demandée.

401. Se pose, en outre, le problème du contentieux simulé et donc du caractère juridictionnel du jugement d'expédient. Les parties « passent un dispositif au tribunal », lorsqu'elles veulent dissimuler leur accord au tiers en proposant au juge un jugement dans lequel elles simulent un contentieux en présentant de « fausses » prétentions puisque le litige

¹⁰⁴⁶ V. *supra* n°289 à 296.

¹⁰⁴⁷ Ass. plén. 2 nov. 1999, concl. Weber, *JCP G* 1999, II, 10213 ; note Perrot, *Procédures* 2000, comm. 30.

¹⁰⁴⁸ Pour des exemples jurisprudentiels des positions respectives de chacune des chambres, cf. Weber, *JCP G* 1999, II, 10213.

est déjà réglé¹⁰⁴⁹. Pour autant, ce qui compte n'est pas la volonté interne des parties, mais bien la volonté extériorisée : le juge est objectivement saisi d'un fait juridique et non d'un acte juridique. Dans cette hypothèse, le juge rendra un jugement d'expédient¹⁰⁵⁰ conformément aux écritures des parties ou au projet de jugement qui est un acte juridictionnel, puisqu'il met fin au litige, quand bien même celui-ci serait simulé en tranchant les prétentions dans le cadre du dispositif. Si les parties devaient réintroduire une instance et formuler la même demande, elles se heurteraient à l'autorité de la chose jugée, puisque la demande a expressément été formulée.

402. Le problème de l'autorité de la chose jugée ne réside donc pas dans la forme que prennent les prétentions. Il est ailleurs. Se dessine, en jurisprudence, un mouvement distinct de celui de la concentration des moyens et qui est relatif à la concentration des demandes. Les parties ne seraient plus seulement dans l'obligation de concentrer l'argumentation juridique tendant à justifier du bien-fondé des demandes, elles seraient également dans l'obligation de concentrer toutes les demandes dès la première instance. On s'est ainsi étonné, à la lecture d'un arrêt de la première chambre civile, rendu le 28 mai 2008, de lire qu'« *il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause ; il ne peut invoquer dans une instance postérieure un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile* »¹⁰⁵¹. On aurait pu penser la solution isolée en raison des maladresses rédactionnelles, un fondement juridique nouveau n'entraînant pas nécessairement une demande nouvelle. La position inverse de la deuxième¹⁰⁵² et troisième¹⁰⁵³ chambre civile le laissait ainsi à penser. En outre, la première chambre civile elle-même reprit la motivation de la jurisprudence « *Césaréo* » dans un arrêt en date du 24 mai 2009 même s'il est vrai qu'en l'espèce, les deux demandes tendaient aux mêmes fins, et seuls les fondements juridiques différaient¹⁰⁵⁴. Elle décida que « *l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt ayant déclaré irrecevable une demande, comme formée pour la première fois en cause d'appel, n'interdit pas à son auteur d'introduire celle-ci dans une nouvelle instance devant les juges du premier degré* ».

403. Cependant, par un arrêt en date du 1^{er} juillet 2010 rendu en matière de cautionnement¹⁰⁵⁵, la première chambre civile réitère sa jurisprudence en matière de

¹⁰⁴⁹ La simulation étant autorisée en droit civil, il n'existe aucun obstacle à son utilisation.

¹⁰⁵⁰ Le jugement d'expédient est le jugement qui porte sur un litige simulé, il ne doit pas être confondu avec le jugement de donné acte qui ne porte pas sur un fait juridique mais sur un acte juridique.

¹⁰⁵¹ Civ. 1^{er}. 28 mai 2008, Bolard, *JCP G* 2008, II, 10170, obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2008, p. 551.

¹⁰⁵² Civ. 2^e. 26 mai 2011, n°10-16.735, obs. Avena-Robardet, *D.* 2011, p. 1566 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2011, p. 593.

¹⁰⁵³ Civ. 3^e. 27 mai 2009, n°08-11388, obs. Deshayes, *L'essentiel Dr. des contrats*, 2009, n°7, p. 3. Dans le même sens Civ. 3^e. 12 janv. 2010, n°08-20575, Maurin, *L'essentiel Dr. de l'immobilier et de l'urbanisme*, 2010, n°3, p. 4

¹⁰⁵⁴ Alors que les parties avaient demandé la résiliation judiciaire d'un prêt, elles ont réintroduit une action pour en demander la résiliation unilatérale. Les deux demandes avaient le même objet. Civ. 1^{er}. 24 sept. 2009, n°08-10.517, note Bléry, *JCP G*, 2009, II, 401.

¹⁰⁵⁵ Civ. 1^{er}. 1 juill. 2010, n°09-10.364.

concentration des demandes et s'oppose ainsi à la seconde chambre civile¹⁰⁵⁶, ce qui a amené le Professeur Jeuland à écrire justement que le principe de concentration était un « *principe à géométrie variable* »¹⁰⁵⁷. Il semble à ce titre qu'elle soit revenue sur sa position quelques mois plus tard, en décidant que « *l'appel en garantie formé à l'encontre d'un fournisseur par un vendeur, en considération de la condamnation de ce dernier au profit de son client, n'a pas le même objet que la condamnation en paiement du prix de la marchandise du vendeur au bénéfice du fournisseur, prononcée par un tribunal, de sorte qu'il ne peut être déclaré irrecevable, sauf à violer les articles 1351 et 480 du Code de procédure civile* »¹⁰⁵⁸. L'extension du champ d'application du principe de concentration des demandes semble sans borne. En effet, la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 25 octobre 2007, a jugé que se heurtait à l'autorité de chose jugée la demande émanant d'une partie, qui s'était portée partie civile devant la juridiction pénale, tendant à engager la responsabilité contractuelle du médecin. Les juges ont considéré que pareille demande aurait dû être faite devant la juridiction pénale¹⁰⁵⁹. Comme le soulignait le Professeur Guinchard, « *on ne peut s'empêcher de penser que le droit n'a pas été dit, que le déni de justice (au sens du devoir de protection juridictionnelle que l'Etat doit à tout citoyen) n'est pas loin* »¹⁰⁶⁰.

404. Un des problèmes posés par cette jurisprudence est ce que l'on peut dénommer l'autorité de la chose qui n'a pas été jugée¹⁰⁶¹. En effet, les juges, pour apprécier l'autorité de chose jugée, se fondent essentiellement sur le contenu de la première demande et non sur le contenu du jugement, ce qui consiste à apprécier l'autorité de la chose jugée au regard de la première demande, et non au regard de ce qui a effectivement été jugé. S'il ne fait aucun doute que l'autorité de chose jugée est devenue un instrument de régulation des flux judiciaires, elle ne doit pas néanmoins priver les parties de la possibilité de formuler une demande. Est jugé ce qui n'est même pas invoqué par les parties. Le contradictoire n'est même pas en jeu, puisque, lorsqu'une partie invoque une demande nouvelle qu'elle aurait dû invoquer dès la première instance, cette question n'a pas été tranchée. Il n'y avait même pas matière à débat puisqu'elle n'avait pas été soulevée. Le juge n'a pas tranché, il a donné autorité de chose jugée à une demande qui n'a pas été jugée. L'absence de débat empêche de voir une violation de la contradiction. Il n'y avait concrètement aucun litige sur ce point de droit, et donc il ne pouvait y avoir violation de la contradiction. Ainsi, plus que le

¹⁰⁵⁶ Civ. 2^e. 23 sept. 2010, n°09-69.730.

¹⁰⁵⁷ Jeuland (E.), « Concentration des demandes : un conflit latent entre les chambres de la Cour de cassation », *JCP G* 2010, II, 1052.

¹⁰⁵⁸ Civ. 1^e. 30 sept. 2010, n°09-11.552.

¹⁰⁵⁹ Civ. 1^e. 25 oct. 2007, n°06-19.524, Perrot, *Procédures*, 2007, comm. 274.

¹⁰⁶⁰ Guinchard (S.), « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de « changer le fondement juridique de la demande » », in *Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 379, spéc. p. 387. L'auteur utilise néanmoins l'expression au regard d'une conception différente de la fonction juridictionnelle. Il considère que la combinaison de la jurisprudence relative à la concentration des moyens et de la jurisprudence relative à l'office du juge en matière de relevé d'office empêche le juge de dire le droit. Nous ne partageons pas ce point de vue car ces jurisprudences sont relatives non pas à la fonction juridictionnelle mais à la motivation. Néanmoins, l'expression « autorité de la chose qui n'a pas été jugée » nous semble parfaitement s'adapter à la jurisprudence relative à la concentration des demandes.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*

contradictoire, c'est le droit au juge qui est atteint, puisque l'on prive les parties de formuler une demande.

405. Alors même que le principe de concentration des demandes était justifié par des considérations liées au délai raisonnable et tendait ainsi à réduire le nombre de procès, on peut craindre l'effet inverse. Si effectivement, les parties ne peuvent pas faire rejurer leur litige, il semble inévitable que les procès en responsabilité contre les avocats se multiplieront¹⁰⁶², ce qui ne fera qu'augmenter le sentiment d'absence de confiance des justiciables envers la justice. Peut-être est-ce la raison pour laquelle la troisième chambre civile¹⁰⁶³ s'est rangée derrière la conception stricte de l'objet défendue par la deuxième chambre civile¹⁰⁶⁴.

406. Est-il possible de demander aux parties de concentrer toutes leurs demandes dès la première instance ? En l'état actuel du droit positif, une réponse négative semble s'imposer. La matière litigieuse n'est pas une chose figée, elle se construit. Les parties ne peuvent pas anticiper les prétentions de la partie adverse et donc corrélativement toutes les demandes qui pourraient être formulées. L'application par les juges du principe de concentration des demandes impose actuellement aux justiciables une responsabilité telle qu'elle leur fait perdre toute maîtrise sur leur litige. Pour autant on pourrait admettre ce que Motulsky prônait il y a cinquante ans, la « *concentration de la matière litigieuse* »¹⁰⁶⁵, qui finalement pourrait se révéler être le nouveau principe directeur du procès fondé sur l'unité du litige. L'admission de la « *forclusion substantielle* »¹⁰⁶⁶ pourrait être admise sous réserve de la coopération du juge. Ce dernier devrait avoir non pas la simple faculté, mais l'obligation de rechercher les demandes implicites et les demandes virtuellement comprises dans la demande. La recherche pour le juge de ces demandes ne constituerait pas une atteinte au principe dispositif puisque ces demandes trouvent leur source dans la demande originaire, et donc dans les prétentions formulées par les parties. On pourrait y voir un recentrage de l'office du juge quant à sa fonction juridictionnelle qui est de trancher non seulement le litige mais tout le litige. Néanmoins, on pourrait également considérer que cela entraînerait un alourdissement de la tâche d'un juge. Il ne s'agit là finalement que d'un choix de politique judiciaire.

407. Par conséquent, les parties ne se heurteront pas à l'autorité de la chose jugée lorsqu'elles présenteront une demande nouvelle. La demande nouvelle est la demande qui peut être formulée par le plaideur sans se heurter à l'autorité de chose jugée. Elle est la demande qui ne se rattache pas par un lien suffisant à la demande initiale, elle est la demande qui porte sur un autre litige, celle que l'on ne peut pas présenter en appel mais que l'on pourra

¹⁰⁶² Dans ce sens Bléry (C.), *art.prec.*, p. 120.

¹⁰⁶³ Civ. 3^e. 11 janv. 2012, n°10-23.141, *JurisData* n°2012-000192, note Ghestin, Serinet, *JCP G* 2012, 442. La Cour juge « *qu'en statuant ainsi alors qu'une demande en nullité de vente pour dol et une demande en réduction du prix de la vente par les victimes n'ont pas le même objet* », les juges du fond ont violé l'article 1351 du Code civil.

¹⁰⁶⁴ Civ. 2^e. 26 mai 2011, n°10-16.735, *JurisData* n°2011-009999 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2011, p. 593.

¹⁰⁶⁵ Motulsky (H.), « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de chose jugée en matière civile », in *Ecrits et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 201, spéc. p. 229 ; *D.* 1958, chron.1.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*, spéc. p. 229.

présenter dans le cadre d'un nouveau procès. L'identité de l'objet tend donc à préserver l'unité du litige. La condition de l'identité de la cause joue le même rôle, un changement de cause n'est autre qu'un changement de litige.

2. L'identité de la cause, l'identité de litige

408. De la même manière que l'objet, la cause de l'autorité de la chose jugée garantit l'unité du litige. Elle interdit aux parties de formuler des prétentions identiques qui portent sur des faits identiques. Le principe de l'unité du litige le justifie. Il y aura donc identité de cause lorsque les prétentions portent sur les mêmes faits. Traditionnellement, la cause de l'autorité de la chose jugée s'entendait comme la cause juridique. Cette conception de la cause avait pu être mise en relation avec la jurisprudence de la Cour de cassation qui refusait de modifier le fondement juridique de la demande en matière de responsabilité civile. On avait alors pu croire à une identité de concept entre la cause de la demande et la cause de l'autorité de la chose jugée¹⁰⁶⁷. Cette conception faisait entrer le moyen dans la cause, ou, si l'on préfère, le moyen faisait la prétention. Elle a néanmoins été abandonnée.

409. L'arrêt *Césaréo* rendu par l'Assemblée plénière le 7 juillet 2006¹⁰⁶⁸ a posé le nouveau principe de concentration des moyens, suivant ainsi l'avis du Premier avocat général M. Benmakhlof¹⁰⁶⁹. Cette création prétorienne était prévisible eu égard aux suggestions faites par le rapport Magendie rendu en 2004¹⁰⁷⁰ et à l'adoption de ce principe par bon nombre de nos voisins européens, en raison des précédents jurisprudentiels¹⁰⁷¹. Par cet arrêt, l'Assemblée plénière opère un net revirement jurisprudentiel¹⁰⁷². Elle avait considéré, dans un arrêt en date du 3 juin 1994 que « *lors de la première procédure, la juridiction saisie n'avait tranché que la question de la réalité et de la validité du consentement, la cour d'appel a exactement décidé que la demande de Mme Y..., en ce qu'elle tendait à faire prononcer la nullité de la vente en se fondant exclusivement sur le défaut de prix réel et sérieux, ne portait pas atteinte à*

¹⁰⁶⁷ Martin (R.), « A la recherche de la cause en procédure civile », *D.* 1988, p. 312.

¹⁰⁶⁸ Bléry (C.), « Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès ? », *art. préc.* ; Bolard (G.), « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *art. préc.*, ; Croze (H.), « Da mihi factum jusque », *Procédures*, n°10, oct. 2006, repère 9 ; Guinchard (S.), « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de « changer le fondement juridique de la demande » », *art. préc.*; Martin (R.), « Les détournements de la procédure judiciaire », *R.T.D.civ.*, 2007, p. 723 ; Perrot (R.), « « Etendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile : notion d'identité de cause », *JCP G* 2007, II, 10070 ; Weiller (L.), « Renouveau des critères de l'autorité de la chose jugée : l'Assemblée plénière invite à relire Motulsky », *D.* 2006, p.2135 ; Wiederkehr (G.), « Etendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile : notion d'identité de cause », *JCP G*, 2007, II, 10070.

¹⁰⁶⁹ *B.I.C.C.*, 15 oct. 2006, p. 79.

¹⁰⁷⁰ *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*. Rapport remis par le Président Magendie au garde des sceaux le 15 juin 2004, La Doc.fr., p.44.

¹⁰⁷¹ Civ. 1^{er}. 28 mars 1995, *Bull.civ.* I, n°138; Civ. 1^{er}. 17 déc. 1991, *Bull. civ.* I, n°354, Civ. 2^e. 4 mars 2004, obs. Fricero, « Autorité de chose jugée : extension de la notion de cause », *D.* 2004, somm. p. 1204.

¹⁰⁷² La 2^{ème} chambre civile avait déjà admis cette même solution. Civ. 2^e, 4 mars 2004, *Bull.civ.* II, n°84, note Fricero, *D.* somm. p. 1204 ; Civ. 2^e. 23 sept. 2004, *Bull.civ.* II, n°413.

l'autorité de chose jugée attachée à l'arrêt du 30 octobre 1985 »¹⁰⁷³. En l'espèce, l'Assemblée plénière s'éloignait de la position de la première chambre civile qui considérait qu'il y avait autorité de chose jugée¹⁰⁷⁴. Les conclusions de l'avocat général étaient éloquentes : « *le raisonnement de la première chambre civile heurte la réalité. Il est trop « intellectuel », trop artificiel, trop éloigné des faits et du déroulement du procès pour être compris et admis par le plaideur auquel on l'oppose. Par son caractère « astucieux », il peut séduire le juriste (...) mais il risque d'être ressenti par le justiciable comme un exercice de prestidigitation conduisant à un résultat peu équitable* »¹⁰⁷⁵. Pour autant, certains avaient regretté que « *le principe de l'autorité de la chose jugée n'ait pu jouer le rôle de bouclier contre les procédures à répétition, lesquelles par un allongement excessif des procédures compromettent la bonne administration de la justice* »¹⁰⁷⁶. Ce qui était regret en 1994 est devenu controversé en 2006 ; ce qui était trop artificiel est devenu principe ! Une dizaine d'années ont suffi pour que la logique s'inverse et vienne bouleverser des notions fondamentales de droit judiciaire privé. L'autorité de chose jugée est ainsi devenue « *la police des procédures* »¹⁰⁷⁷.

410. Les fondements de l'arrêt Césaréo doivent être recherchés non pas dans le principe dispositif mais dans les principes inhérents à la nouvelle conception de la justice¹⁰⁷⁸. En effet, cette décision est justifiée par les nouvelles exigences du procès civil. Elle est la marque de l'instrumentalisation des règles relatives à l'autorité de chose jugée en vue de la bonne administration de la justice et plus précisément du principe de sécurité juridique¹⁰⁷⁹. Derrière cette décision se cache un nouveau principe directeur du procès que la Cour de cassation a récemment consacré en matière civile¹⁰⁸⁰, le principe de loyauté¹⁰⁸¹. Comme le note un auteur, « *si « le juge est tenu de faire respecter la loyauté des débats », n'est-il pas naturel de lui permettre de déjouer les manœuvres de celui qui réserverait à dessein d'autres fondements à sa demande pour pouvoir, au besoin, réitérer le même procès ?* »¹⁰⁸². Ce principe rend ainsi la jurisprudence « acceptable » et participe de la « *moralisation des comportements processuels* ». De ce fait, « *la cause dans l'autorité de la chose jugée est instrumentalisée comme moyen de sanction de la violation du principe de loyauté lorsque les moyens ne sont pas concentrés* »¹⁰⁸³.

¹⁰⁷³ Ass. Plén., 3 juin 1994, *Bull. Ass. Plen.* n°4 ; note Cadiet, « Droit judiciaire privé », *JCP G*, 1994, I, 3805 ; note Giraudel, *A.J.D.I.* 1995, p. 45, Normand, *R.T.D.civ.*, 1995, p. 177 ; note Wiederkehr, *Justices*, n°2, 1995, p.2 88

¹⁰⁷⁴ Civ. 1^{er}. 6 nov. 1990 ; note Martin-Hocquenghem, *D.* 1992, p. 528 ; obs. Vermelle, *Deffrénois*, 1991 p. 429.

¹⁰⁷⁵ Jeol (M.), « Vers une définition plus « processuelle » de l'autorité de la chose jugée », *D.* 1994, p. 395.

¹⁰⁷⁶ Giraudel (C.), *art. prec.*

¹⁰⁷⁷ Wiederkehr (G.), *art. prec.*

¹⁰⁷⁸ Lacabarats (A.), « Autorité de la chose jugée au civil : la concentration des moyens au cours d'une même instance et le droit d'accès au juge », *Justice et cassation* 2008, p. 116.

¹⁰⁷⁹ Voir le rapport du Conseiller rapporteur Charruault, *B.I.C.C.*, 15 oct. 2006, p.3 8.

¹⁰⁸⁰ Civ. 1^{er}. 7 juin 2005, *Bull.civ.* I, n°241, note Boursier, *D.* 2005, 2570 ; Croze, *Procédures*, 2005, obs. Clay, *JCP G*, 2005, I, 183 ; obs. Julien et Fricero, *D.* 2006, p. 548. *V. supra* n°410.

¹⁰⁸¹ Boursier (M-E.), *Le principe de loyauté en droit processuel, op. cit.*

¹⁰⁸² Weiller (L.) *art. prec.*

¹⁰⁸³ Guinchard (S.) *art. prec.*

411. L'obligation pour les parties d'alléguer l'ensemble des moyens dès le début de l'instance n'est néanmoins pas venue remettre en cause le principe dispositif. On aurait pu penser qu'en tant que véritable charge, la concentration des moyens aurait permis de donner une coloration juridique à la matière litigieuse. Néanmoins tel n'est pas le cas dans la mesure où elles peuvent toujours faire appel de la décision et présenter des moyens nouveaux. L'article 565 du Code de procédure civile dispose ainsi que « *les prétentions ne sont pas nouvelles, dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge même si leur fondement juridique est différent* ». Pour autant on a pu écrire, « *le contrôle du droit applicable : du principe dispositif au principe de juridiction* »¹⁰⁸⁴. Ainsi que l'a relevé un des commentateurs de la décision, « *c'est bien une charge qui est imposée au demandeur sous peine d'une sanction seulement processuelle, à savoir l'irrecevabilité dans un second procès des moyens négligés dans le premier (...), ce n'est pas une obligation que le demandeur est contraint d'exécuter* »¹⁰⁸⁵. Cette charge connaissait des précédents jurisprudentiels¹⁰⁸⁶, elle a, par ailleurs, été rapidement étendue au défendeur¹⁰⁸⁷ et a été jugée conforme au procès équitable¹⁰⁸⁸ dans la mesure où elle permet aux parties de présenter l'ensemble des demandes devant la juridiction¹⁰⁸⁹.

412. Depuis cette décision, les parties ont l'obligation de présenter tous les moyens nécessaires au soutien de leurs demandes. Cela signifie que le justiciable ne pourra pas réintroduire une action portant sur la même demande avec un fondement différent. C'est donc une exigence de concentration de la motivation des prétentions qui a été consacrée par la Cour de cassation mais non une exigence de concentration de la matière litigieuse. En obligeant les parties à préciser tous les moyens sur lesquels elles entendent se fonder, la Cour de cassation a imposé aux parties d'expliquer tous les moyens non seulement de fait mais également de droit sur lesquels les parties allaient se fonder. En effet, les moyens ne sont que des instruments de motivation des prétentions qui permettent à ces dernières de prendre tout leur sens. Il ne suffit pas à la partie qui souhaite obtenir réparation de son préjudice de demander l'engagement de la responsabilité de celui qu'elle considère être l'auteur du dommage, il faut qu'elle précise les fondements juridiques. Les parties se heurteront à l'autorité de chose jugée lorsque la demande sera identique car la demande aura déjà fait l'objet d'un jugement. Si elles invoquent le même fondement juridique sur des faits différents leur demande sera recevable ce qui met bien en évidence que le moyen ne fait pas la prétention. Pour autant, cette décision est la marque de l'instrumentalisation de l'autorité de chose jugée aux fins de concentration de la motivation des prétentions dans un but de régulation des flux judiciaires.

¹⁰⁸⁴ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 399, n°494.

¹⁰⁸⁵ Bolard (G.), *art. prec.*, spéc. n°3.

¹⁰⁸⁶ Civ. 1^e, 17 déc. 1991, *Bull. civ.* I, n°354, Civ. 2^e. 4 mars 2004, obs. Fricero (N.), « Autorité de chose jugée : extension de la notion de cause », *D.* 2004, p. 1204.

¹⁰⁸⁷ Com. 20 févr. 2007, *Bull. civ.* IV, n°49, note Cadiet, *JCP G*, 2007, I, 200; Civ. 3^e. 13 fév. 2008, n°06-22.093, note Weiller, *JCP G* 2008, II, 10052

¹⁰⁸⁸ CEDH, 26 mai 2011, *Legrand c/ France*, n°23228/08, obs. Fricero, *Procédures* 2011, comm. 229 : *Dr. et proc.* 2011, p. 236.

¹⁰⁸⁹ Sur ce point, voir la note éclairante du Mme le Conseiller rapporteur Koering-Joulin qui prenant appui sur la jurisprudence de la Cour européenne s'est prononcée en faveur d'une conception étroite de l'autorité de la chose jugée en raison du principe de sécurité juridique. *B.I.C.C.*, 15 oct. 2006, p. 47.

413. Les parties ne se heurteront pas à l'autorité de chose jugée lorsque des faits postérieurs à la décision sont apparus¹⁰⁹⁰ ou lorsqu'un droit est né postérieurement à la décision rendue¹⁰⁹¹. En effet, la concentration des moyens n'interdit pas aux parties de formuler des prétentions qui portent sur des faits différents de ceux qui ont fait l'objet du premier procès. Mais si les faits sont différents, les prétentions seront nécessairement nouvelles, puisque l'objet trouve son fondement dans la cause. La présence de nouveaux faits est symptomatique de la présence d'un nouveau litige, il est donc parfaitement justifié que les parties ne se heurtent pas à une fin de non-recevoir. La concentration des moyens n'est donc pas incompatible avec le principe dispositif, elle n'est pas un mal pour le procès civil. C'est pourquoi on devrait admettre qu'elle soit prévue en appel, ainsi que le préconisait le rapport Magendie. Un auteur écrit que « *le respect du principe dispositif n'est pas au cœur des réformes récentes et à venir de la procédure dont la préoccupation majeure semble davantage tournée vers les considérations d'efficacité et de rapidité du service public de la justice et de régulation des flux judiciaires* »¹⁰⁹². Nous ne partageons pas ce point de vue. Respecter le principe dispositif, c'est interdire que le juge définisse les prétentions à la place des parties, ce n'est pas les décharger de leur collaboration avec le juge ; il ne faut pas oublier que la concentration des moyens a vocation à aider le juge dans sa fonction juridictionnelle et non à l'en priver. Le juge sera toujours tenu de trancher le litige, les parties n'ont aucun pouvoir sur cette fonction, seulement ils vont agir ensemble pour trouver la règle de droit applicable. La concentration des moyens en appel n'est pas une atteinte au principe dispositif « *en quelque sorte transcendé* »¹⁰⁹³, car « *la concentration permet de replacer les parties au cœur du procès, de restaurer les parties dans le jeu processuel* »¹⁰⁹⁴. Les demandes des parties seront toujours jugées par le juge de manière neutre.

414. Il ressort donc de l'état du droit positif relatif aux conditions de la chose jugée, non seulement, que les prétentions sont l'objet du dispositif, mais que l'autorité de chose jugée porte uniquement sur les prétentions. Ce qui a été jugé est ce qui a été demandé et non pas ce qui a été motivé. En effet, les moyens ne sont pas assortis de l'autorité de la chose jugée mais bénéficient uniquement de l'autorité de la chose motivée.

B. Les moyens, l'objet de l'autorité de la chose motivée

415. La structure du jugement doit se lire à l'aune de l'office des parties. Parce qu'aujourd'hui l'office des parties est de délimiter le litige par les prétentions en les motivant par les moyens de fait et de droit, l'office du juge est de trancher les prétentions en vérifiant les qualifications. Lorsque le juge motive sa décision, il ne tranche pas de litige. Le juge ne

¹⁰⁹⁰ Civ. 3^e. 25 avr. 2007, n°06-10.662, Perrot, *Procédures*, comm. 158 ; Civ. 2^e. 10 juill. 2008, n°07-14.620 ; Civ. 2^e. 3 juill. 2008, *Bull.civ.* II, n°168 ; Civ. 3^e. 20 janv. 2010, n°08-70.517, *JurisData* n°2010-051181.

¹⁰⁹¹ Civ. 2^e. 10 juin 2010, n°09-67.172, *JurisData* n°2010-008925, obs. Perrot, *Procédures* 2010, comm. 35 (à propos d'une demande de déchéances des intérêts).

¹⁰⁹² Serinet (Y-M.), « La sanction par l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel », *JCP G* 2010, 545 ; Weiller (L.), « Réforme de la procédure d'appel : entre efficacité et équité », *D.* 2010, p. 591.

¹⁰⁹³ Magendie (dir.), « Célérité et qualité de la justice », *Rapports officiels*, Doc.fr., 2008, p. 43.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, p. 46.

juge pas dans les motifs, il ne juge que dans le dispositif. Il n'édicte pas la norme juridictionnelle, il justifie la norme juridictionnelle par des motifs au regard des moyens des parties. Les motifs n'ont donc pas autorité de chose jugée. La solution est traditionnelle¹⁰⁹⁵, l'Assemblée plénière a été claire sur ce point¹⁰⁹⁶. En effet, on ne saurait reconnaître aux motifs l'autorité de la chose jugée car cela aboutirait à confondre les moyens et les prétentions. De la même manière que les moyens forment la motivation des prétentions, les motifs sont la motivation de la décision. Cette analyse confirme que la qualification juridique ne fait pas le juge, et que le fait de vérifier l'application de la règle de droit aux faits n'est qu'une des méthodes de la fonction juridictionnelle et non l'objet de la fonction juridictionnelle.

416. Se pose alors la question des motifs décisifs car « *l'étendue de la chose jugée au regard des motifs et du dispositif* »¹⁰⁹⁷ n'est peut-être pas aussi simple que ce que voudrait laisser transparaître la décision de la Cour de cassation. Parfois, les parties sont confrontées à des motifs qui sont, pour reprendre les mots du Professeur Normand, « *des éléments du dispositif qui se sont égarés dans les motifs* »¹⁰⁹⁸. Pendant un temps, la Cour de cassation a reconnu à ces motifs l'autorité de la chose jugée puisqu'ils étaient des morceaux de dispositif déguisés¹⁰⁹⁹. Cette position jurisprudentielle a été condamnée progressivement¹¹⁰⁰ et définitivement enterrée par l'arrêt de 2009. La solution est heureuse car il était sans aucun doute contraire à la sécurité juridique que des parties voient leur litige tranché alors même qu'elles ne le savaient pas puisque cela n'était pas clairement inscrit là où cela aurait dû l'être. Les motifs décisifs ne sont que le résultat d'une mauvaise rédaction du jugement et donc d'une erreur rédactionnelle qui ne doit pas préjudicier aux parties : la sanction est trop grave, ces dernières se heurteraient à une chose jugée qu'elles ne savaient pas jugée. Nous rejoignons ainsi les auteurs qui considèrent que le refus de reconnaître aux motifs décisifs l'autorité de la chose jugée est « *une sage* »¹¹⁰¹ décision.

417. Le problème des motifs décisifs n'est pas le seul à être soulevé lorsqu'on se penche sur le problème de la localisation de la chose jugée. En effet, une partie de la doctrine, sous l'influence du doyen Héron, souhaite que soit reconnue aux motifs nécessaires au soutien du dispositif – motifs dits décisifs¹¹⁰² – l'autorité de la chose jugée¹¹⁰³. Il faut l'admettre, rien

¹⁰⁹⁵ Req. 28 juin 1869, *DP* 1871,1, p.223 ; Civ. 4 mai 1949, note P.-L. P., *D.* 19649, p. 329 ; Civ. 2^e. 5 avr. 1991, obs. Ferrand, Moussa, *Gaz. Pal.* 1992, somm. 273.

¹⁰⁹⁶ Ass. Plén. 13 mars 2009, *D.* 2009, *AJ*, p. 879 ; note Serinet, *JCP G* 2009, II, 10077 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2009, p. 366, *Procédures* 2009, comm. 131 ; obs. Putman, *Dr. et proc.* 2009/5, p. 266.

¹⁰⁹⁷ Normand (J.), « L'étendue de la chose jugée au regard des motifs et du dispositif », *B.I.C.C.* 2005, hors série, n°3.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.* n°10.

¹⁰⁹⁹ Civ. 2^e. 8 mai 1974, *Bull. civ.* II, n°153 ; Civ. 3^e. 21 nov. 1974, *Bull.civ.* III, n°432 ; obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1975, p. 590.

¹¹⁰⁰ Pour ne citer qu'un exemple. Civ. 1^e. 8 juill. 1994, *Bull. civ.* I, n°240, obs. Wiederkehr, *Justices* 1995-2, p. 292. Pour une présentation exhaustive de la jurisprudence. Bouty (C.), « Chose jugée », *Rep. proc.civ.Dalloz*, 2012, n°424 et suiv.

¹¹⁰¹ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 772, n°1110.

¹¹⁰² Sur cette question et sa distinction parfois difficile à établir avec les motifs décisifs, Motulsky, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *art. préc.*, spéc. p. 216 et suiv.

n'interdit dans le Code de procédure civile que cette autorité de chose jugée leur soit reconnue. Pour autant doit-on, parce que la loi ne l'interdit pas expressément, leur reconnaître autorité de la chose jugée ? Certaines chambres de la Cour de cassation ont semblé l'admettre, un temps. En effet, non seulement la première chambre civile¹¹⁰⁴ mais également la troisième chambre civile¹¹⁰⁵ reconnaissaient l'autorité de chose jugée aux motifs décisifs. A l'inverse, la deuxième chambre civile¹¹⁰⁶ et la chambre commerciale¹¹⁰⁷ s'y opposaient formellement¹¹⁰⁸. L'assemblée plénière a tranché, les motifs n'ont pas autorité de chose jugée.

418. Cette évolution jurisprudentielle caractérise-t-elle pour autant l'abandon de l'effet positif de l'autorité de la chose jugée ? Cet effet, que le doyen Héron opposait à l'effet négatif¹¹⁰⁹, est connu autour de la distinction entre l'autorité positive et l'autorité négative de la chose jugée. L'effet négatif de l'autorité de la chose jugée consiste à interdire à une partie d'introduire une nouvelle instance portant sur une demande qui a déjà fait l'objet d'un jugement. L'effet positif tend à attacher force de vérité légale à certains éléments de qualification, à la manière dont le juge a dit le droit. Parce que l'autorité de la chose jugée est un mode de preuve, plus précisément une présomption, ainsi que le dispose l'article 1350 du Code civil, elle aurait donc force de vérité légale¹¹¹⁰. Elle permettrait d'imposer certaines qualifications à un juge qui serait saisi de la même affaire. Les auteurs prennent pour exemple la règle selon laquelle le criminel tient le civil en l'état, qui était consacrée par l'article 4 du Code de procédure pénale et qui imposait au juge civil de surseoir à statuer en attendant que le juge pénal ait rendu sa décision. Le juge civil aurait ainsi été tenu par les qualifications faites par le juge pénal. Mais cette règle a été largement remise en cause par la loi du 5 mars 2007 et aujourd'hui il serait erroné de penser qu'il existe une identité des fautes civiles et criminelles¹¹¹¹.

419. En refusant de donner autorité de chose jugée aux motifs, la Cour de cassation n'a pas remis en cause l'autorité positive de chose jugée, elle a simplement refusé de voir dans les motifs l'objet de l'autorité de la chose jugée. L'autorité positive de la chose jugée ne concerne que la décision et non la motivation de la décision, elle concerne la norme juridictionnelle mais non la qualification. Ce qui est présumé être vrai, c'est la norme juridictionnelle, qui contrairement à ce que soutient une partie des auteurs, n'est pas irréfragable puisqu'elle peut

¹¹⁰³ Héron (J.), « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité de la chose jugée », *art. préc.*, p. 131.

¹¹⁰⁴ Civ. 1^{er}. 2 mai 1984, *Bull. civ.* I, n°144; obs. Berr, Groutel, *D.* 1986, p. 98.

¹¹⁰⁵ Civ. 3^e. 27 avr. 1982, *Bull. civ.* III, n°106, obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1983, p. 236; Civ. 3^e. 15 oct. 1985, obs. Croze, Morel, *Gaz. Pal.* 1986, somm. 178, obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1988, p. 388.

¹¹⁰⁶ Civ. 2^e. 3 oct. 1984, *Bull. civ.* II, n°140, obs. Guinchard, *Gaz. Pal.* 1985, pan. p. 55.

¹¹⁰⁷ Com. 15 juill. 1987, obs. Julien, *D.* 1988, p. 124, obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1988, p. 390.

¹¹⁰⁸ Pour une approche de cette jurisprudence, Normand (J.), « L'étendue de la chose jugée au regard des motifs et du dispositif », *art. préc.*

¹¹⁰⁹ Héron (J.), « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité de la chose jugée », *art. préc.*, p. 131.

¹¹¹⁰ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 752, n°1092.

¹¹¹¹ Le Bars (Th.), « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », *Procédures* 2007, étude 12, p. 11.

être renversée par l'exercice d'une voie de recours¹¹¹². Ce constat nous amène à rejoindre Mme Malpel-Bouyjou qui, au cours d'une étude sur l'office du juge et la rétroactivité, a mis en évidence que l'autorité de la chose jugée est le « *fondement élémentaire et nécessaire* »¹¹¹³ de la norme juridictionnelle. L'acte juridictionnel est l'acte créateur de norme, norme qui repose sur l'autorité de la chose jugée. Si les motifs ne possèdent pas l'autorité de chose jugée c'est parce que la fonction du juge ne réside pas dans la vérification juridictionnelle au regard du droit positif, mais bien dans le fait de trancher les litiges. La motivation, si elle n'est pas à proprement parler la fonction juridictionnelle, est néanmoins nécessaire au règlement du litige. Elle est une garantie de la fonction juridictionnelle car, si l'office du juge est de trancher les litiges, il doit aussi expliquer aux parties sa décision. Les motifs servent l'intelligibilité de la jurisprudence pourrait-on dire. La décision doit être motivée sous peine de faire l'objet d'un pourvoi en cassation pour défaut de motifs.

420. L'étude du jugement à l'aune de l'office des parties a permis de mettre en évidence les transformations de l'autorité de la chose jugée et il semble que sur ce point Motulsky ait été doté d'une bonne intuition puisqu'il y a plus de cinquante ans il plaidait en faveur d'un renouvellement qui semble aujourd'hui progressivement se mettre en place¹¹¹⁴. Après avoir mis en évidence que les prétentions étaient l'objet du dispositif, il convient de souligner que les prétentions substantielles, la matière litigieuse, sont l'objet du dispositif du jugement sur le fond.

§ 2. Les prétentions substantielles, l'objet du dispositif du jugement statuant sur le fond

421. L'article 480 du Code de procédure civile dispose que « *le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche. Le principal s'entend de l'objet du litige tel qu'il est déterminé par les prétentions* ». Les relations qu'entretiennent la fonction juridictionnelle et le principe dispositif apparaissent donc clairement puisque le principal est l'objet du litige : ils sont synonymes. Cet article fait référence, selon la classification proposée dans le Code de procédure civile, au jugement sur le fond par opposition aux autres jugements. Cette distinction a pour critère l'autorité de la chose jugée. Pour les rédacteurs du Code de procédure civile, seuls les premiers ont autorité de chose jugée. Nous ne souscrivons pas à cette répartition et pensons qu'il faut distinguer entre les jugements portant sur le principal et les jugements portant sur la procédure.

¹¹¹² Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 752, n°1092. Les auteurs considèrent que l'autorité de chose jugée est une présomption irréfragable.

¹¹¹³ Malpel-Bouyjou (C.), *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, thèse dact., Pau, 2012, p. 109, n°174.

¹¹¹⁴ Motulsky, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *art. préc.*, p. 201.

422. Le jugement sur le principal est le jugement qui a autorité de chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche, il constitue « *la jurisdiction principale* »¹¹¹⁵ du juge. Lorsque les parties formulent des demandes substantielles, elles ont pour ambition que le juge rende ce jugement. Il doit être distingué du jugement portant sur la procédure. Lorsque les parties attendent du juge qu'il statue sur la procédure, elles agissent en vertu du principe d'initiative, elles ne font que conduire l'instance. Le juge dans cette hypothèse ne tranche pas de litige, il veille au bon déroulement de l'instance en vertu de l'article 3 du Code de procédure civile. Cette fonction du juge n'a que peu intéressé la doctrine, elle constitue pourtant un aspect primordial de l'office du juge dans la mesure où elle est la marque de son *imperium*. La *jurisdictio*, si elle constitue le cœur de l'office du juge, ne peut être exercée que sous réserve de l'utilisation par le juge de l'*imperium*. En effet, lorsque les parties agissent en vertu du principe dispositif, elles attendent donc du juge qu'il statue sur le fond, qu'il utilise les pouvoirs tirés de la *jurisdictio*, mais le juge ne pourra trancher le litige par le jugement sur le fond que sous réserve de la bonne conduite de l'instance, et donc de l'utilisation de ses pouvoirs tirés de l'*imperium*. La fonction gestionnaire du juge est nécessaire pour que ce dernier puisse remplir sa fonction juridictionnelle. La finalité du principe dispositif est donc l'obtention d'un jugement portant sur le principal (A), mais le jugement sur le fond est dépendant du jugement de procédure (B).

A. La finalité du principe dispositif, l'obtention d'un jugement sur le principal

423. Le principal se confond avec la notion de demandes substantielles mais se distingue des demandes procédurales. La jurisprudence considère que le jugement qui statue sur la recevabilité de la demande ne tranche pas une partie du principal¹¹¹⁶. Il conviendrait mieux de dire qu'elle ne tranche pas le principal du tout. En effet, le principal ne fait référence qu'aux prétentions substantielles, qu'à la matière litigieuse. Le Professeur Bénabent considère pour autant que l'on devrait reconnaître la qualification de principal aux demandes procédurales¹¹¹⁷. Nous ne partageons pas son point de vue. Il existe une différence de nature entre ces prétentions, différence qui justifie la distinction entre le principal et la procédure. Tandis que les premières ont trait au fond du litige, les secondes sont relatives à la régularité de l'instance. Cette différence de nature se reflète à ce titre au regard des organes compétents pour connaître des questions. Le juge qui statue sur les prétentions substantielles est le juge qui bénéficie d'une plénitude de juridiction, il est le juge du litige, mais le juge des demandes procédurales est le juge de l'instruction civile. Si l'on préfère, le juge du principal, le juge du fond du litige, connaît les demandes substantielles parce qu'il est le juge qui exerce la fonction juridictionnelle, alors que le juge de la mise en état, celui de la forme du litige, connaît les demandes procédurales car il est le juge qui exerce la fonction gestionnaire.

¹¹¹⁵ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 788, n°1125.

¹¹¹⁶ Civ. 1^{er}. 9 mai 1978 *Bull. civ.* I, n°177 ; Civ. 1^{er}. 24 oct. 2000, *D.* 2000, IR, p. 285 ; Civ. 2^e. 10 mars 1977, obs. Julien, *D.* 1977, IR, p. 261, note Viatte, *Gaz. Pal.* 1978, 1, p. 3 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1977, p. 623 ; Civ. 3^e. 18 mai 1978, *Bull. civ.* III, n°159, obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1978, p. 438 ; Com. 22 mai 1985, obs. Julien, *D.* 1985, IR, p. 468.

¹¹¹⁷ Cité par Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 799, n°1144.

424. On objectera cependant que l'article 775 du Code de procédure civile dispose que « les ordonnances du conseiller de la mise en état n'ont pas, au principal, autorité de chose jugée à l'exception de celles statuant sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance ». L'exception a été posée par le décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005. Elle vient jeter un doute sur la notion de principal en semblant introduire dans les demandes substantielles les demandes procédurales. Ces doutes sont confirmés par la rédaction de l'article 914 du Code de procédure civile relative aux ordonnances du conseiller de la mise en état qui statue sur l'irrecevabilité des conclusions et la caducité de l'appel. En effet, aux termes de cet article, on peut lire que ces ordonnances ont autorité de chose jugée au principal. Elles peuvent ainsi faire l'objet d'un déféré devant la cour par requête dans le délai de 15 jours du prononcé de l'ordonnance¹¹¹⁸. Ainsi que le note le Professeur Perrot, « le déféré a pris une consistance juridictionnelle »¹¹¹⁹ ce qui justifie donc que le conseiller de la mise en état ne puisse plus statuer dans la formation de déféré¹¹²⁰. La reconnaissance de l'autorité de chose jugée au principal de ces ordonnances s'explique selon nous par le fait que l'extinction de l'instance a pour conséquence l'impossibilité pour le juge de rendre un jugement sur le fond et celle pour les parties d'attendre le jugement sur le fond pour contester le jugement sur la procédure. Pour autant, nous pensons qu'il convient de distinguer entre le jugement sur le fond et le jugement sur le principal, dans la mesure où l'article 480 les distingue clairement.

425. Lorsque le juge statue sur tout le principal, il statue sur les demandes expressément ou implicitement formulées, sur les prétentions virtuellement comprises dans les demandes. Le jugement définitif portant sur l'ensemble des demandes substantielles est l'acte qui matérialise la fonction juridictionnelle puisqu'il est l'acte par lequel le juge va mettre fin définitivement au litige. Il est l'acte de la fonction juridictionnelle et en présente à ce titre les attributs classiques. Le jugement définitif statuant sur tout le principal sera doté de l'autorité de chose jugée et ne pourra être remis en cause que par l'exercice d'un recours immédiat, il entraînera le dessaisissement du juge. Il sera doté d'une efficacité substantielle puisque les effets juridiques contenus dans le fait vont se réaliser, ainsi que d'une efficacité procédurale, dans la mesure où il va notamment entraîner l'extinction de l'instance. La finalité du principe dispositif est donc l'obtention du jugement. Plus exactement, les parties, en vertu du principe dispositif, attendent du juge qu'il statue sur tout le principal c'est-à-dire sur l'ensemble des demandes substantielles.

¹¹¹⁸ Civ. 1^e. 10 avr. 2013, n°12-14.939, obs. Perrot, *Procédures*, 2013, comm. 173. Il ressort donc de cette jurisprudence que le déféré peut être formé que la décision du magistrat de la mise en état ait mis fin ou non à l'instance, alors qu'auparavant la jurisprudence considérait que comme pour les jugements de procédure lorsque celles-ci n'avaient pas mis fin à l'instance, elles ne pouvaient faire l'objet que d'un recours avec la décision du fond. Cette jurisprudence vient remettre en cause la lettre de l'article 916 alinéa 1^{er} du code de procédure civile qui dispose pour autant que « les ordonnances du conseiller de la mise en état ne sont susceptibles d'aucun recours indépendamment de la décision sur le fond ».

¹¹¹⁹ Perrot (R.), « Conseiller de la mise en état, chose jugée et déféré », *Procédures*, 2013, étude 8.

¹¹²⁰ Civ. 2^e. 10 sept. 2009, Jurisdata n°200-049384, *Bull. civ. II*, n°209; obs. Fricero, *Procédures* 2009, comm. 364; note Salati, *JCP G* 2009, 257; note Putman, *JCP G* 2009, 352; note Amrani-Mekki, *JCP G* 2010, 546.

426. Il n'en reste pas moins qu'il est des hypothèses dans lesquelles le juge ne va pas statuer sur tout le principal mais sur une partie du principal. Tel est le cas lorsque le juge rend un jugement mixte. Le jugement mixte est, au regard des articles 544¹¹²¹ et 606¹¹²² du Code de procédure civile, le jugement par lequel le juge statue au principal et ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ce qui amène une partie des auteurs à considérer qu'il est avant dire droit et définitif¹¹²³. Ce sont de véritables jugements qui possèdent l'autorité de la chose jugée ; à ce titre il existe un « *principe de ventilation* »¹¹²⁴ de l'autorité de la chose jugée. Le jugement n'a autorité de chose jugée au principal que relativement à la contestation qu'il tranche. Concernant la mesure d'instruction ou la mesure provisoire, il possède une autorité de chose jugée avant dire droit¹¹²⁵. Concernant les jugements avant dire droit, ces derniers ne sont logiquement pas dotés de l'autorité de chose jugée au principal, dans la mesure où ces jugements ne reposent pas sur des prétentions des parties. Néanmoins l'autorité de chose jugée avant dire droit ne fait aucun doute. En effet, l'apparition de circonstances nouvelles est la marque d'un changement de cause de l'autorité de la chose jugée, de l'apparition d'un autre litige qui justifie donc que le juge puisse revenir sur sa décision¹¹²⁶. Les jugements avant dire droit sont des actes nécessaires pour que le juge puisse trancher le litige : s'ils tendent à la protection des intérêts de la partie qui en bénéficie, ils tendent plus largement à la préservation de l'unité du litige. En ordonnant une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, le juge garantit temporairement que le fait juridique qui lui est soumis n'évolue pas, mais il ne tranche pas à proprement parler de prétentions ce qui justifie donc le régime dérogatoire de cet acte juridictionnel, et notamment l'impossibilité de former une voie de recours indépendamment de la décision sur le fond.

427. Il est indispensable, pour que soit reconnu le jugement mixte, que le juge se prononce en partie sur les prétentions substantielles et qu'il ordonne une mesure. S'il manque le premier élément, il s'agira d'un simple jugement avant dire droit et s'il manque le second, il s'agira d'un jugement définitif. Le 25 octobre 2004, la Cour de cassation, en chambre mixte, a, à ce titre, considéré que ne tranchait pas une partie du principal, le jugement qui dans son dispositif ne faisait que prononcer une expertise et le versement d'une provision : il s'agissait donc d'un simple jugement avant dire droit qui ne pouvait faire l'objet d'un appel

¹¹²¹ « Les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal ».

¹¹²² « Les jugements en dernier ressort qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être frappés de pourvoi en cassation comme les jugements qui tranchent en dernier ressort tout le principal ».

¹¹²³ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 791, n°1130.

¹¹²⁴ *Ibid.* p. 792, n°1133.

¹¹²⁵ Nous ne retiendrons pas la qualification d'autorité de chose jugée au provisoire employée notamment par les Professeurs Guinchard, Chainais et Ferrand (Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 791, n°1132. En effet, nous rejoignons les Professeurs Cadiet et Jeuland qui ont souligné que les jugements portant sur ces mesures étant de « fausses décisions provisoires », les vraies décisions provisoires étant l'ordonnance de référé ainsi que l'ordonnance sur requête (Cadiet (L.), Jeuland (E.), *op. cit.*, p. 83-84, n°93 et 94.

¹¹²⁶ Art. 483 CPC.

immédiat¹¹²⁷. Le jugement mixte n'est autre que le jugement par lequel le juge exerce à la fois la *jurisdictio* et *l'imperium*, le jugement par lequel il exerce à la fois sa fonction juridictionnelle et sa fonction administrative. Par ce jugement, le juge ne tranche pas toutes les prétentions substantielles, mais une partie des prétentions substantielles. On pourrait y voir une atteinte à la fonction juridictionnelle et une violation de la neutralité du litige. Or, il n'en est rien. Le juge ne tranche pas tout le principal car il n'est pas en mesure de le faire. Il lui manque des éléments pour trancher définitivement le litige, ce qui justifie donc qu'il ne statue pas sur l'ensemble des demandes substantielles.

428. En conséquence, il ressort de ces développements qu'en principe les parties, lorsqu'elles agissent en vertu du principe dispositif, tendent à l'obtention d'un jugement statuant au principal mais qu'il est parfois des hypothèses dans lesquelles les circonstances de l'espèce justifieront qu'elles obtiennent d'abord un jugement mixte. Si l'obtention d'un jugement sur le fond est la finalité de l'office des parties en vertu du principe dispositif, il convient de voir que ce jugement est dépendant du jugement de procédure.

B. L'obtention du jugement sur le principal, dépendant du jugement de procédure

429. Le juge ne pourra rendre le jugement portant sur le principal que si l'instance est régulière, il ne pourra donc le rendre que sous réserve du jugement portant sur la procédure. Il convient donc de bien s'entendre sur ce que l'on entend par jugement portant sur la procédure. Ce dernier doit être appréhendé au regard de la lettre de l'article 480 du Code de procédure civile. Le jugement portant sur les demandes procédurales est un acte juridictionnel qui a autorité de chose jugée et qui ne porte pas sur le principal, il est le jugement qui porte sur les demandes procédurales, c'est-à-dire sur les exceptions de procédure, les fins de non-recevoir et les incidents. Lorsque le juge statue sur ces questions, il rend un jugement portant sur la régularité de l'instance, sur le déroulement de la procédure, il agit en vertu des prérogatives tirées de *l'imperium*.

430. Le Professeur Jarosson, mettant en évidence que le juge n'est que le dépositaire de *l'imperium* de l'Etat, a, pour rationaliser l'office du juge, présenté son office autour de trois pouvoirs : les pouvoirs que le juge détient en vertu de la *jurisdictio*, ceux qu'il détient en vertu de *l'imperium merum*, et ceux qu'il détient en vertu de *l'imperium mixtum*. Tandis que les premiers expriment les pouvoirs que le juge possède en raison de son office juridictionnel consacré par l'article 12 du Code de procédure civile, les deux autres expriment « *le pouvoir de commandement du juge* »¹¹²⁸, l'office gestionnaire du juge, consacré dans l'article 3 du même Code. L'auteur distingue : « *L'imperium est donc une nébuleuse qui est constituée par l'imperium merum – souvent désigné par la seule appellation d'imperium, laquelle est donc*

¹¹²⁷ Ch. Mix. 25 oct. 2004, *Bull. Mix.*n°3, note Serinet, *D.* 2005, p. 757; note Perrot, *Procédures* 2004, comm. 251; concl. Domingo, *Gaz. Pal.*6/8 mars 2005, p. 9.

¹¹²⁸ Bellamy (M.), « Le pouvoir de commandement du juge ou le nouvel esprit du procès », *art. préc.*

trompeuse – et la jurisdictio. L'imperium mixtum est une portion d'imperium, au contenu hétéroclite, et qui appartient à la fois à l'imperium merum et à la jurisdictio. Par nature, il ressortit plutôt à l'imperium merum, mais par sa fonction il est rattaché à la jurisdictio, pour des considérations pratiques d'efficacité »¹¹²⁹.

431. La mise en perspective de ces pouvoirs avec les différentes fonctions du juge permet de mettre en évidence que la *jurisdictio* se confond avec la fonction juridictionnelle, que *l'imperium mixtum* se confond avec la fonction du juge en matière de demandes procédurales, et que *l'imperium merum* est relatif aux pouvoirs du juge en matière de mesures d'administration judiciaire. L'ensemble de ces pouvoirs tend à assurer *l'imperium* de l'Etat. Cette présentation permet également de souligner l'autonomie de la fonction juridictionnelle et de l'acte juridictionnel. En effet, les actes que le juge prend en vertu des pouvoirs qu'il détient de la *jurisdictio* et de *l'imperium mixtum* sont des actes juridictionnels, à la différence de ceux qui sont pris dans le cadre de *l'imperium merum*. Tout le problème réside alors dans la distinction entre les mesures d'administration judiciaire et les incidents d'instance¹¹³⁰.

432. Le Professeur Théron a proposé comme critère d'identification des mesures d'administration judiciaire le critère de leur finalité¹¹³¹. Le juge qui prend une mesure d'administration judiciaire administre dans l'intérêt du service public. La mesure d'administration serait donc l'acte par lequel le juge n'exerce pas la fonction juridictionnelle, mais une fonction administrative. Nous ne souscrivons qu'en partie à son analyse. Si nous le rejoignons sur le fait que la mesure d'administration judiciaire est l'acte par lequel le juge n'exerce pas la fonction juridictionnelle, nous nous en éloignons quant au critère finaliste. En effet, le juge de l'exception de procédure, le juge de l'incident de procédure est un juge qui exerce une fonction administrative qui ne tranche pas le litige mais administre l'instance. La distinction entre les actes juridictionnels et les mesures d'administration judiciaire réside donc bien dans la finalité des actes, non au regard de la fonction administrative du juge mais au regard de la fonction juridictionnelle. Tandis que le jugement de procédure est l'acte juridictionnel par lequel le juge administre l'instance en vue de permettre au juge du fond de réaliser la fonction juridictionnelle, la mesure d'administration judiciaire est la décision que le juge prend indépendamment de la fonction juridictionnelle. Le jugement portant sur le principal est dépendant des prérogatives tirées de *l'imperium mixtum*, mais non de celles tirées de *l'imperium merum*. Si l'on préfère, le jugement de procédure est l'acte nécessaire pour que le juge exerce la fonction juridictionnelle, alors que la mesure d'administration judiciaire est l'acte qui n'est pas nécessaire à l'exercice de la fonction juridictionnelle.

¹¹²⁹ Jarosson (Ch.), « Réflexions sur *l'imperium* », *Etudes offertes à Pierre Bellet, op. cit.*, p. 245, spéc. p. 266, n°49.

¹¹³⁰ Les Professeurs Degoffe et Jeuland relevaient ainsi que si la distinction entre les jugements sur le fond et les mesures d'administration judiciaire était claire, celle entre les mesures d'administration judiciaire et les jugements relatifs à la procédure notamment au regard des jugements avant dire droit était beaucoup moins évidente. Degoffe (M.), Jeuland (E.), « Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », in *Etudes offertes à Jacques Normand, op. cit.*, p. 141, spéc. p. 153.

¹¹³¹ Théron (J.), « Mesures d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », *D.* 2010, p. 2246.

433. Le jugement portant sur le principal est dépendant du jugement sur la procédure, ce dernier étant l'acte nécessaire à la réalisation de la fonction juridictionnelle. Rappelons qu'aux termes de l'article 480 du Code de procédure, le jugement qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou *tout autre incident* a autorité de chose jugée. Ces jugements tendent à s'assurer de la régularité de l'instance. On remarque cependant que les décisions prises par le juge au regard des incidents de procédure sont qualifiées de mesures d'administration judiciaire alors que l'on devrait y voir des décisions juridictionnelles. Ces dernières, si elles sont administratives par leur objet, restent juridictionnelles par leur finalité. Elles ont vocation à ce que les parties fassent le nécessaire pour que l'instance soit régulière et que le juge puisse trancher le litige. Dans chacune de ces hypothèses, un incident vient affecter l'instance et donc son déroulement régulier. En outre, toutes ces mesures sont susceptibles d'affecter les droits et les obligations des parties, parce qu'elles affectent l'instance, soit en l'éteignant, soit en la suspendant.

434. Il convient donc de mettre en évidence quelles sont les mesures qui tendent à s'assurer de la régularité de l'instance. Nous pensons que ces dernières regroupent le sursis à statuer, la décision de radiation, les cas d'interruption d'instance, la péremption ainsi que la caducité de la citation. Sont donc de véritable mesure d'administration judiciaire, la décision du juge qui tend à constater non pas l'irrégularité de la procédure mais l'extinction de l'instance du fait des parties. Il s'agit donc des hypothèses du retrait du rôle, du désistement d'action, du désistement d'instance ainsi que de l'acquiescement. Dans ces hypothèses, le juge ne fait que constater l'extinction de l'instance à l'initiative d'une partie, il ne fait que prendre acte de leurs volontés. Ce ne sont pas des actes nécessaires à la réalisation de la fonction juridictionnelle, puisque les parties ont choisi que le juge n'exercerait pas la fonction juridictionnelle. Il s'agit de véritables mesures d'administration judiciaire, où le juge se contente d'administrer indépendamment de l'exercice de la fonction juridictionnelle. Nous pensons à ce titre que la décision que le juge prend sur les dépens doit être envisagée comme une mesure d'administration judiciaire.

435. Selon l'article 696 alinéa 1^{er}, « *la partie perdante est condamnée aux dépens, à moins que le juge, par décision motivée, n'en mette la totalité ou une fraction à la charge d'une partie* ». Dans cette hypothèse, le juge condamne d'office la partie perdante au nom de la bonne administration de la justice. La solution est traditionnelle¹¹³² et concerne en principe la partie succombante¹¹³³. Le juge doit se prononcer sur les dépens, même en l'absence de demande entre les parties¹¹³⁴. Dans cette hypothèse, la demande de condamnation ne saurait être envisagée comme une demande implicite, car les dépens sont relatifs aux frais de justice. L'article 695 du Code de procédure civile en donne la liste exhaustive. La condamnation ne

¹¹³² Req. 6 nov. 1911, *DP* 1911, 1, p. 492

¹¹³³ Le juge peut exceptionnellement mettre les dépens à la charge de la partie gagnante ; mais dans cette hypothèse, il doit motiver sa décision. (Soc. 22 mars 1983, *Bull.civ.* V, n°180 ; Civ. 2^e. 6 mai 2004, *Bull.civ.* II, n°211, obs. Perrot, *Procédures* 2004, comm. 148). Sur les exceptions cf. Défossez (M.), « Dépens. Condamnations aux dépens », *Fasc. 523 JurisClasseur*, n°52 et suiv.

¹¹³⁴ Civ. 2^e. 28 mai 2003, *Bull.civ.* II n°164, obs. Perrot (R.), *Procédures* 2003, comm. 191.

sert pas les intérêts de la partie gagnante, mais bien l'intérêt de l'Etat, l'intérêt général¹¹³⁵. La justice est un service public, elle relève de l'Etat, les dépens sont des frais qui concernent donc l'Etat. On pourrait voir dans la condamnation aux dépens une mesure d'administration judiciaire. Bien différent est l'office du juge en matière de frais irrépétibles, frais qui ne sauraient s'assimiler aux dépens.

436. Aux termes de l'article 700 du Code de procédure civile¹¹³⁶, « *comme il est dit au I de l'article 75 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation* ». Le principe est donc clair, le juge peut condamner à « *une indemnisation forfaitaire des frais d'instance non compris dans les dépens* »¹¹³⁷. Ces frais ne s'assimilent pour autant pas à des dommages et intérêts¹¹³⁸. Teintée d'équité, cette faculté ne constitue pas une atteinte au principe dispositif, dans la mesure où le juge ne peut la prononcer que si une demande des parties a été formulée. A ainsi été cassée la décision des juges du fond qui avaient, après avoir rejeté la demande de réparation sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, ordonné le remboursement des frais irrépétibles. La cassation est prononcée sur le fondement des articles 4 et 5 du Code de procédure civile au motif qu'aucune demande n'avait été formulée¹¹³⁹. Les parties doivent donc demander le remboursement, demande sans laquelle le juge ne peut intervenir sous peine de venir modifier la matière litigieuse. Ainsi, le mécanisme de l'article 700 ne contrevient pas au principe dispositif¹⁴⁰. Dans cette hypothèse, le juge n'agit pas en vertu des pouvoirs qu'il tire de l'*imperium merum*, mais il agit pour assurer le respect de la *jurisdictio*. En effet, la condamnation aux frais de l'article 700 du Code de procédure civile est une condamnation demandée par les parties, elle relève des intérêts privés et non de l'intérêt général.

¹¹³⁵ Ne sont donc pas compris dans les dépens tout ce qui n'est pas obligatoire et nécessaire pour le déroulement du procès. Tel est le cas, par exemple, des frais d'avocats lorsque la représentation n'est pas obligatoire (Civ. 2^e déc. 1987, *Bull.civ.* II, n°258), des émoluments de l'avoué lorsque la constitution n'est pas obligatoire (Soc. 14 nov. 1985, *Bull.civ.* V, n°537), des honoraires des techniciens qui n'ont pas été désignés par le juge (Civ. 2^e 5 déc. 1973, *Bull.civ.* II, n°321).

¹¹³⁶ Vray (H.), « A propos du nouvel article 700 du Nouveau Code de procédure civile », *Gaz.pal.* 1993, 1, doctr. p. 620.

¹¹³⁷ Défossez (M.), « Dépens. Frais irrépétibles. Article 700 », *J.-C. Proc. civ. Fasc. 524*, 2009, n°5.

¹¹³⁸ Civ. 2^e 8 juill. 2004, *Bull.civ.II.*, n°365, note Vinckel, *Dr. et proc.* 2005, n°1, p. 29.

¹¹³⁹ Civ. 3^e 8 déc. 1981, *Gaz.pal.*, 1982, 1, pan. 156 ; note Normand, *R.T.D.civ.* 1983, p. 183.

¹¹⁴⁰ Pour une analyse des frais irrépétibles non compris dans les dépens. Arbellot (F.), « Frais irrépétibles en matière civile », *B.I.C.C.* 15 déc. 2004, p. 3 et suiv.

Conclusion du Chapitre 2

437. Le renouvellement de l'étude du principe dispositif a permis de mettre en évidence les relations qu'entretiennent l'office des parties et l'office du juge au regard de la méthode de la fonction juridictionnelle et de l'instrument de la fonction juridictionnelle dans le cadre de la procédure ordinaire. L'étude du droit positif a révélé que la méthode par laquelle les parties venaient délimiter leur litige commandait la méthode de la fonction juridictionnelle ainsi que la structure de l'instrument de l'acte juridictionnel.

438. Nous avons vu que les parties motivent leur prétentions par l'émission de moyens. Elles sont à ce titre tenues de réaliser un syllogisme juridique dans le cadre de leurs écritures. Ces dernières s'apparentent à de véritables propositions de règlement juridictionnel du litige, à des propositions de normes juridictionnelles. Le développement des charges processuelles des parties n'est pas resté sans incidence sur la méthode par laquelle le juge tranche le litige. Si d'ordinaire et en raison des travaux de Motulsky, la méthode du juge s'articulait autour du syllogisme, aujourd'hui une conclusion différente s'impose. Le juge ne motive pas seul la décision, il ne fait que vérifier la légalité de la motivation proposée les parties par le contrôle des qualifications juridiques. Ce changement de méthode a été causé par la mise en place des écritures qualificatives ainsi que par la combinaison des jurisprudences relatives à la concentration des moyens et au pouvoir du juge quant à la qualification juridique des faits. Le juge n'est désormais plus tenu de changer le fondement juridique de la demande, mais il est obligé de procéder à la requalification des faits. La Cour de cassation a ainsi consacré la simple faculté pour le juge de relever un moyen mélangé de fait et de droit, mais l'obligation pour le juge de relever des moyens de pur droit. Le juge est dès lors tenu de respecter la motivation proposée par les parties de leurs prétentions juridiques sous réserve de leur conformité à la légalité. En outre, même lorsqu'il procède à la requalification, le juge doit respecter les prétentions des parties.

439. L'évolution de la jurisprudence se caractérise ainsi par une prise en compte des volontés individuelles dans le cadre des qualifications juridiques des demandes qui, loin de venir remettre en cause le principe dispositif, ne fait, à notre sens, que le renforcer. En effet, nous l'avons vu, le principe dispositif signifie que les parties sont tenues de délimiter le fait juridique : il est donc logique qu'elles puissent en maîtriser la qualification juridique qui est le procédé de motivation des prétentions. L'importance accordée par le droit à la volonté des parties quant aux qualifications juridiques repose également sur le fait que, si le juge doit respecter les fondements juridiques proposés par les parties, il peut également être dispensé de contrôler les qualifications juridiques lorsque les parties forment une demande dans le cadre d'un accord procédural. Dans cette hypothèse, la logique contractuelle qui repose sur la libre disponibilité des droits, permet aux parties de lier le juge sur le fondement juridique de la demande. Cet accord doit être distingué de l'accord d'amiable composition qui illustre

l'arbitrage judiciaire et qui permet au juge de s'émanciper des règles de droit pour trancher le litige.

440. Les rapports qu'entretiennent l'office des parties et du juge en vertu du principe dispositif ont également été étudiés au regard de la structure du jugement, plus précisément au regard de la localisation de l'autorité de la chose jugée. Nous avons démontré que la position actuelle de la Cour de cassation, qui dénie toute autorité de chose jugée aux motifs pour la reconnaître uniquement au dispositif, était non seulement bien fondée mais encore explicable par l'office des parties. En effet, l'autorité de la chose jugée correspond à l'autorité de la chose demandée, elle ne porte que sur le dispositif qui constitue le lieu où les prétentions sont tranchées. Elle porte sur l'ensemble de l'objet du litige. L'objet de l'autorité de la chose jugée fait référence à la prétention, tandis que la cause de l'autorité de la chose jugée préserve l'unité du litige. L'autorité de la chose jugée n'est donc attachée qu'au dispositif, car ce dernier a pour objet uniquement les prétentions et non les moyens des parties qui, eux, sont l'objet des motifs du jugement, ce qui nous a amené à qualifier leur autorité d'autorité de la chose motivée.

441. L'étude de la place des motifs dans le cadre du jugement nous a ainsi amené à nous prononcer sur l'autorité des motifs décisives et des motifs décisifs. S'il est logique que les premiers se voient reconnaître l'autorité de chose jugée, il en va autrement pour les motifs décisifs. La motivation n'est pas la fonction juridictionnelle, elle est une garantie de la fonction juridictionnelle. En outre, nous avons vu que l'objet du litige se confond avec la notion de principal, ce qui nous a permis de confirmer que le principe dispositif a pour finalité la fonction juridictionnelle. Les parties, en vertu du principe dispositif, ne tendent pas à obtenir n'importe quel jugement de la part du juge, elles tendent à l'obtention du jugement sur le fond, à l'obtention du jugement qui porte sur les demandes substantielles. Le jugement sur la procédure entendu comme le juge qui statue sur les fins de non-recevoir, les exceptions de procédure ainsi que les incidents ne sont pas la finalité du principe dispositif mais la finalité du principe d'initiative. Seulement, de la même manière que le principe d'initiative est nécessaire pour que le principe dispositif s'exprime, le jugement sur la procédure est nécessaire pour que le jugement sur le fond soit rendu par le juge.

Conclusion du Titre II

442. Le principe dispositif, s'il a pour objet de délimiter l'office des parties quant au litige, a pour finalité l'office du juge quant au litige ; c'est ce qui résulte de l'étude de la fonction, de la méthode et de l'instrument de la fonction juridictionnelle. La fonction juridictionnelle ne doit donc pas s'entendre comme le fait de trancher le litige en disant le droit, elle doit être définie comme le fait de trancher un litige en motivant dans le jugement.

443. Elle doit être définie en premier lieu comme le fait de trancher le litige car le litige est déterminant de la fonction juridictionnelle. Le juge du fait juridique a pour fonction de créer la norme juridique, alors que le juge de l'acte juridique entérine une norme juridique par l'homologation après un contrôle de légalité de la norme afin de lui conférer une efficacité. Il en est ainsi tant lorsque l'acte porte sur des droits indisponibles que lorsqu'il porte sur des droits disponibles. Autrement dit, il en est ainsi dans le cadre de l'acte gracieux et dans le cadre du contrat judiciaire. Plus exactement, la fonction juridictionnelle, si elle peut être définie comme le fait pour le juge de trancher le litige, est plus précisément le fait de trancher un litige, car, de la même manière que l'unité du litige commande l'office des parties, elle commande l'office du juge. L'interdiction pour le juge de trancher un litige autre que celui apporté par les parties et l'obligation de trancher tout le litige sont garanties par la neutralité du juge. Nous avons ainsi pu constater que l'article 5 du Code de procédure civile est inhérent à l'article 12 du Code de procédure civile, la neutralité était une modalité de réalisation de la fonction juridictionnelle : le juge ne peut trancher de litige qu'en étant neutre.

444. En outre, la fonction juridictionnelle doit être définie comme le fait de trancher le litige en motivant. La motivation se caractérise par la réalisation du syllogisme qui lui même caractérise l'opération de qualification. Le fait de réaliser le syllogisme doit être envisagé comme une méthode relative à la motivation, mais non comme le critère de la fonction juridictionnelle, méthode qui ne semble plus en outre être celle du juge qui aujourd'hui n'a plus l'obligation de changer le fondement juridique de la demande. En effet, l'évolution de la procédure civile marque une rupture avec la logique traditionnelle. Le juge ne réalise plus le syllogisme, ce sont les parties qui le présentent au juge, juge qui est tenu par les qualifications juridiques sous réserve de leur légalité. En effet, le juge devra requalifier les faits lorsque les syllogismes des parties ne sont pas juridiquement corrects et il devra toujours le faire dans le respect des prétentions des parties. Il contrôle le syllogisme réalisé par les parties au travers des moyens de droit et de fait qui ont vocation à motiver leurs prétentions. La finalité du principe dispositif est donc que le juge tranche un litige en contrôlant la légalité de la motivation des prétentions.

445. Enfin, nous avons mis en évidence que le juge tranche le litige dans le cadre du jugement sur le fond. Ce dernier a été distingué du jugement sur la procédure. Tandis que le premier est le jugement qui porte sur le principal, sur l'objet du litige composé des prétentions

substantielles, le second est le jugement qui porte sur le déroulement de la procédure et qui, le plus souvent, ne sera pas rendu par le juge du fond du litige, mais par le juge de la mise en état. Le jugement sur le fond est l'instrument de la fonction juridictionnelle dont la structure correspond à l'office des parties. Les motifs portent sur les moyens tandis que le dispositif porte sur les prétentions. De la même manière que les moyens sont des instruments de motivation des prétentions, les motifs sont des instruments de motivation de la décision. Seul le dispositif a autorité de chose jugée.

Conclusion de la 1^{ère} Partie

446. La première partie de notre étude était consacrée au renouvellement de la pensée de Motulsky quant à la fonction du principe dispositif. Classiquement présenté comme un principe de l'instance, le principe dispositif s'est révélé être une garantie de la fonction juridictionnelle. Si les parties ne remplissent pas leur office en vertu du principe dispositif, alors le juge n'exerce pas la fonction juridictionnelle. Il existe ainsi un rapport de cause à effet entre l'office des parties et du juge, rapport qui a permis de mettre en lumière toute la technicité du principe dispositif. Pour arriver à s'en convaincre, il a fallu non seulement s'intéresser à l'étude de l'objet mais également à la finalité du principe dispositif.

447. L'étude de l'objet du principe dispositif a permis de conclure que la maîtrise par les parties du litige n'est que la maîtrise du fait juridique. Techniquement, elle s'exprime par la maîtrise des prétentions, prétentions qui caractérisent les demandes, et qui ne sauraient être confondues avec les preuves ou les moyens. L'office des parties, en vertu du principe dispositif, régi par l'article 4 du Code de procédure civile, ne doit ainsi pas être confondu avec l'office des parties en vertu du principe d'initiative. Ce dernier est relatif au rôle des parties dans le cadre du déroulement de l'instance et est régi par l'article 2 du Code de procédure civile. Tandis que le premier consacre la possibilité pour les parties de délimiter leur litige par la formulation de demandes substantielles, le second fonde l'office des parties vis-à-vis des demandes procédurales et vis-à-vis des charges processuelles. Bien que ces principes ne recouvrent pas les mêmes fonctions, ils doivent être lus ensemble. Aucun principe du procès ne peut être étudié de manière indépendante : le principe d'initiative a pour fonction de permettre la concrétisation du principe dispositif et le principe du contradictoire a pour fonction de permettre aux parties d'être maîtresses ensemble, et de la même manière, du litige. Si le principe dispositif ne peut trouver à se réaliser que conjointement aux autres principes, il n'en reste pas moins que son objet est uniquement de régir l'office des parties vis-à-vis des demandes. C'est ce qui se dissimule derrière la règle selon laquelle le litige est la chose des parties. En outre, si nous avons vu que l'office des parties était de délimiter le litige, il est plus particulièrement de délimiter un litige. En effet, le principe de l'unité du litige, qui reflète le fait que le procès est le lieu du règlement d'un seul litige, nous a permis de circonscrire l'étendue des pouvoirs des parties vis-à-vis du litige, et de revenir notamment sur le principe d'immutabilité du litige. Ce dernier ne doit pas être entendu comme l'interdiction de présenter des demandes autres que la demande initiale, mais bien comme l'interdiction de présenter des demandes qui portent sur un autre litige que celui qui a donné lieu à l'ouverture du procès.

448. Lorsque les parties remplissent leur office en vertu du principe dispositif, c'est pour que le juge remplisse la fonction juridictionnelle. La finalité du principe dispositif est, par conséquent, que le juge tranche le litige, pour être plus précis, qu'il tranche un seul litige et tout le litige. Le principe de l'unité du litige, s'il vient commander l'office des parties des

parties, commande également la fonction juridictionnelle ; il sert de fondement à la coopération des parties et du juge dans le règlement du litige. Il n'autorise pas le juge à statuer en dehors du litige, mais il vient justifier l'étendue de ces pouvoirs, notamment en matière de demandes implicites ou virtuelles. La fonction juridictionnelle oblige alors le juge à trancher les prétentions des parties dans le cadre du jugement sur le fond, entendu comme le jugement portant sur les demandes substantielles. La réalisation de cette fonction se manifeste par la création de la norme juridictionnelle dans le cadre du dispositif. La norme juridictionnelle n'est, en effet, que la norme juridique qui est inhérente au fait. La fonction juridictionnelle qui est donc de trancher un litige, ne doit donc pas être confondue avec la garantie de la fonction juridictionnelle : la motivation. La motivation se caractérise par la réalisation du syllogisme, elle n'est qu'une méthode intellectuelle symptomatique non pas de la fonction juridictionnelle mais d'une garantie de la fonction juridictionnelle. En effet, si la motivation est nécessaire à la fonction juridictionnelle, elle n'est pas la fonction juridictionnelle, ce qui justifie donc que désormais, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, les juges doivent prendre en compte les volontés individuelles dans le cadre de la qualification juridique.

449. L'office du juge et des parties du fait juridique a été distingué de l'office du juge et des parties de l'acte juridique. Chacun de ces offices participent à ce que le juge rende la justice, mais ils ne sauraient se confondre. Le principe dispositif ne s'applique pas lorsque les parties apportent au juge un acte juridique. Il en va ainsi dans deux hypothèses : lorsque les parties apportent au juge extraordinaire le jugement rendu par les juges du fond, qui n'est qu'un acte juridique créé par le juge, et lorsque les parties apportent au juge du fond un acte juridique qu'elles ont-elles même créé, que celui-ci porte sur des droits disponibles ou non. Dans ces situations, le juge ne crée pas de norme juridictionnelle, il n'agit pas en vertu de la *jurisdictio* mais en vertu de l'*imperium*. Dans ce cas, la finalité de l'office des parties est de voir entériner une norme juridique après un contrôle de légalité. A l'inverse, dans le cadre du fait juridique, la finalité de l'office des parties est d'obtenir la création d'une norme qu'elles vont proposer. L'office du juge du fait juridique est une fonction normative, alors que l'office du juge de l'acte juridique est une fonction de contrôle de la légalité d'une norme.

450. Derrière la maxime « da mihi factum, dabo tibi jus », il faut entendre *donne-moi un litige, je trancherai le litige* ou, si on préfère, *donne moi le fait juridique, je te donnerai la norme juridictionnelle*. Le principe dispositif est une garantie de la fonction juridictionnelle qui justifie donc qu'on s'attarde sur sa nature, pour mettre en évidence que, derrière l'article 4 du Code de procédure civile, se dissimule le droit fondamental des parties à disposer de la matière litigieuse.

2^{ème} Partie : Un droit fondamental

« Un autre procès ou est-il interdit de rêver ? »¹¹⁴¹

451. L'article 4 du Code de procédure civile n'est pas une simple règle de procédure civile qui vient organiser les relations que les parties entretiennent avec leur litige. Il est permis de voir dans cette règle un véritable droit fondamental. L'idée a déjà pu être avancée par certains auteurs, notamment par les Professeurs Fricero et Pédrot qui font explicitement référence au « *droit à disposer de la matière litigieuse* » comme principe sur lequel repose l'action en justice avec le principe du contradictoire¹¹⁴². Elle mérite qu'on s'y arrête quelques instants.

452. La qualification de droit fondamental ne se veut pas être un plaidoyer en faveur de la subjectivisation du droit¹¹⁴³. En effet, « *la fondamentalisation du droit comme sa subjectivisation font l'objet de critiques qui ne doivent pas être négligées* »¹¹⁴⁴. On sait que la qualification de droit fondamental est appréciée, largement utilisée, à tel point qu'une partie de la doctrine a mis en avant qu'« *il est devenu usuel de présenter un droit comme fondamental* »¹¹⁴⁵. Il ne fait aucun doute qu'« *il existe un mouvement pernicieux, consistant à galvauder les droits fondamentaux* »¹¹⁴⁶. Le constat de la fundamentalité du principe dispositif ne se veut ainsi pas être un exercice de style. Il s'inscrit dans un mouvement de protection des droits fondamentaux de procédure qui à certains égards semblent menacés¹¹⁴⁷ et amène à se pencher sur la question de son effectivité.

453. La question de l'effectivité des droits fondamentaux est souvent abordée au regard de la question de l'effectivité des droits substantiels, effectivité qui serait aujourd'hui garantie par la procéduralisation du droit substantiel. Ainsi, le Professeur Frison-Roche écrit que « *la procédure, parfois perçue comme la limite nécessaire à l'efficacité de l'action judiciaire, doit être pensée au contraire comme un mécanisme d'efficacité au regard des droits concrétisés : procédure et efficacité ne sont pas contraires* »¹¹⁴⁸. La question qui se pose donc est celle de l'effectivité des droits fondamentaux de procédure et plus précisément de son effectivité vis-à-vis des autres droits fondamentaux de procédure.

¹¹⁴¹ Martin (R.), « Un autre procès ou est-il interdit de rêver ? », *R.T.D.civ.* 1994, p. 557.

¹¹⁴² Fricero (N.), Pédrot (Ph.), *Libertés et droits fondamentaux*, dir. Frison-Roche (M.-A.), Revet (Th.), Dalloz, 2012, 18 éd., p. 601, spéc. p. 603, n°719.

¹¹⁴³ Fraisseix (P.), « La « subjectivisation » du droit administratif », *L.P.A.* 15/10/2004, n°207, p. 212 ; Glaudet (Ph.), « Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme », *L.P.A.* 31/03/2004, n°65, p. 3.

¹¹⁴⁴ De Béchillon (D.), Molfessis (N.), « Sur les rapports entre le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n°16. Pour une présentation des critiques, v. Drago (G.), *Contentieux constitutionnel français*, 3^e éd. PUF, 2011, p. 73 n°65.

¹¹⁴⁵ Dreyer (E.), « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, p. 748, n°1.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*, n°21.

¹¹⁴⁷ Guincharde (S.), « Menaces sur la justice des droits de l'homme et les droits fondamentaux de procédure », *in Etudes offertes à Jacques Normand, op. cit.*, p. 209.

¹¹⁴⁸ Frison-Roche (M.-A.), « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », *art. préc.*, p. 1, spéc. p. 11.

454. En effet, l'évolution de la procédure civile, tant d'un point de vue réglementaire que jurisprudentiel, pose la question de la pérennité du principe dispositif. Ce dernier est menacé par les autres droits fondamentaux de procédure et notamment par le principe du contradictoire. Dans une perspective de conciliation des droits, il semble donc nécessaire de reconnaître formellement cette valeur afin d'en clarifier le régime (**Titre II**). Néanmoins, avant d'aborder cette question, il convient de s'attacher à l'établissement de sa nature fondamentale (**Titre I**).

Titre I L'établissement de la nature de ce droit fondamental

455. Des auteurs considèrent que l'utilisation des droits et libertés fondamentales diffèrerait selon qu'ils sont utilisés par le juge judiciaire ou le juge administratif¹¹⁴⁹. Et puis, pourquoi droit et non liberté ?¹¹⁵⁰ Le flou qui entoure la notion de droit fondamental est assez décourageant¹¹⁵¹. On pourrait paraphraser le doyen Carbonnier et dire, sans grande audace, qu'il y a plus d'une définition dans la maison des droits fondamentaux. La qualification à l'égard du principe dispositif de « droit fondamental » est possible si l'on admet que « chercher la définition d'un terme est un travail vain si l'on n'accepte pas son caractère stipulatif »¹¹⁵². Il convient donc de faire un choix dans l'ensemble des définitions proposées pour pouvoir affirmer clairement que le principe dispositif peut prétendre à la qualification de droit fondamental.

456. La doctrine distingue deux courants principaux qui tendent à l'identification des droits fondamentaux. Tandis que le premier repose sur une analyse positiviste du droit, le second est fortement marqué par les opinions jusnaturalistes¹¹⁵³. La définition retenue de la qualification de droit fondamental pour les développements qui vont suivre repose sur celle proposée par le Professeur Favoreu, sur la définition positiviste. Les droits fondamentaux sont des « normes de degré supérieur »¹¹⁵⁴ qui autorisent les justiciables à agir d'une manière déterminée. C'est sur cette définition que nous nous appuyerons pour démontrer le caractère fondamental du principe dispositif. Il convient donc dans un premier temps de mettre en évidence que le principe dispositif est une norme juridique (**Chapitre 1**) pour dans un second temps mettre en évidence qu'il est une norme juridique de degré supérieur (**Chapitre 2**).

¹¹⁴⁹ Dupré de Boulois (X.), « La notion de liberté et de droit fondamentaux en droit privé », *JCP G* 2007, I, 211.

¹¹⁵⁰ Henneke-Vauchez (S.), Roman (D.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Dalloz, coll. HyperCours, 1^{er} éd. 2013, p. 7 n°1 et suiv.

¹¹⁵¹ Certains auteurs se refusent même à parler de droits fondamentaux mais préfèrent le terme plus classique de libertés publiques. Lebreton (G.), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 7^e éd., 2005 ; Wachsmann (P.), *Libertés publiques*, Dalloz, Cours, 7^e éd., 2013.

¹¹⁵² Champeil-Desplats (V.), « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, p. 323.

¹¹⁵³ Picard (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *A.J.D.A.* 1998, p. 6.

¹¹⁵⁴ Favoreu (L.), et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Précis, 6^e éd., 2012, p. 79.

Chapitre 1 - Une norme juridique

457. Le doyen Cornu, un des pères fondateurs du [nouveau] Code de procédure civile, écrivait : « *les principes directeurs sont des règles de droit ; non de simples déclarations d'intention, mais de véritables dispositions positives* »¹¹⁵⁵. La formule est solennelle et ne laisse aucune place à l'ambiguïté. Mais ce qui tend à l'évidence peut rapidement se rapprocher de l'apparence, les Professeurs Solus et Perrot notaient ainsi que l'expression « principe dispositif » « *n'est guère évocatrice ; car finalement le véritable problème est de savoir de quelle est exactement l'étendue des pouvoirs dont les parties disposent ; et elle est même trompeuse, si elle doit servir de paravent ostentatoire. A vrai dire, il est vain de disserter sur des maximes dont le contenu reste à définir* »¹¹⁵⁶. La question de la nature du principe dispositif dans le procès civil est complexe, la doctrine n'est pas unanime. Il suffit de prendre acte du fait que le fascicule du *Répertoire Dalloz* consacré aux principes directeurs du procès ne dit pas un mot du principe dispositif¹¹⁵⁷. Ni la loi ni la Cour de cassation ne l'ont consacré explicitement ce qui pourrait amener à penser que le principe dispositif n'est pas un élément du droit positif, mais un principe scientifique, un élément du discours sur le droit¹¹⁵⁸.

458. On écrit ainsi, à propos du Code de procédure civile, que « *les articles 1 à 24 n'étaient donc pas destinés par leur principal concepteur à énoncer des principes. Le motif profond de cette exclusion réside dans cette sage conviction que des principes doctrinaux n'ont pas leur place dans la législation* »¹¹⁵⁹ ; « *les « principes directeurs du procès » ne sont plus en fin de compte, des normes obligatoires indépendamment les unes des autres. Ils n'énoncent guère que des directives adressées à un interprète non tenu de les observer exclusivement. L'adjectif « directeur » dissout la normativité du substantif « principe »* »¹¹⁶⁰. On serait alors tenté de considérer que le principe dispositif ne serait qu'un simple dogme, « *un principe de pure extraction doctrinale* »¹¹⁶¹. Cette affirmation bien que minoritaire n'est cependant pas dénuée de toute argumentation et est liée au rôle fondamental qu'a joué la science juridique dans l'élaboration du [nouveau] Code de procédure civile. En effet, l'édification des principes directeurs du procès civil est à mettre en corrélation avec l'influence des processualistes de l'époque. Il ne fait aucun doute que « *ces principes directeurs, on les doit initialement à la*

¹¹⁵⁵ Cornu (G.), « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes », *art. préc.*, p.83, s spéc. p. 85.

¹¹⁵⁶ Solus (H.), Perrot (R.), *Droit judiciaire privé*, T.III., Sirey, 1991, p. 81, n°79.

¹¹⁵⁷ Martin (R.), « Principes directeurs du procès », *op. cit.*

¹¹⁵⁸ Cette distinction rejoint celles proposées par les Professeurs Jeammaud et Cholet qui parle pour le premier de « principes normatifs » par opposition aux « principes extrapositifs », et pour le second de « principes-idée directrices » par opposition aux « principes normes ». Jeammaud (A.), « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, dir. Caudal (S.), Economica, coll. Etudes juridiques, dir. Molfessis (N.), 2008, p.49, spéc. p.70. Cholet (D.), *La célérité de la procédure en droit processuel*, préf. Giudicelli-Delage (G.), L.G.D.J., 2006, T. 466, p. 388, n°395.

¹¹⁵⁹ Morvan (P.), *Le principe de droit privé*, préf. Sourieux (J.-L.), éd. Panthéon Assas, 1999, p. 529, n°568.

¹¹⁶⁰ *Ibid.*

¹¹⁶¹ *Ibid.*, p. 521, n°566.

*pensée de Motulsky et à la participation si active de Gérard Cornu dans le fond et dans la forme »*¹¹⁶².

459. Notre démonstration, si elle ne saurait prétendre à la qualification d'épistémologique¹¹⁶³, s'inspire néanmoins de cette dernière. Elle constitue une analyse et une critique de l'impact des efforts de la science juridique relativement au principe dispositif. *«Rebrousser chemin est la méthode qui permet de rendre conscients les choix qui ont conduit à un itinéraire, et par conséquent à renoncer à beaucoup d'autres »*¹¹⁶⁴. Le phénomène de réception du principe dispositif par la doctrine permet de mettre en évidence l'influence de cette dernière quant au principe dispositif. Il a en effet été souligné que *« lorsqu'on trouve une telle inscription dans un manuel juridique ou dans un autre ouvrage juridique, on l'interprète en qualité d'une proposition (au sens logique du terme) concernant le fait, qu'une telle norme est en vigueur dans un système donné, ou en qualité d'une proposition (vraie ou fausse) donnant une information, qui concerne la modalité juridique d'un acte. (...). Une inscription ayant la structure en question est donc interprétée non en qualité d'une norme légale, mais en qualité d'une proposition concernant une norme. Bien sûr du point de vue de la pratique juridique l'information transmise par une norme joue le même rôle que l'information transmise par une proposition concernant le contenu de cette norme. Cependant, les problèmes théoriques sont divers »*¹¹⁶⁵.

460. Le Professeur Savaux relevait ainsi, à propos de la science juridique qui s'intéresse au contrat, qu'elle *« n'exerce pas seulement un rôle déterminant dans la révélation de ce que décident les sources institutionnelles du droit. Elle influence aussi la formation de leurs décisions par la compréhension qu'elle livre des compréhensions des principes et du contrat »*¹¹⁶⁶. Le même constat peut être fait au regard du procès et plus particulièrement au regard du principe dispositif. En effet, parce que le principe dispositif est une règle de droit, il est comme toute règle de droit l'objet de la science juridique. Il incombe donc à cette dernière d'étudier le droit, particulièrement le droit positif. Il apparaît néanmoins que l'on ne connaît du principe dispositif que la forme savante que lui a donné Motulsky. Aussi, la démonstration de la juridicité du principe dispositif passe par la mise en évidence des relations qu'il entretient avec le droit positif ainsi qu'avec la science juridique. Il s'agit dès lors de mettre en évidence dans un premier temps que la doctrine s'est saisie d'une norme juridique (**Section I**) pour dans un second temps mettre en évidence qu'elle a révélé le sens de cette norme juridique (**Section II**).

¹¹⁶² Terré (F.), « La réception du nouveau Code de procédure civile par la doctrine », in *le nouveau Code de procédure civile (1972-2005)*, dir. Foyer (J.), Economica, 2005, p. 27, spéc. p. 33. Dans le même sens Beignier (B.), « Le nouveau Code de procédure civile : un droit de professeurs ? », in *1806-1976-2006, De la commémoration d'un code à l'autre op. cit.*, p. 35.

¹¹⁶³ Atias (Ch.), *Epistémologie juridique*, Dalloz, Précis Droit privé, 1^{er} éd. 2002.

¹¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 58.

¹¹⁶⁵ Ziembinski (Z.), « Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement », *A.P.D.* T.19, 1974, p. 25, spéc. p. 26.

¹¹⁶⁶ Savaux (E.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, préf. Aubert (J.-L.), L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 264, 1997, p. 140, n°175.

Section 1 - Le principe dispositif, une norme juridique saisie par la doctrine

461. La mise en évidence de la nature juridique du principe dispositif implique de démontrer non seulement que le principe dispositif est une règle¹¹⁶⁷ mais qu'il est également une règle de droit. En effet, il ne suffit pas de démontrer que le principe dispositif est une norme pour comprendre qu'il est une norme juridique dans la mesure où toutes les normes ne sont pas nécessairement juridiques. Il ne suffit pas de le faire mais il faut impérativement le faire car cette démonstration permet de lever les incertitudes et de clore le débat sur le point de savoir si le principe dispositif est une simple proposition descriptive ou une réelle proposition impérative. Aux termes de ces développements, la normativité du principe dispositif (§1) tout comme son caractère juridique (§2) se révéleront certains.

§ 1. La normativité du principe dispositif

462. Pour démontrer la normativité du principe dispositif, nous nous appuyerons sur la définition d'inspiration kelsénienne proposée par le Professeur De Béchillon. Selon l'auteur, est une norme « *la signification d'une proposition indiquant aux hommes ou aux institutions un modèle auquel conformer leur conduite impérativement* »¹¹⁶⁸. Nous verrons tout d'abord en quoi le principe dispositif peut être appréhendé comme la signification d'une proposition indiquant un modèle de conduite (A), pour nous intéresser ensuite à son caractère impératif (B).

A. Le principe dispositif, signification d'une proposition indiquant un modèle de conduite

463. Le principe dispositif ne se voit pas, il se comprend. Il est pour reprendre les termes du Professeur Amselek, « *un outil d'une texture purement psychique* »¹¹⁶⁹. L'affirmation frôle le truisme mais mérite cependant que l'on s'y arrête quelques instants. Le Professeur de Béchillon a mis en évidence que « *la signification d'une phrase dépend à la fois de son sens et de la force que son auteur lui imprime, en particulier grâce à la situation qu'il occupe dans le contexte où il énonce* »¹¹⁷⁰. Nous avons démontré que le principe dispositif est contenu dans l'article 4 du Code de procédure civile¹¹⁷¹, cet article est « *le contenant juridique* »¹¹⁷² du principe dispositif, l'*instrumentum*. C'est à partir de ce texte que l'on dégage traditionnellement la proposition, le *negotium* de l'acte, autrement dit le signifiant de la proposition. La signifiant du principe dispositif a été mis en évidence par Motulsky par l'idée

¹¹⁶⁷ Si certains auteurs tendent à distinguer la norme de la règle (Thibierge (C.), « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *in A.P.D.* 2008, T. 51, p. 34), nous les tiendrons pour notre part comme synonymes.

¹¹⁶⁸ De Béchillon (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, 1997, p. 165 et 166.

¹¹⁶⁹ Amselek (P.), « Norme et loi », *A.P.D.* 1990, p. 92.

¹¹⁷⁰ De Béchillon (D.), *op. cit.*, p. 167.

¹¹⁷¹ V. *supra* n°65 à 81.

¹¹⁷² De Béchillon (D.), *op. cit.*, p.166.

selon laquelle « *les parties sont maîtresses de la matière litigieuse* » lors de l'édification du Code de procédure civile. Autrement dit, seules les parties peuvent formuler les prétentions, les tiers au procès et le juge ne doivent pas participer ; aussi les parties parce qu'elles jouissent de cette liberté en ont donc corrélativement la responsabilité.

464. Plus complexe est la question de la force du principe dispositif puisque comme il a été démontré « *la question de l'autorité d'un discours se ramène à un simple problème de reconnaissance, par les destinataires du discours, de l'autorité de celui qui le prononce* »¹¹⁷³. Ainsi la force du principe dispositif ne sera pas la même selon qu'il émane de la bouche du législateur, du juge ou de la plume de la doctrine et selon qu'il est reçu par le législateur, le juge ou la doctrine. Actuellement l'utilisation du principe dispositif uniquement par la doctrine ne lui permet pas de jouer le rôle prépondérant qui est attaché à sa fonction. Il n'en reste pas moins que son absence de force n'élide pas le fait que le principe dispositif est la signification d'une proposition, plus précisément la signification d'un modèle.

465. Le critère du modèle est bien connu et est même, parfois, considéré par une partie de la doctrine comme, non pas *un*, mais *le* critère de la règle de droit. Cette position est défendue notamment par les Professeurs Amselek¹¹⁷⁴ et Jeammaud¹¹⁷⁵. Si nous n'adhérons pas à cette conception qui résulte d'une étude étymologique du terme « norme », nous ne pouvons que souligner les apports de cette analyse en matière de définition, notamment la mise en évidence de la norme comme un instrument de mesure, d'évaluation. La norme indique donc un modèle, mais pas n'importe quel modèle de conduite, un modèle abstrait. « *Un modèle abstrait, c'est une construction purement mentale, pas un dessin, un plan, ou quoi que ce soit de ce genre. C'est l'idée ou le concept d'une situation, d'un comportement ou d'une chose auquel on veut rapporter une situation, un comportement ou une chose réels par le biais d'une opération de jugement* »¹¹⁷⁶. Le principe dispositif, parce qu'il est d'abord une signification, est nécessairement abstrait. On ne dessine pas le modèle du principe dispositif, on le comprend. Il est une représentation de l'action des parties et du juge. En effet, le principe dispositif vise la conduite humaine et plus particulièrement la conduite des parties et du juge. En ce qu'il est un modèle, il crée des obligations à la charge des destinataires qui ont vocation à mettre en œuvre le principe dispositif.

466. Le fait que les parties soient maîtresses de la matière litigieuse indique nécessairement un modèle comportemental, un modèle de conduite particulier¹¹⁷⁷ ; il indique *le modèle accusatoire matériel* qui ne doit pas être confondu avec la procédure accusatoire. Certains ont pu justement relever que « *la maîtrise que l'on peut raisonnablement reconnaître aux parties*

¹¹⁷³ *Ibid.*, p. 169.

¹¹⁷⁴ Amselek (P.), *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, préf. Einsenmann (Ch.), L.G.D.J., 1964, p. 66 et suiv. , v. aussi du même auteur, « Norme et loi », in *A.P.D.*, Sirey, 1980, T.25, p. 89.

¹¹⁷⁵ Jeammaud (A.), *Des oppositions de normes en droit privé*, thèse dact., Lyon, 1975, p. 152, n°61 et suiv. V. aussi. « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199.

¹¹⁷⁶ De Béchillon (D.), *op. cit.*, p. 171.

¹¹⁷⁷ V. contra Jeammaud (A.), *art.préc.* ; Thibierge (C.), *art. préc.*, spéc. p. 349.

sur le cadre du litige ne se confond pas avec la notion de procédure accusatoire ; ce type de procédure implique aussi des conséquences procédurales inconciliables avec ce qu'exige le bon fonctionnement du service public de la justice »¹¹⁷⁸. En effet, lorsque l'on parle d'une manière générale de procédure accusatoire, on fait le plus souvent référence aux pouvoirs de direction de l'instance, au principe d'initiative et de conduite de l'instance. Et, au regard d'un tel principe, il est évident que les parties en matière civile doivent composer avec les pouvoirs de plus en plus croissants du juge. Néanmoins, pareille analyse n'empêche pas d'assimiler le principe dispositif à la notion d'accusatoire dans la mesure où la procédure accusatoire ne fait pas uniquement référence aux pouvoirs de direction et de conduite de l'instance, mais également aux pouvoirs des parties au regard de la matière litigieuse.

467. Il faut distinguer l'accusatoire formel – principe d'impulsion¹¹⁷⁹ – et l'accusatoire matériel – principe dispositif. Motulsky avançait en effet, à propos de la procédure pénale, qu'en la matière, on ne pouvait parler de principe dispositif dans la mesure où la détermination de la matière litigieuse appartenait, en raison de l'ordre public, non pas aux parties mais au juge. C'est ce qu'il nommait « *le principe inquisitoire matériel* », par opposition au « *principe inquisitoire au sens formel* » qui fait référence à la conduite du procès¹¹⁸⁰. Ainsi, il faut comprendre, par une analyse *a contrario*, que lorsque ce sont les parties qui déterminent ensemble la matière litigieuse, on parle de principe accusatoire matériel par opposition au principe accusatoire au sens formel qui fait référence au principe d'impulsion, encore dénommé principe d'initiative.

468. Quelques précisions s'imposent néanmoins. Le terme accusatoire est souvent utilisé, très rarement étudié. On doit à M. Primot d'avoir remonté le temps et analysé non seulement l'avènement mais également l'évolution du terme accusatoire¹¹⁸¹. Aux termes de sa réflexion, l'auteur a mis en évidence le galvaudage des notions et la création artificielle de l'opposition entre l'accusatoire et l'inquisitoire par la doctrine. En effet, ces deux concepts juridiques, nés de l'étude de la procédure criminelle, ne sont pas antagonistes. C'est la doctrine du XIX^{ème} siècle, qui a utilisé ces termes de manière opposée, afin de décrire les différents systèmes de justice pénale¹¹⁸². S'il n'est pas question ici de prendre part au débat portant sur la question de savoir si les termes sont opposés ou seulement complémentaires, il est néanmoins assez intéressant de relever que les définitions proposées par la doctrine qui les a utilisés en matière de procédure pénale sont très proches de celle du principe dispositif. Par exemple, la définition du système accusatoire se rapproche très fortement de celle du principe dispositif. M. Primot, reprenant les termes d'Ortolan, souligne ainsi que l'accusatoire est l'idée « *de deux parties qui sont en contestation devant un juge qui doit se prononcer entre elles, avec un*

¹¹⁷⁸ Héron (J.), Bars le (Th.), *op. cit.*, p. 215, n°262.

¹¹⁷⁹ V. *supra* n°4.

¹¹⁸⁰ Motulsky (H.), *Cours de droit processuel, op. cit.*, p. 196.

¹¹⁸¹ Primot (L.), *Le concept d'inquisitoire en procédure pénale. Représentations, fondements, définition*, L.G.D.J., bibliothèque de sciences criminelles, T.47, préf. (J.-H.) Robert, p. 343, n°562 et suiv.

¹¹⁸² Sur ce point v. « Inquisitoire-accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ? », *Revue internationale de droit pénal*, 1997, ERES, p. 17 et suiv.

accusateur qui impute le crime et qui prend à charge de le prouver, un accusé à qui le crime est imputé et qui a toute latitude pour se défendre et pour repousser les preuves alléguées contre lui par l'accusateur, et un juge qui prononce, sur les preuves fournies par chacun »¹¹⁸³. L'idée est identique, celle d'un conflit qui appartient à deux parties et qui doit être tranché par un juge. Les professeurs Solus et Perrot relevaient ainsi que la procédure civile est une procédure de type accusatoire et qu'elle procède de l'idée que « *le litige est la chose des parties* » et que *le juge est à leur disposition pour les entendre et les juger dans la stricte mesure où on le lui demande* »¹¹⁸⁴.

469. Par conséquent, le principe dispositif peut être envisagé comme la signification d'une proposition indiquant un modèle de conduite. Plus particulièrement, il peut être envisagé comme la signification du modèle accusatoire matériel, modèle qui met en relief la liberté procédurale des parties quant à la détermination des prétentions. Pour être plus précis, il l'indique de manière impérative, ce qu'il nous revient d'établir maintenant.

B. Le principe dispositif, signification d'une proposition indiquant un modèle de conduite sur un mode impératif

470. Il n'y a de norme et donc de norme juridique que lorsque la proposition est impérative. Or, le principe dispositif ne semble pas en lui-même impératif. Il n'existe pas de disposition impérative faisant explicitement référence au « principe dispositif », la Cour de cassation ne s'y est jamais référée expressément. Le principe dispositif semble donc être davantage une formule décrivant les articles plus qu'une véritable norme juridique. L'impérativité du principe dispositif n'est donc pas aisée à saisir. On peut en premier lieu douter de l'impérativité du principe dispositif (1). Néanmoins, il serait erroné de déduire de l'absence de consécration une absence de normativité. Le principe dispositif est une norme (2).

1. Les doutes sur l'impérativité du principe dispositif

471. Kelsen notait que « *le mot « norme » exprime l'idée que quelque chose doit être ou se produire* »¹¹⁸⁵. Une norme exprime un devoir-être (*Sollen*) et se distingue ainsi de la proposition qui exprime quant à elle un être (*Sein*). Pour le maître autrichien, « *les propositions par lesquelles la science du droit décrit ces relations sont les propositions de droit (Rechtssätze) ; il faut distinguer ces propositions de droit des normes de droit ou normes juridiques (Rechtsnormen). Les normes juridiques sont créées par les organes juridiques et doivent être appliquées par eux et obéies par les sujets de droit. – Les propositions de droit sont des jugements hypothétiques qui énoncent qu'au regard d'un certain ordre juridique, national, international, donné à la connaissance juridique, si certaines conditions définies par cet ordre sont réalisées, certaines conséquences qu'il*

¹¹⁸³ Primot (L.), *op.cit.*, p. 360, n°599 citant Ortolan (L.), *Cours de législation pénale comparée*, Paris, Joubert Librairie-Editeur, 1839, p. 87, 122, 123, 124.

¹¹⁸⁴ Solus (H.), Perrot (R.), *op. cit.*, p. 79, n°78.

¹¹⁸⁵ Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, Bruylant, L.G.D.J., 1999, p. 13

détermine doivent avoir lieu »¹¹⁸⁶. Ce qui distingue donc les normes des propositions de droit est le caractère impératif attaché aux premières et refusé aux secondes¹¹⁸⁷. A l'inverse, de l'acte de volonté, l'acte de pensée n'a pas vocation à modifier le comportement d'autrui. Kelsen était clair sur ce point : « *la doctrine juridique ne peut poser des actes formateurs de droit, car les actes formateurs de droit sont des actes de volonté tandis que la science du droit ou la doctrine juridique est une fonction de connaissance et non de volonté* »¹¹⁸⁸. En effet, selon cette théorie, la doctrine ne peut en aucun cas poser des normes, elle ne peut que décrire. « *Les propositions par lesquelles on décrit le contenu des normes juridiques sont énoncées en langage des juristes, même si elles sont souvent homéomorphes aux propositions normatives phénoménales formulées en langage du droit. Et lorsque, partant de la constatation que telle norme est en vigueur dans un ordre juridique, on en déduit une règle, ce n'est pas cette dernière que l'on énonce, mais son nom métalinguistique, c'est-à-dire une proposition en langage des juristes qui la constate en reproduisant son contenu* »¹¹⁸⁹. Pour distinguer la norme de la proposition, Kelsen relevait donc que tandis que la première est la signification d'un acte de volonté, la seconde est la signification d'un acte de pensée.

472. Le théoricien autrichien après avoir mis en avant que les propositions de droit décrivent un *Sein* alors que les normes décrivent un *Sollen* relativise : les propositions de droit qui portent sur une norme comportent également un *Sollen*. Il existe en effet une dualité de *Sollen* : un devoir-être descriptif et un devoir-être impératif, le premier est propre à ces propositions de droit tandis que le second est caractéristique des normes¹¹⁹⁰. L'identité du *Sollen* de la norme juridique et du *Sollen* de la proposition de droit qui porte sur une norme résulte du fait que, tant les normes que les propositions du droit sont liées par un lien d'imputation et non de causalité. Le « principe d'imputation », propre aux sciences normatives de la société, est distinct du lien de causalité, propre aux sciences causales de la nature¹¹⁹¹. Il se traduit par le fait que tant dans la norme que dans la proposition de droit, si A est alors B doit être, et non pas si A est, B est¹¹⁹². Seulement dans la proposition scientifique, le *Sollen* est descriptif alors que dans la norme le *Sollen* est prescriptif. Pour le théoricien viennois « *décrire est la signification d'un acte de connaissance ; « commander » ou « prescrire » est la signification d'un acte de volonté* »¹¹⁹³.

¹¹⁸⁶ Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 79.

¹¹⁸⁷ Kelsen parle indistinctement de proposition de droit et de propositions normatives. Nous préférons la première acception dans la mesure où la seconde ne nous semble pas pertinente et chargée de confusions. Effectivement, à la lecture de l'œuvre kelsenienne, on constate que le maître autrichien utilise le terme de « normativité » dans une multitude de situations et avec des sens différents, ce qui est source d'équivoque et de difficultés de compréhension (Sur ce point et pour un éclairage des sens donnés par Kelsen, V. Bobbio (N), *Essais de théorie du droit*, préf. Guastini (R.), L.G.D.J. Bruylant, coll. La pensée juridique, 1998, p. 186 et suiv).

¹¹⁸⁸ Kelsen (H.), *Théorie générale des normes*, PUF, Léviathan, 1996, p. 155.

¹¹⁸⁹ Jeammaud (A.), *Des oppositions de normes en droit privé interne*, op. cit., p. 229, n°100.

¹¹⁹⁰ Kelsen (H.), op. cit., p. 199 et suiv.

¹¹⁹¹ *Ibid.*, p. 32. Pour une critique de l'approche de Kelsen sur la science et notamment l'application du principe de causalité, V. Amselek (P.), « Lois juridiques et lois scientifiques », *Droits*, 1987-6, p. 95 ; Béchillon de (D.), op. cit., p. 187.

¹¹⁹² Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 85.

¹¹⁹³ Kelsen (H.), *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 125.

473. Le principe dispositif est présenté par le produit d'une systématisation doctrinale¹¹⁹⁴. Or, l'exercice de systématisation est un acte de pensée qui tend à la connaissance du droit par la science juridique¹¹⁹⁵. Le principe dispositif, en ce qu'il a été formulé par la doctrine, ne semble pas être la signification du premier mais bien du second. Ce serait un énoncé sur une norme juridique, il décrirait une norme juridique¹¹⁹⁶. Cette analyse est corroborée par le fait que le principe dispositif n'a jamais été consacré. La Cour de cassation n'utilise pas le principe dispositif pour motiver ses décisions. L'expression « principe dispositif » n'existe ni dans les motifs ni dans le dispositif des arrêts de la Cour. En effet, il est curieux de constater que l'expression « principe dispositif » n'est présente que très rarement dans les arrêts de la Cour de cassation. Si on la trouve dans les arrêts de l'ensemble des chambres, la Haute juridiction n'a jamais rendu d'arrêt au visa du principe dispositif. Lorsqu'il est fait référence au principe dispositif c'est uniquement en rappel des moyens avancés par les parties et donc logiquement dans des arrêts qui ont rejeté le moyen tiré de la violation du principe dispositif¹¹⁹⁷. Le principe dispositif ne semble donc recouvrir de réalité que pour les plaideurs, étrange paradoxe... Aucun arrêt n'a été cassé pour violation du principe dispositif. Le principe dispositif ne présente aucune identité propre devant les juges de cassation.

474. La présentation du principe dispositif par la doctrine comme un produit de la systématisation des textes du Code de procédure civile et son absence de consécration légale font croire à son caractère purement descriptif. Néanmoins, on ne saurait déduire de l'absence de consécration formelle du principe dispositif son rattachement à la catégorie des propositions de droit. En effet, la normativité ne s'assimile pas à la textualité. La norme peut exister indépendamment même de sa nomination. De ce point de vue, la normativité du principe dispositif ne fait aucun doute.

2. La levée des doutes sur l'impérativité du principe dispositif

475. Comme il a été souligné, « *l'impératif ne brille pas par son pouvoir de séduction* »¹¹⁹⁸, il a été¹¹⁹⁹, et reste, largement controversé¹²⁰⁰. Néanmoins, cette référence à l'impératif « *est*

¹¹⁹⁴ V. *infra* n°521 à 523.

¹¹⁹⁵ Kelsen (H.), *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 217.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 202, IV.

¹¹⁹⁷ Civ. 1^e. 14 févr. 2006, *Bull. civ.* I. n°71, p. 69 ; Civ. 2^e. 6 janv. 2011, n°09-71.820 ; *Bull. civ.* II ; *JurisData* 2011-000046 ; Civ. 2^e. 5 juill. 2006, n°05-11801 ; Civ. 2^e. 20 nov. 2003, n°02-12906 ; Civ. 2^e. 21 juin 2001, n°00-10413 ; Civ. 2^e. 18 mars 1999 ; n°97-13965 ; Civ. 2^e. 29 avr. 1997, n°95-18806 ; Civ. 2^e. 6 mai 1999, n°97-15275 ; Civ. 2^e. 15 juin 1994, n°92-18313 ; Civ. 2^e. 29 avr. 1994, n°92-18575 ; Civ. 2^e. 16 mars 1994, *Bull. civ.* II, n°94, p.54 ; Civ. 2^e. 21 juill. 1992, n°91-12485 ; Civ. 3^e. 16 févr. 1994, n°92-13918 ; Civ. 3^e. 17 févr. 1993, n°91-10211 ; Com. 11 déc. 2007, n°06-16103 ; Com. 28 avr. 2004, *Bull. civ.* IV. n°74, p.76 ; Com. 10 déc. 2002, n°97-15808 ; Com. 17 sept. 2002, n°99-20065 ; Com. 15 mai 2001, n°97-17348 ; Com. 30 nov. 1999, n°97-14962 ; Soc. 21 juin 2005, *Bull. civ.* V n°206, p.181 ; Com. 5 mai 1998, n°96-15010 ; Com. 16 déc. 1997, n°95-11083 ; Com. 2 juill. 1996, n°94-18032 ; Com. 29 mars 1989, n° 87-15.194 ; Soc. 27 mai 2003, n°01-42374 ; Soc. 25 mars 1998, n°97-43241 ; Soc. 1 juin 1995, n°92-20688 ; Soc. 6 juin. 1990, n°88-40076.

¹¹⁹⁸ De Béchillon (D.), *op. cit.*, p. 181.

¹¹⁹⁹ V. notamment, le chapitre consacré par la maître autrichien aux doctrines niant la distinction entre l'être et le devoir être, Kelsen (H.), *Théorie générale des normes*, PUF, Léviathan, 1996, p. 79 et suiv.

¹²⁰⁰ Amselek (P.), « Les fonctions normatives ou catégories modales », in *Mélanges en l'honneur de Michel Troper, L'architecture du droit*, Economica, 2006, p. 51, spéc. p.56. « *Kelsen, on le sait oppose de manière très*

indispensable parce que les distinctions qu'elle autorise sont elles-mêmes indispensables : parce que nous ne pouvons pas nous permettre d'ignorer qu'une fracture irréductible sépare l'être et le devoir-être, la nature et l'éthique, et parce que nous ne pouvons pas nous permettre d'oublier non plus que le commandement, l'impératif catégorique, l'interdiction structurent dans toute leur dureté une image du Droit sur laquelle notre civilisation, d'une certaine manière se construit »¹²⁰¹. Nous souscrivons parfaitement à cette analyse et considérons que la nouvelle définition de la norme, défendue notamment par les Professeurs Amselek et Jeammaud, uniquement fondée sur le critère du modèle¹²⁰² est insuffisante dans la mesure où elle ne met pas suffisamment en relief le critère de l'impérativité et par là-même la nécessaire séparation entre le droit et la science. L'impérativité permet donc de caractériser la norme.

476. Une première précision s'impose : « *impératif ne signifie pas unilatéral ; impératif ne signifie pas monologique ; impératif ne signifie pas inadaptable* »¹²⁰³. Par norme impérative, il faut bien évidemment entendre la norme qui ordonne mais également celle qui habilite et permet. Ce sont là les trois visages, également dénommés du point de vue de la logique générale « *catégories modales* »¹²⁰⁴, que l'on reconnaît à l'impérativité¹²⁰⁵. Si l'on observe le principe dispositif, celui-ci signifie que les parties sont maîtresses de la matière litigieuse. *A priori*, il n'y a aucune référence impérative. Le mode indicatif lui est traditionnellement attaché, il semble plus relever de la description que de l'impérativité. C'est ici que s'impose la seconde précision. Il a été démontré qu'en matière de normativité une prise de distance avec la linguistique était nécessaire. L'impérativité ne doit pas être assimilée au mode de conjugaison, certaines normes sont exprimées grammaticalement à l'indicatif¹²⁰⁶. L'impérativité ne découle donc pas strictement de la formule grammaticale ; au contraire, « *l'impératif entoure l'énoncé, il le nimbe* »¹²⁰⁷.

477. La Cour de cassation n'a jamais rendu d'arrêt aux termes duquel on pourrait lire qu'« *attendu que les parties délimitent ensemble la matière litigieuse, le juge n'a pas à modifier les termes du litige tels qu'ils ont été amenés par les parties* ». De même elle n'a jamais soulevé que « *vu le principe dispositif, le juge ne peut pas modifier les termes du litige* ». Néanmoins la sanction régulière de l'interdiction pour le juge de modifier l'objet du litige des composantes du principe dispositif révèle bien le caractère normatif du principe

tranchée, mais bien obscure, le monde des faits, du Sein, et le monde des normes, du Sollen, du devoir ou du devoir-être,- deux mondes mystérieux et irréductibles. En fait, le Chef de l'Ecole normativiste a reconnu lui-même n'avoir guère approfondi cette opposition Sein-Sollen reprise de Kant mais dont il n'a jamais dépassé une approche purement impressionniste.

¹²⁰¹ De Béchillon (D.), *op. cit.*, p. 195.

¹²⁰² Voir *supra* n°465.

¹²⁰³ Béchillon de (D.), *op. cit.*, p. 206.

¹²⁰⁴ Amselek (P.), « Les fonctions normatives ou catégories modales », *art. préc.*, p. 51, spéc. p. 53/54.

¹²⁰⁵ Kelsen (H.), *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 13.

¹²⁰⁶ Béchillon de (D.), *op. cit.*, p. 174 et suiv. V. aussi sur la caractère performatif des énoncés et une présentation de la théorie de Austin, Grzegorzczuk (Ch.), « Le rôle performatif dans le langage du droit », *A.P.D.*, T. 19, 1974, p. 229.

¹²⁰⁷ Béchillon de (D.), *op. cit.*, p. 176.

dispositif. La rédaction est toujours identique, « vu l'article 4 du code de procédure civile.... La cour d'appel a modifié l'objet du litige »¹²⁰⁸. Le constat est évident. Il serait erroné de refuser au principe dispositif le qualificatif de norme et donc de lui dénier toute impérativité en raison de l'absence de sanction explicite du principe. Si le principe dispositif n'est pas sanctionné nommément, il n'en reste pas moins que le respect par le juge des prétentions des parties met en évidence la normativité du principe dispositif.

478. Du point de vue des catégories modales, le principe dispositif se présente apparemment comme une norme permissive. Derrière le principe dispositif, on comprend de prime abord que les parties sont habilitées à être maîtresses de leur litige. Il apparaît donc comme une norme permissive à l'égard des parties. Avancer qu'une norme est permissive ne remet pas en cause son caractère impératif. « *Qu'elles ordonnent, qu'elles habilitent ou qu'elles permettent (...), les normes juridiques possèdent toujours une dimension impérative* »¹²⁰⁹. Il faut en effet déduire l'habilitation des parties à être maîtresses de la matière litigieuse du fait qu'elles peuvent ne pas l'être, « *car la vertu de l'impératif réside précisément dans sa capacité discriminatoire* »¹²¹⁰. Les parties ne sont pas nécessairement maîtresses de leur litige : il suffit de rappeler que tel n'est pas le cas en matière gracieuse¹²¹¹ ou lorsque l'ordre public est en jeu¹²¹². Mais sa signification n'est pas unique, et il faut également compter sur le fait que, si cette règle s'adresse directement aux parties, elle s'adresse indirectement au juge : le juge ne doit pas s'immiscer dans la détermination de la matière litigieuse, il ne peut pas introduire de nouveaux faits dans le débat. C'est ainsi que le Professeur De Béchillon relevait à propos des normes permissives qu'elles « *véhiculent une forte dose d'obligation : en ceci qu'elles constituent un droit d'effectuer une action, elles font nécessairement défense à autrui de contester ou de porter atteinte à ce droit. Toute règle permissive pour un individu s'avère en même temps prohibitive pour l'ensemble des autres* »¹²¹³. Autoriser les parties à être maîtresses de la matière litigieuse, c'est logiquement interdire au juge de l'être. Appréhendé de cette manière il semble que le principe dispositif soit effectivement une règle permissive.

479. Par conséquent, au regard de la distinction entre l'être et le devoir-être, on peut conclure à l'impérativité du principe dispositif et donc à la mise en évidence de son caractère normatif. Dans la mesure où le principe dispositif est la signification d'une proposition indiquant un modèle de conduite sur un mode impératif, sa normativité n'est pas discutable. Il

¹²⁰⁸ V. par ex : Soc. 5 mai 2010, n°08-45.567 ; Civ. 3^e. 18 mai 2010, n°09-13.938 ; Civ. 3^e. 8 juin 2010, n°09-13.107 ; Com. 3 nov. 2010, n°2010-02173 ; Civ. 1^e. 6 oct. 2010 n°09-14.343 ; Civ. 1^e. 5 nov. 2009, n°08-18.095 ; Civ. 3^e. 21 janv. 2004, n°01-15.563 ; Civ. 3^e. 29 janv. 2003, n°01-14.189 ; Civ. 3^e. 14 mars 2001, n°99-17.365 ; Com. 31 mars 1998 n°96-10.480 ; Civ. 3^e. 18 juill. 1985, n°93-19.169 ; Civ. 3^e. 12 oct. 1994, n°92-15.915 ; Civ. 3^e. 27 avr. 1994 n°92-13.297 ; Com. 9 mai 1990, n°88-17.466.

¹²⁰⁹ Béchillon de (D.), *op. cit.*, p. 180.

¹²¹⁰ *Ibid.*, p. 177.

¹²¹¹ Voir *supra* n°327 à 332.

¹²¹² Voir *supra* n°47 à 59.

¹²¹³ Béchillon de (D.), *op. cit.*, p. 179 *in fine*.

est une norme qui impose la liberté procédurale des parties quant à la détermination de leur litige. Il convient dès lors de démontrer que cette norme est une norme juridique.

§ 2. La juridicité du principe dispositif

480. S'interroger sur le caractère de norme juridique du principe dispositif revient à soulever l'épineux problème de la définition du Droit. « *On ne peut définir le droit, mais seulement le penser. Autrement dit, il faut d'abord douter du droit pour mieux y croire ensuite* »¹²¹⁴. Le principe dispositif est-il une norme juridique ? Qu'est-ce qu'une règle de droit ? Qu'est-ce que le Droit ? « *Indéfinissable mais présent* »¹²¹⁵, le Droit ne se laisse enfermer dans aucune définition. Chacun sait que chaque auteur possède sa propre définition. La citation est dépourvue d'originalité mais pour autant incontournable, « *il y a plus d'une définition dans la maison du droit* »¹²¹⁶. Par conséquent, l'exercice tendant à prouver la juridicité du principe dispositif est largement périlleux, nous en convenons parfaitement. Il suffit de rappeler que lorsque le Professeur Rials, en 1990, a demandé à la doctrine de donner une définition du Droit, ce sont plus de cinquante définitions différentes qui ont été proposées et publiées dans la Revue Droits¹²¹⁷. Dès lors, avant de démontrer la juridicité du principe dispositif (**B**), il convient de présenter précisément la conception de la juridicité et, par là-même, la définition du Droit que nous entendons adopter (**A**).

A. Définition de la juridicité

481. De manière classique, les critères retenus pour l'identification de la règle de droit sont les critères de la sanction et de la généralité. Néanmoins, cette définition a été remise en question par une partie de la doctrine (1). Si ces développements n'abordent pas directement le principe dispositif, il nous semble indispensable de présenter brièvement cette théorie (2).

1. La remise en cause de la définition classique

482. Selon la doctrine classique et majoritaire, la règle de droit est sanctionnée par l'Etat, elle se caractérise par son caractère coercitif. Pour le Professeur Bergel, « *il n'est pas de prescription juridique sans sanction, au moins indirecte* »¹²¹⁸. Cette analyse rappelle la théorie de Kelsen selon laquelle le droit est un ordre de contrainte¹²¹⁹. « *Le caractère coercitif de la règle de droit se déduit très logiquement du fait qu'elle est une règle de discipline des intérêts à l'intérieur d'une société : elle délimite les sphères de pouvoir de chacun vis-à-vis d'autrui, et la conséquence est que si l'un empiète sur la sphère de pouvoir de l'autre, ce dernier doit pouvoir le repousser* »¹²²⁰. Roubier soulignait ainsi qu' « *au point de vue de la*

¹²¹⁴ Rouland (N.), « Penser le droit », *Droits*, 1989-10, p. 77.

¹²¹⁵ Vedel (G.), « Indéfinissable mais présent », *Droits*, 1990-11, p. 67.

¹²¹⁶ Carbonnier (J.), « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits*, 1990-11, p. 5.

¹²¹⁷ Pour prendre connaissance de l'intégralité des définitions proposées, v. *Droits*, 1989-10 ; 1990-11.

¹²¹⁸ Bergel (J.-L.), *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 46, n°34.

¹²¹⁹ Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 41 et suiv.

¹²²⁰ Roubier (P.), *Théorie générale du droit*, préf. Deroussin (D.), 2005, 2^e éd., Dalloz, p. 32.

forme, les caractères extérieurs qui permettent de reconnaître une règle de droit sont, d'une part, le caractère général et abstrait, et d'autre part la sanction par l'autorité publique, qui en fait une règle de droit »¹²²¹. Tentant de définir les contours de la règle de droit, le Professeur De Béchillon a réalisé une synthèse des insuffisances et incohérences de cette définition¹²²². Non seulement le critère de la généralité ne saurait être retenu pour définir la norme juridique (a), mais le critère de la sanction n'est pas non plus adéquat (b).

a. Remise en cause du critère tiré de la généralité

483. La règle de droit est une règle générale et abstraite, on l'enseigne traditionnellement¹²²³. Cependant, la généralité de la règle de droit peut être discutée et a été largement discutée¹²²⁴. Tunc dénonça également à propos de la responsabilité civile l'existence d'un « droit en miettes »¹²²⁵ ; le Professeur Oppetit soulignait quant à lui que « la généralité de la règle de droit a vécu (...). Le recul des normes de type classique coïncide avec la multiplication de règles ponctuelles »¹²²⁶. S'appuyant sur ces critiques et remettant en cause les analyses classiques, une partie des auteurs a alors soulevé certaines incohérences majeures quant à l'adoption du critère de la généralité pour qualifier la règle de droit. Non seulement tout le droit n'est pas général mais le droit ne peut pas être général. Reprenons.

484. Pourquoi le droit n'est pas général ? Parce que l'Etat édicte de plus en plus de normes qui ne tendent pas à la généralité mais qui sont des normes juridiques individuelles : un permis de construire, une décision d'expropriation... Simple symbole de « la crise de la technique législative »¹²²⁷ ? Non. De plus en plus de normes visent une catégorie d'individus. Certes, on pourrait objecter qu'avancer que la règle de droit est générale n'exclut pas que la règle de droit puisse viser certaines personnes. Roubier avait déjà mis en avant que les lois qui s'appliquent à un petit nombre de personnes sont, malgré tout, des règles générales puisqu'elles sont susceptibles de s'appliquer à toute personne qui se trouve dans les conditions prévues par la règle de droit¹²²⁸, mais cet argument a été pertinemment réfuté par la doctrine. L'existence de normes individuelles ne fait aujourd'hui aucun doute¹²²⁹. Ce constat n'est pas uniquement le fait de l'Etat, le juge participe également au mouvement de « dégénéralisation » de la règle de droit puisque la norme juridictionnelle est par essence individuelle.

¹²²¹ *Ibid.*, p.25, n°4.

¹²²² Béchillon de (D.), *op. cit.*, p. 17 et suiv.

¹²²³ Bergel (J.-L.), *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 47, n°36 et suiv.

¹²²⁴ Ripert (G.), *Le déclin du droit*, *op. cit.*, p. 67, n°21 et suiv.

¹²²⁵ Tunc (A.), « Le droit en miettes », *A.P.D.* 1977, T.22, p. 31.

¹²²⁶ Oppetit (B.), « L'hypothèse du déclin du droit » *Droits* 1986-4, p. 9 spéc. p.16.

¹²²⁷ Viandier (A.), « La crise de la technique législative », *Droits* 1986-4, p. 76. L'auteur relève que « la technique législative évolue sur des chemins parallèles à ceux de la loi, laquelle connaît une crise profonde. De moins en moins générale et abstraite, pédagogique autant que normative, la loi a été dévalorisée, ce n'est plus qu'un instrument, une simple norme d'organisation, quand ce n'est pas l'arme d'un combat politicien ».

¹²²⁸ Roubier (P.), *op. cit.*, p. 25, n°4.

¹²²⁹ Mayer (P.), *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973, vol. XVII, ; « Existe-t-il des normes individuelles ? », in *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, *op. cit.*, p. 661.

485. La généralité n'est en outre pas un critère adéquat au regard des fonctions du Droit. Celui-ci est un instrument de régulation de la société, de direction des comportements. Or, « *la prise en compte, même sommaire, de la complexité des situations à aborder « efficacement » conduit nécessairement à introduire dans la norme de l'exception, de la dérogation, de la négociation, de la marge, du mou... De l'espèce, en quelque sorte. C'est-à-dire très exactement ce dont les règles générales ne s'accommodent pas* »¹²³⁰. L'analyse est convaincante, la conclusion également : « *La généralité est une propriété quantitative. Elle a trait au nombre des sujets de la règle, et à rien d'autre. A la question de savoir à combien de destinataires s'applique la norme, elle répond qu'il en existe plusieurs et que ceux-ci ne sont pas dénombrables ou identifiables a priori. Elle renvoie donc au champ d'application de la règle et à lui seulement. Générale la norme possède un nombre indéfini d'applications ; individuelle ou particulière, elle en concerne un nombre fini* »¹²³¹.

486. La généralité n'est donc pas un critère pertinent de définition de la règle de droit. Non seulement toutes les règles de droit ne sont pas générales, mais elles ne peuvent l'être au regard de la finalité même du droit. Tout aussi réfutable est le critère tiré de la sanction.

b. Remise en cause du critère tiré de la sanction

487. Le critère de la juridicité de la règle de droit est en principe attribué à la sanction. Gény insistait clairement sur ce point¹²³². Pour autant, cette affirmation n'est pas partagée de manière unanime. Si la doctrine privatiste avait déjà apporté quelques nuances, la doctrine publiciste a également contribué à la remis en cause de cette analyse.

488. Le Professeur Jestaz a proposé une analyse atypique de la sanction en tant que critère de la règle de droit. Mettant en évidence qu' « *la sanction reste une belle inconnue à qui, par boutade et pour se débarrasser du problème, on prête les traits moustachus du « gendarme »* »¹²³³, l'auteur se propose de se détacher de l'assimilation de la sanction à la contrainte. La contrainte n'est pas inhérente à la règle de droit, elle lui est extérieure. C'est l'Etat qui organise la contrainte et certaines règles sont juridiques alors même qu'elles n'impliquent aucune contrainte. La sanction, entendue comme la contrainte, n'est qu'une des conséquences juridiques possibles de la règle de droit, elle n'est cependant pas automatique. L'assimilation de la sanction, comme critère de juridicité de la norme, à la contrainte laisse sous entendre que seules les normes prescrivant un comportement seraient juridiques. Or, il existe des normes juridiques qui ne prescrivent pas de comportement, des « *normes*

¹²³⁰ Béchillon de (D.), *op. cit.*, p. 31.

¹²³¹ *Ibid.*, p. 36.

¹²³² Gény (F.), *Science et technique*, T.I., Sirey, 1913, p. 47. V. également Aulagnon (L.), « Aperçu sur la force dans la règle de droit », *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, *op. cit.*, p. 29.

¹²³³ Jestaz (Ph.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, p. 197.

attributives »¹²³⁴. Ces normes ont la particularité de conférer aux justiciables une action qui tend à faire reconnaître un droit ou une situation déterminés.

489. Partant, l'auteur propose de voir dans la sanction, non plus la répression, mais le tarif, « *ce que le plaideur réclame dans ses conclusions sur le fondement de la loi : reconnaissance de son dû ou de son droit* »¹²³⁵. Cette analyse permet de mettre en avant l'incohérence de l'amalgame entre la sanction et le droit, entre l'effectivité et la juridicité. Ce qui compte ce n'est pas qu'il y ait eu un effet juridique mais que la règle de droit soit susceptible d'entraîner un effet juridique. L'analyse menée par le Professeur Jestaz, si elle permet effectivement de détacher l'idée de sanction de la contrainte, ne permet cependant pas de définir la règle de droit en dehors de toute référence à la sanction. En effet, comme cela a pu être relevé, « *en vérité Philippe Jestaz ne construit pas la juridicité sur la sanction. C'est l'aptitude propre des règles de droit à prescrire certains types d'effets éventuellement justiciable de cette sanction qui forge le plus gros de son critère. (...) Mais n'est ce pas un peu la preuve, paradoxale en apparence, que la sanction n'est pas indispensable à sa propre définition du Droit ?* »¹²³⁶.

490. Virally avait déjà dénoncé l'amalgame séduisant de la contrainte et de la sanction. Il a effectivement mis en lumière que la contrainte n'a de réalité juridique que lorsqu'elle prend la forme d'une peine ou d'une exécution forcée. « *Sanction et usage de la contrainte ne sont pas une seule et même chose. La sanction est un moyen parmi d'autres de mettre la force au service de l'ordre juridique* »¹²³⁷. L'auteur a alors proposé une nouvelle définition beaucoup plus large de la sanction. Doit être considérée comme telle, « *toute atteinte portée à la situation juridique d'un sujet de droit, soit par constitution d'obligations nouvelles, soit par déchéance de droits, en conséquence de la violation d'une obligation* »¹²³⁸. La théorie de la sanction comme critère de la règle juridique repose en effet sur l'assimilation malencontreuse de la juridicité et de l'effectivité de la règle de droit¹²³⁹, entre le critère de la règle de droit et la propriété de la règle de produire des effets juridiques : la règle de droit ne serait juridique que si elle est efficace ; or pour pouvoir être efficace il faut qu'elle soit sanctionnée. Pour autant, non seulement l'effectivité n'est pas la condition de la juridicité mais la sanction ne garantit également pas l'effectivité de la norme juridique¹²⁴⁰. Une règle juridique qui ne produit pas d'effet continue d'être juridique mais la règle de droit ne produit pas d'effet uniquement par la sanction¹²⁴¹.

¹²³⁴ *Ibid.*, spéc. p. 201.

¹²³⁵ *Ibid.*, spéc. p. 198.

¹²³⁶ Béchillon de (D.), *op. cit.*, p. 76.

¹²³⁷ Virally (M.), *La pensée juridique*, L.G.D.J., 1960, p. 70 V. également, « Le phénomène juridique », *R.D.P.* 1966, p. 5, spéc. p. 20.

¹²³⁸ Virally (M.), *op. cit.*, p. 71.

¹²³⁹ Béchillon de (D.), *op. cit.*, p. 60 : « *mal fondée, la thèse selon laquelle la sanction constituerait le critère du Droit repose sur une idée fautive : celle selon laquelle le respect de la règle de Droit, son effectivité, voire son efficacité, influent directement sur la préservation des caractères essentiels de la norme et notamment sur sa « juridicité »* ».

¹²⁴⁰ Leroy (Y.), « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société* 79/2011, p. 715.

¹²⁴¹ *Ibid.*, p. 61 et suiv.

491. S'opposant à Carré De Malberg¹²⁴² et s'éloignant de la position de Kelsen¹²⁴³, le Professeur De Béchillon a mis en lumière que « l'existence d'une contrainte prouve l'existence d'une obligation, mais pas l'apparition d'une obligation juridique »¹²⁴⁴. A ce titre, il est rejoint par le Professeur Amselek pour qui la « force contraignante n'est pas l'apanage exclusif des normes juridiques ; elle n'a rien de mystérieux ou d'extraordinaire – elle n'est pas un OVNI auquel les juristes seraient les seuls à être confrontés »¹²⁴⁵. La sanction est intrinsèquement liée à la notion d'obligation mais pas uniquement à la notion d'obligation juridique. Une obligation morale est susceptible de sanction, pour autant elle ne saurait être assimilée à une obligation juridique.

492. En outre, la sanction est nécessairement postérieure à l'obligation juridique. Chronologiquement, l'obligation est d'abord posée, puis vient le temps de la recherche de la sanction. La sanction ne peut donc être présentée comme le critère de la règle juridique¹²⁴⁶. Et que faire du droit constitutionnel si le critère de la juridicité est la sanction ? Le Professeur Oppetit notait à cet égard que « la juridicité ne peut être subordonnée à l'existence d'une sanction coercitive sous peine de se confondre avec la force : il est des règles non sanctionnées ou ineffectives, en droit international, en droit constitutionnel ou même en droit privé, qui restent néanmoins des règles de droit (*leges imperfectae*), ce qui ne signifie pas pour autant, naturellement, que toutes les règles de conduite non sanctionnées sont juridiques »¹²⁴⁷. Pour reprendre les termes du Professeur Deumier, nous pouvons dire qu' « il est vrai que la sanction judiciaire est l'une des caractéristiques des règles de droit, particulièrement utile puisque aisément observable mais elle ne permet pas à elle seule de rendre compte de toutes les règles de droit ; elle caractérise la positivité du droit, mais ne la constitue pas ; elle est possible, sans être nécessaire ; elle accroît l'efficacité de l'impératif mais ne fonde pas sa validité »¹²⁴⁸.

493. Au regard de ces différentes analyses, on ne peut conclure à la définition de la juridicité par la sanction et on ne peut dès lors pas utiliser cette définition pour conclure à la juridicité du principe dispositif. Les critères classiques de définition de la règle de droit ayant été remis en cause, il convient dès à présent de s'intéresser à la définition que nous entendons retenir.

¹²⁴² Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1920, réédition C.N.R.S., 1962, p. 57.

¹²⁴³ Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 41 et suiv.

¹²⁴⁴ Béchillon de (D.), *op. cit.*, p. 67.

¹²⁴⁵ Amselek (P.), « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in *La force normative. Naissance d'un concept.*, dir. Thibierge (C.) et alii, L.G.D.J., Lextenso éditions, Bruylant, 2009, p. 3, spéc. p. 10.

¹²⁴⁶ Sur ce point v. Béchillon de (D.), *op. cit.*, p. 71.

¹²⁴⁷ Oppetit (B.), « Le droit hors la loi », *Droits*, 1989-10, p. 47, spéc. p. 49, v. aussi, Breillat (D.), « Le droit constitutionnel non sanctionné », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 25 ; Deumier (P.), *Le droit spontané*, préf. Jacquet (J.-M.), Economica, 2002, p. 254 et suiv ; Molfessis (N.), « la distinction du normatif et du non-normatif », *R.T.D.civ.* 1999, p. 729, spéc. p. 734.

¹²⁴⁸ Deumier (P.), *op. cit.*, p. 261.

2. Présentation de la définition nouvelle

494. Afin de mettre en évidence le critère de la juridicité des normes, le Professeur De Béchillon s'est en premier lieu attaché à rappeler le critère de la juridicité du système étatique. Il ne faut pas confondre la juridicité de l'ordre juridique et la juridicité de la règle. Chacun de ces objets acquiert sa juridicité par un mécanisme qui lui est propre. Cette étape est indispensable dans la mesure où une norme n'est juridique que lorsqu'elle s'inscrit dans un ordre juridique établi. Reprenant sur ce point la pensée de Virally¹²⁴⁹, il rappelle que la question de la juridicité de l'ordre étatique se confond avec la question de son effectivité : « *L'Etat est juridique parce qu'il s'affirme comme tel et qu'il arrive à résister à l'incongruité de cette auto-affirmation. C'est sa stabilité globale qui le juridicise et pas autre chose* »¹²⁵⁰. Cet axiome, auquel on ne peut qu'adhérer, est essentiel pour la compréhension de la nouvelle définition de la règle de droit. En effet, insistant sur le fait que « *c'est la solidité de cette affirmation qui assure la pérennité du système juridique* »¹²⁵¹, l'auteur conclut logiquement que la question de la juridicité des normes ne se pose pratiquement plus. Est juridique la norme qui appartient à l'ordre juridique. Pour Virally, la conclusion était identique, la juridicité de la norme ne lui est attribuée qu'au regard d'un élément formel, à savoir son rattachement à l'ordre juridique¹²⁵².

495. Dès lors, « *postulant l'Etat comme un système de normes et d'organes habilités, une règle sera dite juridique lorsqu'elle sera énoncée par un organe ou une personne habilitée pour ce faire par la puissance publique, investie par elle d'un pouvoir normatif* »¹²⁵³. Non seulement l'édition de la norme par l'autorité compétente lui confèrera son efficacité mais elle lui confèrera également sa validité. Comme il a pu l'être noté, « *plus encore que l'effectivité, la validité est une condition d'existence du droit positif. Elle lui confère la force obligatoire sans laquelle il ne serait pas autre chose qu'une suite de propositions intellectuelles – ou, plutôt, elle se confond avec cette force* »¹²⁵⁴. Cette position se rapproche *a priori* de celle du maître autrichien qui avait déjà souligné que « *par le mot « validité » (Getlung), nous désignons le mode d'existence spécifique des normes* »¹²⁵⁵. Cependant, il ne faut pas s'y méprendre. Les termes de validité ne recouvrent pas les mêmes significations pour Kelsen et Virally.

496. Pour Kelsen, la validité se définit par l'efficacité: une norme ne sera valide que si elle est efficace¹²⁵⁶. Une norme ne sera juridique que si elle est valide¹²⁵⁷. Le critère de la

¹²⁴⁹ Virally (M.), *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 137 et suiv.

¹²⁵⁰ Béchillon de (D.), *op. cit.*, p. 247.

¹²⁵¹ *Ibid.*, p. 248.

¹²⁵² Virally (M.), « Le phénomène juridique », *art. préc.*, spéc. p. 35.

¹²⁵³ Béchillon de (D.), *op. cit.*, p. 252.

¹²⁵⁴ Virally (M.), *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 142.

¹²⁵⁵ Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 18.

¹²⁵⁶ *Ibid.*, p. 19.

juridicité est ainsi, selon l'éminent théoricien, la validité. Néanmoins, les objections à cette théorie sont immédiates : certaines normes de droit positif restent des normes juridiques alors pourtant qu'elles sont inefficaces car tombées en désuétude par exemple. Malgré une absence d'efficacité en droit positif, ces normes ne disparaissent pas, elles continuent d'appartenir à l'ordre juridique. Pour autant, Kelsen a anticipé ces critiques : « *l'efficacité est une condition de la validité mais elle n'est pas cette validité elle-même* »¹²⁵⁸. Une question s'impose, celle du fondement de la validité. La réponse est bien connue et n'est que l'illustration de la théorie de la norme fondamentale. « *La validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme. En termes figurés, on qualifie la norme qui constitue le fondement de la validité d'une autre norme, de norme supérieure par rapport à cette dernière, qui apparaît donc comme inférieure à elle* »¹²⁵⁹. Et, comme l'on ne peut remonter à l'infini le chemin de la validité, il faut supposer et admettre qu'il existe une norme suprême dont la validité sera supposée et qui n'est déduite d'aucune autre norme supérieure, la norme fondamentale¹²⁶⁰. Ainsi, une norme sera juridique lorsqu'elle trouve sa validité dans la *Grundnorm*. La théorie kelsénienne est bien connue, ses détracteurs également.

497. En effet, admettre qu'il existe une norme juridique fondamentale sur laquelle repose l'intégralité du système juridique, ou plutôt supposer son existence n'est-ce pas finalement prendre le chemin du droit naturel que combat et dénonce le positivisme ? L'argument a été avancé¹²⁶¹, il a également été combattu¹²⁶². Il n'est point question ici de prendre part à cette controverse, car plus que de réalités empiriques, les arguments découlent de positions théoriques et derrière ce débat, se trouve en réalité l'opposition permanente et irréductible entre les tenants du droit naturel et ceux du droit positif. Plus objectif nous semble l'argument tiré de l'impossibilité de fonder le système juridique sur une norme hypothétique fondamentale au regard du développement du droit spontané. Le Professeur Deumier a pertinemment démontré la relativité de la théorie kelsénienne. Sans entrer dans les détails, rappelons seulement que l'auteur démontre comment l'efficacité comme condition de la validité vient entacher la théorie pure puisqu'une coutume efficace – qui ne trouve sa validité dans aucune norme supérieure – peut venir abroger une règle légale qui se trouve inefficace. Ainsi, la coutume, l'être, le *Sein*, peut venir remettre en cause les productions de la *Grundnorm*, le droit, le devoir être, le *Sollen*¹²⁶³. Cette possibilité fait ainsi échec à la théorie

¹²⁵⁷ Sur la validité comme efficacité juridique voir notamment Ost (F.) et Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, F.U.S.L., coll. Travaux et recherches, 1987, p. 259 et suiv. Les auteurs présentent à ce titre trois types de validité : la validité formelle, la validité empirique, la validité axiologique.

¹²⁵⁸ Kelsen (H.), *op. cit.*, p. 216. Il souligne à ce titre qu'une règle de droit qui n'est pas efficace ne saurait perdre immédiatement sa validité. Il est même indispensable qu'une règle puisse être transgressée. L'important c'est qu'elle puisse donner lieu à une certaine application. Seule perdra sa validité, la norme qui n'a jamais donné lieu à aucune application. La perte de la validité d'une norme et donc de sa juridicité résulte d'une inefficacité permanente et pas seulement ponctuelle.

¹²⁵⁹ *Ibid.*, p. 196.

¹²⁶⁰ *Ibid.*, p. 194 et suiv.

¹²⁶¹ Amselek (P.), « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *R.D.P.* 1978, n°1, p. 5.

¹²⁶² Béchillon de (D.), *op. cit.*, p. 229 et suiv. ; Troper (M.), « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *R.D.P.* 1978, n°6, p. 1523.

¹²⁶³ Deumier (P.), *op. cit.*, p. 298 et suiv., spéc. n°311.

du maître autrichien qui insistait tant sur le fait que *Sein* et *Sollen* appartiennent à deux univers qui ne sauraient se confondre. Comme il a été souligné, l'hypothèse de la norme juridique fondamentale semble plus servir de fondement logique à la théorie kelsénienne que l'ordre juridique lui-même¹²⁶⁴. Par conséquent la théorie de la validité semble présenter trop de faiblesses pour que l'on puisse s'y rattacher et nous préférons nous tourner vers l'analyse proposée par Virally.

498. Selon lui, une norme est juridique lorsqu'elle est valide. Mais ici la question de la validité fait référence aux sources du droit. « *Dès maintenant, nous comprenons que ces sources ne sont pas seulement des moyens d'élaborer les normes juridiques, de les rédiger, de leur donner une forme, mais avant tout des moyens de leur conférer une force spécifiquement juridique, de leur attribuer leur validité* »¹²⁶⁵. Une norme qui appartient à l'ordre juridique sera valide car elle sera susceptible de produire des effets juridiques¹²⁶⁶. Elle sera valide parce que l'ordre juridique auquel elle appartient est lui-même valide, ce dernier tirant sa validité de sa nécessité. Une règle sera une règle de droit lorsqu'elle est édictée par une personne que l'Etat a investie d'un pouvoir normatif. Au regard de cette définition, le principe dispositif est une norme juridique.

B. La juridicité du principe dispositif

499. D'aucuns pourront avancer que dans la mesure où les expressions « les parties sont maîtresses de la matière litigieuse » et « le principe dispositif » ne sont utilisées expressément par aucune source du droit, elles ne sauraient prétendre à une quelconque juridicité. Dès lors, de la même manière que l'on a pu douter de l'impérativité du principe dispositif en raison de sa formulation par la doctrine, on peut douter de sa juridicité. Néanmoins, ces doutes ne sont pas fondés, le principe dispositif est une règle juridique. Relisons Kelsen : « *La doctrine juridique peut seulement énoncer qu'une norme juridique est valide ; elle peut décrire les relations entre les normes juridiques ou entre des normes juridiques et d'autres normes, mais elle ne peut pas rendre valides des normes juridiques ou les priver de validité. Seule une autorité juridique, comme le législateur ou le juge peut le faire* »¹²⁶⁷. La doctrine a vocation à systématiser les textes et à essayer de leur donner une cohérence, de les rendre accessibles et intelligibles. La doctrine ne crée pas du droit, elle est une opinion sur le droit. Or, une opinion sur le droit n'a pas d'effet normatif¹²⁶⁸.

500. La normativité juridique ne donc par conséquent pas être confondue avec la textualité. Le Professeur Jeammaud insistait sur ce point : « *Il paraît donc nécessaire de*

¹²⁶⁴ Stamatis (C.), « La systématisme du droit chez Kelsen et les apories de la norme fondamentale », *A.P.D.* 1986, T.31, p. 45, spéc. p. 51.

¹²⁶⁵ Virally (M.), *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 144. L'auteur conclut logiquement à la relativité de la validité des normes juridiques.

¹²⁶⁶ Virally (M.), « Le phénomène juridique », *art. préc.*, spéc. p. 58 et suiv.

¹²⁶⁷ Kelsen (H.), *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 155.

¹²⁶⁸ Picard (E.), « « Science du droit » ou « doctrine juridique » », in *Mélanges en l'honneur de Roland Drago*, *op. cit.*, spéc. p. 122.

ne pas limiter la notion de droit positif à ce qui a été décidé *expressis verbis* par l'autorité. Il incombe au juriste dogmaticien de faire apparaître ces implications au moyen, notamment, du raisonnement déductif, ou, pour employer une métaphore, d'exprimer le suc de la disposition explicite. Une solution peut donc exister, être en vigueur dans l'ordre juridique, avant même de prendre la forme d'une proposition, de recevoir une expression linguistique »¹²⁶⁹. Le Professeur Amserek notait quant à lui que « peu importe la formule textuelle – le vêtement linguistique – utilisée pour l'énonciation des normes, et notamment des normes juridiques : il ne faut pas confondre l'énoncé émis par le législateur et la fonction de la norme dévolue par lui au contenu de pensée énoncé »¹²⁷⁰. En édictant les dispositions liminaires du Code de procédure civile, le pouvoir réglementaire a voulu édicter une charte de répartition des rôles entre le juge et les parties. Certes, il n'a pas utilisé directement le terme de principe dispositif mais par ces articles il a énoncé « un contenu de pensée », nécessairement juridique. L'édition de l'article 4 dudit Code traduit la volonté de lui donner un contenant juridique mais ne saurait en aucun cas être assimilée à la création de la norme.

501. Le caractère juridique du principe dispositif se confirme par l'utilisation par les juges du fond du principe dispositif en tant qu'instrument de motivation¹²⁷¹. En effet, à la différence de la Cour de cassation, les juges visent expressément « le principe dispositif » pour motiver leur solution. C'est ainsi que la Cour d'appel d'Angers, dans un arrêt du 5 avril 2011, a considéré pour justifier la condamnation aux dépens de la partie déboutée, qui n'avait pourtant pas été demandée, qu'« *il résulte en effet des termes de l'article 695 du Code de procédure civile que le juge doit au besoin d'office, condamner la partie perdante aux dépens, sans que le principe dispositif énoncé à l'article 5 du même code puisse restreindre l'exercice de son pouvoir discrétionnaire* »¹²⁷². La Cour d'appel de Paris a, quant à elle, dans une décision du 4 mars 2010, pu décider qu'il devait être fait droit à la demande de révocation de l'ordonnance de clôture en vue de laisser répondre la partie aux conclusions de son adversaire au regard non seulement du principe dispositif mais également du principe de la contradiction¹²⁷³. Les juges du fond de Dijon ont considéré, dans un arrêt du 12 janvier 2007, pour annuler le jugement rendu en première instance « *qu'en statuant ainsi alors que la société LYONNAISE DE BANQUE n'avait pas invoqué des fautes commises par Melle H. et, de surcroît, sans mettre cette dernière à même de s'expliquer sur ces faits, les premiers juges ont violé le principe dispositif et le principe du contradictoire* »¹²⁷⁴ et ceux de Versailles

¹²⁶⁹ Jeammaud (A.), *Des oppositions de normes en droit privé interne*, op. cit., p. 141, n°55.

¹²⁷⁰ Amserek (P.), « Les fonctions normatives ou catégories modales », art. préc., spéc. p. 54.

¹²⁷¹ Voir notamment. CA Aix-en-Provence, 28 oct. 2009, n°2009/23,08/21842 « *Attendu que c'est en vain qu'est encore allégué que le JLD aurait violé le principe dispositif en autorisant le recours à l'article L 450-4 du code de commerce dans le secteur de la construction et de l'extension des stations d'épuration alors qu'il était saisi d'une demande relative au secteur des marchés publics pour le transport de produits sanguins ; Qu'ainsi que l'admet l'administration, il s'agit à l'évidence d'une simple erreur matérielle qu'une simple lecture de la requête, exclusivement consacrée aux stations d'épuration, permet de corriger ; Que c'est, dans ces conditions, à juste titre que le juge a délivré son autorisation pour ce dernier secteur* ».

¹²⁷² CA Rennes, ch. 2, 5 avr. 2011, n°142, 11/01257.

¹²⁷³ CA Paris, pôle 4, ch. 3, 4 mars 2010, n°08/20021.

¹²⁷⁴ CA Dijon, ch.civ. B., 12 janv. 2007, n°05/01614.

assimilent le principe dispositif à l'article 9 du Code de procédure civile ainsi qu'en témoigne un arrêt rendu le 16 mars 2006¹²⁷⁵. On ne peut nier que le principe dispositif n'est que très peu utilisé et que son étude en jurisprudence ne permet pas de rendre compte de sa signification exacte. En effet, nous n'avons recensé qu'une dizaine d'arrêts de juges du fond qui faisaient explicitement référence au principe dispositif et tous ne faisaient pas référence aux mêmes fondements textuels. Le manque de régularité dans l'utilisation du principe dispositif comme outil de motivation traduit nécessairement son manque d'attractivité mais ne saurait remettre en cause sa juridicité.

502. Pour conclure à la juridicité du principe dispositif, il convient de prendre acte du fait que ce qui importe ce n'est ni la formule ni le texte mais bien la substance. L'expression « principe dispositif » n'est que l'habit de la norme. Elle n'est qu'une enveloppe linguistique pour désigner une règle de droit. L'interdiction pour le juge de s'immiscer dans les prétentions des parties est une règle traditionnelle du procès civil¹²⁷⁶ ; mais surtout, l'article 4 du Code de procédure civile qui contient la norme juridique a été édicté par le pouvoir réglementaire qui est une autorité investie d'un pouvoir normatif. La juridicité ne s'apprécie pas au regard de la qualité de l'auteur de l'enveloppe mais au regard de la substance. Le principe dispositif est donc bien une règle de droit qui n'a pas été créée par la doctrine mais qui a été révélée par la doctrine.

Section 2 - Le principe dispositif, une norme juridique révélée par la doctrine

503. Si le principe dispositif n'est pas un principe appartenant au discours sur le droit mais bien un principe du droit, il n'en reste pas moins qu'il entretient avec le discours sur le droit des relations particulières. On a beaucoup écrit sur les principes directeurs du procès civil, Qualifié d'« *œuvre pédagogique* »¹²⁷⁷, le [nouveau] Code de procédure civile a été écrit par des Professeurs¹²⁷⁸. Un auteur notait à ce titre, à propos du Livre préliminaire du Code civil supprimé, qu'il était le « *symbole du caractère doctrinal que peuvent prendre les dispositions légales* »¹²⁷⁹. On pouvait donc légitimement penser que le principe dispositif n'était pour reprendre les termes du Professeur Morvan, qu'un « *principe de logique juridique* »¹²⁸⁰. Encore aujourd'hui, l'expression « principe dispositif » n'a de réalité concrète que dans le

¹²⁷⁵ CA Versailles, ch.2, sect.1, 16 mars 2006, n°05/00036.

¹²⁷⁶ V. *supra* n°8 à 12.

¹²⁷⁷ Chadelat (C.), « Point de vue. L'élaboration d'un code de procédure civile. Entre pratique judiciaire et droit savant », in *1806-1976-2006, De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France, op. cit.*, p. 47, spéc. p. 51.

¹²⁷⁸ Beignier (B.), « Le Nouveau Code de procédure civile : un droit de professeurs ? », in *1806-1976-2006, De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France, op. cit.*, p. 35, spéc. p. 39.

¹²⁷⁹ Hakim (N.), *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIXe siècle*, préf. Vidal (M.), L.G.D.J., 2002, T. 381, p. 148.

¹²⁸⁰ Morvan (P.), « Principe », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. Alland (D.), Rials (S.), Lamy, PUF, p.1201. : « *Les principes de logique désignent, d'une part un corps de règles issues d'une élaboration méthodique, réfléchie, disposées dans un ordre systématique et d'autre part, les axiomes fondateurs de cet édifice rationnel* ».

monde des « *faiseurs de système* »¹²⁸¹. C'est avant tout et uniquement une expression de Professeurs et non pas de diseurs de droit. Au contraire, l'expression principe dispositif est très présente dans les manuels, les traités et la doctrine processualiste. Plus précisément la pensée de Motulsky et des rédacteurs du Code de procédure civile est très présente en doctrine, présence qui révèle que l'on ne connaît du principe dispositif que la forme savante que ce dernier lui a donnée. On ne saurait s'en étonner dans la mesure où la doctrine a ainsi nommé le « principe dispositif » (§1) et a permis son identification (§2).

§ 1. Le principe dispositif, un vocable de la doctrine

504. L'expression « principe dispositif » ne fait pas partie du langage ordinaire, c'est un « *mot du droit* »¹²⁸². Il n'a de réalité que dans le monde des juristes, c'est une expression qui n'a « *aucun sens extrajuridique, même métaphorique* »¹²⁸³. Il appartient au discours juridique. Le doyen Cornu précisait qu' « *un discours peut être dit juridique soit, directement, parce qu'il établit ou dit le droit, soit plus généralement, parce qu'il concourt à la réalisation du droit* »¹²⁸⁴. A ce titre, il convient de relever qu'il n'abordait pas le discours doctrinal comme un discours juridique. Aucun mot n'est soufflé à propos de la doctrine alors même que les auteurs sont des acteurs importants du langage juridique. Non seulement, ils peuvent l'émettre mais ils en sont les destinataires. Si nous ne croyons pas que le discours doctrinal serve à établir ou à dire le droit, nous pensons cependant qu'en raison de son autorité il peut participer à la bonne réalisation du droit. On doit ainsi la nomination du « principe dispositif » à la doctrine qui est apparue comme l'émettrice du terme « principe dispositif » (A) et comme sa réceptrice principale (B).

A. La doctrine, émettrice du vocable

505. Ce sont les auteurs, essentiellement Motulsky, qui ont fait entrer ces termes dans le langage juridique. Déjà Vizioz, s'inspirant de la doctrine italienne, avait utilisé le terme. Pour reprendre les mots de Roubier, « *le langage intervient nécessairement pour faire connaître les règles de conduite extérieures dans la vie sociale, car cela ne peut se faire que par des mots et des phrases, au point qu'une grande partie de la technique juridique est une question de terminologie* »¹²⁸⁵. En outre, ainsi que le notait le Professeur Atias, « *la formulation du droit par la doctrine n'est qu'une formulation seconde, faisant suite à celle que le législateur, les juges ou les praticiens ont établie. Ces deux formulations successives n'ont évidemment pas le même but. La première tend à fixer la règle et à lui donner vie ou dire le droit entre deux personnes (debouter le demandeur, condamner le défendeur...).* La seconde formulation a pour fonction de dire – au sens descriptif et non prescriptif – ce qu'a été la position du législateur ou du juge ; elle est exprimée dans un

¹²⁸¹ Rivero (J.), « Apologie pour les « faiseurs de système » », *D.* 1951, p. 23.

¹²⁸² Sueur (J.-J.), *Une introduction à la théorie du droit*, préf. Farjat (G.), L'Harmattan, 2001, p. 153.

¹²⁸³ Cornu (G.), *Linguistique juridique*, Montchrestien, Domat Droit privé, 3^e éd. 2005, n°16.

¹²⁸⁴ *Ibid.* p. 214, n°46.

¹²⁸⁵ Roubier (P.), *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 113, n°13.

*méta-langage. C'est le langage de la science des légistes »*¹²⁸⁶. Il est en effet nécessaire de distinguer le « langage du droit » et le « langage des juristes »¹²⁸⁷. Lors de sa nomination, l'expression « principe dispositif » n'appartenait pas au langage du droit entendu comme « celui dans lequel sont énoncées les règles de droit, de sorte qu'il s'agirait d'une variété de langage normatif »¹²⁸⁸ mais bien au « langage des juristes (...) [qui] est celui dans lequel on parle du droit »¹²⁸⁹.

506. Le langage des juristes n'est pas du droit, il est un langage qui porte sur le droit. L'expression « principe dispositif » a ainsi été utilisée pour désigner les dispositions du Code de procédure civile qui confèrent aux parties la maîtrise de la matière litigieuse. Ces dispositions parce qu'elles sont du droit sont quant à elles énoncées dans le langage du droit. L'expression « principe dispositif » porte sur des dispositions normatives et constitue ainsi un « métalangage »¹²⁹⁰ qui a une forme graphique différente des dispositions du Code de procédure civile qu'elle désigne. « Lorsque nous remarquons qu'un grand nombre de propositions appartenant au droit non légiféré ou déductibles du droit légiféré sont formulées par des juristes, il faut comprendre par là que ceux-ci leur attribuent leur forme linguistique, mais de manière indirecte seulement, en énonçant en langage des juristes des propositions qui constituent les noms métalinguistiques de dispositions juridiques ayant la même forme. Il existe donc des propositions juridiques, des éléments du « corps » du droit, qui curieusement ne sont visibles, lisibles nulle part »¹²⁹¹. L'expression principe dispositif est par conséquent entrée dans notre vocabulaire juridique par le biais de la science juridique et a permis de mettre en lumière la règle selon laquelle le litige est la chose des parties. La nomination par les auteurs d'une règle de droit n'est autre que la marque de « l'effet de l'influence intellectuelle »¹²⁹² de la doctrine.

507. La nomination du « principe dispositif » par la doctrine a été tardive. Il n'y a là rien d'étonnant. En effet, « c'est une évidence rabâchée que la doctrine joue quelque rôle, quand naît un Droit balbutiant, vierge, sans éducation, et qui fait problème : terre à découvrir où peut aider le premier explorateur venu »¹²⁹³. Sa nomination est concomitante de la conceptualisation de la procédure civile et de l'abandon définitif de la croyance sans faille dans la méthode exégétique. En effet, si la procédure civile ne saurait être considérée comme un droit récent, il n'en reste pas moins que son appréhension par la dogmatique l'est. Longtemps délaissée, relayée au rang des matières techniques, la procédure civile ne semble avoir commencée véritablement à intéresser la doctrine qu'au début du XX^{ème} siècle. Aussi,

¹²⁸⁶ Atias (Ch.), *Science des légistes, savoir des juristes*, op. cit., p. 34.

¹²⁸⁷ Wroblewski (J.), « Les langages juridique : une typologie », *Droit et société*, 1988-8, p.13.

¹²⁸⁸ Jeammaud (A.), « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, op. cit., p. 49, spéc. p. 51.

¹²⁸⁹ *Ibid.*

¹²⁹⁰ Jeammaud (A.), *Des oppositions de normes en droit privé interne*, op. cit., p. 120, n°44.

¹²⁹¹ *Ibid.*, p. 145, n°56.

¹²⁹² Carbonnier (J.), *Droit et passion du droit*, Forum, Flammarion, 1996, p. 71.

¹²⁹³ Bredin (J.-D.), « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, op. cit., p. 111, spéc. p. 114.

on a pu dire du Code de procédure de 1806 qu'il était un « *si mauvais Code* »¹²⁹⁴, que « *ce code ne fût jamais aimé de la doctrine universitaire* »¹²⁹⁵. Il était décrit comme un « *recueil de pures formes composant un dédale sombre et tortueux où seuls les praticiens avisés ne s'égarer pas. A cette époque les mots « pratique » et « procédure » forment une seule et même réalité dans la langue du droit. Dans la généalogie française des codifications, celle de la procédure civile sera rapidement désignée comme le parent pauvre de la famille qui se borne à entasser les formes du procès.* »¹²⁹⁶. Si ces critiques sont sans aucun doute très sévères et méritent d'être nuancées¹²⁹⁷, il n'en reste pas moins que la procédure civile n'est devenue un objet à penser que tardivement. Ainsi que l'a justement relevé M. Halperin au terme d'une étude sur l'élaboration du Code de procédure civile de 1806, « *alors même que la doctrine processualiste a affiché précocement des ambitions théoriques, les résultats ont été fragmentaires et disparates. En dépit des efforts pour échapper au commentaire exégétique, les auteurs du premier tiers du XIXe siècle ne sont guère parvenus à développer des principes directeurs du procès civil susceptibles d'éclairer l'interprétation du Code de 1806* »¹²⁹⁸. Or, tant que la procédure civile n'était pas considérée comme un objet de réflexion mais uniquement comme une compilation de dispositions légales, un « *complément indispensable du Code civil* »¹²⁹⁹, il était certain que les principes fondamentaux de la procédure ne pouvaient être vus. Il a donc fallu attendre les projets de réforme de refonte du Code de 1806 et l'abandon de la méthode exégétique, pour que la procédure civile devienne un objet de la dogmatique juridique.

508. L'élaboration du [nouveau] Code de procédure civile et des principes directeurs du procès civil marque ainsi l'aboutissement de ce double mouvement. En effet, ce n'est qu'avec elle que définitivement, « *la procédure n'est plus seulement une forme qui agit, elle devient une matière qui peut être pensée* »¹³⁰⁰. L'apport de la doctrine à l'édification du Nouveau Code de procédure civile a par conséquent été primordial. C'est un « *code de professeurs* »¹³⁰¹. La doctrine a donc permis de forger, certes tardivement, mais judicieusement, l'expression linguistique de la règle de droit qui impose aux parties d'être maîtresses de la matière litigieuse.

¹²⁹⁴ Bolze (A.), « Codification et procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, op. cit. p. 95, spéc. p. 100.

¹²⁹⁵ *Ibid.*, p. 99.

¹²⁹⁶ *Ibid.*, p. 98.

¹²⁹⁷ Halpérin (J.-L.), « Le code de procédure civile de 1806 : un code de praticiens ? », in *1806-1976-2006. De la commémoration d'un code à l'autres : 200 ans de procédure civile en France*, op. cit., p. 23. L'auteur démontre que l'absence de caractère théorique est à mettre à lien non seulement avec des raisons politiques mais également avec la réception par la doctrine de ce nouvel outil qui n'a pas porté d'intérêt majeur pour son étude.

¹²⁹⁸ *Ibid.*, spéc. p.34.

¹²⁹⁹ Wiederkehr (G.), « L'exposé des motifs du Code de 1806 », in *1806-1976-2006*, op. cit., p. 91, spéc. p. 93.

¹³⁰⁰ Bolze (A.), *art. préc.*, p. 102.

¹³⁰¹ Beignier (B.), « Le nouveau Code de procédure civile : un droit de professeur ? », in *1806-1976-2006 (...)*, op. cit., p. 35, spéc. p. 37.

B. La doctrine, réceptrice du vocable

509. Le législateur ne connaît pas le terme de « principe dispositif », la Cour de cassation ne l'a jamais consacré et les juges du fond ne l'utilisent que de manière résiduelle. Il n'existe aucune entrée « principe dispositif » dans le bulletin de la Cour de cassation. Autrement dit, l'expression « principe dispositif » n'a pas encore de réalité concrète au regard des sources du droit. Pour la retrouver, il convient de se tourner vers la doctrine. En effet, si celle-ci est apparue comme l'émettrice du vocable, elle en est également la réceptrice privilégiée. Mais pas n'importe quelle doctrine : la doctrine processualiste.

510. Il est des termes du langage juridique qui sont omniprésents. On les trouve non seulement dans le langage courant mais également dans le langage juridique¹³⁰². *Contrat, obligation, responsabilité civile, concubinage...* Il est également des termes qui sont propres au langage juridique et qui sont utilisés par n'importe quel juriste « généraliste »¹³⁰³. *Enrichissement sans cause, juridictionnel, autorité de chose jugée...* Ces concepts sont des notions juridiques qui dépassent les spécificités des matières et qui font partie du vocabulaire essentiel à la formation de tout juriste. Mais il est également des termes qui ne sont maîtrisés et utilisés que par les spécialistes, qui ne sont doués d'aucune ubiquité, tel est le cas du *principe dispositif*¹³⁰⁴. En effet, rares sont les auteurs étrangers à la procédure qui utilisent l'expression. Aux côtés de la doctrine processualiste, il semble que ce soient les auteurs de droit international privé qui s'intéressent le plus à la question notamment au regard du problème de la preuve de la loi étrangère et de l'utilisation de l'accord procédural dont le droit international est un domaine privilégié¹³⁰⁵. Nous rejoignons ainsi le doyen Wiederkehr, qui relevait à juste titre que « *le monde du droit ne constitue pas un milieu unique, mais se décompose en plusieurs, selon les professions exercées par les juristes et, plus encore, selon les branches du droit, à l'intérieur desquelles les juristes sont de plus en plus confinés* »¹³⁰⁶. S'il n'est pas question de faire ici le procès de la spécialisation, il n'en reste pas moins que le terme « principe dispositif » n'appartient pas au langage de tout juriste mais reste un vocable de la doctrine processualiste.

511. Par conséquent, la doctrine n'a fait que nommer par une expression une règle juridique qui était présente dans les dispositions liminaires du Code. En cela, elle a participé à la révélation du principe dispositif. On lui en doit non seulement la paternité mais également l'utilisation. Mais son rôle ne s'est pas réduit à la nomination, elle a également révélé le sens du principe dispositif.

¹³⁰² Cornu (G.), *Linguistique juridique*, op. cit., p. 68, n°17 et suiv.

¹³⁰³ Carbonnier (J.), *Droit et passion du droit*, op. cit., p. 71.

¹³⁰⁴ Sur les relations entre le langage courant et le langage juridique et sur le langage des juristes en général, voir Cornu (G.), op. cit. ; Ingber (L.), Vassart (P.), *Le langage du droit*, Nemenis, Bruxelles, 1991 ; Sourieux (J.-L.), Lerat (P.), *Le langage du droit*, PUF, coll. Le juriste, 1975.

¹³⁰⁵ Fauvarque-Cosson (B.), *Libre disponibilité et conflits de lois*, préf. Lequette (Y.), L.G.D.J. 1996.

¹³⁰⁶ Wiederkehr (G.), « Le droit et le sens des mots », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Goubeaux*, op. cit., p. 571, spéc. p. 576.

§ 2. Le principe dispositif, identifié par la doctrine

512. Pour comprendre les principes directeurs du procès, la doctrine a matérialisé leur signification par leur rattachement à certaines dispositions textuelles. En effet, ainsi que le souligne le Professeur Guinchard, « aucun n'est qualifié par le code (...) c'est à la doctrine qu'il revient d'accomplir ce travail de conceptualisation »¹³⁰⁷. Eu égard aux évolutions et aux transformations qu'a connu la procédure civile au cours du XXème siècle, la doctrine processualiste et par là-même son savoir ont évolué. La révélation par la connaissance du principe dispositif a ainsi été graduelle. La doctrine a progressivement apprivoisé le principe dispositif par l'utilisation de certains mécanismes qui lui sont considérés comme propres. Le résultat de ces procédés confirme que le travail doctrinal « est indispensable pour que la norme juridique puisse obtenir son plein effet, symbolique et pratique »¹³⁰⁸. Le principe dispositif n'a été révélé dans son essence que grâce à l'activité dogmatique de la science juridique. Elle agit ainsi par voie d'interprétation (A) et de systématisation¹³⁰⁹ (B) du droit.

A. La connaissance du principe dispositif par l'interprétation du droit

513. Le principe dispositif a été découvert par l'interprétation de la jurisprudence. Or, comme le notait Demolombe, « en théorie, l'interprétation, c'est l'explication de la loi ; interpréter c'est découvrir, c'est élucider le sens exact et véritable de la loi. Ce n'est pas changer, modifier, innover ; c'est déclarer, c'est reconnaître ».¹³¹⁰ Le mécanisme de l'interprétation¹³¹¹ a permis de révéler pleinement la signification du principe dispositif. En cela, le principe dispositif résulte de l'expérience et ne saurait ainsi être appréhendé comme un outil de simple rhétorique. Perelman le relevait : « quand on a recours à l'expérience pour obtenir l'adhésion à une affirmation, il ne s'agit pas de rhétorique »¹³¹². La révélation du sens du principe dispositif néanmoins a été progressive. Nous verrons qu'elle résulte en premier lieu de l'interprétation de la jurisprudence (1). Ce n'est que dans un second temps que le principe dispositif a été présenté par l'interprétation de la loi (2).

¹³⁰⁷ Guinchard (S.), « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 201, spéc. p. 204.

¹³⁰⁸ Chevallier (J.), « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, 2002-50, p. 109.

¹³⁰⁹ A noter que la distinction entre le mécanisme d'interprétation et celui de la systématisation est par nature assez artificiel dans la mesure où l'exercice de systématisation nécessite d'avoir recours à l'interprétation (dans ce sens Van de Kerchove (M.), Ost (F.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1^{ère} éd., 1998, p. 119. Les auteurs voient dans l'interprétation doctrinale un procédé de la systématisation). Cependant, dans un but de clarté, elle sera maintenue pour les besoins de la démonstration.

¹³¹⁰ Demolombe, *Cours de droit civil*, T.1., p. 134, n°115

¹³¹¹ *Interprétation et droit*, dir. Amselek (P.), Bruylant, PUAM, Bruxelles, 1995.

¹³¹² Perelman (Ch.), *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1999, p. 105, n°51.

1. Par l'interprétation de la jurisprudence

514. La doctrine entretient avec la jurisprudence des relations particulières¹³¹³. En effet, « *le jugement parle un langage qui ne se lit pas immédiatement comme une règle de droit ; c'est à la doctrine que revient la tâche de formuler la règle, reliant les différents jugements, mettant en relief les limites et les exceptions à la règle énoncée* »¹³¹⁴. Il est admis que l'on doit, en France, à Vizioz d'avoir révélé, le premier, le principe dispositif. Cet éminent professeur, a utilisé pour la première fois le terme de « principe dispositif » dans ses *Etudes de procédure*¹³¹⁵ pour la présentation des principes directeurs de l'instance.

515. Analysant la jurisprudence de la Cour de cassation, il a justement conclu que l'interdiction pour le juge de statuer en dehors des limites du litige telles que définies par les parties était une expression du principe dispositif. Selon lui « *ce principe oblige les juges à statuer dans les limites fixées par les conclusions des parties et leur interdit de modifier d'office l'objet ou la cause de la demande* »¹³¹⁶. C'est ainsi que Vizioz le présentait : « *Principe dispositif. – le juge ne doit pas statuer au-delà des conclusions des parties* »¹³¹⁷. Peu d'études antérieures au [nouveau] Code de procédure civile faisaient mention du principe dispositif et les rares auteurs qui s'y sont intéressés ne l'ont appréhendé que comme un mécanisme de compréhension de l'office du juge au regard des solutions jurisprudentielles. Le doyen Normand écrivait que « *les principes mêmes qui gouvernent l'office du juge demande également, à être précisés : principe de la non saisine d'office du tribunal, principe dispositif, principe du contradictoire* »¹³¹⁸. Les écrits de procédure ne s'intéressaient que peu au rôle des parties dans le procès civil, le juge attire tous les regards et monopolise l'attention des auteurs alors, pour autant, que l'étendue de son rôle n'est que fonction de l'étendue des droits et des obligations des parties.

516. Si l'étude de la jurisprudence a permis de révéler le principe dispositif comme une règle venant encadrer l'office du juge en lui interdisant de modifier l'objet et la cause de la demande, l'étape de la codification a entraîné une modification de son sens par l'interprétation de la loi.

2. Par l'interprétation de la loi

517. L'étape de la codification¹³¹⁹ a été primordiale pour la consécration du principe dispositif. Emanant des dispositions liminaires du [nouveau] Code de procédure civile, il est

¹³¹³ Esmein (A.), « La jurisprudence et la doctrine », *R.T.D.civ.* 1902, p. 5 ; Bredin (J.-D.), « Remarques sur la doctrine », *art. préc.*, p. 111.

¹³¹⁴ Romagnoli (E.), « Rapport général », *Trav. Ass. Henri Capitant, Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, T. XXXI, 1980, *Economica*, p. 15, spéc. 18.

¹³¹⁵ Vizioz (H.), *Etudes de procédure, op. cit.*, p. 441, n°231.

¹³¹⁶ *Ibid.*, n°232.

¹³¹⁷ *Ibid.*, n°230.

¹³¹⁸ Normand (J.), *L'office du juge et le litige, op. cit.*, p. 34, n°39.

¹³¹⁹ Cabrillac (R.), « Le symbolisme des codes », in *Mélanges en hommage à François Terré, op. cit.*, p. 211.

enfin apparu de manière évidente aux côtés du principe d'impulsion et du principe du contradictoire. Erigé au rang des principes directeurs du procès, la doctrine se devait de l'explicitier. Or, ainsi que l'a parfaitement démontré Gény, la codification n'est pas sans conséquence sur les méthodes de la science juridique¹³²⁰. Alors pourtant que la méthode de l'exégèse était fortement critiquée, que le doyen nancéien tentait d'introduire la méthode de la libre recherche scientifique, il apparaît que les auteurs recourent naturellement à la méthode exégétique pour connaître les nouvelles dispositions normatives. Ce constat avait pu être fait à propos de la doctrine commentatrice du Code civil. En effet, un auteur écrit ainsi que « *la doctrine lie donc son autorité à l'œuvre qu'elle interprète. Les jurisconsultes du XIXe siècle adoptent, en conséquence, une attitude modeste qui assure le règne de la légalité, source de sécurité. La sécurité juridique implique le respect des choix opérés par le législateur entre les différentes options sociales possibles. C'est ce choix qui ne doit pas être dénaturé et qui implique la forme du légalisme dont l'exégèse est l'expression. Le texte prémunit le justiciable, le citoyen contre l'arbitraire* »¹³²¹. Un constat identique peut être fait au regard de la réception par la science juridique du [nouveau] Code de procédure civile.

518. Ce dernier a été étudié par le biais de la méthode exégétique. Or, pareille méthode implique d'avoir une interprétation stricte de la loi qui passe par une interprétation grammaticale ou littérale et une interprétation logique entendue comme la recherche de l'esprit de la loi¹³²². « *L'interprétation dans sa version exégétique, type majeur de l'interprétation juridique, est une fonction essentiellement cognitive. Il s'agit de connaître la loi positive, surtout lorsque le sens de celle-ci est incertain. L'interprétation est, ainsi, une nécessité de la vie juridique* »¹³²³. Ces méthodes ont été utilisées par la doctrine au regard du principe dispositif. L'analyse des premiers écrits sur le principe dispositif le confirme. Le principe dispositif n'a réellement été mis en avant que par sa présentation au travers des textes du Code de procédure civile.

519. L'interprétation des textes du Code de procédure civile a permis de rattacher le principe dispositif non plus au juge mais aux parties. On doit à Motulsky d'avoir le premier commenté le décret du 9 septembre 1971 qui édifiait les principes directeurs du procès. Procédant à l'analyse de ce texte, l'auteur souligne que « *l'apport des éléments de faits est la chose des parties. C'est l'affirmation du principe dispositif et de sa limitation au fait* ». L'auteur justifie cette solution au regard des articles 6 et 7 du décret. Parce que les parties ont la charge d'alléguer les faits et que le juge ne peut s'appuyer que sur les faits dans le débat, les parties sont maîtresses de la cause de la demande¹³²⁴. En ce qui concerne la maîtrise de l'objet, elle découle directement de l'article 4 dudit Code, il n'y a là aucune matière à

¹³²⁰ Gény (F.), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, L.G.D.J., T. I., 1919, p. 22, n°9 et suiv.

¹³²¹ Hakim (N.), *op. cit.*, p.50.

¹³²² Gény (F.), *op. cit.*, p. 31, n°14 et suiv.

¹³²³ Hakim (N.), *op. cit.*, p. 60.

¹³²⁴ Motulsky (H.), « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile », *art. préc.*, p. 301, n°42.

controverse : « *la définition est formelle* »¹³²⁵. Par l'interprétation littérale, l'auteur a rattaché le principe dispositif non plus au juge mais aux parties et a dégagé ce qu'il considérait comme deux composantes du principe dispositif, l'objet et la cause. Il est intéressant de relever que dix ans plus tôt, le même auteur, étudiant le rôle des parties dans l'allégation des faits, ne faisait aucune référence au principe dispositif, se bornant à étudier cette règle au regard de la neutralité du juge. On peut donc en conclure que ce n'est que par l'interprétation des textes relatifs à la refonte du Code de procédure civile que le principe dispositif a pu éclore et se distinguer du principe de la neutralité considéré comme « *l'idée directrice du droit français* »¹³²⁶.

520. De ces différents constats plusieurs conclusions s'imposent. L'exercice d'interprétation a permis à la doctrine de connaître le principe dispositif. Dans un premier temps, l'interprétation de la jurisprudence a permis de l'envisager comme un principe relatif à l'office du juge. Ce rattachement n'est pas étonnant dans la mesure où si le principe dispositif a longtemps été ignoré, celui de la neutralité du juge était bien connu. L'autonomie du principe dispositif n'a été acquise que lors de l'élaboration du Code de procédure et de l'interprétation des dispositions relatives aux principes directeurs du procès. Il a ainsi été envisagé comme un principe relatif non plus au juge mais aux parties. L'interprétation du droit n'a pas été le seul mécanisme permettant la connaissance du principe dispositif, les auteurs ont également eu recours à la systématisation.

B. La connaissance du principe dispositif par la systématisation du droit

521. Il a été mis en avant que la codification était le résultat de la systématisation exercée par le législateur¹³²⁷. Il s'agit d'une « *codification qualitative* »¹³²⁸ qui tend à être « *une systématisation de la matière juridique sous forme axiomatique (...), les solutions étant non plus juxtaposées mais hiérarchisées à partir de principes rationnels et universels et déduites les unes des autres selon des règles d'inférence logique* »¹³²⁹. Ce Code a été par la suite l'objet d'une systématisation doctrinale ce qui n'est pas resté sans incidence sur la perception du principe dispositif. Alors même que l'interprétation du Code de procédure civile a mis en avant le sens du principe dispositif, l'exercice de la systématisation a permis d'avoir une approche plus globale dudit principe et de l'appréhender au regard de la majorité des dispositions liminaires autour de la distinction entre le droit et le fait.

522. Comme le relevait le Professeur Chevallier, concernant l'exercice de systématisation, « *il s'agit, non seulement d'établir les chaînons nécessaires entre les productions juridiques*

¹³²⁵ *Ibid.*, p. 300, n°40.

¹³²⁶ Motulsky (H.), « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *art. préc.*, p. 38, spéc. p. 39, n°3.

¹³²⁷ Van de Kerchove (M.), Ost (F.), *Le système juridique entre ordre et désordre, op. cit.*

¹³²⁸ *Ibid.*, p. 113. Les auteurs opposent la codification qualitative à la codification quantitative qui consiste à mettre par écrit la loi, à exercer une compilation des règles juridiques.

¹³²⁹ *Ibid.*, p. 114.

singulières en dégagant les principes communs et sous-jacents, mais encore de construire les « grandes synthèses » donnant à l'ordre juridique son unité et le plaçant sous l'empire de la Raison »¹³³⁰. Le Professeur Hakim ajoute que, « la systématisation doctrinale est instrumentale dans son essence même. Elle est à la fois explication globale et globalisante du droit et des recherches des déductions et inductions possibles à partir des normes contenues dans un système en vigueur(...). [Elle] est toujours liée à la recherche cohérente du droit et peut revêtir plusieurs formes. Elle peut débiter par une décomposition du système légal ou la recherche de principes fondamentaux »¹³³¹. Concernant le principe dispositif, c'est autour de la maxime « da mihi factum dabo tibi jus » que s'est articulée sa systématisation.

523. La systématisation du principe dispositif autour de cette maxime n'est pas surprenante puisqu'il est considéré que « la distinction entre le fait et le droit n'est pas purement théorique, elle a un corollaire technique immédiat au regard de la matière litigieuse : le fait, brevitate causa, appartient par nature aux parties. Le droit sauf exception, relève in fine du juge »¹³³². Motulsky avait insisté sur cette « scission indispensable » qui caractérise la répartition des rôles du juge et des parties¹³³³ et qui est formalisée clairement dans les dispositions liminaires du Code de procédure civile. Cette systématisation a ainsi permis d'envisager les pouvoirs respectifs des parties et du juge quant au fait et au droit. Elle a permis d'insérer le principe dispositif au regard de l'ensemble des mécanismes instaurés par les dispositions liminaires. Pour autant, si cette maxime peut être envisagée comme « une expression traditionnelle du principe dispositif »¹³³⁴, elle ne s'assimile pas avec lui. La maxime « da mihi factum, dabo tibi jus » n'est qu'une *image* pour décrire le procès. C'est un outil de pensée qui ne prétend pas être du droit. Il ne faut en effet pas confondre l'aptitude d'une pensée à être comprise par des dispositions techniques et l'assimilation de la pensée au droit. Une pensée est nécessairement relative et ne saurait prétendre à être une réalité. Dit autrement, elle permet de comprendre le droit, mais elle n'est pas du droit.

¹³³⁰ Chevallier (J.), « Doctrine juridique et science juridique », *art. préc.*, p. 103, spéc. p. 108.

¹³³¹ Hakim (N.), *op. cit.*, p. 155.

¹³³² Blondel (Ph.), « Le juge et le droit », in *Le nouveau code de procédure civile*, *op. cit.* p. 103, spéc. p. 106.

¹³³³ Motulsky (H.), « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile », *art. préc.*, p. 275, spéc. p. 301, n°41.

¹³³⁴ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 381, n°464.

Conclusion du Chapitre 1

524. Les développements qui précèdent tendaient à mettre en évidence que le principe dispositif est une norme juridique. La normativité du principe dispositif a pu être démontrée par le biais de la définition positiviste de la règle de droit selon laquelle est une norme « *la signification d'une proposition indiquant aux hommes et aux institutions un modèle de conduite auquel conformer leur conduite impérativement* »¹³³⁵. En effet, le principe dispositif est tout d'abord apparu comme la signification d'une proposition. Il ne s'appréhende pas matériellement, il se comprend. En cela, il est une signification. Précisément il est la signification d'un modèle de conduite, et plus particulièrement, du modèle accusatoire matériel. Nous avons constaté que les définitions de l'accusatoire et du principe dispositif étaient très proches pour ne pas dire similaires. La règle selon laquelle le litige est la chose des parties met en exergue la liberté procédurale de ces dernières quant à la délimitation de leur litige. Cette démonstration ne suffisait néanmoins pas pour démontrer la normativité du principe dispositif. En effet, le critère fondamental de la norme réside dans son caractère impératif. La reconnaissance de son caractère impératif a été permise par la mise en évidence de la régularité de la sanction du juge dans l'immixtion de la matière litigieuse. La jurisprudence ne permet pas au juge de violer l'article 4 du Code de procédure civile, la sanction est immédiate. La démonstration de la normativité du principe dispositif ne permettait cependant pas de confirmer son caractère de règle de droit. Elle appelait nécessairement la mise en lumière de son caractère juridique. Pour ce faire, le choix de la définition de la juridicité s'imposait. Si les critères de généralité et de sanction, traditionnellement reconnus comme critère de la règle de droit, nous sont apparus comme trop incertains, nous nous sommes tournés vers la définition proposée par la doctrine normativiste, qui fait du critère de la juridicité, l'édiction de la norme par l'autorité compétente. Le caractère juridique du principe dispositif n'a plus fait l'objet d'aucun doute dans la mesure où non seulement cette règle irrigue la jurisprudence depuis des siècles mais a été également consacrée par le pouvoir réglementaire dans l'article 4 du Code de procédure civile.

525. Cette démonstration a également permis de mettre en évidence le rôle essentiel qu'a joué la doctrine dans la mise en perspective de ce principe. Celle-ci possède ce que l'on pourrait nommer « l'autorité positive de la doctrine ». En effet, en tant qu'élément de la science juridique, la doctrine participe à la bonne réalisation du droit par ses activités dogmatiques. C'est donc naturellement que le principe dispositif a été révélé par la doctrine dans la mesure où il est de l'office de cette dernière de connaître le droit. C'est ainsi qu'elle a nommé et identifié le principe dispositif. Vocabulaire appartenant au monde des juristes, la doctrine a permis de mettre en évidence tout d'abord par l'interprétation de la jurisprudence puis par l'interprétation de la loi la signification de ce principe juridique. Le principe dispositif a en effet été découvert progressivement comme une norme émanant de la

¹³³⁵ De Béchillon (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, op. cit., p. 165.

jurisprudence qui tendait à la délimitation de l'office du juge. La codification et l'interprétation des dispositions liminaires ont ensuite permis à la doctrine d'avoir une nouvelle approche du principe dispositif. Ce principe a été détaché de sa fonction de définition de l'office du juge. Motulsky a été l'ambassadeur du principe dispositif et a permis de le révéler à part entière. En outre, l'exercice de la systématisation lui a permis de le présenter au travers de la maxime traditionnelle « da mihi factum, dabo tibi jus » et de le rattacher aux articles 4,5 et 6 du Code de procédure civile. En outre, parce qu'il est de son rôle de faire œuvre pédagogique, elle a diffusé, quoique de manière variable, le principe dispositif, celui-ci bénéficiant du privilège d'être abordé aux côtés du principe du contradictoire lors de l'étude des principes directeurs du procès civil.

526. L'apport de la doctrine relativement au principe dispositif met en exergue la fonction sociale de la doctrine et son rôle primordial dans la réalisation du droit. Tant qu'elles ne sont pas nommées et étudiées, il est certain que les règles de droit ne sont pas révélées. Pour autant le rôle de la doctrine n'est pas sans effet et les conséquences de l'appréhension par la science juridique à l'égard du principe dispositif sont ambivalentes. On peut à ce titre parler de « *l'autorité relative de la doctrine* ». Le traitement et l'utilisation dogmatique du principe dispositif ont pu faire croire à la nature purement scientifique du principe dispositif et à une éventuelle absence de normativité et de juridicité. En outre, son cantonnement au monde de la science juridique et son absence de consécration expresse par une source du droit ont pu laisser croire à une absence de juridicité. Néanmoins, on a pu constater que le principe dispositif était une norme juridique qui traduit le modèle de la liberté procédurale. Seulement, on ne connaît le principe dispositif qu'au regard de la forme savante proposée par Motulsky. En effet, étant très peu étudié, la systématisation dont a fait l'objet le principe dispositif, n'a jamais été remise en cause alors pourtant même que le droit a évolué, évolution permettant de déceler sa nature fondamentale.

Chapitre 2 - Une norme juridique de degré supérieur

527. Le principe dispositif est une norme juridique mais pas n'importe quelle norme juridique, il est une norme juridique de degré supérieur. Deux raisons peuvent être avancées au soutien de cette affirmation. La première tient à la fonction du principe dispositif. En effet, son rôle de garantie de la fonction juridictionnelle permet de voir dans le principe dispositif un droit fondamental, plus précisément une garantie du procès équitable. Nous verrons ainsi que, si les parties ne délimitent pas, seules, le litige, alors le procès n'est pas équitable. Le principe dispositif peut ainsi être envisagé comme une composante, certes innommée, mais une composante certaine du procès équitable, ainsi qu'en témoignent les jurisprudences européenne et constitutionnelle relative à ce nouveau modèle de justice¹³³⁶.

528. Une seconde raison nous amène à analyser le principe dispositif comme un droit fondamental. Le principe dispositif est à notre sens garant de l'unité de la fonction juridictionnelle. Expliquons-nous. Lorsque le juge est saisi d'un litige, son office peut être régi par les dispositions du Code de procédure civile mais également par les dispositions du Code civil. Dans la première hypothèse, le juge est saisi d'un litige qui prend sa source indépendamment de tout contrat alors que dans la seconde hypothèse, le juge est saisi d'un litige qui prend sa source dans un contrat. Dans chacun des cas, il s'agit bien d'un litige mais la cause du litige diffère ce qui justifie l'application des dispositions du Code de procédure civile ou du Code civil. De la même manière que le juge du droit substantiel ne s'immisce pas à l'occasion d'un litige portant sur un contrat parce que les parties sont libres déterminer le contrat, le juge du litige qui ne prend pas sa source dans le contrat ne s'immisce pas dans le litige en vertu du principe dispositif. C'est donc au travers du prisme de la fundamentalité de la liberté contractuelle que celle de la liberté procédurale s'exprime.

529. La démonstration du caractère fondamental du principe dispositif repose donc sur la mise en évidence de ce dernier comme garantie du procès équitable (**Section I**) et comme garantie de l'unité de l'office du juge du fait juridique (**Section II**).

Section 1 - Le principe dispositif, une garantie procédurale du procès équitable

530. La mise en perspective de la nature de droit fondamental du principe dispositif ne peut être qu'indirecte. En effet, il n'existe aucune référence au droit des parties à délimiter leur litige que ce soient dans les traités ou dans la Constitution. C'est donc au travers de l'étude de la protection dont fait l'objet le principe dispositif par les sources supralégislatives que la

¹³³⁶ La valeur constitutionnelle du droit à un procès équitable a été clairement affirmée par le Conseil constitutionnel qui a rattachée ses exigences à l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme. Cons. Const. 27 juill. 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n°2006-540DC.

nature du principe dispositif peut être révélée ; plus particulièrement c'est au travers de la protection accordée au procès équitable que la fundamentalité du principe dispositif prend tout son sens. Si les parties ne remplissent par leur office en vertu du principe dispositif alors le procès n'est pas équitable. C'est ce qui résulte de l'étude de la protection, tant conventionnelle que constitutionnelle, dont bénéficie le principe dispositif. Aussi la démonstration selon laquelle l'article 4 du Code de procédure civile consacre un droit fondamental pour les parties à disposer de la matière litigieuse passe par la mise en exergue de la protection fondamentale accordée à l'office des parties. Le procès équitable garantit le droit pour les parties de formuler des demandes devant le juge (§1) et sans le juge (§2).

§ 1. Le procès équitable, le droit pour les parties à la délimitation d'un litige devant le juge

531. La possibilité pour les parties de délimiter leur litige par les prétentions, par la formulation des demandes fait l'objet d'une attention particulière par les juridictions suprêmes, elle se révèle être inhérente au procès équitable. Le procès ne sera pas équitable si les parties ne délimitent pas leur litige devant le juge, plus précisément il ne sera pas équitable si elles ne délimitent pas un seul litige devant le juge. En effet, non seulement la délimitation *du* litige est garantie par le procès équitable (A) mais la délimitation *d'un* litige est garantie par le procès équitable (B).

A. La délimitation *du* litige, garantie par le procès équitable

532. La délimitation par les parties du litige se caractérise par l'émission de prétentions dans le cadre du procès. Le droit au juge garantit cet aspect de l'office des parties. Egalement dénommé droit à un tribunal, le droit au juge ne doit pas être confondu avec le droit à un recours. Consacrée notamment par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966¹³³⁷, cette distinction entre le droit à un recours et le droit à un tribunal sert de support à la distinction entre les articles 6§1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 6§1 garantit le droit à un recours juridictionnel, le droit à un tribunal tandis que l'article 13 garantit le droit à un recours qui n'est pas forcément juridictionnel et qui peut donc être administratif. Tandis que la violation de l'article 6§1 est subordonnée à la constatation de la violation d'un droit garanti par la Convention, celle de l'article 13 qui garantit le droit à un recours effectif ne l'est pas. Il est donc possible de demander la sanction de la violation de cet article pour ineffectivité du recours alors même qu'aucun droit garanti par la Convention n'aurait été violé. Un temps, l'article 13 était absorbé par l'article 6§1 de la Convention européenne¹³³⁸. La violation de l'article 6§1 constituait nécessairement une violation de l'article 13. De la même manière, si la violation de ce dernier était constatée alors la Cour européenne ne se penchait pas sur l'examen des

¹³³⁷ Art. 2§3, droit au recours utile ; art. 14§1, droit à un juge.

¹³³⁸ Sur ce point v. Guinchard (S.) et alii, *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 539, n°234 et suiv.

allégations relatives à l'article 13. Cette jurisprudence a été abandonnée en matière de délai raisonnable dans son arrêt *Kudla* contre Pologne en date du 26 octobre 2000¹³³⁹. Ce constat résulte de l'autonomie progressive de l'article 13 vis-à-vis de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le principe dispositif n'est donc pas garanti par le droit à un recours consacré par l'article 13 de la Convention européenne mais bien uniquement par l'article 6§1 de la Convention qui consacre le droit à un tribunal.

533. L'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde de droits de l'homme et la jurisprudence qui en découle ne sont pas les seuls instruments juridiques permettant de s'assurer du caractère équitable de la procédure. Il faut également compter sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui est, dans l'ordre juridique interne, le garant de la protection des droits fondamentaux. Les juges constitutionnels s'ils n'ont jamais consacré le principe dispositif mais lui accordent une protection indirecte ainsi qu'en témoigne la jurisprudence relative au droit au juge.

534. Aussi, la protection accordée par les juridictions suprêmes au droit pour les parties à délimiter leur litige devant le juge permet de mettre en évidence la nature fondamentale du principe dispositif. C'est ce qui ressort de l'étude du droit au juge au regard de la jurisprudence européenne (1) et de la jurisprudence constitutionnelle (2).

1. La délimitation du litige, garantie par la protection conventionnelle du droit au juge

535. Le droit au juge a été reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt « *Golder* » en date du 21 février 1975¹³⁴⁰, il est un véritable droit fondamental¹³⁴¹, il implique le droit pour les justiciables d'obtenir une décision de justice d'une juridiction pour la violation d'un droit établi par la législation nationale¹³⁴². Pour la Cour européenne des droits de l'homme, doit être qualifié de tribunal tout organe établi par la loi¹³⁴³ qui « *tranche sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant*

¹³³⁹ CEDH, 26 oct. 2000, *Kudla c/ Pologne*, note Flauss, *A.J.D.A.* 2000, p. 1012 ; obs. Marguénaud, *R.T.D.civ.* 2001, p. 442 ; obs. Tavernier, *J.D.I.* 2001, p. 191. Confirmée par CEDH, 26 mars 2002, *Lutz c/ France*, obs. Sudre, *JCP G* 2002, I, 157, n°19. Sur le délai raisonnable v. *infra* n°633.

¹³⁴⁰ CEDH, 21 févr. 1975, *Golder c/ R.U.*, série A., n°18, §36, *G.A.C.E.D.H.*, n°23 ; note Pelloux, *A.F.D.I.*, 1975, p. 330 ; CEDH, 9 déc. 1994, *Les Saints Monastères c/ Grèce*, note Worms, *Gaz. Pal.* 28 /09/1995, jurispr. p. 537. Pour la reconnaissance par la Cour de justice de l'Union européenne et le rattachement aux articles 6 et 13 de la CESDH, CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, aff. 222-84, *Rec.* 1651.

¹³⁴¹ Milano (L.), *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, préf. Sudre (F.), Dalloz, 2006. Sur ce point nous renvoyons également aux articles des Professeurs Renoux et Bandrac (Renoux (Th.), « Le droit au recours juridictionnel », *JCP G* 1993, I, 3675 ; « La constitutionnalisation du droit au juge », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, L.G.D.J., 1998, p. 109 ; Bandrac (M.), « L'action en justice, droit fondamental », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, *op.cit.*, p. 1) ainsi qu'au manuel des Professeurs Guinchard, Chainais et Ferrand (Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 126, n°99 et suiv.

¹³⁴² Il faut en effet que les requérants se prévalent d'un droit qui n'est pas contesté en droit national. CEDH, 3 avr. 2012, *Boulois c/ Luxembourg*, req. 37575/04.

¹³⁴³ Un tribunal établi par la loi est un tribunal établi par le Parlement et non par l'exécutif. V. Milano (L.), *op. cit.*, p. 343, n°422.

de sa compétence »¹³⁴⁴. Le droit fondamental à un tribunal, au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne, repose sur deux critères : un critère formel et un critère matériel. Ces deux critères sont cumulatifs et révèlent que la Cour européenne a une approche étatique du droit au juge.

536. Par « *tribunal établi par la loi* », il faut entendre le tribunal qui est établi par le Parlement et non par le pouvoir exécutif¹³⁴⁵. Véritable critère de définition du tribunal, l'exigence de légalité a été posée pour lutter contre la création des juridictions d'exception¹³⁴⁶. En outre, derrière l'expression « *établi par la loi* », il faut comprendre qu'il n'est de tribunal qu'un tribunal conforme à la loi, autrement dit il faut que les règles de procédure, régissant le tribunal, aient été respectées. N'est pas, par exemple, un tribunal, au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, la « *juridiction* » qui a rendu une décision alors même que les règles de désignation des magistrats n'ont pas été respectées¹³⁴⁷. La conformité du tribunal à la loi est appréciée par les autorités judiciaires qui disposent d'un pouvoir d'interprétation de la loi en la matière mais elle ne peut être laissée à leur discrétion¹³⁴⁸. Envisagée au regard de la notion européenne de tribunal, il ne fait aucun doute que le tribunal devant lequel se déroule le procès civil est un tribunal au sens européen du terme devant lequel est garanti le droit au juge. Si le tribunal au sens européen doit être établi par la loi, il doit également être doté d'une plénitude de juridiction.

537. Comme le relève une partie de la doctrine, la plénitude de juridiction est une notion incertaine¹³⁴⁹. Pour reprendre les termes du Professeur Renucci, « *l'article 6 de la Convention garantissant le droit à un procès équitable entend donner à la notion de justice un fondement légaliste : la conception judiciaire de la justice repose sur la conformité de la solution à la loi* »¹³⁵⁰. La Cour européenne des droits de l'homme a donc considéré que le fait pour le Conseil d'Etat de s'en remettre en à l'appréciation du Ministre des affaires étrangères pour l'interprétation d'un traité international ayant un contenu ambigu constituait une abdication de sa fonction juridictionnelle, et qu'il ne devait dès lors pas être reconnu comme un tribunal au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹³⁵¹. La question s'est posée de savoir si la notion de plénitude de juridiction imposait que le juge ait un pouvoir de réformation de la décision ou si un simple contrôle de légalité suffisait. Il semble que la jurisprudence européenne impose de distinguer selon que l'on se trouve en matière pénale ou en matière civile¹³⁵². Dans la première hypothèse, le pouvoir de réformation

¹³⁴⁴ CEDH, 22 oct. 1984, *Sramek c/ Autriche*, série A, n°84, n°8790/79, §36.

¹³⁴⁵ Comm. EDH, 12 oct. 1978, *Zand c/ Autriche*, DR, 15, p. 70.

¹³⁴⁶ Milano (L.), *op. cit.*, p. 345, n°424.

¹³⁴⁷ CEDH, 13 avr. 2006, *Fedotova c/ Russie*, n°73225/01.

¹³⁴⁸ CEDH, 22 juin 2000, *Coëme c/ Belgique*, n°32492/96, §98.

¹³⁴⁹ Renucci (J.-F.), *Droits européens des droits de l'homme*, L.G.D.J., Lextenso éd., 2° éd., 2012, p. 475, n°465.

¹³⁵⁰ *Ibid.* p. 403, n°403.

¹³⁵¹ CEDH, 24 nov. 1994, *Beaumartin c/ France*, A. 296-B, §38, note, Prétot, *D.* 1995, p. 235 ; Sudre, *JCP G* 1995 I, 3823. Cette jurisprudence a été étendue à la question de l'appréciation de la clause de réciprocité d'une convention internationale. CEDH, 13 févr. 2003, *Chevol c/ France*, n°49639/99, §63, note Moutouh, *D.* 2003, p. 931.

¹³⁵² Renucci (J.-F.), *op. cit.*, p. 475, n°465.

est nécessaire pour que l'on considère qu'il y ait un tribunal¹³⁵³ tandis que dans la seconde, l'exercice d'un pouvoir de réformation n'est pas exigé¹³⁵⁴. En garantissant l'accès au juge, c'est donc le droit à la formulation des demandes qui est garanti mais également le droit à l'obtention d'une décision de justice conforme au droit qui est garanti. Il s'agit donc bien de la protection du principe dispositif qui se révèle être au cœur du procès équitable.

538. Le caractère fondamental du principe dispositif est confirmé par la protection dont fait l'objet l'action en justice qui est le mécanisme grâce auquel les parties peuvent formuler des demandes. En effet, le droit d'agir en justice et le droit au juge, s'ils ne recouvrent pas la même notion¹³⁵⁵, sont intrinsèquement liés. Le droit d'agir en justice est un mécanisme permettant d'accéder au juge¹³⁵⁶. Le droit au juge comprend le droit au recours juridictionnel¹³⁵⁷. Ainsi que l'a démontré Mme Milano, le droit d'accès à un tribunal est fondé sur le droit d'agir en justice¹³⁵⁸. On sait néanmoins que « *la théorie de l'action est une théorie malheureuse* »¹³⁵⁹. La notion d'action en justice ne semble faire l'objet d'aucun consensus au plan processuel. Elle est une notion bien connue en procédure civile ; elle l'est également en matière pénale mais ne semble avoir aucune réalité concrète dans le procès administratif. Pour autant, il ne fait aucun doute que l'action en justice est un mécanisme commun à la justice étatique et inconnue de la justice consensuelle. L'analyse de l'action en justice en droit processuel, tant horizontal que vertical, vient confirmer que l'action en justice est commune à l'ensemble des procès. L'action en justice est la marque du caractère étatique du mode de règlement des litiges, la marque de la justice publique. Elle est donc l'élément qui permet de caractériser le règlement juridictionnel étatique des litiges elle est une composante du droit au juge. L'omniprésence de l'action en justice dans les procès civil, administratif et pénal est la marque de la consubstantialité de l'action avec le procès.

539. La nature de l'action en justice a toujours intrigué la doctrine. Droit ? Prérrogative ? Si aujourd'hui on s'accorde pour dire que l'action et le droit substantiel se distinguent, il n'en reste pas moins qu'ils entretiennent des relations privilégiées¹³⁶⁰. Il suffit de rappeler le classement des différents types d'action en justice en fonction du droit en cause. L'action n'est pas dénuée de tout rapport avec le litige ainsi que le prétendait Vizios¹³⁶¹. Il a justement

¹³⁵³ CEDH, 23 oct. 1995, *Schmautzer c/ Autriche*, n°15523/89, §36

¹³⁵⁴ Guinchard et *alii*, *op. cit.*, p. 609, n°260 b).

¹³⁵⁵ Normand (J.), Cadiet (L.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 334, n°78.

¹³⁵⁶ Il est une expression du droit au juge mais le droit au juge ne s'y résume pas dans la mesure où la justice peut être rendue par des juges qui ne sont pas rattachés à l'Etat. L'arbitrage et les MARC en sont sans aucun doute les expressions les plus probantes. Renoux (Th.), « La constitutionnalisation du droit au juge », *art. préc.*, p. 109, spéc. p. 113.

¹³⁵⁷ Guinchard (S.) et *alii*, *op. cit.*, p. 569, n°234 et suiv. Les auteurs distinguent. Le droit au juge est un élément du droit au recours. Mais ce dernier est plus large puisqu'il peut ne pas être juridictionnel (possibilité de recours hiérarchique notamment).

¹³⁵⁸ Milano (L.), *op. cit.*

¹³⁵⁹ Bandrac (M.), « L'action en justice, droit fondamental », *art. préc.*, p. 1.

¹³⁶⁰ Sur ce point V. Hébraud (P.), « Observations sur l'évolution des rapports entre le droit et l'action dans la formation et le développement des systèmes juridiques », *art. préc.* ; Théry (Ph.), *art. préc.*, p. 852, spéc. p. 855 et suiv.

¹³⁶¹ Vizios (H.), *Etudes de procédure, op. cit.*, p. 150.

été souligné en doctrine que « *si l'action ne postule pas, en tant que telle, l'existence du droit revendiqué, elle n'est pas indifférente à la nature et aux caractères de ce dernier* »¹³⁶². Effectivement, la nature du litige peut jouer un rôle non seulement sur les conditions d'ouverture de l'action mais également sur son régime juridique. L'exemple de la prescription est à ce titre très révélateur. Il est logique qu'une action en contestation d'un acte administratif n'obéisse pas au même délai qu'une action en résiliation d'un contrat et encore moins à des délais identiques que ceux applicables en matière pénale. Les intérêts en cause diffèrent. Ils imposent des délais distincts et ce même dans un même champ juridique. C'est ainsi, qu'en droit privé, malgré la réforme générale de la prescription opérée par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008, des régimes dérogatoires existent¹³⁶³. L'exemple de la filiation est à ce titre très révélateur. Réformées par l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005¹³⁶⁴ ratifiée par la loi n°2009-61 du 16 janvier 2009¹³⁶⁵, les actions en matière de filiation connaissent un régime de prescription très restrictif en raison de la volonté de sécurisation du lien de filiation¹³⁶⁶. Dans ces hypothèses, l'intérêt n'est pas seulement privé, il est aussi général, la filiation étant un élément de l'état des personnes, elle est indisponible. L'influence du droit sur l'action est logique dans la mesure où cette dernière « *réalise la jonction entre le droit substantiel et la procédure pour en assurer la sanction* »¹³⁶⁷.

540. L'idée que l'action en justice est un droit fondamental est récente, et nous le reconnaissons, certainement sujette à controverse d'un point de vue purement technique. Néanmoins, nous rejoignons le Professeur Bandrac lorsqu'elle avance que « *droit sous contrôle parce que fondamental, l'action prend finalement dans l'ordre des principes, l'importance que l'analyse technique des mécanismes procéduraux n'impose pas de lui donner. Mais par le contrôle qui s'exerce désormais sur ce nouveau droit fondamental, c'est le dernier pré carré du droit procédural que les sources supralégislatives viennent emporter* »¹³⁶⁸. Or, pour reprendre la définition proposée par le Professeur Niboyet, « *dans une acception large, applicable à tous les types de contentieux, l'action est le droit, à certaines conditions déterminées, à un recours devant un juge investi du pouvoir de trancher les litiges pour obtenir une décision de justice* »¹³⁶⁹.

¹³⁶² Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 339, n°80 2).

¹³⁶³ Ce qui n'est pas sans poser problèmes notamment en ce qui concerne la possibilité pour le juge de relever d'office le moyen tiré de la prescription. La Cour de cassation a considéré que le juge ne pouvait pas le faire et ce même en présence de l'ordre public. Civ. 1^{er}. 6 mars 2007, n°05-21.882, Hauser, *R.T.D.civ.*2007, p. 762, n°14 ; Murat, *Dr. Fam.* 2007, comm. 141.

¹³⁶⁴ Dossier spécial filiation, *Dr. Fam.* 2006, étude 1 à 11 ; Dossier *A.J. Fam.* 2006, p. 424 et suiv.

¹³⁶⁵ Dekeuwer-Défossez (F.), « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification », *R.L.D.C.* 2009-58, p.3 338 ; Leproux (J.), « Ratification et un peu plus... de l'ordonnance portant réforme de la filiation », *R.J.P.F.*, 2009-3, p. 12.

¹³⁶⁶ Granet-Lambrechts (F.), Hauser (J.), « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006, p. 17 ; Vial (G.), « Réforme de la filiation : les surprises du projet de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Dr.fam.* 2008, étude 5

¹³⁶⁷ Guinchard (S.), Ferrand (F.), Chainais (C.), *op. cit.*, p. 116, n°85.

¹³⁶⁸ *Ibid.*, p. 14.

¹³⁶⁹ Niboyet (M.-L.), « Action en justice », *Droits*, 2001-34, p. 84.

541. En droit judiciaire privé, « berceau »¹³⁷⁰ de l'action en justice, celle-ci est expressément prévue par l'article 30 du Code de procédure civile qui pose que « l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ». Cette définition légale a conduit une partie de la doctrine, sous l'influence de Motulsky¹³⁷¹, à voir dans l'action en justice un véritable droit subjectif¹³⁷². Pour autant, s'il est clairement établi que l'action en justice se distingue du droit substantiel en cause¹³⁷³, la question de sa nature juridique n'est pas claire. On connaît les objections traditionnelles faites à cette qualification¹³⁷⁴, objections qui ont conduit certains auteurs à ne voir dans l'action en justice qu'une prérogative légale¹³⁷⁵. Malgré des controverses sur la nature de l'action son existence en procédure civile est certaine.

542. En matière pénale, le terme d'action en justice n'est pas utilisé, le terme n'est connu qu'au travers de la distinction entre l'action publique et l'action civile¹³⁷⁶. Cependant, il ne fait aucun doute que l'action en justice existe dans la mesure où il existe en matière pénale un véritable droit au juge¹³⁷⁷. Enfin, en matière administrative, le vocable n'est pas utilisé ce qui pourrait laisser croire que l'action en justice est une notion autonome du procès, en ce sens qu'il pourrait y avoir un procès sans action en justice. Néanmoins, pareille analyse est erronée. Si en la matière, le terme n'est pas utilisé et les expressions de « recevabilité » et de « recours »¹³⁷⁸ sont préférées à celle d'action en justice, l'absence d'utilisation du terme ne permet pas de conclure à l'inexistence de l'action en justice. Pour preuve, l'analyse structurale, proposée par le doyen Héron en matière civile quant à l'action en justice, qui rejoint celle proposée par les auteurs publicistes et qui tend à ne pas distinguer l'action des demandes et défenses¹³⁷⁹. Cette analyse, qui prévaut en matière administrative, n'élude pas la question de l'action mais l'étudie au travers de ses effets, les actes procéduraux. Il ne fait par conséquent aucun doute que l'action en justice est présente dans l'ensemble des

¹³⁷⁰ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 333.

¹³⁷¹ Motulsky (H.), « L'action en justice et le droit subjectif », *A.P.D.* 1964, p. 215.

¹³⁷² Bolard (G.), « Notre belle action en justice », in *Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr*, *op. cit.*, p. 17, spéc. p. 20 ; Hébraud (P.), « Observations sur l'évolution des rapports entre le droit et l'action dans la formation et le développement des systèmes juridiques », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, *op. cit.*, p. 237 ; Terré (F.), *Introduction au droit*, Précis, Dalloz, 9^e éd. 2012, p. 590, n°724.

¹³⁷³ La doctrine est unanime sur ce point mais reconnaît cependant les limites de pareille distinction notamment quant à la transmission de l'action avec le droit substantiel. V. Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 113, n°81 et suiv.

¹³⁷⁴ *Ibid.*, p. 120, n°91. Les auteurs critiquent la qualification de droit subjectif essentiellement par l'argument selon lequel le droit subjectif ne fait l'objet d'aucune restriction pour le titulaire. V. aussi, Wiederkehr (G.), « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile », *art. préc.*, p. 949 (l'auteur critique notamment la dualité de définitions posé par l'article 30), « Une notion controversée : l'action en justice », *art. préc.*, p. 903.

¹³⁷⁵ Vizioz (H.), *Etudes de procédure*, *op. cit.*, p. 147 ; Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 120, n°93.

¹³⁷⁶ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 336, n°79.

¹³⁷⁷ Pradel (J.), « Le droit au juge dans la procédure pénale française », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, L.G.D.J., 1998, p. 23.

¹³⁷⁸ Chapus (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2008, 13^e éd. p. 387, n°467 et suiv.

¹³⁷⁹ Héron (J.), Bars le (Th.), *op. cit.*, p. 67, n°60 et suiv. voir aussi Martin (R.), « L'action en justice : petite histoire d'un concept inutile », *Dr. et proc.* 2002, n°1, 14.

contentieux¹³⁸⁰. Le Professeur Chapus fait à ce titre référence, à propos du droit d'agir en justice, à une liberté publique¹³⁸¹. Motulsky était clair sur ce point : « *dans le contentieux administratif, le concept d'action est en quelque sorte oblitéré par une autre notion, qui est celle de recours (...). Le recours a un contenu plus large que l'action en procédure civile, car il englobe à nouveau les trois composantes du procès : régularité, action, fond, (et même la quatrième, l'accès aux tribunaux). Il n'empêche que ces composantes se retrouvent nécessairement dans la notion de recours* »¹³⁸².

543. La demande en justice est un effet de l'action, elle concrétise la mise en œuvre de l'action en justice¹³⁸³ mais elles ne se confondent pas. La volonté de fondre l'action et la demande est actuellement défendue par l'école de Caen qui, sous l'influence de l'analyse structurale de l'action en justice menée par le doyen Héron, voit dans la demande et l'action une seule et même chose¹³⁸⁴. Selon cette doctrine, « *lorsque l'on parle d'action, il ne s'agit que d'une façon commode de désigner les demandes et les défenses et que le contenu que l'on attribue à l'action ne constitue rien d'autre que des conditions de recevabilité de ces actes* »¹³⁸⁵. Nous ne partageons pas l'analyse. S'il est certain que parler d'action revient à parler de demande dans la mesure où la demande est un effet de l'action, les deux ne sauraient se confondre. Ainsi que le soulignait Japiot, « *l'action est la faculté de saisir la justice, la demande est le fait de saisir la justice* »¹³⁸⁶.

544. La fondamentalisation de l'action en justice par le biais du droit au juge protège l'office des parties dans la mesure où la demande n'est qu'un effet de l'action. Le droit au recours juridictionnel, en garantissant le droit d'agir, garantit le droit pour les parties de formuler leurs demandes protège donc indirectement l'office des parties en vertu du principe dispositif. le même constat peut être fait au regard de la protection constitutionnelle qui est accordée au droit au juge.

2. La délimitation du litige, garantie par la protection constitutionnelle du droit au juge

545. La protection du droit d'agir en justice, si elle est essentielle aux yeux de la Cour européenne, l'est également aux yeux du Conseil constitutionnel¹³⁸⁷. Le droit au juge n'a jamais été ignoré du constituant français¹³⁸⁸ et aujourd'hui le Conseil constitutionnel protège

¹³⁸⁰ Pour une bibliographie sur l'action en justice dans l'ensemble des contentieux, nous renvoyons à l'ouvrage des Professeurs Cadiet, Normand et Amrani-Mekki, *op. cit.*, p. 337, n°80 et suiv.

¹³⁸¹ Chapus (R.), *op. cit.*, p. 374, n°451.

¹³⁸² Motulsky (H.), *Cours de droit processuel, op. cit.*, p. 58.

¹³⁸³ *Ibid.*, p. 260, n°289.

¹³⁸⁴ Héron (J.), Le Bars (Th.), *op. cit.*, p. 56, n°49.

¹³⁸⁵ *Ibid.*, p. 57, n°49.

¹³⁸⁶ Japiot (R.), « Les actions et demandes en justice », *R.T.D.civ.* 1915, p. 419, spéc. p. 420.

¹³⁸⁷ Renoux (Th.), *op. cit.*, p. 109. Le droit au juge dans la jurisprudence est envisagé à l'origine comme un droit dérivé de l'action en justice.

¹³⁸⁸ Renoux (Th.), « Le droit au recours juridictionnel », *art. préc.* ; « La constitutionnalisation du droit au juge », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, L.G.D.J., 1998, p. 109

sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le droit à un recours effectif¹³⁸⁹. La doctrine rappelle ainsi que le projet de Déclaration des droits de l'homme qui s'insérait dans le projet de Constitution du 19 avril 1946 mais qui fut rejeté par référendum prévoyait dans son article 11 que « *la loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice et l'insuffisance des ressources ne s'aurait y faire obstacle* »¹³⁹⁰. S'il n'existe pas directement de droit au juge dans la Constitution du 4 octobre 1958, il existe un véritable droit au recours juridictionnel et ce d'autant plus que, si l'on suit l'analyse du Professeur Renoux, il s'impose non seulement en raison du principe de séparation des pouvoirs mais également en raison du principe d'égal accès à la justice¹³⁹¹.

546. C'est par ce droit que l'office des parties se révèle être protégé constitutionnellement puisqu'il garantit la possibilité pour les parties de formuler des demandes. La valeur constitutionnelle attachée au recours juridictionnel a été reprise par les juridictions de l'ordre interne. Dans un premier temps, le Conseil d'Etat a reconnu la valeur constitutionnelle du droit au recours juridictionnel¹³⁹², dans un second temps la Cour de cassation en a fait de même¹³⁹³. Le Conseil constitutionnel l'a, par plusieurs décisions, progressivement et implicitement consacré¹³⁹⁴ : implicitement car dans la Constitution le droit au juge n'existe pas, progressivement car la construction constitutionnelle de la protection du droit fondamental s'est réalisée en plusieurs temps.

547. Dans une première décision le Conseil constitutionnel a tout d'abord considéré que le libre exercice du droit d'agir en justice, et non le droit d'action – ce qui vient corroborer la thèse de Glasson et Tissier qui voyaient dans l'action en justice l'exercice d'une liberté publique¹³⁹⁵ - relevait de la compétence du législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution¹³⁹⁶. Commentant la décision, le doyen Favoreu, avait décelé dans cette décision une « *interprétation « créatrice » de l'article 34* »¹³⁹⁷ tandis que le Professeur Renoux y voyait la reconnaissance d'un principe général à valeur constitutionnelle¹³⁹⁸. Le créateur de l'école aixoise évoquait également une précédente décision du Conseil dans laquelle les juges constitutionnels avaient annulé une loi qui prévoyait la suppression du droit d'action pour certains contribuables en cas de taxation d'office¹³⁹⁹. La reconnaissance d'un droit d'action

¹³⁸⁹ Cons. Const. 17 juin 2011, Association Vivrary, n°2011-138QPC, note Le Bot (O.), *D.* 2011, p. 1942.

¹³⁹⁰ Guinchard (S.) et alii, *op. cit.*, p. 568, n°247.

¹³⁹¹ Renoux (Th.), *art. préc.*, n°3.

¹³⁹² CE, 29 juill. 1998, *Syndicat des avocats de France et autres*, concl. Schwartz, *A.J.D.A.* 1998, p. 1010 ; CE, 28 juill. 2000, *D.* 2000, IR, p. 241 (fondement article 6§1 de la CESDH) ; CE, 21. déc. 2001, note Hoffman, *R.F.D.A.* 2002, p. 1114 (fondement article 16 de la déclaration des droits de l'homme).

¹³⁹³ Ass. Plén. 30 juin. 1995, concl. Jéol, note Drago, *D.* 1995, p. 513, note Pedriau, *JCP G* 1995, II, 22748. La Cour de cassation ne se fonde pas sur la Constitution mais sur l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹³⁹⁴ Terneyre (Ph.), « Le droit constitutionnel au juge », *L.P.A.* 1991, n°145, p. 4.

¹³⁹⁵ Glasson, Tissier, *Traité de procédure civile, op. cit.*, p. 317.

¹³⁹⁶ Cons. Const. 2 déc. 1980, *Nature juridique de diverses dispositions figurant au Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale*, n°80-119 L.

¹³⁹⁷ Favoreu (L.), *R.D.P.* 1981, p. 629.

¹³⁹⁸ Renoux (Th.), *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire, op. cit.*, p. 353.

¹³⁹⁹ Cons. Const. 27 déc. 1973, n°73-51 DC, *Taxation d'office*.

n'était cependant que très implicite à la différence de la décision de 1981 en raison de l'absence de fondement clair. Il fallut attendre la décision 93-325 DC du 13 août 1993 pour que le Conseil constitutionnel reconnaisse pleinement la valeur constitutionnelle au droit au recours administratif¹⁴⁰⁰. Les juges constitutionnels ont dans cette décision considéré que les étrangers devaient bénéficier d'un recours assurant la garantie des droits et libertés fondamentaux de valeur constitutionnelle.

548. Dans une décision en date du 21 janvier 1994 relative au recours des décisions du juge de l'application des peines, le Conseil constitutionnel rattacha le droit d'agir en justice à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme¹⁴⁰¹. Mais c'est essentiellement dans une décision de 1996 que les juges de la rue Montpensier ont rendu la décision qui sert aujourd'hui de référence pour la qualification de droit au juge dans la jurisprudence constitutionnelle en consacrant pleinement le droit au recours juridictionnel effectif. Une disposition législative de la loi organique prévoyait un délai de forclusion de 4 mois à compter de la publication des délibérations de l'assemblée de la Polynésie Française pour exercer un recours dirigés contre les actes d'application des délibérations. Un acte adopté plus de 4 mois après les délibérations ne pouvait donc pas être contesté. Le Conseil constitutionnel sanctionne la disposition. Au visa de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, il a considéré « *qu'il résulte de cette disposition qu'en principe ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* »¹⁴⁰². Par ce considérant, le Conseil constitutionnel condamne l'impossibilité pour les justiciables d'exercer le recours et donc de saisir la juridiction. Or, nous avons vu que la demande était le fondement de la saisine. Dès lors en sanctionnant l'absence d'effectivité du recours c'est bien le principe dispositif qui est implicitement protégé. La consécration d'un droit au recours juridictionnel a justement pu être analysée comme « *une lecture européenne d'une disposition constitutionnelle* »¹⁴⁰³.

549. En protégeant le droit au juge, c'est donc bien le droit à la formulation des demandes qui est protégé et donc le principe dispositif. La délimitation par les parties de leur litige est donc inhérente au procès équitable. On peut même aller plus loin et voir que c'est plus particulièrement la délimitation d'un litige qui est garanti par le procès équitable.

¹⁴⁰⁰ Cons. Const. 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée d'accueil et de séjour des étrangers en France*, n°, n°93-325 DC.

¹⁴⁰¹ Cons. Const. 21 janv. 1994, *Urbanisme et construction*, n°93-335 DC, obs. Picard, *JCP G* 1995, I, 3761, n°9 ; obs. Mélin-Soucramani, *R.F.D.C.* 1994, p. 364 ; obs. Molfessis, *Justices* 1995-1, p. 204

¹⁴⁰² Cons. Constit. 9 avr. 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie Française*, n°96-373 DC, Roblot-Troizier (A.), *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, Thémis, droit, PUF, 2011, p. 483, spéc. p. 487. L'auteur considère que « *l'actualisation de la Déclaration des droits de l'homme apparaît à bien des égards comme une « européanisation » d'un texte national* ».

¹⁴⁰³ Roblot-Troizier (A.), *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, op. cit., p. 486.

B. La délimitation d'un litige, garantie par le procès équitable

550. En consacrant le droit au juge, c'est bien le droit des parties de formuler des demandes qui est consacré et donc l'office des parties en vertu du principe dispositif. Plus précisément, on peut considérer que c'est le droit à la délimitation d'un seul litige qui est garanti. Il en va ainsi tant au regard de la jurisprudence européenne (1) qu'au regard de la jurisprudence constitutionnelle (2).

1. Le droit à la délimitation d'un litige, garanti par la jurisprudence européenne

551. Le principe dispositif s'il signifie que les parties ont le droit à la délimitation du litige, signifie plus précisément qu'elles ont le droit à la délimitation d'un litige. Nous l'avons, vu le principe de l'unité du litige qui vient délimiter l'étendue de l'office des parties vis-à-vis de leur litige, autorise les parties à purger le litige de toutes les demandes qu'il sous-entend pourvu que ces dernières ne tendent pas à dénaturer le litige qui a donné lieu à l'ouverture du procès. Le droit pour les parties de délimiter l'entier litige est protégé par la Cour européenne des droits de l'homme par la protection accordée au double degré juridiction.

552. De la même manière qu'en droit interne, la Convention européenne ne prévoit pas actuellement de droit au double degré de juridiction en matière civile¹⁴⁰⁴. Néanmoins on peut supposer que la Cour européenne en décide un jour autrement et ce en raison du développement de la protection dont le double degré de juridiction fait l'objet en droit interne¹⁴⁰⁵. La jurisprudence actuelle de la Convention européenne semble aller dans ce sens depuis la jurisprudence européenne « *Levages Prestations services c/ France* » rendue en matière de pourvoi en cassation le 23 octobre 1996. Dans cet arrêt, la Cour européenne a précisé que lorsque les Etats prévoient une voie de recours, celle-ci devait être conforme aux exigences de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴⁰⁶. Un exemple récent illustre parfaitement ce propos : la condamnation par la France de l'application de l'article 526 du Code de procédure civile qui prévoit la radiation de l'affaire sur le fondement du droit au juge.

553. Si la Cour européenne s'est prononcée de manière régulière en matière de radiation de l'affaire devant la Cour de cassation¹⁴⁰⁷, elle s'est exprimée pour la première fois sur la

¹⁴⁰⁴ CEDH, 17 janv. 1970, *Delcourt c/ Belgique*, série A, n°11, obs. Callewaert, *R.T.D.H.* 1992, p. 201, spéc. p. 204 ; Closset-Marchal (G.), Van Drooghenbroeck, « Absence de droit au double degré de juridiction », in *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruylant 2009, p. 3.

¹⁴⁰⁵ Molfessis (N.), « La protection constitutionnelle », *Justices* 1996-4, p. 17. Sur le principe du double degré de juridiction, v. même revue, dossier complet.

¹⁴⁰⁶ CEDH, 23 oct. 1996, *Sté Levages Prestations Services c/ France*, obs. Fricero, *D.* 1997, p. 209 ; obs. Sudre, *JCP G* 1997, I, 4000, n°23 ; obs. Cohen-Jonathan, *Justices* 1997-1, p. 197.

¹⁴⁰⁷ Norguin (V.), « Radiation du rôle et procès équitable », *D.* 2008, p. 204. Pour un exemple de mesure disproportionnée et une violation de l'article 6§1 voir par ex. CEDH, 14 nov. 2000, *Annoni di Gussola c/ France*, obs. Fricero, *D.* 2001, p. 1061 ; obs. Marguénaud, *R.T.D.civ.* 2001, p. 445 ; CEDH, 14 nov. 2006, *Ong c/ France*, n°348/3, note Fricero, *Procédures* 2007, comm. 63.

conformité de l'article 526 du Code de procédure civile à l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme le 31 mars 2011¹⁴⁰⁸. En l'espèce, le demandeur s'était vu opposer la péremption de l'instance en raison de l'inexécution de la décision. Le jugement rendu en première instance ayant acquis autorité de chose jugée et la décision de radiation en raison de sa nature de mesure d'administration judiciaire n'étant susceptible d'aucun recours, le recours formé devant la Cour européenne était recevable. Les juges européens ont considéré que le prononcé de la radiation était disproportionné. Ils ont précisé que le contrôle de la proportionnalité était un contrôle plus restreint qu'en matière de radiation devant la Cour de cassation dans la mesure où en privant le demandeur de la possibilité de faire appel, non seulement la partie est privée du droit de faire rejurer son affaire en fait et en droit mais elle l'est également de la possibilité de former un pourvoi en cassation et donc d'un éventuel contrôle de légalité de la décision rendue.

554. L'obligation posée par la jurisprudence européenne de procéder à une appréciation stricte de l'impossibilité d'exécution sous peine de méconnaître le droit d'accès à un tribunal permet aux parties de refaire juger leur litige. En effet, il ne suffit pas que le recours existe, encore faut-il qu'il constitue un recours concret, l'article 13 de la Convention garantissant ainsi le caractère effectif du recours¹⁴⁰⁹. Dans cette décision, la Cour européenne ne se prononce pas sur l'existence de la radiation « sanction » mais sur l'application qui en a été faite. Réalisant une appréciation *in concreto*, elle le juge que le *prononcé* de la radiation, et non la radiation elle-même, est contraire au droit au juge. C'est bien le droit au double degré de juridiction qui est en cause. En jugeant que le prononcé de la radiation était disproportionné et qu'il empêchait la partie d'interjeter appel, la Cour européenne sur le fondement du droit au juge sanctionne l'absence d'effectivité du double degré de juridiction.

555. Le contrôle de la Cour européenne sur la proportionnalité des atteintes pouvant être causées par la réglementation des recours permet d'affirmer que ce contrôle ne porte pas uniquement sur l'effectivité du recours mais également sur l'existence d'un recours. La motivation de la Cour européenne sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention et les incidences de sa jurisprudence en matière d'appel permettent de conclure que, si la Cour de Strasbourg ne garantit pas directement le droit au double degré de juridiction, elle n'admet cependant pas qu'on lui porte atteinte lorsqu'il est prévu par la loi. Or, en refusant les atteintes disproportionnées au double degré de juridiction par le biais du droit au juge c'est bien l'office des parties qui est protégé et leur droit fondamental à délimiter leur litige par l'émission de demandes. Si la possibilité pour les parties de délimiter leur litige est garanti par le procès équitable, l'unité du litige est préservée par le Conseil constitutionnel ainsi qu'en témoigne sa position en matière de droit au double degré de juridiction.

¹⁴⁰⁸ CEDH, 31 mars 2011, *Chatellier c/ France*, n°34658/07, note Fricero, *Procédures*, 2011, comm. 171 ; obs. Marguénaud, *R.T.D.civ.* 2011, p. 313.

¹⁴⁰⁹ Pour reprendre les termes de la Cour, « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques et illusoires mais concrets et effectifs* », CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, série A, n°32, chron. Rolland, *J.D.I.* 1982, p. 187 ; Pelloux, *AFDI* 1980, p. 323, *GACEDH*, n°2.

2. Le droit à la délimitation d'un litige garanti par la jurisprudence constitutionnelle

556. La reconnaissance de la fundamentalité du droit d'agir en justice n'a pas été sans incidence sur la protection du double degré de juridiction. Pour autant, le droit au recours juridictionnel implique-t-il le droit au double degré de juridiction ? Non, le droit au double degré de juridiction n'est pas un droit à valeur constitutionnelle mais oui, le droit au double degré de juridiction fait l'objet d'une protection constitutionnelle¹⁴¹⁰. Or, en protégeant indirectement le droit au double degré de juridiction c'est bien le droit à l'appel qui est en cause et donc le principe dispositif, plus précisément la possibilité pour les parties de faire évoluer leur demandes.

557. Dans la décision « *Redressement et liquidation des entreprises* » rendue le 18 janvier 1985¹⁴¹¹, le Conseil constitutionnel a soulevé d'office le moyen d'inconstitutionnalité au sujet des dispositions qui faisaient dépendre l'exercice du droit d'appel du délai imposé par les juridictions du fond pour statuer. Selon ses termes, « *considérant qu'il résulte de ces dispositions que, dans toutes les procédures d'appel prévues par la loi, les justiciables sont placés quelques soient leurs diligences dans des situations différentes au regard des garanties qu'offre l'exercice d'une même voie de recours selon que la cour d'appel statue ou non dans le délai qui lui est imparti ; que le premier alinéa de l'article 175 méconnaît ainsi le principe d'égal accès des citoyens à la justice et doit être déclaré non conforme à la Constitution* ». Sur le fondement du principe d'égalité des citoyens devant la justice, le Conseil constitutionnel protégea ainsi indirectement le droit à l'appel. Ainsi que l'a souligné le Professeur Renoux, cette décision « *confirme que désormais de manière indiscutable la nature du droit d'appel qui s'analyse en un véritable double degré de juridiction et non en une simple possibilité d'examen par la cour d'appel* »¹⁴¹². Nous avons vu que l'exercice de l'appel qui entraînait une mutabilité de la demande était un mécanisme permettant au principe dispositif de prendre tout son sens¹⁴¹³. Dès lors en protégeant le double degré de juridiction, le Conseil constitutionnel de manière incidente donne toute sa valeur fondamentale au principe dispositif au nom du principe d'égalité des citoyens devant la justice. Mais le Conseil constitutionnel a, dans plusieurs décisions, sanctionné la suppression du double degré de juridiction pour des motivations distinctes dont les enseignements sont nombreux au regard du principe dispositif puisqu'elles viennent mettre en évidence la prise en compte par le juge constitutionnel de l'unité du litige.

¹⁴¹⁰ Molfessis (N.), « La protection constitutionnelle », *art. préc.*, p. 17.

¹⁴¹¹ Cons. Const. 18 janv. 1985, n°84-183 DC, note Renoux, *D.* 1986, p. 425.

¹⁴¹² Renoux, *D.* 1986, p. 425, spéc. p. 435, n°34.

¹⁴¹³ V. *supra* n°231 à 237.

558. Dans la décision *Sécurité et Liberté* en date du 19 janvier 1980¹⁴¹⁴, le Conseil constitutionnel a sanctionné, en visant le principe d'égalité des citoyens devant la loi, les dispositions qui, en autorisant sous conditions la constitution de partie civile ou la production de demandes nouvelles, privaient certains plaideurs du double degré de juridiction en fonction de l'attitude des parties au procès. Ainsi que l'avait relevé une partie de la doctrine, il s'agissait là d'une constitutionnalisation indirecte des demandes nouvelles en appel et non la consécration du droit au double degré de juridiction¹⁴¹⁵. Si cette décision a pu être expliquée au regard du principe de l'immutabilité du litige¹⁴¹⁶, il convient d'en préciser l'apport au regard du renouvellement de l'analyse dudit principe auquel nous avons procédé. L'immutabilité du litige ne doit pas s'entendre comme l'interdiction d'apporter d'autres demandes relatives à un même litige, elle doit s'entendre comme l'interdiction pour les parties d'apporter au juge des demandes qui ne portent pas sur le même litige. L'immutabilité du litige c'est avant tout et uniquement l'unité du litige¹⁴¹⁷. Dès lors en interdisant aux parties le droit de se constituer partie civile en appel ou de proposer des demandes nouvelles, c'est bien l'unité du litige que le Conseil constitutionnel a constitutionnalisé. La constitution de partie civile en appel n'est autre qu'un nouveau litige s'il n'a pas été soulevé en première instance ; il en va de même au regard des demandes nouvelles. L'apport de la décision « *Sécurité et liberté* » est donc peut-être davantage dans la volonté des juges constitutionnels de préserver l'unité du litige.

559. Le droit d'agir tel que consacré par le Conseil constitutionnel n'est pas un droit absolu. Sur ce point la jurisprudence du Conseil constitutionnel rejoint la position de la Cour européenne des droits de l'homme. Il peut exister des limites pourvu qu'elles ne soient pas substantielles¹⁴¹⁸. Mais il est une limite que le Conseil constitutionnel semble consacrer et qui est celle de l'unité du litige. Ce constat se confirme lorsque l'on se penche sur l'appréhension de la neutralité du juge au regard du procès équitable. En effet, si ce dernier préserve le droit pour les parties de délimiter un litige devant le juge, il préserve également la possibilité pour les parties de délimiter le litige sans le juge.

¹⁴¹⁴ Cons. Const. 19-20 janv. 1980, n°80-127 note Renoux, « De la décision « juge unique » à la décision « Sécurité et Liberté » : l'évolution du principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 356.

¹⁴¹⁵ Renoux (Th.), « De la décision « juge unique » à la décision « Sécurité et Liberté » : l'évolution du principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 356, spéc. p. 358.

¹⁴¹⁶ Renoux (Th.), *art. préc.*, *Adde.* Fischer-Achoura (E.), « La conformité à la Constitution d'une réforme de l'appel civil », in *Nouv. Cah. Cons. Const.* 2004, n°16.

¹⁴¹⁷ V. *supra* n°35 à 37.

¹⁴¹⁸ L'analyse de la jurisprudence révèle que l'expression « en principe » disparaît peu à peu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Néanmoins le changement de terminologie n'est pas la marque de la consécration d'un droit absolu. Roblot-Troizier (A.), *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, Thémis, droit, PUF, 2011, p. 489.

§ 2. Le procès équitable, le droit à la délimitation du litige sans le juge

560. Nous avons vu que lorsque les parties formulent des demandes, le juge doit rendre un acte juridictionnel et ne doit pas statuer en dehors du cadre qu'elles ont tracé¹⁴¹⁹. Il s'agit du principe de neutralité du juge qui est une composante de la fonction juridictionnelle. La neutralité du juge n'est pas étrangère au procès équitable, elle est protégée par l'exigence d'impartialité. Cette dernière est garantie non seulement par la jurisprudence européenne (A) mais également par la jurisprudence constitutionnelle (B).

A. La neutralité, garantie par la jurisprudence européenne

561. Le droit européen a remis au cœur de la procédure l'adage selon lequel « *nul ne peut être juge et partie* »¹⁴²⁰ car l'impartialité est le « *fondement de la légitimité du juge dans un Etat démocratique* »¹⁴²¹. L'impartialité du juge garantit la neutralité du juge envisagée comme l'impartialité du juge vis-à-vis du débat. En effet, si les deux ne se confondent pas¹⁴²², il n'en reste pas moins qu'en protégeant la neutralité du juge, c'est le principe dispositif qui est en cause. Ce constat nous amène alors à faire un détour sur la route de l'indépendance du juge, qui, de par les relations qu'elle entretient avec l'impartialité, pourrait également être envisagée comme un garantie indirecte du principe dispositif. Pour autant tel n'est pas le cas.

562. L'indépendance du juge ne concerne pas le principe dispositif. Ainsi que le soulignait une partie de la doctrine, « *l'indépendance est la traduction institutionnelle du principe de séparation des pouvoirs : elle exprime l'ensemble des conditions et des conséquences que s'impose à lui-même un Etat démocratique pour garantir le juge de toutes pressions extérieures, qu'elles émanent des autres organes de souveraineté ou de n'importe quel groupe d'intérêt* »¹⁴²³. Le Professeur Debbasch a écrit que « *la meilleure indépendance est celle qui s'affirme dans la force du raisonnement, la hauteur de vue, l'absence de parti pris* »¹⁴²⁴. C'est une des règles du procès équitable protégée par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴²⁵ qui garantit l'indépendance de la justice vis-à-vis des pouvoirs législatif

¹⁴¹⁹ V. *supra* n°421 à 428.

¹⁴²⁰ Bussy (F.), « Nul ne peut être juge et partie », *D.* 2004, p. 1745.

¹⁴²¹ Sargos (P.), « Devoir d'impartialité, fondement de la légitimité du juge dans un Etat démocratique », *Gaz. Pal.*, 24 au 26 mai 1992, p. 10, spéc. p. 11.

¹⁴²² La neutralité et l'impartialité ne sauraient se confondre dans la mesure où la neutralité se confond avec l'office juridictionnel du juge alors que l'impartialité peut être appliquée à des organes qui ne sont ni des tribunaux au sens interne ni des tribunaux au sens européen. C'est ainsi que la Cour européenne a jugé que l'impartialité devait être appliquée au juge d'instruction en matière pénale (CEDH, 6 janv. 2010, *Vera Fernandez-Huidobro c/ Espagne*, n°74181/01, §105 ; obs. Durand, *J.D.I.* 2011, n°4, chron. 12).

¹⁴²³ Commaret (D.-M.), « Une justice distante ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.* 1998, p. 262.

¹⁴²⁴ Debbasch (Ch.), « L'indépendance de la justice », in *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Au carrefour des droits*, Dalloz, 2002, p. 27, spéc. p. 33.

¹⁴²⁵ Elle est également inscrite à l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 ainsi qu'à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ces textes prévoient également l'impartialité du juge.

et exécutif¹⁴²⁶, des pouvoirs de fait mais également vis-à-vis des parties¹⁴²⁷. Dans cette dernière dimension, l'indépendance du juge se rapproche de l'impartialité¹⁴²⁸. L'indépendance organique du juge permet alors d'assurer son impartialité¹⁴²⁹, notamment son indépendance vis-à-vis des parties. Or, dans cette hypothèse il ne s'agit pas d'apprécier le comportement personnel du juge vis-à-vis du litige. Comme le note le Professeur Guinchard, « *ce qui est en cause, c'est le lien plus ou moins direct, qui peut exister, institutionnellement parlant, de par la structure de l'organe entre un juge et l'une des parties* »¹⁴³⁰. L'indépendance du juge ne s'apprécie pas directement par rapport au litige mais bien par rapport aux parties. Là réside la différence entre l'impartialité et l'indépendance. La question de l'indépendance du juge vis-à-vis des parties s'est posée notamment à propos des juridictions qui sont composées de magistrats professionnels et qui sont amenées à juger leurs pairs. Un des problèmes soulevés par ces juridictions réside dans le risque d'existence d'un lien de subordination entre une des parties au litige et le juge et donc dans le risque corrélatif de violation de l'impartialité¹⁴³¹. Mais dans ces hypothèses les liens entre le juge et la matière litigieuse nous semblent trop étroits pour pouvoir conclure à une éventuelle garantie du principe dispositif par le droit à un tribunal indépendant. Il en va différemment en matière d'impartialité qui peut apparaître comme une garantie de la neutralité.

563. Rappelons que « *la neutralité du juge signifie que ce dernier est neutre vis-à-vis du débat* »¹⁴³². Or, en permettant à la neutralité du juge de jouer un plein effet, l'impartialité imposée par l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, assure indirectement la garantie du principe dispositif. Tout juge, qu'il soit civil, pénal ou administratif doit être impartial. L'impartialité du juge a valeur constitutionnelle, sa fundamentalité excluant, comme l'a rappelé la Cour européenne, toute approche restrictive¹⁴³³. Un auteur a mis en évidence que les exigences relatives à l'impartialité étaient telles qu'il était permis de voir dans l'exigence d'impartialité plus qu'une garantie de bonne

¹⁴²⁶ Sur ce point v. Bredin (J.-D.), « Qu'est ce que l'indépendance du juge ? », *Justices* 1996-3, p. 161.

¹⁴²⁷ Guinchard (S.), « Procès équitable », *in Rep. pr. civ. Dalloz*, 2013, n°191.

¹⁴²⁸ *Ibid.*, n°215. Koering-Joulin (R.), « La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6§1 de la CEDH », *R.S.C.* 1990-4, p. 769.

¹⁴²⁹ La doctrine distingue deux aspects de l'indépendance : l'indépendance organique et l'indépendance fonctionnelle. Seule la première retiendra notre attention dans la mesure où la seconde affecte les rapports du juge avec le pouvoir législatif et exécutif indépendamment de la coloration du procès et donc indépendamment du principe dispositif. Pour une étude de la distinction V. Milano (L.), *op. cit.*, p. 392, n°487 et suiv.

¹⁴³⁰ Guinchard (S.), « Procès équitable », *op. cit.*, n°215.

¹⁴³¹ Pour apprécier l'existence de pareil lien, la Cour européenne ainsi que la Cour de Cassation utilisent la théorie des apparences. Un auteur a dénoncé les dangers d'une transposition trop rigide de cette théorie anglo-saxonne en droit français (Magnier (V.), « La notion de justices impartiales », *JCP G* 2000, I, 252). Ses doutes ne semblent cependant pas fondés dans la mesure où l'appréciation *in concreto* à laquelle se livre la Cour européenne prend en compte les spécificités de la cause et les particularités des Etats membres (CEDH, 26 oct. 2004, *Kurt Kellermann c/ Suède*, req. n°41579/98. Refus de conclure à la violation de l'article 6 en matière d'échevinage).

¹⁴³² Ferrand (F.), « Preuve », *op. cit.*, n°35.

¹⁴³³ CEDH, 1 mars 1990, *Kristinsson c/ Islande*, série A, n°171-b, obs. Tavernier (P.), *J.D.I.* 1991, p. 773. Selon les termes de la Commission, « *une interprétation restrictive de l'article 6 de la Convention – notamment quant au respect du principe fondamental de l'impartialité des tribunaux – ne serait pas conforme ni à l'objet ni au but de cette disposition si l'on songe à la place primordiale que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique* » (§49).

justice un véritable critère d'identification du juge, de tout juge. Il n'y a de juge qu'un juge impartial, il n'y a de juge qu'un juge neutre¹⁴³⁴. Le principe dispositif est protégé par le procès équitable car la neutralité du juge du jugement quant aux prétentions est assurée par l'impartialité.

564. On sait que la Cour européenne dans son arrêt *Piersack* a dégagé deux acceptions de l'exigence d'impartialité¹⁴³⁵. Aux termes de l'arrêt, elle a considéré que « *si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut notamment sous l'angle de l'article 6§1 de la Convention s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait en son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime* ». Il résulte donc que tandis que l'impartialité objective a trait à l'organisation de la juridiction, l'impartialité subjective concerne l'attitude du juge. Tandis que la première impose une approche plus abstraite, la seconde privilégie une approche concrète¹⁴³⁶. La doctrine a mis en évidence les difficultés de mise en œuvre de cette distinction et la tendance à l'objectivation de l'impartialité subjective, objectivation qui est la marque d'un durcissement de l'appréciation de l'impartialité¹⁴³⁷ ; elle a ainsi proposé de distinguer entre l'impartialité fonctionnelle et l'impartialité personnelle¹⁴³⁸. Si la première interdit le « *préjugement* » de l'affaire, la seconde interdit le « *préjugé* » de l'affaire¹⁴³⁹. L'impartialité tant fonctionnelle (1) que personnelle (2) sont au service de la neutralité du juge.

1. La préservation de la neutralité par l'impartialité fonctionnelle

565. L'impartialité fonctionnelle tend à protéger les parties d'un éventuel préjugement de l'affaire. Autrement dit, l'impartialité impose que le juge ne sache pas, par avance, en raison

¹⁴³⁴ Milano (L.), *op. cit.*, p. 368.

¹⁴³⁵ CEDH, 1^{er} oct. 1982, *Piersack c/ Belgique*, obs. Tavernier, *J.D.I.* 1995, p. 210

¹⁴³⁶ Matscher (F.), « La notion de tribunal au sens de la convention européenne des droits de l'homme », in *Les nouveaux développements du procès équitable (...)*, *op. cit.*, p. 29, spéc. p. 42.

¹⁴³⁷ Sur ce mouvement jurisprudentiel consistant à s'appuyer sur des éléments objectifs pour apprécier l'impartialité subjective, cf. Guinchard (S.) et *alii*, *op. cit.*, p. 885, n°363 b). Dans le même sens, Gouttes de (R.), « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité ? », *R.S.C.* 2003, p. 63 ; Frison-Roche (M.-A.), « L'impartialité du juge », *D.* 1999, p. 53, Matscher (F.), *op. cit.*, p. 43. C'est notamment ce qui résulte de la jurisprudence européenne qui a mis en évidence qu'il faut apprécier selon la nature de l'affaire et les circonstances de la cause imposant ainsi une approche concrète de la partialité. Si dans un premier temps, elle a procédé à une approche stricte de qui était fondée sur l'apparence de l'impartialité (CEDH, 26 oct. 1984 *De Cubber c/ Belgique* ; sur la théorie de l'apparence Martens (P.), « La tyrannie de l'apparence », *R.T.D.H.* 1996, p.640), elle s'est progressivement orientée vers une approche plus souple, une approche *in concreto* qui a combiné la notion d'impartialité fonctionnelle et personnelle (CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, série A, n°154, obs. Tavernier, *J.D.I.* 1990, p. 727, obs. Coussirat-Coustère, *AFDI*, 1991, p. 585, *GACEDH*, n°31, p. 348 ; CEDH, 24 août 1993, *Nortier c/ Pays-Bas*, série A, n°267, obs. Van Compernelle, *R.T.D.H.* 1994, p. 429 ; CEDH, 6 juin 2000, *Morel c/ France*, chron. Boyet, *D.* 2001, p. 328 ; chron. Sudre, *JCPG* 2001, I, 291 ; obs. Fricero, *D.* 2001, p. 1062 ; obs. Niboyet, *D.* 2001, p. 1610, note Garaud, *JCP E* n°19, p. 797). Pour une application de cette objectivation davantage fondée sur l'apparence d'impartialité, cf. Ass. Plén. 5 févr. 1999, *COB c/ Oury*, note Matsopoulou, *JCP G* 1999, I, 10060 ; note Garaud, *JCP E* 1999, p. 957.

¹⁴³⁸ Guinchard (S.) et *alii*, *op. cit.*, p. 884, n°363.

¹⁴³⁹ *Ibid.*, p. 888, n°364.

de ses fonctions, quelle solution il va rendre. L'impartialité a vocation à assurer, comme il l'a la séparation des fonctions juridictionnelles ainsi que la séparation des fonctions juridictionnelles et non juridictionnelles¹⁴⁴⁰, elle vise donc essentiellement le cumul des fonctions¹⁴⁴¹. S'il est évident que le cumul des fonctions n'est pas synonyme de remise en cause de la neutralité du juge, il n'en reste pas moins que l'exigence d'impartialité fonctionnelle du juge assure indirectement la neutralité du juge et donc le principe dispositif.

566. Un exemple récent est à notre sens assez révélateur. La première chambre civile de la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt en date du 15 décembre 2010, que ne constitue pas un défaut de partialité le fait pour le juge aux affaires familiales de statuer dans le cadre d'une procédure de divorce sur le fond, alors même qu'il avait prononcé lors de l'ordonnance de non conciliation des mesures provisoires, dans la mesure où les faits et les demandes étaient différents¹⁴⁴². Une lecture *a contrario* de l'arrêt met en évidence que lorsque les demandes et les faits sont identiques, l'impartialité du juge est mise en cause¹⁴⁴³. Il s'agit bien d'impartialité à l'égard du fond du litige¹⁴⁴⁴. Or, en interdisant au juge de se prononcer sur le fond d'une affaire qu'il connaît déjà bien, le juge ne peut faire état de ses connaissances personnelles – entendues comme celles qu'il aurait acquises lors du premier jugement –, on réduit donc le risque d'interprétation des prétentions, et par là-même on réduit les risques d'atteintes au principe de neutralité qui, on le sait, interdit au juge de s'immiscer dans la délimitation des prétentions notamment en faisant état de ses considérations personnelles. L'impartialité fonctionnelle peut donc permettre la protection de la neutralité et donc du principe dispositif de manière indirecte.

567. Ainsi que le souligne le Professeur Sudre, dans un premier temps, la Cour européenne a adopté une conception stricte de l'impartialité en interdisant le cumul de fonctions juridictionnelles différentes par un même juge dans une même affaire¹⁴⁴⁵. Le juge qui exerçait des fonctions de poursuite puis qui tranchait le litige était nécessairement partial. Le cumul était interdit¹⁴⁴⁶. S'émancipant de cette stricte interdiction, les juges strasbourgeois ont ensuite choisi d'apprécier de manière plus concrète l'impartialité fonctionnelle du juge, l'impartialité du juge n'était en cause que lorsque les mesures adoptées par le juge avait permis au juge

¹⁴⁴⁰ CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, série A, n°154, obs. Tavernier, *J.D.I.* 1990, p. 727, obs. Coussirat-Coustère, *AFDI*, 1991, p. 585, *GACEDH*, n°31, p. 348. Milano (L.), *op. cit.*, p. 435, n°543 et suiv.

¹⁴⁴¹ A été jugé comme contraire à l'impartialité, le fait pour le juge des référés qui a accordé une provision de statuer au fond (Ass. plén. 6 nov. 1998, *Société Bord Na Mona*, comm. Sargos, *JCP G* 1998, II, 10198 ; obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1999, p. 183) ou encore le fait pour le conseiller rapporteur devant le conseil des prud'hommes d'être membre de la formation de jugement alors qu'il s'est prononcé sur le fondement de la demande (Civ. 2^e. 10 sept. 2009, *Tahir c/ SA ESR*, obs. Perrot, *Procédures* 2009, comm. 139).

¹⁴⁴² Civ. 1^e. 15 déc. 2010, n°09-70.583, obs. Douchy-Oudot, *D.* 2011, p. 1107; Hauser, *R.T.D.civ.* 2011, p. 110.

¹⁴⁴³ Reste le problème de la définition de faits identiques. On sait que la jurisprudence considère que l'exigence d'impartialité n'est pas compromise quand les faits sont « voisins » ou « analogues » et ce même entre les mêmes parties. Civ. 2^e. 4 déc. 2003, *D.* 2004, p. 397.

¹⁴⁴⁴ Frison-Roche (M.-A.), « L'impartialité du juge », *art. préc.*, spéc. n°20.

¹⁴⁴⁵ Sudre (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 453, n°67.

¹⁴⁴⁶ CEDH, 25 févr. 1997, *Findlay c/ Royaume-Uni* (en matière de tribunaux militaires), CEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber c/ Belgique* (en matière pénale).

d'avoir un « préjugé » sur l'affaire en cause¹⁴⁴⁷. Bien que l'approche de la Cour européenne soit une approche réaliste qui s'appuie sur les faits de l'espèce et ne prétende donc pas être dogmatique, il est possible de dégager clairement la position que les juges entendent adopter dans chaque affaire : un juge peut être le juge du jugement alors qu'il était le juge de l'instruction si les mesures qu'il a prises dans le cadre de l'instruction ne lui ont pas permis de se forger un jugement sur l'affaire. La violation de l'impartialité du juge ne peut donc résulter que d'une approche concrète du litige, l'impartialité du juge de l'instruction n'est mise en cause que lorsque le juge de l'instruction fait un usage très étendu de ses pouvoirs d'enquête¹⁴⁴⁸.

568. La Cour européenne s'est ainsi prononcée en matière civile dans son arrêt « Morel », rendu le 6 juin 2000, sur la question de l'impartialité du juge commissaire dans le cadre d'une procédure collective¹⁴⁴⁹. Les juges européens devaient statuer sur la question de l'impartialité du juge commissaire qui avait pris des ordonnances relatives à la gestion des sociétés et du personnel dans le cadre de la phase d'observation et qui avait présidé le tribunal de commerce qui statuait sur la viabilité et la régularité du plan de redressement judiciaire. La Cour a conclu à l'absence de violation de l'impartialité tant subjective qu'objective. Elle a considéré que les mesures qu'ils avaient prises ne lui avaient pas permis de porter un préjugement sur l'affaire et que les faits soumis au juge étaient distincts de ceux dont il avait eu connaissance durant la période d'observation. Ainsi que le relève la Professeure Fricero, deux critères se dégagent de la motivation de la Cour européenne : l'identité de matière litigieuse et la nature et l'étendue des pouvoirs du juge¹⁴⁵⁰.

569. Cette jurisprudence pose la question du juge de la mise en état dans le cadre du procès civil. En effet, le juge de la mise en état qui dirige l'instruction civile peut participer à l'élaboration du jugement. La question de sa neutralité se pose alors notamment en raison du développement considérable de ses pouvoirs qui tend à une véritable autonomie de la phase de la mise en état. Nous avons vu que la coopération n'excluait pas le principe dispositif, le juge de la mise en état détient des pouvoirs en matière de demandes procédurales, il est le juge de la régularité de l'instance mais non pas de l'affaire, il ne porte pas d'appréciation sur la question qu'il pourra être amené à juger, il peut donc participer à la formation du jugement. Cette jurisprudence doit être mise en parallèle avec la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'office du juge du référé provision. La Cour de cassation a considéré que le juge des référés qui ne fait que prendre une mesure conservatoire peut participer à la formation du jugement à la différence du juge des référés qui accorde une provision sur l'obligation qui

¹⁴⁴⁷ V. par exemple CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c/ Pologne*, note Bonfils, *D.* 2010, p. 1324, obs. Douchy-Oudot, *D.* 2011, p. 1107 (sanction de la partialité du juge aux affaires familiales qui durant l'instruction avait fait l'usage d'un large pouvoir de ses pouvoirs en matière de preuve).

¹⁴⁴⁸ CEDH, 25 juill. 2000, *Tierce et al. c/ Saint-Marin*, obs. Sudre, *JCP G* 2001, I, 291, n°24.

¹⁴⁴⁹ CEDH, 6 juin 2000, *Morel c/ France*, obs. Fricero, *D.* 2001, p. 1102 ; Niboyet, *D.* 2001, p. 1610 ; Marguénaud, *R.T.D.civ.* 2000, p. 934.

¹⁴⁵⁰ Fricero (N.), *D.* 2001, p. 1102.

n'est pas selon lui contestable¹⁴⁵¹. Le Conseil d'Etat s'est prononcé en faveur de la même position¹⁴⁵². La solution est logique dans la mesure où, « *constater ce n'est pas juger* »¹⁴⁵³, en constatant que l'obligation n'est pas contestable pour allouer une provision, le juge des référés ne fait que constater l'évidence et ne préjuge pas du fond de l'affaire.

570. La garantie de l'impartialité du juge de l'instruction imposée par la Cour européenne met en évidence la fondamentale neutralité du juge et donc du principe dispositif. En interdisant au juge d'avoir un préjugé ou un préjugement sur l'affaire c'est bien indirectement l'interdiction de modification des prétentions qui est en jeu. La Cour européenne n'interdit donc pas au juge de la mise en état d'avoir connaissance des prétentions, elle interdit seulement que lorsque tel est le cas, il participe au jugement de l'affaire. C'est donc bien le respect du juge vis-à-vis des prétentions des parties qui est en jeu.

2. La garantie de la neutralité par l'impartialité personnelle

571. Concernant l'impartialité subjective du juge du jugement, le principe posé par la Cour européenne est clair. L'impartialité subjective du juge qui tranche n'impose pas qu'un magistrat qui a statué sur une affaire ait à en connaître de nouveau dans le cadre d'un même litige si la deuxième juridiction n'est pas liée par la première décision et qu'elle étudie dans son intégralité l'affaire à nouveau¹⁴⁵⁴. Cette position a été adoptée par le Conseil d'Etat¹⁴⁵⁵ ainsi que par la Cour de cassation en matière de voie de recours en rectification d'erreur matérielle¹⁴⁵⁶ et en matière de recours en révision¹⁴⁵⁷.

572. L'impartialité personnelle, qui se présume jusqu'à preuve du contraire¹⁴⁵⁸, tend elle aussi à protéger le principe dispositif : dans la mesure où elle interdit au juge quelconque préjugé sur l'affaire, elle garantit la neutralité du juge¹⁴⁵⁹. On connaît les difficultés pour apprécier la partialité du juge¹⁴⁶⁰, néanmoins un exemple illustre selon nous les relations

¹⁴⁵¹ Ass. Plén. 6 nov. 1998, *Sté Bord Na Mona*, n°94-17.709 concl. Burgelin, *D.* 1999, p.1, rapport Sargos, *JCP G* 1998, II, 10198. Pour une appréciation comparée de cette décision et de la jurisprudence Morel, cf. Goyet, *D.* 2001, p. 328.

¹⁴⁵² CE, avis 12 mai 2004, *Commune de Rogerville*, concl. Glaser, *R.F.D.A.* 2004, p. 723.

¹⁴⁵³ Goyet (Ch.), « Remarques sur l'impartialité du tribunal », *D.* 2001, p. 328.

¹⁴⁵⁴ CEDH, 25 avr. 1991, *Oberschilck c/ Autriche*

¹⁴⁵⁵ CE 11 févr. 2005, *Commune de Meudon*, concl. De Silva, *R.F.D.A.* 2005, p. 760, *A.J.D.A.* 2005, p. 660.

¹⁴⁵⁶ Ass. Plén. 1 avr. 1994, concl. Jéol, *JCP G* 1994, II, 22256.

¹⁴⁵⁷ Civ. 2^e. 5 févr. 1997, *Bull. civ.* II n°34.

¹⁴⁵⁸ CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyre c/ Belgique*, n° 6878/75 ; 7238/75 §58.

¹⁴⁵⁹ La doctrine fait à ce titre directement référence à la neutralité du juge pour désigner l'impartialité subjective. Cf. Renucci (J.-P.), *op. cit.*, p. 491, n°477. Fontbressin de (P.), « La neutralité du juge », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, *op. cit.*, p. 79

¹⁴⁶⁰ Par exemple, se pose actuellement le problème de l'appartenance du juge à la franc-maçonnerie. Si la Cour européenne a jugé que l'appartenance d'un juge et d'une partie ne sont pas de nature à faire douter de l'impartialité (CEDH, 21 déc. 2000, *Wettstein c/ Suisse*), la question a été posée de la réalité de la compatibilité entre les deux serments. (Capashen (G.), « Un magistrat peut-il être franc-maçon ? », *D.* 2001, p. 3203. La Cour exige néanmoins sur le fondement de l'article 11 de la Convention qui protège la liberté d'association que la législation nationale indique de manière précise les conditions dans lesquelles le juge ne doit pas adhérer à la

qu'entretennent l'impartialité subjective et le principe dispositif : il s'agit de l'interdiction pour le juge de conseiller ou de représenter une partie dans l'affaire qu'il doit juger, prévue notamment par l'article 341 du Code de procédure civile et qui est une cause de récusation du juge¹⁴⁶¹. Cette disposition permet de s'assurer de la neutralité du juge. En effet, un juge, qui aurait conseillé ou représenté une partie, aurait participé à la délimitation des prétentions, ne pourrait donc pas trancher le litige dans la mesure où il ne serait pas neutre vis-à-vis du débat. Directement donc l'impartialité est en cause, indirectement la neutralité. Sa participation au procès en tant que représentant ou conseiller lui donne accès aux prérogatives qui sont traditionnellement reconnues aux parties. En interdisant au juge de trancher le litige, on préserve directement le principe dispositif et tout risque éventuel d'immixtion du juge dans le litige.

573. Par conséquent on constate que si l'indépendance du tribunal ne permet pas de protéger les parties des risques d'immixtion du juge dans la délimitation de la matière litigieuse, il en va autrement pour l'impartialité, qui bien qu'elle ne se confonde pas avec la neutralité du juge, permet de garantir cette dernière et donc indirectement le principe dispositif. Envisagée dans chacune de ces deux branches l'impartialité permet de garantir le principe dispositif par la préservation de la neutralité. Tandis que l'impartialité fonctionnelle se révèle être une garantie indirecte de la neutralité, l'impartialité personnelle la garantit directement. La protection de la neutralité du juge par l'impartialité n'est pas uniquement une exigence européenne, elle est également une exigence constitutionnelle.

B. La neutralité, garantie par la jurisprudence constitutionnelle

574. Nous avons pu constater que la neutralité impose que le juge, lorsqu'il tranche le litige, ne statue pas en-dehors des prétentions formulées par les parties. La neutralité du juge n'est pas ignorée par le Conseil constitutionnel. En effet, de la même manière que devant la Cour européenne des droits de l'homme, la neutralité du juge à l'égard des prétentions est garantie par la protection constitutionnelle dont elle fait l'objet par l'exigence d'impartialité¹⁴⁶². C'est ce qui ressort de la position de la jurisprudence en matière de saisine d'office. Pour une partie de la doctrine, « *la saisine d'office est une bizarrerie dont la conformité aux exigences du procès équitable ne s'impose pas avec la force de*

franc-maçonnerie au nom de la prévisibilité de la loi (CEDH, 17 févr. 2004, *Maestri c/ Italie*, obs. Benzmira-Hazan, *J.D.I.* 2005, p. 540 ; obs. Flauss, *AJDA* 2004, p. 1809).

¹⁴⁶¹ Mais il n'est pas le seul. En effet, l'impartialité personnelle s'entend également comme l'absence d'intérêts communs entre le juge et les parties. A été jugé comme des intérêts communs par exemple, l'existence d'un lien de parenté (Soc. 18 nov. 1998, obs. Desdevises, *RGDP* 1999, p. 350 ; chron. Boulmier, *JCP E* 1999, p. 755).

¹⁴⁶² Le Conseil constitutionnel rattache les exigences d'impartialité et d'indépendance à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il considère que « *ces exigences sont indissociables de la fonction juridictionnelle* ». Cons. Const. 25 mars 2011, n°2010-110 QPC. Pour une application de cette jurisprudence au juge des enfants en matière répressive : Cons. Const. 8 juill. 2011, n°2011-147 QPC, note Lavric, *D.* 2011, p. 1903 ; Bonfils, *R.F.D.C.* 2012, p. 168 ; Lazerges, *R.S.C.* 2011, p. 728 ; Hauser, *R.T.D.civ.* 2011, p. 756.

l'évidence »¹⁴⁶³. C'est d'ailleurs sous cet angle que la saisine d'office est présentée par une partie de la doctrine¹⁴⁶⁴.

575. La contrariété de la saisine avec l'impartialité était soulevée régulièrement par les requérants notamment quant au pouvoir d'auto-saisine du président du Tribunal de commerce en matière de faillite et de règlement judiciaire. Pour autant la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 3 novembre 1993, considère qu'en l'espèce l'auto-saisine du juge est conforme aux exigences de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴⁶⁵. Pareille conclusion pourrait également être admise à la lecture de deux arrêts de la cour d'appel de Dijon et d'Amiens qui ont dû statuer sur la conformité de l'ancien article 625-8 du Code de commerce aux exigences du procès équitable. Cet article prévoyait que dans le cadre d'une procédure collective, le juge pouvait se saisir d'office en vue de prononcer l'interdiction de diriger, administrer ou contrôler directement ou indirectement une entreprise commerciale, artisanale ou agricole et toute personne morale. Saisie d'une contestation mettant en cause l'impartialité du juge en raison du contenu de la convocation adressée au débiteur par laquelle le juge exposait les faits admis à motiver sa saisine, les juridictions ont considéré qu'il existait une atteinte à l'impartialité ce qui pouvait laisser des doutes quant à la conformité de ce mécanisme au regard du procès équitable. Or, ainsi que l'a relevé la doctrine ce qui était en cause c'était bien la rédaction des notes non le mécanisme de la saisine d'office¹⁴⁶⁶. Que l'effet de la saisine d'office porte atteinte à l'impartialité du juge c'est une chose mais que l'interdiction de la saisine d'office soit justifiée par l'impartialité du juge en est une autre. Néanmoins ces débats ne sont plus d'actualité dans la mesure où le Conseil constitutionnel s'est récemment prononcé sur la compatibilité de la saisine d'office avec le droit au recours juridictionnel dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité.

576. Le Conseil constitutionnel avait eu l'occasion quelques mois auparavant de se prononcer sur la conformité des dispositions relatives à la juridiction commerciale à la Constitution. Il avait jugé que « *les dispositions relatives aux mandats des juges des tribunaux de commerce instituent des garanties prohibant qu'un juge d'un tribunal de commerce participe à l'examen d'une affaire dans laquelle il a un intérêt, même indirect ; que l'ensemble de ces dispositions ne portent atteinte ni au principe d'impartialité et d'indépendance des juridictions, ni à la séparation des pouvoirs* »¹⁴⁶⁷. Les juges de la rue Montpensier ont été saisis de la conformité de l'article L. 631-5 du Code de commerce qui autorisait le juge à se saisir d'office aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Ils ont considéré qu'il résulte de l'article 16 de la déclaration de 1789 qu'« *en*

¹⁴⁶³ Lucas (F.-X.), « Interdiction de gérer sur saisine d'office », *D.* 2001, p. 1069.

¹⁴⁶⁴ Guinchard (S.), et alii, *Droit processuel*, *op. cit.*, p. 930, n°382.

¹⁴⁶⁵ Com. 3 nov. 1993, *Bull.civ.* IV, n°345, note Vallens, *D.* 1993, p. 538 ; obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1993, p. 882 ; Com. 16 mars 1993, note Vallens, *D.* 1993, p. 538 ; obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1993, p. 882.

¹⁴⁶⁶ Lucas (F.-X.), *art. préc.*, p. 1069.

¹⁴⁶⁷ Cons. Const. 4 mai 2012, QPC n°2012-241, cons. 27 ; note Fricero, « Le tribunal de commerce : une juridiction conforme aux exigences constitutionnelles ! », *D.* 2012, p. 1626.

principe une juridiction ne saurait disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de la chose jugée ; que, si la Constitution ne confère pas à cette interdiction un caractère général et absolu, la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification, lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère de punition, qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect de l'impartialité »¹⁴⁶⁸.

577. La décision est riche d'enseignements car si le Conseil constitutionnel ne condamne pas le principe de la saisine d'office dans les matières qui ne sont pas répressives, il condamne son absence d'encadrement en matière civile. Le Conseil ne condamne pas le principe de la saisine d'office puisque la saisine d'office peut être exercée si elle est fondée sur un motif d'intérêt général et si la loi garantit l'impartialité du juge. Tel n'est pas le cas des dispositions encadrant le redressement judiciaire. Ce qui rend inconstitutionnel l'article L.631-5 du Code de commerce c'est l'absence de garanties légales qui entourent la saisine d'office, plus particulièrement l'absence de garanties attachées à son impartialité. Pour reprendre les termes du Conseil, « *ni les dispositions contestées ni aucune autre disposition ne fixent les garanties ayant pour objet d'assurer qu'en se saisissant d'office, le tribunal ne préjuge pas sa position lorsque, à l'issue de la procédure contradictoire, il sera appelé à statuer sur le fond du dossier au vu de l'ensemble des éléments versés par les parties ; que par suite, les dispositions contestées confiant au tribunal la faculté de se saisir d'office aux fins d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire méconnaissent les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1799* »¹⁴⁶⁹. En aucun cas, on ne saurait déduire de cette décision l'inconstitutionnalité de la saisine d'office. Dans les cas où la procédure n'est pas répressive, autrement dit en matière civile, le juge peut se saisir d'office si les conditions de sa saisine sont encadrées légalement et notamment si l'impartialité, autrement dit sa neutralité est protégée. Les cas de saisine d'office ne peuvent donc être prévus que par la loi pourvu qu'il existe un motif d'intérêt général. Il n'y a là aucune incertitude.

578. Les doutes soulevés par cette décision sont relatifs au cadre posé par le Conseil constitutionnel et les conséquences qu'il faut en tirer. En effet, on a justement remarqué l'ambiguïté de l'apport de cette décision : « *en principe une juridiction ne saurait disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de la chose jugée ; que, si la Constitution ne confère pas à cette interdiction un caractère général et absolu, la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification, **lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère de punition**, qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect d'impartialité* ». Que faut-il conclure de la délimitation du cadre posé par le Conseil ? Ainsi que l'a relevée

¹⁴⁶⁸ Cons. Const. 7 déc. 2012, QPC n°2012-286, cons. 7.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*

Professeur Frison-Roche, « *l'enjeu majeur est dans l'interprétation de cette phrase* »¹⁴⁷⁰. Une analyse *a fortiori*¹⁴⁷¹ amène à penser qu'une juridiction qui rend des actes juridictionnels ne peut pas se saisir d'office lorsque la procédure a pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère de punition. Le Conseil constitutionnel aurait donc interdit la saisine d'office en matière pénale. C'est l'interprétation admise d'une manière générale en doctrine¹⁴⁷².

579. Cette analyse doit cependant être affinée car ce n'est pas tant l'exclusion en matière pénale qui est condamnée que l'exclusion en matière pénale juridictionnelle. Or, il existe une différence. La référence à l'interdiction de la saisine d'office dans les procédures ayant un caractère répressif si elle fait écho en premier lieu à la matière pénale telle qu'issue des dispositions du Code de procédure pénale ne se résume pas à cela. En effet, des procédures de sanction peuvent être engagées devant des autorités administratives indépendantes et dans ces hypothèses, elles ne sont pas condamnées. C'est ce qui résulte de la décision rendue le 12 octobre 2012 par le Conseil constitutionnel rendus dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité¹⁴⁷³. En outre, il ne faut pas perdre de vue que le Conseil dans cette décision se réfère à la saisine d'office du juge dont l'objet est de parvenir à une décision revêtue de la chose jugée. La décision ne fait donc référence qu'aux procédures juridictionnelles que ne connaissent pas les autorités administratives indépendantes qui ne sont que des procédures administratives. Dès lors, plus que l'interdiction de la saisine d'office en matière pénale c'est l'interdiction de la saisine d'office en matière pénale juridictionnelle qui est consacrée. Par cette décision, les juges de la Rue Montpensier marquent leur attachement à la distinction entre la matière pénale juridictionnelle et la matière civile juridictionnelle, distinction qui ne saurait concerner les procédures administratives.

580. La lecture du principe dispositif par le prisme du procès équitable permet de confirmer que l'article 4 du Code de procédure civile consacre un droit fondamental des parties à disposer de leur litige. Bien que non consacré expressément comme une garantie du procès équitable, la mise en perspective de l'office des parties au regard du nouveau modèle de justice permet d'en appréhender toute la fundamentalité. Il est garanti par le droit au juge ainsi que par l'impartialité du juge, en cela il peut être appréhendé au même titre que le contradictoire comme une garantie procédurale du droit au juge. Mais la fundamentalité du principe dispositif ne tient pas uniquement à cette fonction, il convient en effet de voir dès à présent que le principe dispositif est garant de l'unité de l'office du juge du fait juridique.

¹⁴⁷⁰ Frison-Roche (M.-A.), « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D.* 2013, p. 8.

¹⁴⁷¹ Rolland (B), « L'inconstitutionnalité de la saisine d'office », *Procédures* 2013, étude 3, n°15.

¹⁴⁷² Frison-Roche (M.-A.), *art. préc.*, p. 8.

¹⁴⁷³ Cons. Const. 12 oct. 2012, QPC n°2012-280, obs. Poupeau, *A.J.D.A.* 2012, p. 1928.

Section 2 - Une garantie de l'unité de l'office du juge du fait juridique

581. Les règles gouvernant la fonction juridictionnelle diffèrent selon la source du litige, ce qui n'éluide pas l'unité de la fonction juridictionnelle. Lorsque le juge est saisi d'un litige qui prend sa source dans un contrat, l'office du juge n'est pas encadré par les dispositions du Code de procédure civile mais par les dispositions du Code civil¹⁴⁷⁴. Le contentieux contractuel déroge ainsi aux règles du procès. Le respect de la liberté des parties lorsque le juge est saisi d'un fait juridique prenant sa source indépendamment de tout contrat se caractérise par le respect du principe dispositif, tandis que le respect de la liberté des parties dans le cadre du contentieux contractuel se caractérise par le respect de la liberté contractuelle. La dualité des hypothèses n'éluide néanmoins pas l'unité de l'office du juge car, dans chacun de ces cas, le juge doit trancher le litige en respectant la liberté des parties, que celle-ci soit encadrée par la liberté contractuelle, ou par le principe dispositif. C'est donc par le prisme de la liberté contractuelle que celle de la liberté procédurale s'exprime.

582. La liberté procédurale est en effet toute aussi fondamentale que la liberté contractuelle, seulement la liberté contractuelle a été expressément reconnue comme fondamentale¹⁴⁷⁵ contrairement à la liberté procédurale. Le mouvement a été progressif. Dans un premier temps le Conseil constitutionnel a refusé de lui reconnaître valeur constitutionnelle¹⁴⁷⁶. La violation de la liberté contractuelle ne pouvait être invoquée que si elle portait atteinte à des libertés constitutionnellement garanties¹⁴⁷⁷. Il est revenu sur sa position en la rattachant notamment à l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁴⁷⁸. Cette solution a été par la suite réaffirmée¹⁴⁷⁹ et le Conseil a été jusqu'à clairement énoncé sa valeur constitutionnelle¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁷⁴ Weiller (L.), *La liberté procédurale du contractant*, préf. Mestre (J.), PUAM, 2004.

¹⁴⁷⁵ V. pour une étude plus approfondie de la nature fondamentale de la liberté contractuelle, Maurin (L.), *Contrat et droits fondamentaux*, thèse dact., Aix-Marseille III, dir. Putman (E.), 2011, p. 111 et suiv., n°115-153.

¹⁴⁷⁶ Sur l'évolution de la liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Gahdoun (P.-Y.), « Le Conseil constitutionnel et le contrat », *Nouv. Cah. Cons. Const.*, mars 2011, n°31 ; Terneyre (Ph.), « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », *A.J.D.A.* 1998, p. 667.

¹⁴⁷⁷ Cons. Const. 3 août 1994, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes*, n°94-648 DC, note Broussolle, *JCP G* 1995, II, 22404 ; obs. Prétot, *D.* 1996, p. 45 ; Gaia, *R.F.D.C.* 1994, p. 832

¹⁴⁷⁸ Cons. Const. 10 juin 1998, DC n°10 juin 1998, *Loi sur les 35 heures*.

¹⁴⁷⁹ Cons. Const. 13 juin 2013, n°2013-672 DC, note Ghestin, *JCP G* 2013, 9289. Cons. §6 : « Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées à l'objectif poursuivi ». Pour des décisions antérieures mais non aussi explicites. Cons. Const. 23 juill. 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, DC n°99-416 DC ; Cons. Const. 7 déc. 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain*, DC n°200-436 ; Cons. Const. 27 nov. 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, DC n°2001-451 ; Cons. Const. 12 janv. 2002, *Loi de modernisation sociale*, DC n°2002-455.

¹⁴⁸⁰ Cons. Const. 19 déc. 2000, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*, DC n°2000-437., *D.* 2001. 1766, obs. Ribes ; *GADS* 2010. n° 110-111 ; *GAJF*, 5^e éd. 2009. n° 7 ; *RDSS* 2001. 89, obs. Verkindt ; *RTD civ.* 2001. 229, obs. Molfessis ; *Rec.* p. 176

583. Cette évolution jurisprudentielle permet de mettre en évidence qu'en matière de contrat, contrairement à ce que prétend une partie de la doctrine, les principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire ont toujours un sens. Ils ont simplement été renouvelés sous l'influence des transformations du droit des contrats que certains auteurs ont théorisé autour de la doctrine du solidarisme contractuel. Ainsi que le relevaient les Professeurs Buffelan-Lanore et Larribau-Terneyre, « *il n'est pas acquis, par ailleurs, que les deux grands principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat, qui traduisent l'importance de la volonté et l'utilité sociale du contrat, soient véritablement menacés aujourd'hui* »¹⁴⁸¹. Si le contrat n'est plus la chose des parties au regard de la théorie de l'autonomie de la volonté¹⁴⁸², cela ne signifie pas que les principes traditionnels sont remis en cause. Le contrat est toujours la chose des parties mais il l'est autrement : de la même manière que la maîtrise de leur litige s'est adaptée au regard des nouveaux principes directeurs du procès, la maîtrise par les parties de leur contrat a du également faire l'objet d'adaptations au regard de l'avènement des nouveaux principes directeurs du contrat. Ce constat est probant tant au regard de l'étude du renouvellement du principe de la liberté contractuelle (§1) que du renouvellement du principe de la force obligatoire (§2).

§ 1. Le renouvellement de la liberté contractuelle

584. « *Le contrat a cessé d'être libre pour devenir dirigé : un régime de réglementation de contrôle, a succédé au règne de l'autonomie des volontés privées et de la liberté contractuelle ; la conception protectionniste tend à évincer celle du libre-échange ; l'individualisme révolutionnaire a vécu ; le droit nouveau réalise une socialisation en même temps qu'une « publicisation » du contrat* »¹⁴⁸³. Ce constat, dressé par Josserand au début du siècle, marque bien le changement de philosophie du contrat et particulièrement les atteintes faites à la liberté contractuelle¹⁴⁸⁴. En effet si le principe de la liberté contractuelle ne connaît plus l'application absolue qui fût la sienne pendant un temps, il reste qu'elle a toujours un sens en droit positif (A) et que le droit prospectif n'est pas plus menaçant (B).

A. La fondamentalité de la liberté contractuelle au regard du droit positif

585. Si le régime de la liberté contractuelle a longtemps obéi à la conception volontariste du droit, le changement de fondement idéologique de la théorie du droit des contrats a eu une incidence directe sur les règles le régissant. Très vite, dans un souci d'équité et de justice contractuelle, l'interventionnisme du juge s'est développé marquant ainsi, ce que l'on a pu

¹⁴⁸¹ Buffelan-Lanore (Y.), Larribau-Terneyre (V.), *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 13^e éd., 2012, p. 238, n°646. Dans le même sens Cadiet (L.), « Une justice contractuelle, l'autre », *op. cit.*, spéc. p. 182.

¹⁴⁸² Fages (B.), « Nouveaux pouvoirs. Le contrat est-il encore la « chose » des parties ? », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Jamin (Ch.), Mazeaud (D.), Dalloz, Actes et commentaires, 2003, p. 135, spéc. p. 153.

¹⁴⁸³ Josserand (L.), « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *R.T.D.civ.* 1937, p. 1, spéc. p. 29.

¹⁴⁸⁴ Leveneur (L.), « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base », *A.J.D.A.* 1998, p. 676.

dénommer « *la processualisation du contrat* »¹⁴⁸⁵ et pourtant la liberté contractuelle reste un droit fondamental. Rappelons que cette dernière impose que lorsque l'ordre public n'est pas en jeu les parties ont la liberté de s'engager dans le contrat et de déterminer le contrat. L'analogie avec la procédure civile est aisée. La liberté procédurale des parties quant à la détermination de la matière litigieuse est fondamentale dans la mesure où la liberté contractuelle l'est toujours. L'exemple des clauses abusives et des clauses pénales le confirme.

586. Dans le cadre du droit de la consommation, le juge s'est vu reconnaître le pouvoir de sanctionner directement les clauses abusives dans les contrats passés entre un professionnel et un consommateur ou entre deux professionnels¹⁴⁸⁶. On sait au regard de l'article L. 132-1 du Code de la consommation que « *sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». Néanmoins, les atteintes sont limitées dans la mesure où tout déséquilibre n'est pas pris en compte, seul le déséquilibre « *significatif* » l'est. En cela l'atteinte à la liberté contractuelle apparaît relative. Seul l'excès est pris en compte. Le Conseil constitutionnel a eu à ce titre l'occasion de préciser dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité que la notion de déséquilibre significatif devait être entendue de la même manière en droit de la consommation et en droit de la concurrence¹⁴⁸⁷.

587. En outre, le mécanisme de détermination des clauses abusives plaide en faveur d'un encadrement des atteintes portées à la liberté contractuelle. On sait que la Cour de cassation s'est attribuée le pouvoir de déterminer les clauses abusives¹⁴⁸⁸, clauses qui s'articulent entre deux catégories¹⁴⁸⁹. Les premières sont dites « *clauses noires* » et sont considérées comme irréfragablement abusives, tandis que les secondes, les « *clauses grises* » sont présumées abusives mais peuvent ne pas l'être en cas de preuve contraire. Parmi les douze clauses noires édictées par le décret du Conseil d'Etat le 18 mars 2009, il faut prendre en compte les clauses qui permettent au professionnel de supprimer ou de réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non professionnel ou consommateur en cas du manquement du professionnel à l'une de ses obligations. Parmi les dix clauses grises, on peut citer la clause qui oblige l'une des parties pour non exécution de son obligation au paiement d'une indemnité d'un montant manifestement disproportionné ou encore la clause qui offre la possibilité au professionnel de

¹⁴⁸⁵ Cadiet, « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in *Mélanges en l'honneur de Gérard. Farjat, Philosophie du droit et droit économique*, éd. Frison Roche, 2000, p. 23, spéc. p. 41.

¹⁴⁸⁶ La sanction des clauses abusives n'est en effet pas encore admise pour les contrats formés entre deux particuliers. Néanmoins, il convient de relever que le projet de la Chancellerie prévoit de l'étendre à l'ensemble de tous les contrats.

¹⁴⁸⁷ Cons. Const. 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC ; note Picod, *D.* 2011, p.415 ; obs. Fages, *R.T.D.civ.* 2011, p. 121 ; chron. Chagny, *D.* 2011, p. 392.

¹⁴⁸⁸ Civ. 1^{er}. 14 mai 1991, note Ghestin, *D.* 1991, p. 449 ; obs. Aubert, *JCP G* 1991, II, 21763, *R.T.D.civ.* 1991, p. 52 ; obs. Mestre, GAJC, T.II., n°159. La Cour de cassation se reconnaît le pouvoir de contrôler la qualification opérée par les juges du fond. Civ. 1^{er}. 26 mai 1993, note Paisant, *D.* 1993, p. 568.

¹⁴⁸⁹ Sur ce point V. Terré (F.), Simler (Ph.), Lequette (Y.), *Droit civil. Les obligations*, Précis, Dalloz, Droit privé, 11^e éd., 2013, p. 371, n°328 et suiv.

résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable. La sanction attachée aux clauses abusives est également la marque de l'encadrement des atteintes faites à la liberté contractuelle dans la mesure où la présence d'une clause abusive n'entraîne pas la nullité du contrat¹⁴⁹⁰, seule la clause est réputée non écrite¹⁴⁹¹.

588. L'étendue des pouvoirs du juge dans le cadre des clauses abusives pourrait être envisagée comme une remise en cause de la liberté contractuelle. Pour autant nous ne partageons pas ce point de vue. En effet, la liberté contractuelle n'a jamais été envisagée comme une liberté absolue. Elle a toujours été limitée par l'ordre public ainsi que le dispose l'article 6 du Code civil. Or, l'ordre public se confond avec la légalité. Est conforme à l'ordre public ce qui est conforme à la loi. En concluant un contrat qui contient des clauses abusives, les parties concluent un contrat qui n'est pas conforme à la loi et qui n'est donc pas conforme à l'ordre public. Seulement l'ordre public qui est en cause n'est pas l'ordre public de direction mais l'ordre public de protection. Les pouvoirs que le juge détient en matière de clauses abusives n'ont donc vocation qu'à protéger l'ordre public. Il n'y a donc pas de remise en cause de la liberté contractuelle, mais seulement une transformation du contenu de l'ordre public. Cette analyse se confirme lorsque l'on se penche sur les pouvoirs du juge en matière de clauses pénales.

589. Ces clauses, réglementées par les articles 1226 à 1233 du Code civil, par lesquelles les cocontractants évaluent de manière anticipée et forfaitaire les dommages et intérêts qui seront dus en cas de retard dans l'exécution ou de non exécution sont en principe valables au regard de l'article 1152 du Code civil. Le juge possède un pouvoir modérateur, pouvoir qui ne constitue cependant pas une atteinte à la liberté contractuelle. En effet, lorsque le juge use de cette prérogative, il ne remet pas en cause le principe de la clause mais uniquement le montant, dès lors l'atteinte à la liberté contractuelle n'est pas constatée. Les clauses pénales sont cependant interdites dans certains cas notamment en matière de contrat de travail pour des considérations évidentes relatives à l'ordre public. Elles ont par ailleurs subi l'évolution du droit de la consommation dans la mesure où depuis le décret du 18 mars 2009, elles sont présumées abusives et appartiennent dès lors à la catégorie des clauses grises.

590. Dans ces hypothèses, on ne saurait considérer qu'il existe une atteinte à la liberté contractuelle car les pouvoirs du juge sont justifiés par des considérations d'ordre public, ordre public qui constitue la limite traditionnelle à la maîtrise par les parties de leur contrat. Les pouvoirs du juge ne sont justifiés que par l'ordre public de protection dont le fondement semble être la loyauté. Ainsi que le notait le Professeur Mazeaud, « *institué gardien de l'équilibre et de la moralité contractuels, le juge n'en profite pas pour placer le contrat sous*

¹⁴⁹⁰ Exception faite de la clause qui modifie entièrement l'économie générale du contrat.

¹⁴⁹¹ La question de la sanction de la clause abusive fait débat. En effet, la nullité ne semble pas être la sanction la plus adéquate dans la mesure où il est difficile de déterminer la nature de la nullité qui affecterait la clause. C'est pourquoi une partie de la doctrine a proposé de se tourner vers une sanction autonome : l'effacement. Sur ce point V. Buffelan-Lanore (Y.), Larribau-Terneyre (V.), *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 13^e éd., 2012, p. 382, n°5.

une tutelle trop exigeante et réserve, dans le respect scrupuleux des conditions légales, l'exercice de son pouvoir correctif aux seuls déséquilibres manifestement significatifs et excessifs »¹⁴⁹². Le droit prospectif n'est pas plus menaçant.

B. La fundamentalité de la liberté contractuelle au regard du droit prospectif

591. Il se proclame depuis un certain nombre d'années nous pourrions peut-être un jour écrire au sujet du Code civil européen¹⁴⁹³. S'il n'est pas question de rentrer dans les détails de chacun de ces projets, un constat s'impose, celui du maintien de la liberté contractuelle comme principe directeur du droit des contrats, maintien n'éluant pas son adaptation vis-à-vis des exigences de loyauté contractuelle.

592. Examinons en premier lieu l'avant-projet de réforme du droit des obligations présenté au Garde des sceaux le 22 septembre 2005 par le Professeur Catala. Selon ce dernier, l'avant projet « *ne propose pas un code de rupture mais d'ajustement* »¹⁴⁹⁴ mais a été construit autour d'un « *esprit de solidarité* »¹⁴⁹⁵. La liberté contractuelle a ainsi une place prépondérante mais elle est ajustée aux nouvelles exigences de loyauté. L'esprit est simple : « *liberté dans la probité, la devise est de haute tradition* »¹⁴⁹⁶. En effet, si le principe de la liberté contractuelle n'est pas clairement consacré, son maintien est indéniable et n'est que ponctuellement assoupli par des dispositions spécifiques, qui, d'une manière générale, sont gouvernées par le devoir de loyauté marque de l'ordre public de protection.

593. En second lieu, il convient également de se pencher sur le projet de réforme de la Chancellerie, conçu sous le parrainage de l'Association Henri Capitant, dans sa dernière version déposée en mai 2009. Ce projet consacre clairement la liberté contractuelle dans son article 5 qui dispose que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter. La liberté contractuelle emporte celle de choisir son cocontractant, ainsi que celle de déterminer le contenu et la forme du contrat. Elle s'exerce dans le respect de l'article 6 du présent code* »¹⁴⁹⁷. Quant à l'article 6, il précise que « *les contrats doivent être formés et exécutés de*

¹⁴⁹² Mazeaud (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle », in *Mélanges en hommage à François Terré*, op. cit., p.603, spéc. p.629.

¹⁴⁹³ Cornu (G.), « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, p. 351 ; Fauvarque-Cosson (B.), « Faut-il un Code civil européen ? », *R.T.D.civ.* 2002, p. 463 ; Gandolfi (G.), « Pour un code européen des contrats », *R.T.D.civ.* 1992, p. 707 ; Lequette (Y.), « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar », *D.* 2002, p. 2202, « Vers un Code civil européen ? », *Pouvoirs* n°107, nov. 2003, p ? 97 ; Malinvaud (Ph.), « Réponse hors délai à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », *D.* 2002, p. 2542 ; Ruffini (M.-L.), « Problèmes d'unification du droit en Europe et le Code européen des contrats », *RIDC* 2002-4, p. 1075 ; Witz (C.), « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.* 2000, p. 79.

¹⁴⁹⁴ Catala (P.), « Présentation générale de l'avant projet », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, La Documentation française, 2006, p. 4, n°5. V. « La réforme du droit des contrats », *RDC* 2006/1, n°spécial.

¹⁴⁹⁵ Catala (P.), « Présentation générale de l'avant projet », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, op. cit., p. 6, n°7.

¹⁴⁹⁶ Cornu (G.), « Introduction », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, op. cit., p. 9.

¹⁴⁹⁷ Cet article correspond à l'ancien article 16 du projet déposé dans sa version de 2008. On notera par ailleurs que l'expression « principes directeurs » a été remplacée dans la version de 2009 par le terme « dispositions générales ».

bonne foi ». Il effectue donc une combinaison de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil ainsi que des solutions jurisprudentielles. On notera cependant que dans la version de septembre 2008, le projet de la Chancellerie avait prévu des dispositions différentes. En effet, la liberté contractuelle était consacrée dans l'alinéa 1^{er} de l'article 16 du projet et ne connaissant comme restriction que l'alinéa 2 qui disposait que « *toutefois il ne peut être dérogé, par des conventions, à l'ordre public et aux bonnes mœurs* »¹⁴⁹⁸. La bonne foi avait été érigée aux côtés de la liberté contractuelle et de la force obligatoire en tant que principe directeur du contrat¹⁴⁹⁹ ce qui lui conférait une application générale. On se rappelle des échanges¹⁵⁰⁰ et des débats doctrinaux qu'avaient fait naître la rédaction du projet¹⁵⁰¹. Les rédacteurs de la dernière version du projet sont revenus sur cette disposition, la loyauté n'est plus envisagée comme une norme d'application générale.

594. Enfin, en ce qui concerne les propositions formulées par le professeur Terré¹⁵⁰², celles-ci consacrent clairement le principe de la liberté contractuelle dans l'article 3 aux termes duquel on peut lire que « *les parties sont libres, dans les limites fixées par la loi, de choisir leur cocontractant et de déterminer la forme et le contenu du contrat* ». De manière traditionnelle, la liberté contractuelle est donc consacrée au rang des principes généraux, la seule limite apparaissant dans la loi. On note également que la bonne foi, également prévue par les propositions dans l'article 5 n'a pas d'influence sur le contenu du contrat. En effet, cet article dispose que « *les contrats se forment et s'exécutent de bonne foi ; les parties ne peuvent ni exclure, ni limiter ce devoir* ». Là encore la volonté d'équilibre est prépondérante.

595. On remarque donc que l'ensemble des projets de réforme offre une place privilégiée au principe de la liberté contractuelle. Celle-ci est donc préservée par le droit prospectif, sans pour autant que son application soit absolue. En effet, il existe une limite commune : le devoir de loyauté qui semble être devenu le fondement du nouvel ordre public contractuel. On remarque ainsi que le futur droit des contrats est fondé sur les nouvelles exigences de justice contractuelle qui implique un devoir de coopération entre les parties sous l'égide du contrôle du juge. Dans toutes les hypothèses cependant, la loyauté s'exprime principalement au stade

¹⁴⁹⁸ L'ancien article 16 alinéa 1^{er} du projet déposé dans sa version de 2008 avait le même contenu que l'article 5 du projet dans sa version actuelle. On notera par ailleurs que l'expression « principes directeurs » a été remplacée dans la version de 2009 par le terme « dispositions générales ».

¹⁴⁹⁹ Article 18 du projet dans sa version de 2008 : « *Chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi* ».

¹⁵⁰⁰ Suite à l'article rédigé par le Professeur Cabrillac, le Professeur Mazeaud avait répondu dans un article publié à la revue *Dalloz*. Cabrillac (R.), « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », *JCP G* 2008, I, 190 ; Mazeaud (D.), « Réforme du droit des contrats : haro en Hérault, sur le projet ! », *D.* 2008, p. 2675.

¹⁵⁰¹ Fabre-Magnan (M.), « Réforme du droit des contrats : un très bon projet », *JCP G* 2008, I, 199 ; Ghozy (A.), Lequette (Y.), « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.* 2008, p. 2609 ; Mainguy (D.), « Défense critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2009, p. 308 ; Malaurie (Ph.), « Petite note sur le projet de réforme du droit des obligations », *JCP G* 2008, I, 204. *Adde*, « La réforme du droit français en droit positif », *RDC* 2009, p. 265-417.

¹⁵⁰² Mazeaud (D.), « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D.* 2009, p. 1364 ; Terré (F.), « La réforme du droit des contrats », *D.* 2008, p. 2992. *Adde*, *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. Terré (F.), *Dalloz*, Thèmes et commentaires, Actes, 2009.

de la formation et de l'exécution du contrat¹⁵⁰³, elle ne vient pas affecter la détermination du contenu du contrat. En cela, l'équilibre entre les nouveaux objectifs de la justice contractuelle et la liberté contractuelle est préservé.

596. On ne doit pas s'étonner du maintien du principe de liberté contractuelle dans les différents projets de réforme. Les initiatives tendant à la création d'un cadre commun régissant le droit des contrats ne manquent pas et tous ont pour ambition d'arriver à concilier les impératifs de liberté et de loyauté en droit des contrats¹⁵⁰⁴. On pense ainsi notamment aux « *Principes du droit européen des contrats* » édictés par la commission dirigée par le Professeur Olé Lando¹⁵⁰⁵. La liberté contractuelle est clairement consacrée à l'article 1 :102, l'exigence de bonne foi, si elle n'est pas expressément consacrée, irrigue néanmoins l'ensemble du projet. Il faut également compter sur les initiatives des instances européennes. C'est ainsi que la Commission européenne a, en 2003, souhaité que soit élaboré un cadre commun de référence, ce qui a entraîné la création du « *réseau commun pour le droit européen des contrats* »¹⁵⁰⁶.

597. A ce titre un groupe de juristes français, coordonné par les Professeurs Fauvarque-Cosson et Mazeaud, a élaboré des « *Principes contractuels communs* »¹⁵⁰⁷ dont font partie intégrante la liberté contractuelle¹⁵⁰⁸ et la loyauté¹⁵⁰⁹ au titre des dispositions générales. En outre, le maintien de la liberté contractuelle dans les projets de réforme était inévitable en raison de la fondamentalisation même de ce principe¹⁵¹⁰ qui apparaît comme une garantie à l'exercice des prérogatives du juge et donc comme un instrument au service de la justice

¹⁵⁰³ Aubert de Vincelles (C.), « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », in *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.*, p. 112, spéc. p.116, n°7.

¹⁵⁰⁴ Mazeaud (D.), « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *D.* 2007, p. 2959.

¹⁵⁰⁵ Fages (B.), « Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », *D.* 2003, p. 2386 ; Lando (O.), « L'avenir du droit des contrats », *D.* 2008, p. 904 ; Rémy-Corlay (P.), « Observations sur la version française des « Principes du droit européen des contrats », *RIDC* 2004, p. 205. *Adde*, *Principes du droit européen des contrats*, version française, dir. Rouhette (G.), *Société de législation comparée*, coll. Droit privé comparé européen, 2003 ; *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, dir. Rémy-Corlay (P.), Fenouillet (D.), Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2003.

¹⁵⁰⁶ Blanc (D.), Deroulez (J.), « La longue marche vers un droit européen des contrats », *D.* 2007, p. 1615.

¹⁵⁰⁷ Fauvarque-Cosson (B.), « Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés », *D.* 2008, p. 556 ; Gest (J.), « Les travaux préparatoires du projet de Cadre commun de référence sous la Présidence française du Conseil de l'Union européenne », *D.* 2009, p. 1431 ; Lando (O.), Rouhette (G.), « La contribution française au droit européen des contrats », *RDC* 2009, p. 729 ; Mazeaud (D.), « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *D.* 2007, p. 2959. *Adde*, *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, Société de législation comparée, 2008, vol.7., coll. Droit privé comparé et européen, dir. Fauvarque-Cosson (B.).

¹⁵⁰⁸ Art.1 :102. La liberté contractuelle fait l'objet d'un chapitre dans lequel est consacrée la liberté de la partie de contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu du contrat.

¹⁵⁰⁹ Art. 1 : 201. Le devoir de contracter de bonne foi est consacré comme une limite générale à la liberté contractuelle.

¹⁵¹⁰ Gahdoun (P.-Y.), *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. Rousseau (D.), Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, T. 76, 2008.

contractuelle. En effet, si la question de la fondamentalisation de la liberté contractuelle a longtemps été au cœur des débats¹⁵¹¹, elle ne fait plus de doute aujourd'hui.

598. On constate donc, que les pouvoirs qui sont accordés au juge du droit des contrats dans le cadre du droit substantiel, sont compatibles avec le principe de la liberté contractuelle car ils permettent une application mesurée de l'ensemble des principes dirigeant la justice contractuelle. Peut être qu'il s'agit d'une autre liberté contractuelle¹⁵¹², plus relative, mais il s'agit encore de liberté contractuelle. Le futur droit des contrats repose sur la même idée. La loyauté, la solidarité et la fraternité, cette nouvelle devise contractuelle¹⁵¹³, ne remettent pas en cause, ni pour le présent ni pour l'avenir, la liberté des parties contractantes et ne justifient dès lors pas que l'on porte atteinte au principe dispositif. Le même constat peut être fait au regard de la force obligatoire.

§ 2. Le renouvellement du principe de la force obligatoire

599. De la même manière que nous pensons que le principe dispositif a pour homologue le principe de la liberté contractuelle, nous pensons que le principe de neutralité du juge trouve le sien dans le principe de la force obligatoire. En effet, le principe de la force obligatoire s'il est essentiellement étudié au travers de l'exécution du contrat, interdit avant tout au juge de modifier les termes du contrat. Le rapprochement avec la procédure civile est évident : le principe dispositif a pour corollaire la neutralité du juge vis-à-vis du litige, le principe de la liberté contractuelle a pour corollaire la neutralité du juge vis-à-vis du contrat. Dans les deux hypothèses, la limite est la même, il s'agit des dispositions d'ordre public. Affirmer que le principe de la force obligatoire a un sens en droit positif ne revient pas à affirmer qu'il est absolu, seulement que les atteintes qui lui sont portées ne sont que résiduelles et toujours justifiées par les nouveaux objectifs de justice contractuelle¹⁵¹⁴. Ce constat est probant tant au regard du droit positif (A) qu'au regard des projets de réforme (B).

A. Au regard du droit positif

600. Le Professeur Carbonnier dressait un constat : « *il y a un débat, qui n'est pas prêt de s'éteindre, comme entre deux principes, entre la liberté et l'autorité, moins abstraitement entre la force obligatoire et le pouvoir d'intervention de la loi* »¹⁵¹⁵. De même que pour le principe de la liberté contractuelle, le principe de la force obligatoire s'adapte aux nouvelles exigences de la justice contractuelle. Ainsi que l'a démontré le Professeur Ancel, « *cette force*

¹⁵¹¹ Terneyre (Ph.), « La liberté fondamentale est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », *A.J.D.A.* 1998, p. 667.

¹⁵¹² Mazeaud (D.), « Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique », *Defrénois*, 1998, p. 1137.

¹⁵¹³ Mazeaud (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle », *art. préc.*, p. 603.

¹⁵¹⁴ Le Professeur Fages a dressé dans un article un glossaire des « comportements contractuels à éviter ». Fages (B.), « Des comportements contractuels à éviter », *Dr. et patr.*, n°60, mai 1998, p. 67.

¹⁵¹⁵ Carbonnier (J.), « Introduction », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, PUF, 1986, p. 29, spéc. p. 33.

obligatoire ne doit pas être considérée comme un dogme, comme une fin en soi ¹⁵¹⁶, elle n'est « *qu'un moyen, un instrument en vue d'atteindre un certain équilibre social* » ¹⁵¹⁷.

601. On sait que le juge du fait juridique ne peut dénaturer les écritures des parties ¹⁵¹⁸. De manière parallèle, le juge du contrat ne peut pas dénaturer les termes du contrat, la solution est traditionnelle ¹⁵¹⁹. Le pouvoir d'interprétation des contrats étant une question de fait, la Cour de cassation mais opère ainsi un contrôle de dénaturation du contrat ¹⁵²⁰. D'une manière générale, les juges se livrent à une interprétation de la commune intention des parties, à une interprétation subjective qui lui interdit par la-même de réécrire le contrat. Cependant, il est des hypothèses dans lesquelles le juge réalise une interprétation plus objective, parce exemple lorsqu'il se réfère à l'économie du contrat ¹⁵²¹. Dans ce cas, l'interprétation objective se justifie par le respect des nouvelles exigences de la justice contractuelle qui tendent à rétablir l'équilibre contractuel ¹⁵²². Ainsi, au nom de l'équité, le juge, par la technique du « *forçage du contrat* » ¹⁵²³ a pu être amené dans certaines hypothèses à dégager de nouvelles obligations sur le fondement de l'article 1135 du Code civil par le biais d'une interprétation que l'on a pu qualifier d'« *active* » ¹⁵²⁴. On pense ainsi notamment à l'obligation de sécurité ou de renseignement. Mais c'est essentiellement l'obligation de renégocier le contrat qui retiendra un temps notre attention.

602. La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans sa décision « *Huard* », rendue le 3 novembre 1992, a quasiment introduit par le biais de la responsabilité contractuelle une obligation de renégociation du contrat lorsque les circonstances nécessitent une adaptation du contrat ¹⁵²⁵. Dans ces hypothèses c'est le déséquilibre objectif contractuel que la limite à la

¹⁵¹⁶ Ancel (P.), « La force obligatoire. Jusqu'où faut-il la défendre », in *La nouvelle crise du contrat, op. cit.* p.163, spéc. p.164-165. V. du même auteur, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *R.T.D.civ.* 1999, p. 772.

¹⁵¹⁷ Ancel (P.), *art. préc.*, p. 165. L'auteur établit une classification duale des atteintes faites à la force obligatoire à partir des finalités qu'elles poursuivent : les atteintes faites pour aider un débiteur en difficultés et celles faites pour restaurer l'équilibre contractuel (spéc. p. 171 et suiv.). Tandis que les premières portent sur le pouvoir du juge en matière d'exécution des obligations, les secondes portent sur le contenu du contrat.

¹⁵¹⁸ V. *supra* n°284.

¹⁵¹⁹ Civ. 1^{er}. 15 avr. 1872, *Veuve Foucauld et Colombe c/ Pringault*, *GAJC*, 11^e éd., n°160, *DP.*, 1872, 1, p. 176, *S.* 1872, 1, p.232. V. Boré (J.), « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes : *R.T.D.civ.* 1972, p.254 ; Voulet (J.), « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », *JCP G* 1971, I, 2140.

¹⁵²⁰ Boré, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *R.T.D.civ.* 1972, p. 254 ; Voulet, « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », *JCP G* 1972, I, 2470.

¹⁵²¹ Zelcevic-Duhamel (A.), « La notion d'économie du contrat en droit privé », *JCP G* 2001, I, 300.

¹⁵²² Lasbordes (V.), *Les contrats déséquilibrés*, préf. Saint-Alary Houin, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000. L'auteur met en évidence deux catégories de contrats déséquilibrés : les contrats déséquilibrés en valeur et les contrats déséquilibrés en pouvoirs (spéc. p. 49, n°21 et suiv.)

¹⁵²³ Leveneur (L.), « Le forçage du contrat », *Dr. et patr.* mars 1998, p. 69.

¹⁵²⁴ Mestre (J.), Laude (A.), « L'interprétation active du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 9.

¹⁵²⁵ Com. 3 nov. 1992, *Bull. IV.*, n°340, *JurisData* n°1992-002431; obs. Virassamy, *JCP G* 1993, II, 22164; obs. Aubert, *Defrénois*, 1993, p. 1377; obs. Mestre, *R.T.D.civ.* 1993, p. 124 (en matière de contrat de distribution). V. aussi Com. 24 nov. 1998, *Chevassus-Marche*, n°96-18.357, *JurisData* n°1998-004489, *Bull. civ. IV.*, n°277, note Picod, *JCP G* 1999, II, 10210 ; obs. Mazeaud, *Defrénois*, 1993, p. 1377; obs. Mestre, *R.T.D.civ.* 1999, p. 98; obs. Gautier, *R.T.D.civ.* 1999, p. 646.

force obligatoire tend à compenser. On ne saurait voir dans l'obligation de renégociation du contrat une atteinte directe à la force obligatoire du contrat. Certes, les parties ne l'avaient pas prévu, le juge en obligeant les parties introduit dans le contrat une obligation qui n'était pas envisagée par les parties. Néanmoins, le principe d'intangibilité n'est pour autant pas annihilé dans la mesure où le juge ne peut pas réécrire le contrat. La jurisprudence ne va pas jusqu'à imposer la révision du contrat. La Cour de cassation a en effet considéré que la présence de ces clauses dans un contrat si elle obligeait les parties à renégocier le contrat ne les obliger en aucune façon à réviser le contrat, la révision n'étant qu'une possibilité¹⁵²⁶. La décision de réviser le contrat appartient aux parties, le juge ne peut l'imposer. La révision judiciaire du contrat n'est actuellement pas admise en droit positif. C'est ce qui résulte de la décision « *Canal de Craponne* » rendue le 6 mars 1876¹⁵²⁷. Cette solution est classique. Le principe d'intangibilité du contrat à l'égard du juge a encore été récemment affirmée par la Cour de cassation qui a sanctionné les juges du fond pour avoir modifié le contrat de bail d'habitation au nom de l'équilibre contractuel sur le fondement de l'article 1134 du Code civil¹⁵²⁸.

603. On aurait pu croire à la lecture d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Nancy, le 26 septembre 2007, que le manquement à la loyauté pouvait être devenu une cause de révision judiciaire du contrat lorsque celle-ci crée une imprévision, en l'espèce, un risque financier et concurrentiel¹⁵²⁹. On sait qu'une partie de la doctrine, plus précisément les tenants de la doctrine du solidarisme contractuel, tend aujourd'hui à vouloir admettre la révision judiciaire du contrat. Néanmoins, la Chambre commerciale a considéré que « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et des obligations légalement convenus entre les parties* »¹⁵³⁰. Ainsi que le relève un commentateur de l'arrêt, la Cour de cassation, pour la première fois, précise que la loyauté si elle doit affecter l'appareillage technique de la créance ne doit pas en affecter le cœur, elle pose donc une limite à l'exercice de la loyauté dans les relations contractuelles¹⁵³¹.

604. Ce n'est pas de la loyauté que vient le « risque » ou la « chance » – tout est une question de point de vue – de l'admission de la théorie de la révision pour imprévision mais bien du changement dans les circonstances entraînant un bouleversement dans les prévisions économiques des parties. En effet, un arrêt de la Chambre commerciale en date du 29 juin 2010 semble admettre la possibilité pour le juge de prononcer la caducité du contrat en cas d'imprévision. Elle casse, sur le fondement de l'article 1131 du Code civil, la décision des

¹⁵²⁶ Com. 3 oct. 2006, note Mazeaud, *D.* 2007, p. 765.

¹⁵²⁷ Civ. 6 mars 1876, note Giboulot, *DP* 1876, I, 195; *S.* 1876, I, 161. Pour une bibliographie exhaustive V. Picod (Y.), « Effet obligatoire des conventions. Exécution de bonne foi », *JurisClasseur*, fasc. Unique, 2006, n°32.

¹⁵²⁸ Civ. 3^e. 18 mars 2009, n°07-21.260 ; obs. Mazeaud, *RDC* 2009, p. 1358 ; obs. Fages, *R.T.D.civ.* 2009, p. 528 ; obs. Fauvarque-Cosson (B.), *D.* 2010, pan. 234.

¹⁵²⁹ CA Nancy, 2^e ch. Com., 26 sept. 2007, n°06/0221, *D.* 2008, p. 1120; note Boutonnet, *D.* 2008, p. 1120 ; comm. Lamoureux (M.), *JCP G* 2008, II, 10091.

¹⁵³⁰ Com. 10 juill. 2007, n°06-14.768, note Gautier, *D.* 2007, p. 28644 ; note Stoffel-Munck, *D.* 2007, p. 2839 ; obs. Fages, *R.T.D.civ.* 2007, p. 773.

¹⁵³¹ Fages, *art. préc.*, p. 773.

juges du fond qui avaient ordonné l'exécution du contrat au motif qu'« *en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle l'y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du cours des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver toute contrepartie réelle de l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* »¹⁵³². Cette décision avant-gardiste reste cependant isolée, et non publiée, et ne permet pas de conclure aujourd'hui à la remise en cause de la jurisprudence « Canal de Craponne ».

605. Cette démonstration nous permet de conclure au respect en droit positif du principe de la force obligatoire. Si celui-ci connaît des limites certaines et présente ainsi une application relative, il n'en reste pas moins qu'il n'a pas été évincé. Nous pouvons, en règle générale, toujours affirmer, avec le Professeur Atias, que « *le propre du contrat, c'est d'être l'affaire des parties, une affaire privée* »¹⁵³³. Les limites qui sont posées au principe de la force obligatoire ne sont pas, de la même manière que celles qui affectent la liberté contractuelle, des limites qui viennent remettre en cause les droits et les obligations des parties. Seulement, nous sommes face à une « *conception commutative et équitable du contrat, d'aucuns diront solidariste, l'intervention du juge qui peut venir perturber les prévisions des parties, ou du moins celle qui a imposé sa loi, n'est pas un forçage, mais un impératif de justice. Le contrat n'est pas hypertrophié mais mieux appréhendé* »¹⁵³⁴. Ainsi, malgré les atteintes ponctuelles portées à la liberté contractuelle et à la force obligatoire au nom de la loyauté et de la bonne foi, le droit substantiel préserve les principes directeurs classiques du contrat qui aujourd'hui connaissent un renouveau en raison de la transformation du contenu de l'ordre public. La liberté des parties et le principe de neutralité du juge vis-à-vis du contrat, s'ils connaissent une application relative, perdurent en droit positif. Il en va de même au regard du droit prospectif.

B. Au regard du droit prospectif

606. On ne saurait reconnaître que le principe de la force obligatoire est promu à un avenir certain. La nouvelle ère semble être celle de la « *judiciarisation du contrat* »¹⁵³⁵, la fin de l'interdiction de la révision judiciaire du contrat pour imprévision semble d'ores et déjà écrite. En effet, la lecture des projets de réforme, tant de droit interne que de droit européen, imposent une lecture renouvelée de la force obligatoire, plus concrète, et qui entraîne inexorablement une relativité de l'application des principes en raison de l'augmentation des

¹⁵³² Com. 29 juin 2010, n°09-67369 ; note Genicon, *D.* 2010, p. 2485 ; note Mazeaud, *D.* 2010, p. 2481 ; obs. Savaux, *RDC* 2011-1, p. 34.

¹⁵³³ Atias (Ch.), *Le contentieux contractuel*, Librairie de l'Université d'Aix en Provence, 4^e éd., 2008, p. 11, n°1.

¹⁵³⁴ Chazal (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, *op. cit.*, p. 99, spéc. p. 133.

¹⁵³⁵ Mazeaud (D.), « La matière du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, *op. cit.*, p. 81, spéc. p. 100.

pouvoirs du juge. Néanmoins, un constat s'impose. Si l'on a pu constater dans des développements antérieurs que le principe de la liberté contractuelle ne tendait pas à être sacrifié au regard des projets de réforme, le même constat peut être fait au regard de la force obligatoire. Ainsi que le relèvent les Professeurs Buffelan-Lanore et Larribau-Terneyre, « dans tous les projets, on constate un souci d'équilibre entre tradition et modernité », « le principe de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat restent des principes fondamentaux »¹⁵³⁶.

607. Relativement à l'avant-projet Catala, le doyen Cornu a écrit que « l'ouverture à la modernité ne passe pas par le rejet des maximes qui font encore la force vive du contrat »¹⁵³⁷, « la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat doivent compter avec les aspirations de la justice contractuelle »¹⁵³⁸. Le projet de réforme proposée par la Chancellerie poursuit les mêmes objectifs mais de manière plus audacieuse. Alors même que dans sa première version, la révision n'était pas prévue, la nouvelle rédaction du projet apporte un regard nouveau. Ainsi, l'article 101 prévoit que « si un changement de circonstances imprévisible rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut procéder à l'adaptation du contrat si les parties en sont d'accord, où à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ». La même logique irrigue les propositions Terré¹⁵³⁹. En effet, bien qu'elles consacrent explicitement le principe de la force obligatoire dans l'article 91 alinéa 1^{er}¹⁵⁴⁰, l'article 92 prévoit la possibilité pour le juge de réviser le contrat. Aux termes de cet article, on constate qu'outre l'obligation de renégociation du contrat en cas de changement imprévisible des circonstances également prévue par les projets de la Chancellerie et le projet Catala, « en l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable, le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ». Ainsi, tout en consacrant le principe de la force obligatoire, les projets de la Chancellerie et de la Commission Terré vont plus loin que le projet Catala en ce qu'ils prévoient non seulement la révision judiciaire mais également la résiliation du contrat par le juge.

608. Les projets européens de réforme du droit des contrats, qui tendent à la création d'une véritable culture européenne¹⁵⁴¹, vont dans le même sens. En effet, sans pour autant exclure la force obligatoire, la révision judiciaire est prévue par l'article 6.111 des Principes du droit

¹⁵³⁶ Buffelan-Lanore (Y.), Larribau-Terneyre (V.), *op. cit.*, p. 243, n°661.

¹⁵³⁷ Cornu (G.), « Introduction », *art. préc.*, p. 9.

¹⁵³⁸ *Ibid.*, p. 9.

¹⁵³⁹ Sur ce point V. Fenouillet (D.), « Les effets du contrat entre les parties. Les principes », in *Pour une réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 243.

¹⁵⁴⁰ « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

¹⁵⁴¹ Prieto (C.), « Une culture contractuelle commune en Europe », *Droits 21*, 2003, ER 001. La culture est ici entendue comme un processus et non comme un aboutissement.

européen des contrats¹⁵⁴². Il en va de même au regard du cadre commun de référence sur le droit européen des contrats¹⁵⁴³. La révision judiciaire du contrat semble sur le point d'intégrer le droit français¹⁵⁴⁴. La question qui se pose alors est celle de savoir si cette intégration viendrait remettre en cause le principe de la force obligatoire. On sait que la jurisprudence administrative est favorable à l'admission de la révision judiciaire du contrat en cas d'imprévision¹⁵⁴⁵. Cependant, elle ne l'admet pas automatiquement. Les conditions posées par la jurisprudence sont restrictives et ne permettent donc la révision du contrat que quand des intérêts supérieurs sont en jeu, lorsque l'intérêt général est en jeu. La révision judiciaire et la résiliation du contrat pourraient être admises si elles restaient subordonnées à l'accord des parties. En effet, l'accord des parties est la condition *sine qua non* à l'admission de la théorie de la révision pour imprévision sans laquelle le contrat deviendrait la chose du juge ce qui reviendrait à remettre en cause tous les soubassements du droit des contrats. Le juge doit certes être guidé par un souci d'efficacité économique du contrat dans la mesure où celui-ci est un instrument d'échange économique mais cette recherche ne doit pas prendre le pas sur la volonté des parties. Tout est donc une question d'équilibre, équilibre assuré par l'accord des parties.

609. Ainsi que le relevait le Professeur Wicker, le principe de force obligatoire ne disparaît pas au regard de l'européanisation du droit des contrats, seulement, cette dernière, notamment par les principes européens du droit des contrats propose une approche plus concrète du contrat¹⁵⁴⁶ qui impose une approche plus dynamique de l'office du juge. Le même constat s'impose au regard des projets de réforme nationaux. Toutefois, il ne faut pas s'y méprendre la relativité de l'application du principe de force obligatoire ne signifie pas la disparition de la force obligatoire. Il est des nouvelles exigences d'ordre public résultant notamment de la loyauté et de l'économie du contrat qui justifient que soit relativisés le principe de force obligatoire et celui de la liberté contractuelle¹⁵⁴⁷. Tout est une question d'équilibre, de conciliation et de collaboration entre les cocontractants et avec le juge. Il ressort ainsi de ces développements que, parce que la neutralité du juge du litige régie par le droit substantiel a encore un sens, celle régie par le droit procédural doit être préservée.

¹⁵⁴² V. pour les principes du droit européen des contrats, Witz (C.), « Force obligatoire et durée du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, op. cit., p. 175, spéc. p. 180 et suiv.

¹⁵⁴³ Veneziano (A.), « Le « changement de circonstances » dans le Cadre commun de référence sur le droit européen des contrats », *RDC* 2009, n°2, p. 873.

¹⁵⁴⁴ Savaux (E.), « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision. Rapport français », *RDC* 2010, n°3, p. 1057. L'auteur s'il se prononce clairement pour une obligation de renégociation du contrat émet cependant quelques réserves quant à l'admission de la révision judiciaire.

¹⁵⁴⁵ CE, 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*, S. 1916, 3, p. 17 ; concl. Chardenet (P.), *D.* 1916, jurispr. p.25.

¹⁵⁴⁶ Wicker (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, op. cit., p. 151.

¹⁵⁴⁷ Sur la caractérisation de ces exigences comme des exigences d'ordre public. V. Hauser (J.), « L'ordre public et les bonnes mœurs », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, op. cit., p.105.

Conclusion du Chapitre 2

610. La démonstration selon laquelle le principe dispositif constitue un droit fondamental pour les parties à délimiter la matière litigieuse imposait de mettre en évidence que le principe dispositif était une norme de degré juridique supérieur. Si on ne saurait nier que la fondamentalité du principe dispositif ne s'exprime pas positivement, nous avons pu la mettre en évidence au regard de la place que le principe dispositif occupe dans le cadre du procès équitable ainsi qu'au regard des rapports que la liberté procédurale entretient avec la liberté contractuelle.

611. Dans un premier temps, nous avons mis en évidence que le principe dispositif était une exigence du procès équitable, certes innommée, mais inhérente aux garanties fondamentales de bonne justice. Pour asseoir notre démonstration, nous avons étudié la place qu'occupe respectivement l'office des parties et du juge quant au litige dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et sur celle du Conseil constitutionnel. Ces deux organes protègent directement le droit à un procès équitable et indirectement le principe dispositif puisqu'ils garantissent le droit des parties à délimiter le litige devant le juge et sans le juge. En effet, l'office des parties quant au litige est protégé par le droit au recours juridictionnel, droit au recours qui fait l'objet d'une protection particulière tant par les juges de Strasbourg que par les juges de la rue Montpensier, et qui participe au mouvement de fondamentalisation de l'action justice, dont la demande n'est qu'un effet. Plus précisément, la position de ces deux Cours garantit le droit pour les parties à la mutabilité de la demande initiale par la protection qu'ils accordent au droit à un double degré de juridiction. Sur ce point nous avons également constaté que le Conseil constitutionnel, par sa position en matière de demandes nouvelles, préservait le principe de l'unité du litige. De l'étude du droit au juge au regard de la jurisprudence conventionnelle et constitutionnelle, il est donc ressorti que l'office des parties en vertu du principe dispositif faisait l'objet d'une protection particulière par le droit au juge. Mais l'étude de l'office des parties ne suffisait pas à mettre en relief la fondamentalité du principe dispositif, elle devait être poursuivie par l'étude de la place du principe de neutralité dans ces jurisprudences. Nous pensons que la neutralité est garantie par l'impartialité tant notionnelle que fonctionnelle. Si les deux ne s'assimilent pas, l'exigence d'impartialité étant plus large que celle de neutralité, la protection accordée tant par la Cour européenne que par le Conseil constitutionnel permet de voir dans la neutralité une exigence de l'impartialité. Aux termes de ces développements et en raison de la protection accordée au principe dispositif par le biais du droit au juge et du droit d'être jugé par un juge impartial, nous pensons qu'il est permis de voir dans le principe dispositif une garantie du procès équitable.

612. Dans un second temps, nous avons justifié la fondamentalité du principe dispositif par la fondamentalité de la liberté contractuelle. Parce que l'office du juge est un, l'office des parties est un. L'unité de l'office de juge est de trancher le litige en respectant la liberté des parties et peu important la nature du litige, peu important qu'il trouve sa source dans un

contrat ou non. Le juge devra respecter la liberté contractuelle lorsqu'il est saisi d'un litige portant sur un contrat et il devra respecter la liberté procédurale lorsqu'il est saisi d'un fait juridique qui ne prend pas sa source dans un contrat. Aussi parce que la liberté contractuelle est fondamentale, la liberté procédurale l'est également. Pour arriver à s'en convaincre, il fallait cependant faire un détour sur les terres de la matière contractuelle car bien que le Conseil constitutionnel ait rattaché la liberté contractuelle à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme, la crise actuelle de la théorie générale du contrat laisse à penser que non seulement la liberté contractuelle mais également le principe de force obligatoire qui impose la neutralité du juge à l'égard du contrat n'existent plus. Nous avons cependant pu mettre en évidence que l'évolution du droit positif ne caractérisait ni la fin de liberté contractuelle ni la fin de la neutralité mais que ces deux principes avaient été renouvelés, ils s'étaient adaptés au regard de la transformation de l'ordre public. En outre, un regard sur les projets de réforme a confirmé le caractère fondamental de la liberté contractuelle. La liberté contractuelle est un principe fondamental qui permet de mettre en relief toute la fundamentalité de la liberté procédurale.

Conclusion du Titre I

613. Le premier temps de l'étude consacré à la nature de droit fondamental du principe dispositif imposait de mettre en perspective la fundamentalité du principe dispositif. Ayant repris la définition du Professeur Favoreu, nous devons donc démontrer que le principe dispositif était une norme juridique de degré supérieur. La démonstration de la juridicité du principe dispositif a permis de mettre en relief que le principe dispositif était non seulement une norme mais également une norme juridique en ce qu'elle indique aux parties un modèle de conduite sur un mode impératif, plus précisément. Le principe dispositif consacre la liberté procédurale des plaideurs quant à la détermination du litige. L'étude de la juridicité du principe dispositif a permis également de s'intéresser à l'influence de la doctrine dans la découverte du principe dispositif. Revenant sur les controverses qui ont affecté le principe dispositif, nous avons mis en évidence le rôle primordial qu'avait joué la doctrine dans la révélation du principe non seulement par le biais de l'interprétation mais également par le biais de la systématisation. En effet, les auteurs ne se sont pas contentés de nommer le principe dispositif, ils ont également permis de l'identifier par le biais d'instruments de connaissance. A ce titre, la présentation actuelle du principe dispositif ne repose que sur la perception qu'avait Motulsky du procès à une époque précise ce qui a entraîné à notre sens une assimilation de la forme savante du principe dispositif à la réalité du droit positif, assimilation qui justifiait donc que l'analyse du principe dispositif soit renouvelée en raison de l'évolution du droit positif.

614. La mise en perspective de la nature de norme juridique du principe dispositif ne suffisait cependant pas à mettre en évidence sa nature de droit fondamental. En effet, il fallait démontrer que le principe dispositif était une norme de degré supérieur. L'exercice n'était pas aisé en raison de l'absence de consécration directe du principe dispositif, c'est donc par l'étude de la place qu'il occupe dans l'ordonnement juridique que la fundamentalité du principe dispositif a pu être mise à jour. L'étude de la place de l'office des parties et du juge quant au litige dans le cadre de la jurisprudence européenne et constitutionnelle nous a révélé que le principe dispositif pouvait être envisagé comme une garantie du procès équitable dans la mesure où l'objet du principe dispositif est protégé par le droit au juge et que la finalité l'est par les exigences d'impartialité. Mais c'est également des relations qu'entretiennent la liberté procédurale et la liberté contractuelle que le caractère fondamental du principe dispositif est apparu. Elles sont toutes deux la marque de l'unité de l'office du juge du fait juridique qui est de rendre la justice en respectant la liberté des parties. Aux termes de ces développements nous avons mis en évidence la nature fondamentale du principe dispositif, il convient maintenant de s'attarder sur la question de la clarification de son régime.

Titre II La clarification du régime de ce droit fondamental

615. La relecture du principe dispositif et la mise en perspective de sa nature fondamentale permettent de s'interroger sur l'avenir du principe dispositif dans le procès civil. Un auteur notait justement qu' « *en raison de l'enchevêtrement des droits, de la cacophonie des cours suprêmes nationales et européennes en situation de concurrence sauvage et pas toujours très perméables aux jurisprudences développées par les autres, du suivisme opportuniste du législateur, la hiérarchie des principes se révèle dès lors malaisée, comme d'ailleurs leur identification précise* »¹⁵⁴⁸. Il semble que tel soit le cas pour le principe dispositif. En effet, l'absence de reconnaissance expresse de sa nature fondamentale n'est pas sans poser problème. Son régime juridique actuel n'est pas clair ce qui nous amène à penser qu'il doit être reconnu expressément à l'article 4 du Code de procédure civile une valeur fondamentale.

616. Se pose alors la question de la technique de la clarification du régime. Elle doit à notre sens passer par la constitutionnalisation du principe dispositif¹⁵⁴⁹ car la valeur juridique actuelle du principe dispositif n'est pas connue en raison de l'inadéquation des qualifications juridiques qui lui sont attribués, inadéquation qui ne lui assure donc pas une effectivité suffisante au regard des menaces qui pèsent sur lui. L'état du droit positif révèle que l'avenir du principe dispositif est menacé par les nouveaux principes directeurs du procès civil en particulier par le principe du contradictoire, le principe de célérité et le principe de loyauté.

617. Il convient donc tout d'abord de démontrer que la clarification du régime du principe dispositif est utile (**Chapitre 1**) pour ensuite démontrer qu'elle est possible (**Chapitre 2**).

¹⁵⁴⁸ Casorla (F.), « Les principes directeurs du procès pénal, principes généraux du droit ? Essai de clarification », in *Mélanges offerts à Jean Pradel, le droit pénal à l'aube du III^e millénaire*, Cujas, 2006, p.53, spéc. p.54.

¹⁵⁴⁹ Si la question de la constitutionnalisation de la procédure civile ne fait pas l'unanimité (Beignier (B.), « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs », in *Etudes offerts à Pierre Catala, op. cit.* p. 153 ; Théry (Ph.), « La question des sources », in *1806-1976-2006, De la commémoration d'un code à l'autre*, op. cit. p. 261), nous rejoignons pour notre part la doctrine qui considère qu'elle n'est pas un mythe mais une réalité. V. Guinchard (S.) et alii, *Droit processuel, op. cit.* p. 392, n°167 et suiv. ; « L'application de la Constitution par le juge judiciaire en procédure civile », in *Le juge judiciaire et la Constitution*, dir. Martinon (A.), Petit (F.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p.53 ; Molfessis (N.), « La procédure civile et le droit constitutionnel », in *Les 20 ans du NCPC, op. cit.*, p. 245 ; Rouhette (G.), « L'ordre juridique processuel », *art. préc.*, p. 687.

Chapitre 1 – Une clarification utile

618. En tant que droit fondamental, le principe dispositif doit se concilier avec les autres principes de procédure qui sont les garanties essentielles d'une bonne justice. Cette conciliation s'avère d'autant plus nécessaire qu'aujourd'hui le principe dispositif est menacé. En premier lieu, il est des hypothèses dans lesquelles le principe dispositif n'a plus vocation à s'appliquer en raison de l'extension du champ d'application de la contradiction. En second lieu, nous avons vu que si l'office des parties est de délimiter le litige par la formulation des demandes, cette délimitation se concrétise par l'émission des actes de procédure. Or, aujourd'hui, l'émission des actes de procédure est conditionnée par le respect des exigences du droit à être jugé dans un délai raisonnable. Ces exigences, si elles affectent directement le principe d'initiative, affectent également le principe dispositif dans la mesure où elles peuvent le paralyser par le renforcement des charges processuelles. La doctrine, étudiant le caractère « *amphibologique* »¹⁵⁵⁰ de la charge de la preuve, a ainsi mis en évidence que le terme « charge » présente deux aspects, un positif et l'autre négatif : « *la charge positive* » permet de répondre à la question « qui doit prouver ? » et le « *risque de la preuve* » permet de répondre à la question « qui verra sa prétention rejetée en cas de non accomplissement des charges ? ». Cette dualité de sens est parfaitement transposable à la charge de l'allégation ainsi que l'a mis en évidence le Professeur Le Bars¹⁵⁵¹. Dans une conception classique du procès, tournée vers l'idée que le procès est la chose des parties, les charges sont envisagées essentiellement dans leur aspect positif, aujourd'hui, elles constituent clairement des risques processuels qui peuvent entraîner le rejet des prétentions.

619. Le doyen Normand notait qu'« *il existe un lien logique entre l'idée que les parties sont maîtresses du litige qui les oppose comme elles sont maîtresses de leurs droits, et celle qui convient de leur abandonner l'initiative de conduire l'instance. Mais ce lien n'est pas nécessaire. Ou du moins il n'est pas aussi étroit qu'on l'a parfois prétendu* »¹⁵⁵². C'est ce que confirme l'évolution du droit positif. La gravité des sanctions qui pèsent sur les parties dans le cadre de la conduite de l'instance se justifie par les nouvelles exigences de la justice de célérité et de loyauté qui viennent l'affecter. La clarification du régime du principe dispositif s'avère donc nécessaire pour la conciliation des différents droits fondamentaux de procédure et pour la protection des droits fondamentaux de procédure. Il n'est pas question ici de se lancer à la recherche de toutes les menaces qui pèsent sur le principe dispositif mais seulement de mettre en évidence que le principe dispositif est menacé par le principe du contradictoire (**Section I**) et par le principe d'initiative (**Section II**).

¹⁵⁵⁰ Devèze (J.), *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, op. cit., p. 18, n°5.

¹⁵⁵¹ Le Bars (Th.), « De la théorie des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels », *art. préc.*, p. 321.

¹⁵⁵² Normand (J.), *Le juge et le litige*, op. cit., p. 22, n°25.

Section 1 - Le principe dispositif menacé par le principe du contradictoire

620. Le principe du contradictoire est un principe qui a vocation à établir l'égalité entre les parties¹⁵⁵³. Il a valeur constitutionnelle¹⁵⁵⁴. L'égalité procédurale doit être envisagée comme le complément de la liberté procédurale car, par la contradiction, les parties peuvent parer à une éventuelle modification de l'objet du litige par le juge. C'est ainsi que Motulsky soulignait, à propos du principe de neutralité et de la règle selon laquelle le juge ne peut statuer sur des faits dont il a eu une connaissance personnelle, que « *la protection essentielle est assurée par le principe même du contradictoire* »¹⁵⁵⁵. L'exercice de la contradiction leur permet ainsi de soulever l'absence de neutralité du juge. Si les parties constatent que celui-ci porte atteinte aux prétentions, elles peuvent logiquement demander la sanction de la violation du principe dispositif. Le contradictoire doit alors servir aux parties pour s'assurer que le juge tranche le litige au regard de leurs prétentions et au regard uniquement de leurs prétentions. L'obligation posée à l'article 16 pour le juge de respecter la contradiction tend ainsi à réguler l'office du juge tel qu'il résulte de l'article 12 du Code de procédure civile¹⁵⁵⁶. Néanmoins, se dessine progressivement en jurisprudence une nouvelle image du contradictoire mettant en péril le principe dispositif et donc corrélativement la fonction juridictionnelle. Le respect du contradictoire quant aux demandes vient directement légitimer la remise en cause de la neutralité du juge et ce tant au regard de la jurisprudence relative au respect par le juge du contradictoire en matière de prétentions (§1) qu'au regard de celle relative au respect par le juge du contradictoire en matière de relevé d'office des moyens (§2).

§ 1. Le principe dispositif remis en cause par l'extension du champ d'application de la contradiction en matière de prétentions

621. La position actuelle de la Cour de cassation en matière de contradiction se caractérise par un renouvellement du rôle du principe du contradictoire, renouvellement qui porte atteinte directement au principe dispositif et à la fonction juridictionnelle. Désormais, les juges légitiment la remise en cause de la neutralité du juge vis-à-vis des prétentions des parties en raison du respect de la contradiction.

622. Une étude de la jurisprudence de la Cour de cassation révèle en effet que les juges sanctionnent parfois sur le terrain de l'article 16 du Code de procédure civile des atteintes au

¹⁵⁵³ Motulsky (H.), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *art. préc.*, p. 60, spéc. p. 66.

¹⁵⁵⁴ Nous considérons avec une partie des auteurs que la constitutionnalisation du principe du contradictoire est certaine eu égard à celle des droits de la défense, le premier n'étant que le corollaire du second. Cons. Const. 13 nov. 1985, Déc. n° 85-142 L, Rec. 116, note Favoreu (L.), *R.D.P.*, 1986, p. 385. *Adde.* Molfessis (N.), « La procédure civile et le droit constitutionnel », *art. préc.*, p.245. Et plus largement les développements présents dans le manuel du Professeur Guinchard, *Droit processuel, op. cit.*, p. 1094, n°456.

¹⁵⁵⁵ Motulsky (H.), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *art. préc.*, p. 60, spéc. p. 76.

¹⁵⁵⁶ Dans ce sens Héron (J), Bars le (Th.), *op. cit.*, p. 247 n°300.

principe dispositif qui devraient être fondées sur l'article 4 dudit Code. Dans une espèce qui opposait la requérante au Conseil de l'ordre des avocats de Paris, les juges du fond avaient été saisis d'une demande tendant à l'annulation d'une décision excluant du tableau la requérante pour défaut de paiement de diverses cotisations à caractère professionnel. Cette dernière invoquait un défaut de convocation régulière ainsi que l'irrégularité de la formation plénière. La Cour d'appel annula la convocation mais l'exclue du tableau au motif que la requérante ne contestait pas être redevable des sommes. Devant la Cour de cassation, la requérante invoquait justement la modification de l'objet du litige en raison de son absence de conclusion au fond quant à cette prétention ; elle concluait donc à la violation de l'article 4 du Code de procédure civile. Pour autant, la première chambre civile de la Cour de cassation cassa la décision pour violation de l'article 16 dans un arrêt en date du 1^{er} décembre 2011¹⁵⁵⁷. Une analyse *a contrario* de ces décisions révèle que si la contradiction avait été respectée aucune sanction n'aurait été prononcée. Ce qui est en cause pour la Haute juridiction, c'est l'absence de débat non le fait que les juges aient statué *extra petita*. Ainsi, si la contradiction avait été respectée, la violation du principe dispositif n'aurait pas été sanctionnée. De manière implicite, cette jurisprudence révèle que le respect du contradictoire permet de gommer les atteintes au principe dispositif.

623. Cette analyse est confirmée par la position de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation. Dans un arrêt en date du 21 octobre 2004, elle a considéré que « *vu les articles 4,5 et 16 du nouveau Code de procédure civile, attendu qu'il résulte de ces textes que le juge ne peut modifier l'objet du litige tel qu'il est déterminé par les prétentions des parties sans avoir invité celles-ci à présenter des observations complémentaires (...), la cour d'appel, qui a modifié l'objet du litige sans inviter les parties à compléter leurs demandes en vue de la réparation définitive de ces préjudices a violé les articles susvisés* »¹⁵⁵⁸. Pour la Cour, l'exercice de la contradiction est un remède à la violation du principe dispositif. En invitant les parties à compléter leurs demandes, le juge invite les parties à circonscrire leur litige au regard de son analyse. C'est donc le juge qui détermine la matière litigieuse.

624. La position actuelle de la Cour de cassation se caractérise donc par la remise en cause de la neutralité du juge. Dit autrement, le juge peut s'immiscer dans la délimitation de la matière litigieuse pourvu que le principe de la contradiction soit respecté. Cette jurisprudence se combine également avec celle relative au relevé d'office des moyens de droit.

¹⁵⁵⁷ Civ. 1^{er}. 1^{er} déc. 2011, JurisData n°2011-026817. Cette hypothèse avait déjà été jugée dans deux autres espèces. Civ. 1^{er}. 6 oct. 2011, n°10-21.709, n°10-21.919. Dans des espèces relatives à la responsabilité médicale, les juges du fond ont statué sur la perte de chance alors même que les parties n'avaient pas conclu au fond. La Cour de cassation considère au visa de l'article 16 du code de procédure civile qu'« *en statuant ainsi sur le principe de l'existence d'une perte de chance, sur laquelle elle avait constaté que les parties n'avaient pas conclu, sans les avoir invitées à présenter préalablement leurs observations, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». Dans cette hypothèse, ce n'est pas une violation de la contradiction qui était en cause mais au contraire le principe dispositif.

¹⁵⁵⁸ Civ. 2^e. 21 oct. 2004, *Bull. civ.* II, n°470. Voir également, Civ. 2^e. 19 avr. 2005, *Bull. civ.* II, n°99.

§ 2. Le principe dispositif remis en cause par l'extension du champ d'application de la contradiction en matière de relevé d'office des moyens

625. Si la Cour de cassation autorise expressément le juge à porter atteinte aux prétentions des parties, elle lui laisse également la possibilité de remettre en cause la matière litigieuse de manière plus indirecte par le biais de ses pouvoirs en matière de motivation. En effet, si nous avons vu que les moyens ne font pas les prétentions¹⁵⁵⁹, il n'en reste pas moins que les moyens sont des instruments de motivation des prétentions qui doivent permettre au juge de saisir clairement l'objet du litige. Or, les pouvoirs reconnus au juge en matière de relevé d'office lui permettent parfois, en remettant en cause la motivation apportée par les parties, de venir altérer les demandes des parties. Prenons un exemple.

626. Dans un litige opposant une personne ayant subi un accident de la circulation lors d'un voyage organisé par le Club Méditerranée, à l'assureur du Club, la victime demandait réparation de son préjudice. Les juges du fond ont reconnu la faute de l'organisateur de voyage et ont, en outre, condamné l'assureur à garantir celui-ci des condamnations mises à sa charge. L'assureur s'est pourvu en cassation faisant valoir que les juges du fond avaient statué en dehors du débat dans la mesure où non seulement ils s'étaient placés sur le terrain des obligations nées du contrat du transport à titre onéreux mais qu'ils avaient également retenu un moyen que les parties n'avaient pas soulevé. La première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 20 novembre 2004, rejette le pourvoi estimant que la Cour d'appel pouvait relever d'office un moyen dans la mesure où le principe du contradictoire avait été respecté¹⁵⁶⁰. Alors même que les parties n'avaient pas demandé la garantie de l'assureur des condamnations mises à la charge du Club, la Cour de cassation considère que, dans la mesure où le moyen a pu être discuté, les juges du fond ne sont pas sortis du cadre fixé par les parties. On ne peut que constater qu'en relevant d'office ce moyen les juges du fond n'ont pas respecté le principe dispositif et ont altéré l'objet de la demande.

627. On pourrait nous objecter qu'il ne s'agit là que d'espèces rares qui ne remettent pas en cause fondamentalement le principe dispositif. Or, tel n'est pas notre avis dans la mesure où la Cour de cassation *choisit* de fonder les violations du principe dispositif sur le fondement du contradictoire. Il ressort, par exemple, d'un arrêt de la première chambre civile en date du 28 mai 2009, que la condamnation, par les juges du fond, d'une société, à la réparation d'un préjudice commercial, alors même que les demandeurs ne sollicitaient que le rejet des demandes et l'autorisation de conservation des acomptes versés, ne constitue pas une modification du litige mais bien une violation de la contradiction. La Haute juridiction a ainsi considéré que « *vu l'article 16 du code de procédure civile ; attendu que pour condamner M. Z... à restituer aux consorts X... la somme de 1457,75 euros seulement, l'arrêt retient que le*

¹⁵⁵⁹ V. *supra* n°69 à 74.

¹⁵⁶⁰ Civ. 1^{er}. 20 nov. 2004, *Bull.civ.* I n°315.

*premier peut conserver les sommes que les seconds avaient versés au titre d'acompte dans la mesure du préjudice subi par lui en raison de la rupture des contrats et que son préjudice consiste dans la perte de gain net que les contrats devaient lui procurer ; qu'en relevant d'office un moyen fondé sur l'existence d'un préjudice commercial, sans inviter les parties à présenter préalablement leurs observations, la cour d'appel a violé le texte susvisé »¹⁵⁶¹. Cette motivation est à mettre en parallèle avec les moyens annexés au pourvoi. En effet, il ressort de ces derniers que les requérants avaient à titre principal conclu – justement – à la violation de l'article 4 du Code de procédure civile et subsidiairement à la violation de l'article 16 dudit Code. La Cour de cassation choisit de se fonder sur le principe de la contradiction et non sur le principe dispositif. Ce choix est révélateur de la volonté de la Cour de faire primer le premier sur le second. Dans cette espèce, la modification de l'objet du litige était évidente. Les parties n'avaient pas entendu demander l'indemnisation d'un éventuel préjudice, pour autant les juges ont statué, ce qui révèle un jugement *extra petita*.*

628. Ces arrêts sont la marque d'un élargissement du champ d'application de la contradiction. Tandis que de manière classique le contradictoire permettait d'assurer l'égalité entre les plaideurs, il permet aujourd'hui, sous l'influence de la fondamentalisation, de sanctionner l'absence de neutralité du juge vis-à-vis du débat. Dans ces différences espèces, la contradiction n'est pas à titre principal en cause, le principe dispositif oui : certes il n'y avait pas eu de débat mais surtout, il n'y avait pas matière à débat. L'absence de conclusions caractérise une absence de matière. Ce sur quoi il n'a pas été conclu ne peut appartenir à la matière litigieuse puisque les conclusions contiennent les prétentions. Le non-respect de la détermination de l'objet du litige devrait être logiquement sanctionné sur le fondement de l'article 4 du Code de procédure civile, tandis que l'absence de débat sur la matière litigieuse telle que déterminée par les parties doit être appréciée au regard de l'article 16 dudit Code.

629. Cette position jurisprudentielle constitue une menace pour l'avenir du principe dispositif mais corrélativement pour la fonction juridictionnelle. En effet, alors même que l'article 16 du Code de procédure civile est censé constituer une garantie de l'article 12 du Code de procédure civile, l'instrumentalisation qui en est faite par la Cour de cassation aboutit à la remettre en cause. En donnant la possibilité au juge de s'immiscer dans la délimitation des prétentions, c'est à la remise en cause de la neutralité que la jurisprudence de la Cour de cassation aboutit. Or, nous l'avons vu, la neutralité consacré par l'article 5 du Code de procédure civile est inhérente à l'article 12 du même code¹⁵⁶². L'extension du champ d'application du principe du contradictoire constitue donc une menace pour l'équilibre des offices du juge et des parties. Il en va de même au regard des exigences de célérité et de loyauté qui affectent aujourd'hui le principe d'initiative faisant de lui une menace potentielle pour le principe dispositif.

¹⁵⁶¹ Civ. 1^{er}. 28 mai 2009, Jurisdata n°2009-048356.

¹⁵⁶² V. *supra* n°269 à 303.

Section 2 - Le principe dispositif menacé par le principe d'initiative

630. La conciliation entre le principe dispositif et les droits fondamentaux passe également par une conciliation entre le principe d'initiative et le principe dispositif. Plus précisément, elle passe par une conciliation entre le principe de loyauté et le principe de célérité¹⁵⁶³. En effet, le caractère de droit fondamental du principe d'initiative n'est pas établi, on peut même aujourd'hui largement en douter eu égard à l'influence du droit d'être jugé loyalement et dans un délai raisonnable sur la conduite de l'instance qui viennent l'affecter. De la même manière que pour l'égalité, la célérité et la loyauté ne doivent pas porter atteinte à la liberté procédurale des plaideurs et donc au principe dispositif. Le principe dispositif doit se concilier avec le droit d'être jugé dans un délai raisonnable (§1) et avec le droit d'être jugé loyalement (§2).

§ 1. La conciliation du principe dispositif et du droit d'être jugé dans un délai raisonnable

631. L'évolution récente de la procédure civile française se caractérise par la nécessité d'avoir une justice de qualité répondant aux exigences de célérité. Ces deux termes sont devenus les leitmotifs du nouvel ordre public procédural qui justifie aujourd'hui l'augmentation des pouvoirs du juge¹⁵⁶⁴. Véritable « *garantie procédurale* »¹⁵⁶⁵ qui tend à assurer le bon déroulement de l'instance, le droit au délai raisonnable est une exigence d'ordre public. Ainsi que le souligne le Professeur Sudre, « *cette durée « raisonnable » de la procédure préserve la crédibilité de la justice et son efficacité* »¹⁵⁶⁶. Le délai raisonnable est aujourd'hui présenté comme un droit subjectif et comme un principe directeur du droit processuel¹⁵⁶⁷. Il peut être défini comme « *une exigence générale applicable à l'ensemble des contentieux, dont il doit être tenu compte dans toute l'architecture de l'organisation processuelle et non plus seulement à l'occasion de procédures spécifiques* »¹⁵⁶⁸. La Cour européenne a à plusieurs reprises affirmé que « *l'article 6 prescrit la célérité des procédures judiciaires mais il consacre aussi le principe plus général d'une bonne administration de la justice* »¹⁵⁶⁹.

¹⁵⁶³ Bien que la qualification de principes fondamentaux de procédure à l'égard de la loyauté que de la célérité soit scientifiquement contestable, elle sera maintenue pour des raisons de clarté. En effet, il ne fait aucun doute qu'il n'existe pas de droit fondamental à la loyauté, et il conviendrait sans aucun doute mieux de parler du droit au délai raisonnable que principe de célérité.

¹⁵⁶⁴ Voir les rapports Coulon et Magendie.

¹⁵⁶⁵ Fricero (N.), « Garanties de nature procédurale : équité, publicité, célérité, laïcité », in *Dr. et pr. de la proc. Civile*, sous la dir. Guinchard (S.), Dalloz, n°212.121 et suiv.

¹⁵⁶⁶ Sudre (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 463, n°271.

¹⁵⁶⁷ Cholet (D.), *La célérité de la procédure en droit processuel*, op. cit.

¹⁵⁶⁸ Rapport Magendie, « Célérité et qualité de la justice », Doc. Fr. 2004, p. 18.

¹⁵⁶⁹ CEDH, 12 oct. 1982, *Boddaert c/ Belgique*, série A, n°1219/87, §39 ; Com. EDH, 16 sept. 1966, *Süssmann c/ Allemagne*, n°20024/92, §57.

632. Les exigences en matière de célérité sont en effet utilisées pour justifier la prise de mesures inspirées du « *new management* »¹⁵⁷⁰. Ce dernier « *met l'accent sur le rendement, le productivisme et l'efficacité de l'exercice de la fonction juridictionnelle* »¹⁵⁷¹. Les justiciables ont un « *droit au temps* »¹⁵⁷² parce que la justice connaît des lenteurs qu'il faut combattre. L'affirmation frôle le truisme. « *Parler du temps en procédure c'est constater que les procédures sont trop longues* »¹⁵⁷³. D'où la nécessité de trouver un équilibre entre la sérénité et la célérité de la procédure¹⁵⁷⁴. Cet équilibre passe par l'appréciation du délai raisonnable¹⁵⁷⁵. Celui-ci n'est pas le délai qui est choisi par les parties, ni celui qui est imposé au juge. C'est le délai normal¹⁵⁷⁶, celui qui permet de mesurer un temps passé et un temps futur¹⁵⁷⁷. Le délai raisonnable, c'est celui qui est apprécié au regard de critères dégagés par la Cour européenne, tels que la complexité de l'affaire, le comportement des plaideurs, la nature du litige, le comportement des autorités nationales¹⁵⁷⁸.

633. L'importance du délai raisonnable est telle que si dans un premier temps il a été envisagé comme une garantie du droit à un procès équitable, il doit aujourd'hui être envisagée comme une condition de l'effectivité d'un recours. En effet, depuis sa jurisprudence « *Kudla* », rendue en 2000, qui a marqué la consécration de l'autonomie du droit à un recours effectif, la Cour a imposé aux autorités nationales l'obligation de créer un recours interne utile sur le fondement de l'article 13 de la Convention en cas de non respect du délai raisonnable¹⁵⁷⁹. Elle a ainsi considéré que l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire¹⁵⁸⁰, recours purement indemnitaire, qui prévoit la responsabilité pour faute de l'Etat pour fonctionnement défectueux du service de la justice devait être exercé avant de saisir la Cour européenne¹⁵⁸¹. Cette décision constitue un revirement de jurisprudence¹⁵⁸² qui fait suite à l'élargissement par la Cour de cassation de la notion faute lourde permettant d'engager la

¹⁵⁷⁰ Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *op. cit.*, p. 74, n°57.

¹⁵⁷¹ *Ibid.*

¹⁵⁷² Frison-Roche (M-A.), *op. cit.*

¹⁵⁷³ Guinchard (S.), « Les solutions d'organisation procédurales », in *Le temps dans la procédure, op.cit.*, p. 52.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*

¹⁵⁷⁵ Valéry (A.), « Qu'est ce qu'un délai raisonnable au regard de la jurisprudence de la Cour EDH ? », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, colloque Bordeaux 29-30 sept. 2000, Bruylant, 2001, p. 91.

¹⁵⁷⁶ Cholet (D.), *op. cit.*, p. 76 n°81. « *Le caractère raisonnable ne peut s'apprécier qu'en termes de normalité, le raisonnable joue ici le rôle d'un substitut sémantique de l'idée de normalité (...). C'est donc l'anormalité du délai, le retard, qui, en lui-même, constitue une faute, un manquement au devoir de célérité imposé à l'Etat dans le fonctionnement de sa justice* ».

¹⁵⁷⁷ Nicolas-Vullierme (L.), « Le « délai raisonnable » ou la mesure du temps », *L.P.A.* 03/01/2005, n°1, p.5.

¹⁵⁷⁸ Sur ces critères et leur application par la jurisprudence européenne cf. Fricero (N.), *op. cit.*

¹⁵⁷⁹ CEDH, 26 oct. 2000, *Kudla c/ Pologne*, *G.A.C.E.D.H.* n°40, p. 443 et suiv, obs. Andriantsimbazovina (J.) ; obs. Flauss (J.-F.), *R.T.D.H.* 2002, p. 179 ; obs. Frumer (P.), *J.T.D.E.* 2001, p.49 ; obs. Marguénaud (J.-P.), *R.T.D.civ.* 2001, p. 442 ; obs. Tavernier (P.), *J.D.I.* 2001, p.191.

¹⁵⁸⁰ Devenu l'article L.141-1 COJ suite à l'ordonnance n°2006-673 du 8 juin 2006. « *L'Etat est tenu de réparer le dommage cause pour le fonctionnement défectueux du service de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou un déni de justice* ».

¹⁵⁸¹ CEDH, 12 juin 2001, *Giummarra et alii c/ France*, obs. Sudre (F.), *JCP G* 2002, I, 105, n°31.

¹⁵⁸² CEDH, 20 févr. 1991 *Vernillo c/ France*, série A. 198.

responsabilité de l'Etat¹⁵⁸³. Si cette décision trouve sa justification dans la volonté de la Cour de réduire les recours dont elle avait à connaître, elle est également la marque d'une responsabilisation des Etats en matière de durée de la procédure. Les parties ne sont donc pas maîtresses comme elles le veulent de la matière litigieuse ce qui peut avoir une incidence sur le contenu même de la matière litigieuse. La réforme de la procédure d'appel l'illustre parfaitement ainsi qu'en témoignent les dispositions relatives au respect des délais d'émission des actes de procédure (A) ainsi qu'au contenu des actes de procédure (B).

A. L'émission des actes de procédure en appel dans les délais requis

634. Le Président Magendie notait qu'« *il n'est plus possible de proclamer sans nuance que le procès civil demeurerait la chose des parties. Une telle affirmation apparaîtrait contraire à la philosophie du procès civil telle qu'elle résulte de l'influence conjuguée des exigences européennes et des critères qui servent à évaluer le délai raisonnable* »¹⁵⁸⁴. L'encadrement de la voie d'appel en tant que voie d'achèvement du litige participe au mouvement selon lequel le procès est devenu « *la chose du juge* »¹⁵⁸⁵. Il tend à réduire la liberté des parties dans la conduite de l'instance notamment quant à la possibilité pour les parties d'émettre les actes de procédure. En appel, le conseiller de la mise en état ne fixe pas de calendrier de procédure ; les dates des échanges de conclusions, les délais sont imposés par la loi et ont été clairement réduits par la réforme. Ce phénomène est révélateur de la mise en place d'une véritable « *concentration chronologique* »¹⁵⁸⁶. Ces modifications appellent plusieurs remarques.

635. Désormais l'appelant n'a plus quatre mois mais seulement trois pour conclure¹⁵⁸⁷. La sanction ? La caducité de la déclaration d'appel¹⁵⁸⁸ relevée d'office par le conseiller de la mise en état et non plus la radiation, comme le prévoyait l'ancien article 915 du Code de procédure civile. La sanction est des plus sévères dans la mesure où la caducité efface l'intégralité de la procédure alors que la radiation ne faisait que la suspendre. Certes, l'instance pourra être réintroduite par un renouvellement de la déclaration d'appel mais alors le gain de temps que l'on a souhaité par la réduction des délais sera perdu. Quant à l'intimé, il possède, en vertu de l'article 909 du même Code, un délai de deux mois pour conclure à compter de la notification des conclusions de l'appelant. Ce délai est imposé à peine d'irrecevabilité soulevée d'office. Là encore le relevé d'office par le conseiller de la mise en état traduit le développement de l'ordre public procédural. Le même délai est imposé à

¹⁵⁸³ Ass. Plén. 23 févr. 2001, *Cts Bolle-Laroche c/ Agent judiciaire du Trésor*, obs. Menuret (J.-J.), *JCP G* 2001, II, 10583. La faute lourde doit s'entendre comme « *toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi* ».

¹⁵⁸⁴ Magendie (J.-C.), *Célérité et qualité de la justice*, rapport La documentation française, p.30. *Adde.* Fricero (N.), « Double degré de juridiction : de la « bonne justice » à la « bonne administration de la justice » », *Justice et cassation* 2013, p. 67.

¹⁵⁸⁵ Villacèque (J.), « Le nouveau procès civil devant la cour d'appel: la technique et les hommes paradoxes d'une réforme », *D.* 2010, p. 663.

¹⁵⁸⁶ Salati (O.), « Présentation des principales dispositions du décret du 9 décembre 2009 », *Dr. et proc.* 2010, chron.3. n°4.

¹⁵⁸⁷ Le rapport Magendie en préconisait deux sous peine de voir l'appel considéré comme non soutenu, p. 57.

¹⁵⁸⁸ Fricero (N.), *La caducité en droit judiciaire privé*, thèse dact, Nice, 1979.

l'intimé à un appel incident ou provoqué, alors que l'intervenant forcé dispose d'un délai de trois mois à compter de la notification de la demande en intervention forcée. L'intervenant bénéficie donc d'un délai plus long que l'intimé. La différence de délais se justifie par le fait que l'intervenant forcé n'a pas choisi d'être partie à l'instance. Toutefois, les sanctions sont strictes. En effet, l'irrecevabilité des demandes signifie que les parties ne pourront pas faire évoluer le litige si elles ne concluent pas dans les délais impartis. Une parcelle de liberté est encore accordée en cas d'unité du litige dans la mesure où en cas d'omission du juge du relevé d'office de l'irrecevabilité des conclusions, les parties, en cas d'indivisibilité entre elles, ont toujours la possibilité de le faire¹⁵⁸⁹. Il n'en reste pas moins que les délais risquent de devenir alors une arme redoutable. La caducité et l'irrecevabilité¹⁵⁹⁰ ne sont pas des « petites » sanctions. La première tend à l'extinction de l'instance, la seconde empêche les parties de maîtriser leur litige. C'est pourquoi le décret de 2010 a inscrit l'obligation pour le juge de respecter la contradiction¹⁵⁹¹. On retrouve ainsi l'esprit qui anime les réformes récentes et que l'on peut vulgariser simplement : peu importe que le litige ne soit plus la chose des parties pourvu qu'on les en ait avisées et qu'elles aient pu s'exprimer.

636. Le Conseil d'Etat a dû examiner la légalité du décret emportant réforme de la procédure d'appel. Il a considéré que le décret ne portait pas atteinte à l'article 6 de la Convention européenne et notamment à l'égalité des armes dans la mesure où les nouvelles dispositions étaient justifiées par le principe de sécurité juridique¹⁵⁹². Néanmoins, le Professeur Milano a mis en évidence les doutes qui portaient sur la conventionnalité du décret au regard des dispositions de l'article 909 du Code de procédure civile. Ce ne sont ni les délais ni les sanctions qui peuvent être envisagés comme des atteintes au droit au juge mais bien l'absence de pouvoir modérateur du juge quant à l'appréciation de l'irrecevabilité des conclusions de l'intimé. Ainsi que le relève l'auteur, « *la mise en conformité du droit national avec la Convention impliquerait donc soit que le juge décide de s'octroyer ce pouvoir modérateur, ce qui lui permettrait de prendre en compte les circonstances exceptionnelles, soit que le pouvoir réglementaire revoit sa copie et prévoit des causes exceptionnellement graves permettant de rallonger les délais* »¹⁵⁹³. Il semble que les juges du fond en aient rapidement pris conscience car si dans un premier temps, ils ont refusé de s'octroyer un contrôle de légitimité et d'opportunité¹⁵⁹⁴, certaines Cours sont revenues sur cette position considérant que l'irrecevabilité était exclue en cas de force majeure¹⁵⁹⁵.

¹⁵⁸⁹ Gerbay (Ph.), Gerbay (C.), « Les contours du décret Magendie », *JCP G* 2012, 472.

¹⁵⁹⁰ La sanction de l'irrecevabilité dans la mesure où elle tend à une amélioration de la justice a été jugée conforme aux exigences du procès équitable. CA Poitiers, 1^{er} ch., 4 nov. 2011, n°11/00122. Elle peut toutefois être soulevée par les parties CA Caen, 8 nov. 2011, n°11/02320, obs. Bléry, *JCP G* 2011, 1271. Fricero (N.), « Les nouvelles sanctions du défaut de diligence des avocats en appel », *Procédures* 2013, dossier 6.

¹⁵⁹¹ CA Douai, 7^e ch. 29 août 2011, n°11/01162, CA Douai, 1 sept. 2011, n°11/01022.

¹⁵⁹² CE, 13 juill. 2011, n°336597, n°339303, *JurisData* n°2011-016860.

¹⁵⁹³ Milano (L.), « L'irrecevabilité des conclusions (article 909 du Code de procédure civile) et sa compatibilité avec la CEDH », *Procédures* 2013, étude 1, n°11.

¹⁵⁹⁴ CA Paris, 25 mai 2011, *JurisData* n°2012-014497 ; CA Bordeaux, 21 sept. 2012, *JurisData* , n°2012-022120.

¹⁵⁹⁵ CA Paris, *Jurisdata* n°2012-026213 ; CA Paris, *JurisData* n°2012-012047.

637. La reconnaissance de ce pouvoir modérateur ne permet cependant pas de garantir des délais plus longs. L'objectif de la réforme tend clairement à la réduction de la durée des procédures. L'article 911-1 du Code de procédure civile dispose ainsi désormais dans son premier alinéa que « *le conseiller de la mise en état peut d'office, par ordonnance et en raison de la nature de l'affaire, impartir des délais plus courts que ceux prévus aux articles 908 et 910* ». Ses pouvoirs juridictionnels ont été étendus. Il dispose en vertu de l'article 914 du Code de procédure civile d'une compétence exclusive pour prononcer la caducité de l'appel, pour déclarer l'appel irrecevable ou pour déclarer les conclusions irrecevables. Les ordonnances statuant sur ces points ont autorité de chose jugée au principal. Après son dessaisissement les parties ne peuvent plus invoquer la caducité ou l'irrecevabilité à moins que leur cause ne survienne ou ne soit révélée postérieurement. La volonté de faire de la mise en état la phase purgatoire des problèmes procéduraux est évidente, heureusement les ordonnances du conseiller de la mise en état peuvent simplement faire l'objet d'un déféré présenté par requête devant la Cour d'appel dans les quinze jours de leur date¹⁵⁹⁶.

638. On peut pour autant s'interroger sur la pérennité des solutions car finalement celles qui ne sont pas des « petites » sanctions peuvent ne pas être des sanctions du tout. Une partie de la doctrine considère que « *le décret Magendie a déjà fait long feu* »¹⁵⁹⁷ notamment en raison du manque d'efficacité des solutions proposées. Si à la lecture des 908 et 910 du Code de procédure civile, on pouvait penser qu'aucun nouvel échange de conclusions n'était pas autorisé, tel n'est pas le cas de l'avis des juges du fond qui ont considéré que les parties pouvaient conclure jusqu'à la clôture de la mise en état dont la durée peut être plus ou moins longue¹⁵⁹⁸. C'est pourquoi une partie de la doctrine considère que la caducité est une sanction inadaptée et que la déchéance du droit d'appel semble plus appropriée¹⁵⁹⁹. En outre, les juges ont considéré que la caducité n'était pas d'application générale et les auteurs ont mis en évidence la nécessité que le conseiller de la mise en état soit expressément désigné par une décision préalable dans la mesure où aucun texte ne prévoit qu'il se saisisse d'office¹⁶⁰⁰. Il en va de même de l'irrecevabilité des conclusions de l'intimé lorsqu'il est fait application de l'article 905 du Code de procédure civile. Cet article présenté comme le circuit court applicable notamment en matière de référé tend à régir les situations d'urgence. L'inapplication de l'article 909 du Code de procédure autorise cependant l'intimé à ne pas respecter les délais et donc à bénéficier de délais plus longs que lorsque l'urgence n'est pas en cause...¹⁶⁰¹.

¹⁵⁹⁶ Article 916 du Code de procédure civile. V. CA Paris, 1 ch., 28 juin 2011, n°11/06580.

¹⁵⁹⁷ Fortunet (X.), « Le décret Magendie a déjà fait long feu », *Gaz. pal.* 3 mars 2012, n°63, p. 11. V. relativement aux problèmes soulevés par la réforme le dossier consacré à l'application du décret Magendie. *Procédure d'appel : Quid du décret Magendie aujourd'hui ?*, *Procédures* 2013.

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹⁹ Gerbay (Ph.), « L'avenir du décret Magendie », *JCP G* 2012, 532

¹⁶⁰⁰ Sur ces deux points. Cf. Fortunet (E.), « Cas d'ouverture et conditions de mise en œuvre de la caducité du décret Magendie », *Gaz. Pal.* 26 mai 2012, n°147, p. 10.

¹⁶⁰¹ CA Aix en Provence, 8^e ch. A, 13 oct. 2011, *JurisData* n°2011-022672, Gerbay, *JCP G*, 2011, 1192

639. On constate donc que l'évolution de la procédure d'appel tournée davantage vers l'objectif d'achèvement plutôt que de réformation du litige, si elle est parfaitement justifiée au regard du principe de célérité n'est pas sans incidence sur la maîtrise des parties. Les parties n'ont plus la conduite de l'instance ce qui peut avoir une incidence directe sur la maîtrise substantielle du litige. Il faut donc veiller à ce que les délais soient vraiment raisonnables et à ce qu'ils n'empêchent pas les parties de délimiter leur litige¹⁶⁰². Il en va de même au regard des exigences de forme qui pèsent sur les parties quant au contenu des actes de procédure.

B. L'émission des actes de procédure dans les formes requises

640. Les écritures des parties en appel doivent, de la même manière qu'en première instance¹⁶⁰³, obéir à des exigences de forme. Elles doivent notamment être qualificatives, il s'agit là d'un gain de temps considérable pour le juge. La position de la Cour de cassation est sévère en la matière. Alors que dans un premier temps la Cour de cassation a pu avoir une approche mesurée des exigences¹⁶⁰⁴, l'époque contemporaine amène à une conclusion différente.

641. La Haute juridiction fait preuve de sévérité et impose une rigueur exemplaire. Il semble qu'il n'y ait pas de place pour l'erreur ou l'oubli¹⁶⁰⁵. La Cour a ainsi précisé dans un avis en date du 10 juillet 2000 que les renvois aux écritures antérieures tant pour les moyens que pour les prétentions ne satisfaisaient pas aux exigences de l'article 954 alinéa 2, solution transposable pour l'article 753 du même code¹⁶⁰⁶. Aussi est réputée abandonnée devant le premier la demande formulée dans l'assignation mais qui n'est pas reprise dans les dernières écritures, cette demande ne pouvant être formulée de nouveau en appel en vertu du principe de l'interdiction des demandes nouvelles en appel¹⁶⁰⁷. On remarque ainsi que les conclusions récapitulatives ne visent que les conclusions qui visent la détermination de l'objet du litige et les incidents pouvant mettre fin à l'instance¹⁶⁰⁸ et ne concernent donc pas celles relatives aux exceptions de procédure¹⁶⁰⁹ ou aux incidents ne mettant pas fin à l'instance¹⁶¹⁰. L'obligation

¹⁶⁰² Drago (V.), « L'office du juge d'appel », *Justice et cassation* 2010, p. 125.

¹⁶⁰³ V. *supra* n°85 à 105.

¹⁶⁰⁴ Civ. 3^e. 6 nov. 2001, *JurisData* n°011692, obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2002, p. 145. La Cour casse la décision des juges du fond qui n'avaient pas statué sur la demande additionnelle présente dans les motifs décisifs des conclusions.

¹⁶⁰⁵ En principe, au regard des articles 753 et 954 du Code de procédure civile, les prétentions non reprises dans les dernières conclusions sont réputées abandonnées (Com. 13 févr. 2007, obs. Delpech, *D.* 2007, p.654). Cependant, la Cour de cassation a jugé que tel n'était pas le cas en matière d'aveu judiciaire (Civ. 1^e. 13 févr. 2007, obs. Perrot, *Procédures* 2007, comm. 78).

¹⁶⁰⁶ Cass. Avis. 10 juill. 2000, *Bull.civ.* n°5, note Lacabarats, *D.* 2000, p. 837 ; Pedriau, *JCP G* 2000, II, 10404 ; obs. Cadiet, *JCP G* 2000, I, 267, n°9 ; Perrot, *Procédures* 2000, comm. 231 ; *R.T.D.civ.* 2000, p. 893.

¹⁶⁰⁷ Civ. 2^e. 8 déc. 2005, *Bull.civ.* II, n°311, obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2006, p. 153.

¹⁶⁰⁸ Civ. 1^e. 24 sept. 2002, Perrot, *Procédures* 2002, comm. 223.

¹⁶⁰⁹ L'exigence de récapitulation dans les dernières écritures ne concerne pas l'exception de nullité. Civ. 2^e. 20 oct. 2005, *Bull.civ.* II, n°265 ; obs. Perrot, *Procédures* 2005, comm. 269 ; obs. Fricero, *Dr. et proc.* 2005, p. 97.

¹⁶¹⁰ Les prescriptions de l'article 954 al. 2 ne s'imposent pas pour les incidents d'instance. Civ. 2^e. 20 janv. 2005, *Bull.civ.* II, n°20, *D.* 2005, IR ; p.390 ; Civ. 2^e. 21 avr. 2006, *Bull.civ.* II, n°115, *D.* 2005, IR 1176 (conclusions rendues suite à un arrêt avant dire droit) ; Civ. 2^e. 18 déc. 2008, *Bull.civ.* II, n°273 ; obs. Perrot, *Procédures*

pour les parties de procéder à des conclusions récapitulatives oblige également le juge à ne statuer que sur les dernières conclusions déposées. Lorsque le juge ne prend pas en compte ces dernières, sa décision ne saurait faire l'objet d'un recours en rectification d'erreur matérielle mais d'un pourvoi en cassation dans la mesure où peuvent être affectés les droits et les obligations reconnus aux parties¹⁶¹¹.

642. On remarquera à ce titre que l'augmentation des charges processuelles a entraîné corrélativement le développement de la responsabilité professionnelle des avocats. Ce n'est pas trop forcer le trait que d'affirmer qu'il pèse sur ces derniers une obligation de résultat quant à la structure des écritures. La première chambre civile de la Cour de cassation est même allée très loin dans la mesure où elle a considéré que si le fait pour l'avocat de ne pas avoir anticipé une évolution imprévisible du droit positif ne constituait pas une faute, il en allait autrement lorsque ce dernier avait omis de fonder juridiquement sa demande sur « *une évolution jurisprudentielle acquise dont la transposition ou l'extension à la cause dont il a la charge a des chances sérieuses de la faire prospérer* »¹⁶¹². La solution était sévère. S'il ne fait aucun doute que le professionnel de la justice en charge de la défense des particuliers doit se tenir à jour de l'évolution du droit positif, il était difficilement concevable de lui reprocher de ne pas anticiper les solutions jurisprudentielles, et ce, même si elles semblaient acquises. C'est pourquoi on ne peut que saluer le revirement, ou tout du moins le tempérament, opéré par la même chambre le 15 décembre 2011. Cette dernière a ainsi considéré que « *les éventuels manquements de l'avocat à ses obligations professionnelles ne s'apprécient qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention, sans que l'on puisse lui imputer la faute de n'avoir pas prévu une évolution postérieure du droit consécutive à un revirement de jurisprudence* »¹⁶¹³.

643. Le droit à être jugé dans un délai raisonnable est une garantie de bonne justice qui amène la Cour de cassation à avoir une position sévère quant aux écritures des parties non seulement quant à leurs délais d'émission mais également quant à leur contenu. Il faut concilier les exigences relatives à la célérité de la justice avec celle relative à la liberté. La recherche de l'effectivité du droit à être jugé dans un délai raisonnable ne doit pas venir primer sur l'effectivité du principe dispositif. Il en va de même au regard des exigences qui pèsent sur les parties en matière de loyauté.

2009, comm. 36, (demande d'expertise). Elles s'appliquent néanmoins aux incidents mettant fin à l'instance Civ. 2^e. 8 avr. 2004, *Bull.civ.* II, n°171, note Perrot, *Procédures* 2004, comm. 120.

¹⁶¹¹ Ch. Mixte, 6 avr. 2007, n°05-16.375 et 06-16.914, comm. Putman, *JCP G* 2007, II, 10102.

¹⁶¹² Civ. 1^e. 14 mai 2009, note De la Asunción Planes, *D.* 2010, p. 183 ; obs. Brun, *D.* 2010, p. 56 ; obs. Deumier, *R.T.D.civ.* 2009, p. 493 ; obs. Jourdain, *R.T.D.civ.* 2009, p. 725 ; obs. Gauthier, *R.T.D.civ.* 2009, p. 744.

¹⁶¹³ Civ. 1^e. 15 déc. 2011, obs. Rome, *D.* 2012, p. 145 ; obs. Jourdain, *R.T.D.civ.* 2012, p. 318.

§ 2. La conciliation nécessaire du principe dispositif et du droit d'être jugé loyalement

644. Il ne faudrait pas oublier, comme il a été écrit, que « *la loyauté du comportement d'un individu se mesure à l'aune de nos propres sentiments personnels qui défient toute approche objective. Or, on ne construit pas un édifice procédural sur des notions qui, si respectables soient-elles, sont impuissantes à devenir des notions juridiques faute d'une définition précise qui permet d'en assurer les contours. Ou bien alors on s'aventure dans un borbier parfaitement incontrôlable où finalement l'équité devient la règle, avec toute l'insécurité qu'elle est porteuse* »¹⁶¹⁴. Ce qui a été jugé déloyal par un juge ne le sera pas nécessairement par un autre. Le problème est donc de celui de l'existence de critères objectifs pour apprécier la loyauté, car si les nouvelles exigences de loyauté doivent être prises en compte¹⁶¹⁵, elles ne doivent pas remettre en cause la liberté procédurale des plaideurs. La menace n'est cependant aujourd'hui qu'indirecte car la loyauté affecte essentiellement l'administration de la preuve. C'est donc davantage l'effectivité du principe dispositif qui est en jeu que le principe dispositif lui-même.

645. De la même manière que toute cause n'est pas bonne à juger, toutes les pièces ne sont pas recevables. Les exigences actuelles qui ont transformé le droit de la preuve sont venues affecter l'effectivité du principe dispositif. Au nom de la moralisation des comportements procéduraux des parties, ces dernières ne sont pas libres d'amener n'importe quelle pièce devant le juge. Il faut que la pièce produite ait été obtenue par un procédé loyal. Si tel n'est pas le cas, les parties ne pourront pas porter à la connaissance du juge les pièces qui vont légitimer leurs prétentions. Un exemple récent illustre le propos. La Cour de cassation, en assemblée plénière, a jugé, le 7 janvier 2011, dans le cadre de pratiques anticoncurrentielles, au visa de l'article 9 du Code de procédure civile et de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, que « *l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve* »¹⁶¹⁶. La décision de l'assemblée plénière était attendue dans la mesure où la question avait déjà fait l'objet d'un pourvoi mais s'était heurtée à la résistance des juges du fond¹⁶¹⁷. On retient ainsi de la position de la Cour de cassation que les preuves obtenues par un procédé déloyal ne font pas partie des preuves légalement admissibles en matière civile.

¹⁶¹⁴ Perrot (R.), *R.T.D.civ.* 2006, p. 151.

¹⁶¹⁵ Strickler (Y.), « La loyauté processuelle », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin, Principes de Justices*, Dalloz, 2008, p.355.

¹⁶¹⁶ Ass. Plén. 7 janv. 2011, n°09-14.316, *JurisData* n°2011-000038, *B.I.C.C.* 1 févr. 2011; note Ruy, *JCP G* 2011, 208, note Fourment, *D.* 2011, p. 562 ; note Fages, *R.T.D.civ.* 2011, p. 127. ; obs. Chevrier, *D.* 2011, p. 562, veille Malaurie-Vignal, *JCP G* 2011, act. 43.

¹⁶¹⁷ Com. 3 juin 2008, n°07-17.147, *Bull.civ.* IV, n°112, note Boursier-Mauderly, obs. Chevrier, *D.* 2008, p. 2476 ; chron. Bélaval, Chevrier, *D.* 2008, p. 2749 ; obs. Delebecque, Bretzner, Vasseur, *D.* 2008, p. 2820 ; obs. Boulloc, *R.T.D.com.* 2009, p. 431. CA Paris, 29 avr. 2009, n°2008/11907, obs. Chevrier, *D.* 2009, p. 1352 ; obs. Delebecque (P.), *D.* 2009, p. 2714 ; obs. Claudel, *R.T.D.com.* 2010, p. 73. Sur la question v. Raynaud, « L'admissibilité des preuves déloyales devant l'autorité de la concurrence », *JCP E* 2010, 1347.

646. Uniquement en matière civile, car une solution différente s'impose en matière pénale¹⁶¹⁸. La Cour de cassation va donc plus loin que la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui avait considéré que si le caractère déloyal d'un procédé de preuve pouvait porter atteinte au caractère équitable de la procédure, le moyen de preuve pouvait néanmoins être admis lorsqu'il ne constituait pas le seul moyen de preuve retenu pour motiver la condamnation. Elle s'était néanmoins contentée d'un contrôle minimum considérant que la réglementation des modes de preuves relevait du droit interne¹⁶¹⁹. En droit interne, la solution est sévère, il n'est pas question de proportionnalité contrairement à ce qu'avait préconisé la Cour d'appel de Paris. Ainsi que l'a relevé un des commentateurs de la décision, « *ce libéralisme probatoire, quoique mesuré, se heurte à l'orthodoxie intraitable de l'assemblée plénière* »¹⁶²⁰. Cette jurisprudence est la marque du nouvel ordre public procédural dans lequel s'insère la loyauté procédurale qui irrigue désormais le procès civil et qui vient remettre en cause l'effectivité du principe dispositif. Cette décision confirme les solutions adoptées par les différentes chambres civiles¹⁶²¹.

647. Elle pourrait néanmoins être abandonnée eu égard à la position récente de la Cour de cassation dans le combat qui oppose le droit à la vie privée et le droit à la preuve. En effet, dans un arrêt en date du 5 avril 2012, elle a jugé « *qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »¹⁶²². On objectera que la solution est logique eu égard aux faits de l'espèce. Il s'agissait en effet d'un litige relatif à une donation. La Haute juridiction était donc confrontée à un contentieux relatif portant sur le droit patrimonial de la famille qui est sans aucun doute le terrain privilégié pour l'émergence du droit à la preuve. Mais comme le souligne une partie de la doctrine, il serait faux de croire que le droit à la preuve est cantonné aux litiges d'ordre familial dans la mesure où la Cour de cassation a donné un fondement des plus large à sa décision : l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹⁶²³. La Cour européenne elle-même a fait référence à l'existence d'un droit à la

¹⁶¹⁸ Crim. 11 juin 2002, *SOS Racisme*, n°01-85.559 ; Jurisdata n°2002-014851. La Chambre criminelle a jugé qu'« aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ». Au terme de cette jurisprudence, on peut en conclure que quand l'ordre public est concerné la déloyauté est permise alors que quand le litige met en cause des intérêts privés elle ne l'est en aucun cas... V. Crim. 27 janv. 2010, n°09-83.395, *Bull. crim.* n°16, D. 2010, p.656 ; étude Lasserre-Capdeville (J.), *AJ pénal* 2010, p. 280 ; note Bouloc (B.), *Rev. Soc.* 2010, p. 241

¹⁶¹⁹ CEDH, 12 juill. 1998, *Schenk c/ Suisse*, n°10862/84, §46. « Si la Convention garantit dans son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne régleme pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui dès lors relève au premier chef du droit interne. La Cour ne saurait donc exclure par principe et in abstracto l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale, du genre de celle dont il s'agit. Il lui incombe seulement de rechercher si le procès de M. Schenk a présenté dans l'ensemble un caractère équitable ».

¹⁶²⁰ Ruy (B.), *JCP G* 2011, 208

¹⁶²¹ Par exemple : Civ. 2^e. 7 oct. 2004, n°03-12.653, *Bull.civ.* n°447, note Bonfils, D. 2005, p. 122, note Léger, *JCP G* 2005, II, 10025 ; obs. Marino, D. 2005, p. 2643 ; obs. Enderlin, *AJ pénal* 2005, p. 30 ; obs. Mestre, Fages, *R.T.D.civ.* 2005, p.135. Soc. 26 nov. 2002, n°00-42.401, *Bull.civ.* V, n°352, note Bruguière, D. 2003, p. 1858 ; obs. Fabre, D. 2003, p. 394 ; obs. Lepage, D. 2003, p. 1536 ; chron. Ravanis, D. 2003, p. 1305 ; obs. Hauser, *R.T.D.civ.* 2003, p. 58.

¹⁶²² Civ. 1^e. 5 avr. 2012, n°11-14.177, note Lardeux, D. 2012, p. 1596 ; obs. Hauser, *R.T.D.civ.* 2012, p. 506.

¹⁶²³ Lardeux (G.), D. 2012, p. 1596

preuve¹⁶²⁴ ce qui pourrait ne pas rester sans incidence sur la position qu'elle a consacré en matière de loyauté de la preuve. En toute hypothèse, on ne peut que saluer la solution d'un point de vue procédural car en limitant la loyauté de la preuve, c'est bien la liberté des parties qui est préservée et la possibilité pour les parties de justifier leurs prétentions. Plus l'appréciation de la loyauté sera étendue, plus le principe dispositif verra son effectivité diminuer. En outre, le maintien d'une approche restrictive de la loyauté s'avère nécessaire au regard de l'égalité des armes.

648. Pour reprendre les termes de la Cour européenne, l'égalité des armes, véritable composante du droit à un procès équitable, doit s'entendre pour les Etats membres comme « l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause y compris ses preuves dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »¹⁶²⁵. On ne peut avancer que « l'égalité des armes retire son venin à la procédure accusatoire ; en donnant aux parties le droit d'être à égalité, elle dépouille le représentant de l'Etat de sa position traditionnellement « supérieure » à celle du justiciable dans le prétoire et sape, elle aussi, la position de l'Etat dans la procédure »¹⁶²⁶. En effet, si l'égalité des armes trouve son champ d'application privilégié en matière pénale, elle concerne également la matière civile. Elle n'est pas une règle réservée aux procédures dites inquisitoires et ne tend en outre pas à imposer une égalité parfaite entre les parties mais bien un équilibre raisonnable. L'égalité des armes sous-entend une égalité dans la recherche de la preuve et permet aux parties d'accéder de manière égale aux éléments matériels du litige. Elle permet aux parties de concrétiser matériellement leur maîtrise sur le litige. Sa dimension probatoire a été affirmée par la Cour européenne notamment dans son arrêt « *Dombo Beheer* » rendu le 27 octobre 1993¹⁶²⁷.

649. Aux termes de cette décision, la Cour énonce que « dans les litiges opposant des intérêts privés, "l'égalité des armes" implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves - dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »¹⁶²⁸. Il semble que la situation de « net désavantage » doive s'entendre comme la rupture d'égalité totale. Envisagée ainsi, la dimension protectrice de l'égalité des armes prend tout son sens vis-à-vis du principe dispositif. La sanction sur le terrain de l'égalité des armes de l'impossibilité pour une partie de prouver des éléments pertinents revient à sanctionner l'absence de maîtrise par l'ensemble des parties de la matière litigieuse. L'égalité des armes permet donc d'assurer l'effectivité du principe dispositif. Cette solution se déduit du rôle de l'égalité des armes qui tend bien à assurer l'équilibre entre les parties. De la même manière que l'égalité des armes n'est pas rompue quand aucune des parties n'a pu prouver ou n'a eu

¹⁶²⁴ CEDH, 10 oct. 2006, *L.L. c/ France*, n°7508/02, D. 2006, p. 2692, obs. Hauser, *R.T.D.civ.* 2007, p. 95.

¹⁶²⁵ Avis CEDH, 16 juill. 1968, *Struppat c/ RFA*, req. n°2804/66 ; CEDH, 17 janv. 1970, *Delcourt*.

¹⁶²⁶ Zoller (E.), « Procès équitable et due process of law », D. 2007, p. 517, spéc. p. 522.

¹⁶²⁷ CEDH, 27 oct. 1993, *Dombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas*, série A, n°274, Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 10ème éd., 2007, n°82

¹⁶²⁸ *Ibid.*

communication des pièces, elle n'est pas non plus rompue lorsqu'une partie n'a pas eu accès aux mêmes modes de preuve que son adversaire pourvu qu'elle ait été en capacité de se défendre autrement. C'est ainsi que la Cour européenne a jugé qu'une différence de traitement dans l'audition des témoins en raison de l'impossibilité d'un de ces derniers de pouvoir prêter serment ne place pas la partie requérante dans une situation de net désavantage vis-à-vis de l'autre partie, surtout dans la mesure où le témoignage n'a pas été décisif pour le tribunal¹⁶²⁹. Tout est donc une question de « *juste équilibre* » notamment eu égard aux règles de recevabilité de preuve de droit interne.

650. L'exigence est reçue en droit français. En effet, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt en date du 15 mai 2007, que « *constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 §1 de la Convention EDH le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions* »¹⁶³⁰. En l'espèce, le président du conseil d'administration d'une société anonyme avait été placé sous curatelle suite à la détérioration de son état de santé. Une action aux fins d'annulation d'une opération de remboursement a été introduite en raison de son absence de capacité à réaliser l'opération. Le fils du dirigeant, ayant repris les fonctions de son père, produit des certificats médicaux. Les juges de la Cour d'appel rejetèrent ces pièces au motif que leur production constituait une atteinte à la vie privée de son père. La Cour de cassation cassa la décision au motif que le droit au procès équitable justifiait l'atteinte à la vie privée si celle-ci était proportionnée ce qui était le cas en l'espèce.

651. En autorisant la production des pièces, le principe dispositif prend tout son sens, et ce, par le biais de l'égalité des armes. En effet, la possibilité pour la partie de produire un élément de fait pertinent n'est qu'une application de la charge de la preuve. Or, nous avons vu que les charges processuelles, particulièrement la charge de la preuve, étaient envisagées comme des instruments permettant de légitimer les prétentions des parties ; elles sont au service de l'effectivité du principe dispositif. Et ce d'autant plus que l'égalité de armes ne concerne pas uniquement le domaine de la preuve, elle comprend également l'égalité dans la communication et l'examen des pièces du dossier¹⁶³¹. Envisagée dans cette dimension, l'égalité des armes permet également d'assurer l'effectivité du principe dispositif¹⁶³² et justifie ainsi que les exigences de loyauté ne prennent pas le pas sur le principe dispositif.

¹⁶²⁹ CEDH, 23 oct. 1996, *Ankerl c/ Suisse*, req. n°17748/91.

¹⁶³⁰ Com. 15 mai 2007, n°06-10.606, *JurisData* n°2007-03955, obs. Lepage, *D.* 2007, p. 2775.

¹⁶³¹ C'est dans cette dimension que l'égalité des armes et le contradictoire présentent des liens particuliers. Sur ce point cf. néanmoins, nous maintiendrons, à des fins de clarté, la distinction.

¹⁶³² L'égalité des armes justifie également que les parties bénéficient d'une égalité de moyens pour présenter leurs arguments. Elle ne sera donc pas étudiée car elle ne met pas en cause la matière litigieuse et n'a donc pas d'incidence sur le principe dispositif. Comme il a pu l'être souligné, « *il ne s'agit plus ici d'une égalité strictement procédurale, c'est-à-dire la possibilité pour chaque plaideur de disposer des mêmes moyens pour faire valoir ses arguments devant le juge, mais d'une égalité des moyens qui renvoie à l'égalité des chances, égalité des chances qui peut particulièrement être mise à mal lorsque le litige oppose un requérant à l'Etat* ». Milano (L.), *Le droit à un tribunal (...)*, op. cit., p. 14, n°39.

Conclusion du Chapitre 1

652. Il semble qu'aujourd'hui on se dirige vers un procès qui mette au premier plan l'égalité procédurale des plaideurs au détriment de leur liberté procédurale. Le développement de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière contradictoire révèle ainsi que la Cour de cassation autorise les juges à modifier l'objet du litige sous réserve du respect de la contradiction. Les parties peuvent ne plus avoir le choix dans la délimitation des prétentions pourvu qu'elles aient pu en discuter. En légitimant les atteintes au principe dispositif par le principe de la contradiction, c'est directement la neutralité du juge qui est en jeu et donc sa fonction juridictionnelle. Or, le principe du contradictoire doit être complémentaire et non concurrent au principe dispositif. Il doit permettre aux parties de prévenir les atteintes à la neutralité et ne doit pas au contraire servir à les légitimer.

653. Si le développement de la contradiction constitue une menace directe du principe dispositif, les nouvelles exigences liées à la célérité et la loyauté de la procédure tendent quant à elle à remettre en cause indirectement. En effet, elles ne permettent pas au juge de s'immiscer dans les prétentions mais elles affectent non seulement l'émission et le contenu des actes de procédure mais également la production des preuves. Alors même que le droit à être jugé dans un délai raisonnable doit être pris en compte, dans la mesure où il est une garantie de bonne justice, il doit être concilié avec le principe dispositif. Il en va de même au regard de la loyauté qui vient affecter l'administration de la preuve. Bien que la preuve ne fasse pas la prétention, elle reste un instrument légitimant les prétentions, mais plus largement elle sert l'égalité des armes. En ne permettant pas aux parties de légitimer leurs prétentions, c'est l'absence de légitimation de la norme juridictionnelle qui est en jeu. La liberté, l'égalité, la célérité et la loyauté sont des exigences fondamentales qui doivent être conciliées mais qui ne doivent pas s'évincer les unes les autres, leur conciliation ne peut passer que par la clarification du régime du principe dispositif, clarification qui est en outre possible.

Chapitre 2 - Une clarification possible

654. La clarification du régime du principe dispositif peut passer par une modification de sa qualification dans l'ordre juridique. Deux qualifications ont été proposées relativement au principe dispositif. Il est communément présenté comme un principe directeur du procès civil et parfois même comme un principe général du droit. Pour autant nous verrons qu'aucune de ces qualifications n'est satisfaisante pour permettre au principe dispositif de se concilier avec les autres droits fondamentaux. La clarification du droit des parties à maîtriser leur litige peut cependant être réalisée par la constitutionnalisation de l'article 4 du Code de procédure civile. C'est pourquoi, après s'être penché sur l'inadéquation des qualifications traditionnelles du principe dispositif (**Section I**), il conviendra de se pencher sur le renouvellement de la qualification (**Section II**).

Section 1 - L'inadéquation des qualifications traditionnelles

655. Certains auteurs considèrent que la qualification de principe général du droit et celle de principe directeur recouvrent une seule et même notion. C'est ainsi notamment que, selon le Professeur Bergel, la catégorie des principes généraux se diviserait entre les « *principes directeurs* » et les « *principes correcteurs* »¹⁶³³. Les premiers seraient directeurs « *parce que l'ordre social en dépend* »¹⁶³⁴, les seconds seraient « *par nature des principes correcteurs de solutions légales qui sans eux, pourraient s'avérer injustes ou inadaptées* »¹⁶³⁵. Le flou qui entoure les notions en fait des catégories mal aisées pour définir le principe dispositif. En effet, les incertitudes qui nimbent la qualification de principe directeur ne nous permettent pas de mettre en évidence la relation d'appartenance du principe dispositif à cette catégorie (§1). Le même constat peut être fait à l'égard des principes généraux du droit (§2).

§ 1. L'inadéquation de la qualification de principe directeur

656. Selon l'analyse de Motulsky, il existerait dans le procès civil trois principes directeurs : le principe du contradictoire, le principe dispositif et le principe d'initiative¹⁶³⁶. Si l'on suit la définition proposée par le doyen Cornu, les principes directeurs sont « *un ensemble de règles placées en tête du NCPC qui ont pour objet essentiel de déterminer le rôle respectif des parties et du juge dans le procès civil* »¹⁶³⁷. Cette conception des principes directeurs a pu être considérée comme trop restrictive, les auteurs préférant se tourner vers une conception plus

¹⁶³³ Bergel (J.-L.), *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 108, n°86 et suiv.

¹⁶³⁴ *Ibid.*

¹⁶³⁵ *Ibid.*

¹⁶³⁶ Motulsky (H.), « La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », in *Ecrits et notes de procédure civile*, op. cit., p. 130, spéc. p. 131, n°2.

¹⁶³⁷ Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., « Directeur, trice ».

extensive de la notion¹⁶³⁸. Effectivement, le cantonnement des principes directeurs aux dispositions liminaires a été largement dénoncé à un double titre. Non seulement toutes les dispositions liminaires ne contiennent pas uniquement des principes directeurs mais en outre, il existe aussi des principes directeurs dans le corps du Code de procédure civile¹⁶³⁹. C'est ainsi que le Professeur Cadiet affirme qu'« *il n'y a pas vingt-quatre principes directeurs du procès parce qu'il y aurait vingt-quatre articles, les principes directeurs s'évincent de la combinaison des articles et, du reste, selon la manière dont ces articles sont lus, les principes directeurs du procès qu'ils traduisent peuvent être définis de façon variable. A l'inverse les principes directeurs du procès ne se trouvent pas nécessairement dans la série des vingt-quatre premières dispositions liminaires ; quid, par exemple de l'impartialité du juge, de la motivation et de la publicité du jugement ?* »¹⁶⁴⁰. De la même manière, le Professeur Vergès, s'essayant au recensement des principes directeurs dits « *incontestables* » du procès judiciaire n'en n'énumérait pas moins de vingt-cinq¹⁶⁴¹, principes qu'il distingue des principes directeurs « *controversés* »¹⁶⁴² dont fait partie le principe dispositif. On constate donc que l'identification des principes directeurs n'est pas chose aisée et que chaque auteur semble posséder sa propre liste.

657. La fonction des principes directeurs du procès civil est difficile à saisir. Un auteur notait justement à ce propos : « *il n'est reconnu aucune action spécifique aux principes dans les textes* »¹⁶⁴³. Effectivement, il n'est explicité nulle part la fonction des principes directeurs. C'est la doctrine qui tente de mettre en évidence et de systématiser la fonction de ceux qui selon certains « *rappellent les limites du positivisme juridique* »¹⁶⁴⁴. La fonction des principes directeurs du procès civil n'est peut-être pas unique eu égard au caractère protéiforme de l'action des principes directeurs¹⁶⁴⁵ et rend critiquable pareille qualification au regard du principe dispositif. Mais il est un autre écueil qui participe au difficile établissement des fonctions des principes directeurs : le mouvement d'amplification des principes directeurs. Traditionnellement cantonnés au domaine de la procédure civile, la notion de principe

¹⁶³⁸ Vergès (E), *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, thèse dact. Aix-Marseille, p. 25, n°10 et suiv.

¹⁶³⁹ Cadiet (L.), « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès civil », in *Etudes offerts à Jacques Normand*, op. cit., p. 71, spéc. p. 80, n°7.

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*

¹⁶⁴¹ Vergès (E), op. cit., p. 36, n°18. L'auteur classe dans cette catégorie le contradictoire, les droits de la défense, le procès équitable, l'autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles, la publicité des débats, l'oralité des débats, le secret des délibérés, la présomption d'innocence, le droit au juge, le droit au recours, la célérité, l'égalité devant la justice, l'égalité des armes, la charge de la preuve d'un préjugé incombe à son auteur, la liberté de la preuve, l'intime conviction, la preuve légale, la motivation des décisions de justice, l'indépendance des juges, l'impartialité des juges, la séparation des fonctions, la dignité de la personne humaine, le droit à la vie, la liberté d'aller et de venir, l'autorité de la chose jugée.

¹⁶⁴² *Ibid.* A ce titre le Professeur Vergès considère que doivent être rangés dans cette catégorie : la loyauté, la coopération, le « principe » dispositif, le « principe » d'initiative, l'inviolabilité du domicile, la collégialité, le juge unique, l'immutabilité du litige, l'immunité de juridiction, la plénitude de juridiction, l'opportunité des poursuites, le droit pour la personne poursuivie d'avoir la parole en dernier, le secret de la mise en état.

¹⁶⁴³ *Ibid.*, p. 487, n°510

¹⁶⁴⁴ Bolard (G.), « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henry Motulsky », art. préc., spéc. n°20.

¹⁶⁴⁵ Vergès (E.), op. cit., p. 486, n°509 et suiv.

directeur s'en est peu à peu émancipée pour venir empiéter sur le domaine de la procédure pénale¹⁶⁴⁶ et du contentieux administratif¹⁶⁴⁷ à tel point qu'une partie de la doctrine s'interroge déjà sur « *les principes directeurs pour les procès de demain* »¹⁶⁴⁸. Or, l'introduction de cette notion, déjà mal connue en procédure civile, rend de plus en plus difficile l'identification des fonctions des principes directeurs, ceux-ci devant s'adapter à la manière qu'ils sont censés gouverner. A ce titre, le Professeur Cadiet a mis en évidence que même si elle doit être nuancée, il existe une différenciation de fonction entre les principes directeurs du procès civil, ceux du procès pénal et ceux du procès administratif¹⁶⁴⁹. En effet, l'auteur relève que tandis qu'en procédure pénale les principes directeurs ont pour fonction de soumettre le procès pénal aux exigences du procès équitable, les principes directeurs du procès administratif ont vocation à mettre en exergue les principaux caractères de la procédure administrative¹⁶⁵⁰. Le mouvement de diversification des principes directeurs qui, s'il présente comme attrait principal la possibilité d'élaborer une réelle théorie générale du procès, a également pour inconvénient majeur de rendre la tâche d'identification des fonctions particulièrement ardue.

658. En outre, Motulsky est resté très évasif quant à la définition qu'il entendait leur donner. Il considérait que les principes directeurs « *ne se placent pas tous au même niveau* »¹⁶⁵¹. Tous les principes directeurs n'auraient donc pas le même poids, la même autorité. Ces incertitudes relatives à la valeur des principes directeurs trouvent leur source dans un débat doctrinal qui n'a aujourd'hui toujours pas été tranché. D'un côté, certains auteurs font des principes

¹⁶⁴⁶ C'est par le biais de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes et l'introduction de l'article préliminaire dans le code de procédure pénale que la notion de principe directeur a pris tout sens en procédure pénale. Henrion (H.), « L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une « théorie législative » du procès pénal ? », *Arch. Pol. Crim.* 2001, p. 13 ; Truche (P.), « Introduction à l'article préliminaire du Code de procédure pénale », *Arch. Pol. Crim.* 2001, p. 9. De même en contentieux administratif, l'ordonnance du 4 mai 2000 a inscrit en tête de la partie législative du Code de justice administrative un titre préliminaire qui consacre 10 articles aux principes de la procédure administrative contentieuse. L'adoption de ce « décalogue » a pu être analysée comme l'adoption de principes directeurs du procès administratif. V. Gohin (O.), « Les principes directeurs du procès administratif en droit français », *R.D.P.* 2005, p. 171.

¹⁶⁴⁷ Il convient néanmoins de souligner que l'expression principe directeur n'est pas systématiquement employée par les auteurs publicistes qui tendent souvent à faire référence plus spécifiquement à la notion de « principes généraux de la procédure administrative », expression qui ne doit cependant pas être confondue avec la catégorie plus ample des « principes généraux du droit ». V. en ce sens, Gazier (F.), « Principes généraux de la procédure administrative contentieuse », *Rep. Cont. Adm. Dalloz*, 1998.

¹⁶⁴⁸ Guinchard (S.), « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? » in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 201.

¹⁶⁴⁹ Cadiet (L.), *art. préc.*, spéc. p. 88, n°17 et suiv. Sur les relations entre les principes directeurs du procès civil et ceux du procès pénal, v. Bussy (F.), « L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil sur la matière pénale », *R.S.C.* 2007/1, p. 39 ; Delmas-Marty (M.), « Pour des principes directeurs de procédure pénale », *R.S.C.*, 1985/2, p. 225 ; Vergès (E.), « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », *D.*2007, p.1441. Sur les rapports entre les principes directeurs du procès civil et ceux du procès administratif, v. Chapus (R.), « Le nouveau code de procédure civile et la procédure juridictionnelle administrative », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, La Documentation française, 1998, p. 75.

¹⁶⁵⁰ Cadiet (L.), *art. préc.*, p. 93 et suiv., n°22 et 23.

¹⁶⁵¹ Motulsky (H.), « La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », in *Ecrits et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 131, n°2.

directeurs de simples outils dogmatiques¹⁶⁵², des principes de conception doctrinale et donc par la même non pas des éléments de droit positif mais des éléments de droit savant, de l'autre les principes directeurs sont appréhendés comme de véritables règles juridiques¹⁶⁵³. Motulsky lui-même, commentant le décret du 9 septembre 1971, justifiait l'utilisation de l'expression « *dispositions liminaires* » pour désigner cette partie du Code et non pas de principes par le fait qu'il est « *malaisé d'aller, dans un texte législatif ou réglementaire, au-delà de prescriptions que seule la pensée doctrinale peut grouper en une construction intellectuelle* »¹⁶⁵⁴.

659. Envisagés en tant qu'outils dogmatiques, les principes directeurs seraient des principes « *parfois invoqués, à l'appui d'un effort de représentation systématique du droit positif en ses grandes tendances [ils ne remplissent pas] alors une fonction purement pédagogique et [n'ont donc pas] qu'une nature exclusivement doctrinale et conceptuelle* »¹⁶⁵⁵. Ils auraient « *pour ambition première d'intégrer dans notre droit positif des objectifs philosophico-politiques ; ils marient idéologie et codification par le biais de notions et de formulations aux contours souvent vagues et flous, ayant une forte charge expressive* »¹⁶⁵⁶. D'un autre côté, certains considèrent que les principes directeurs sont de réelles dispositions normatives qui méritent d'« *accéder au rang de catégorie juridique autonome du droit positif* »¹⁶⁵⁷. Cette thèse est défendue par une partie de la doctrine qui ne voit dans les principes directeurs qu'un sous-ensemble de la catégorie des principes généraux¹⁶⁵⁸ et qui appelle de ses vœux la reconnaissance officielle de cette relation d'appartenance¹⁶⁵⁹. Ce constat révèle les ambiguïtés inhérentes à la notion de principe directeur en procédure civile et confirme dès lors l'inadéquation de la qualification de principe directeur. On ne saurait qualifier un principe de principe directeur dans la mesure où les contours mêmes de cette notion ne sont pas assez définis.

660. L'objet de notre propos ne consiste pas à refondre la catégorie des principes directeurs mais uniquement à savoir si le principe dispositif peut prétendre à la qualification de principe directeur. Et c'est au regard de cet objectif qu'une chose apparaît certaine, on ne saurait qualifier le principe dispositif de principe directeur dans la mesure où cette catégorie n'a pas

¹⁶⁵² En ce sens Morvan (P.), *Le principe de droit privé*, op. cit. p.524, n°568 et suiv. ; Blanc (E.), « Principes généraux de la nouvelle procédure civile », *JCP G I*, 1973, 2559. L'auteur considère qu'« à l'étude plus attentive il apparaît que ces « *dispositions liminaires* », qu'on a par pure modestie évité d'appeler « *principes généraux* », sont tout autre chose qu'un résumé doctrinal des points de droit connus depuis la Faculté et un peu oubliés au cours de la vie professionnelle ».

¹⁶⁵³ Cadiet (L.), « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès civil », *art. préc.*, spéc. p. 91, n°10.

¹⁶⁵⁴ Motulsky (H.), « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile », *art. préc.*, p. 273, spéc. p. 279, n°7.

¹⁶⁵⁵ Oppetit (O.), « Les « principes généraux » dans la jurisprudence de cassation », *Cah. dr. entreprise.*, 1989, n°5, p. 12, spéc. p. 14.

¹⁶⁵⁶ Henrion (H.), « L'article préliminaire du code de procédure pénale : vers une « théorie législative du procès pénal ? », *Arch. Pol. Crim.*, éd. Pédone, 2001, n°23, p. 13.

¹⁶⁵⁷ Vergès (E.), op. cit., p. 90, n°515.

¹⁶⁵⁸ En ce sens V., Blanc (E.), *art. préc.* ; Bolard (G.), *art. préc.* ; Boursier (M.-E.), *Le principe de loyauté en droit processuel*, op. cit., p. 49, n°70 ; Martin (R.), « Principes directeurs du procès civil », op. cit., n°8 ; Vergès, op. cit., p. 71, n°55.

¹⁶⁵⁹ Sak (H.), « Plaidoyer pour la promotion de l'ensemble des principes directeurs de l'instance au rang des principes généraux du droit », *L.P.A.* 18/04/2000, n°77, p. 4.

encore reçue de consécration ni même de définition officielle en droit positif : « *la prudence est d'autant plus de mise que la notion même de principe directeur appelle un débat* »¹⁶⁶⁰. Le flou qui l'entoure en fait une catégorie malaisée, un outil inadéquat eu égard au principe dispositif dans la mesure où la nature des principes directeurs oscille entre un caractère juridique et un caractère scientifique. Comment qualifier le principe dispositif de principe directeur alors même que personne ne s'accorde à le définir ? A moins que les principes directeurs ne doivent être considérés uniquement comme une notion fonctionnelle. Néanmoins, les incertitudes qui entourent la fonction des principes directeurs ne permettent pas de faire d'eux une notion fonctionnelle. Les principes directeurs constituent une catégorie complexe et difficile à appréhender. Il n'existe que peu d'analyses relatives à l'étude des principes directeurs du procès civil ; les auteurs étudiant davantage les dispositions techniques que la notion même de principe directeur¹⁶⁶¹. On peut constater, au regard des différentes études qui ont pu être faites de cette notion, que les principes directeurs ne parviennent pas à se laisser enfermer dans une définition claire et dépourvue d'ambiguïté. Il en va de même au regard de la qualification de principe général du droit.

§ 2. L'inadéquation de la qualification du principe général du droit

661. Le principe général du droit appréhendé du point de vue du droit public possède une identité bien particulière¹⁶⁶². Classiquement réservée au domaine administratif¹⁶⁶³, elle n'en reste pas moins une « *catégorie juridique ambiguë* »¹⁶⁶⁴ qui s'est peu à peu imposée en droit privé. Mais l'expression « principe général » ne recouvre pas toujours les mêmes réalités sous la plume des auteurs privatistes ou des publicistes. Les principes généraux du droit sont définis « *une catégorie de normes constituant une source de légalité administrative entendue comme l'ensemble des règles de droit qui s'imposent à l'administration* »¹⁶⁶⁵. Ce sont donc en droit public des sources du droit. Les choses se complexifient au regard du droit privé.

¹⁶⁶⁰ Bolard (G.), « Les principes directeurs du procès arbitral », *art. préc.*, spéc. p. 514, n°4.

¹⁶⁶¹ Bolard (G.), « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henry Motulsky », *art. préc.* ; Cornu (G.), « La codification », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après, op. cit.*, p. 19.

¹⁶⁶² L'expression principe général du droit si elle trouve ses prémisses dans l'arrêt *Dugave et Bransiet* rendu par le Tribunal des conflits le 8 février 1873 (T.C., 8 févr. 1973, *Dugave et Bransiet*, Rec. CE 1973, 1^e suppl., p. 70) a réellement été consacrée par la jurisprudence *Aramu* (CE, Ass., 26 oct. 1945, *Aramu*, Rec. CE 1945, p. 213, concl., Odent, *EDCE* 1947, p. 48 ; note Morange, *D.* 1946, jurispr., p. 158). La catégorie des principes généraux du droit a été reconnue par le Conseil constitutionnel dans la décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989 (Cons. Const., 17 janv. 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, Rec. C.C. 1989, p. 18 ; *GDCC* 2005, n°39).

¹⁶⁶³ Brunet (P.), « A quoi sert la « théorie » des principes généraux du droit ? », in *Les principes en droit, op. cit.*, p. 175.

¹⁶⁶⁴ Morange (G.), « Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit », *R.D.P.* 1977, p. 49.

¹⁶⁶⁵ De Montalivet (P.), « Principes généraux du droit », *JurisClasseur Dr. Adm.*, Fasc. 38, 2007, n°2, dans le même sens, Genevois (B.), « Principes généraux du droit », *Rep. cont. adm. Dalloz*, 2010, spéc. n°35 et suiv ; « Les principes généraux du droit (Aspects de droit administratif) » *R.I.D.C.*, 1980, n°spéc. vol. II, p. 279 ; Jeanneau (B.), « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps », *E.D.C.E.* 1981/1982, p. 33 ; Moderne (F.), « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *R.F.D.A.* 1999/4, p. 722.

Certains nient ainsi leur existence¹⁶⁶⁶, d'autre considèrent que « *les principes sont généraux parce qu'ils ont été généralisés par les docteurs* »¹⁶⁶⁷.

662. La définition traditionnelle repose sur le critère tiré de la généralité. On doit à Boulanger la mise en évidence de ce critère. S'essayant à la définition des principes, celui-ci s'est appuyé à mettre en avant qu'ils ne sauraient s'assimiler avec de simples règles de droit. « *Une règle est générale en ce qu'elle est établie pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits. Mais sous un certain rapport, elle est spéciale en ce qu'elle ne régit que tels actes ou tels faits ; elle est édictée en vue d'une situation juridique déterminée. Un principe, au contraire, est général en ce qu'il comporte une série indéfinie d'applications* »¹⁶⁶⁸. Il convient de souligner que la généralité particulière exigée des principes ne saurait se confondre avec une application absolue. Avancer qu'un principe est général parce qu'il a vocation à connaître une série indéfinie d'applications ne signifie pas qu'il s'applique de manière absolue. La marque de tout principe juridique est également sa relativité¹⁶⁶⁹. Pour autant, ce critère n'a jamais été unanimement admis en doctrine.

663. D'aucuns ont en effet pu souligner que « *si le principe a été formulé par le législateur, il est une règle juridique d'une large portée d'application, mais qui est de même nature que les autres, donc n'a pas de supériorité sur telle autre loi positive. S'il n'a pas été formulé il est découvert par l'analyse des règles qui en procèdent ; il ne peut donc être supérieur à ces règles puisqu'il découle d'elles* »¹⁶⁷⁰. Cette critique formulée par Ripert, et longtemps restée résiduelle, a été reprise par le Professeur Morvan qui s'attacha à remettre en cause le critère de la généralité pour le principe juridique en insistant sur son inefficacité et son inutilité¹⁶⁷¹ ; « *la généralité est graduelle et continue* »¹⁶⁷². Selon lui, « *la généralité est un concept éminemment continu et relatif dont la portée se réduit graduellement, à mesure que le champ d'application des normes concernées se restreint, mais qui ne tarit jamais ni ne change de*

¹⁶⁶⁶ De Béchillon (M.), *La notion de principe général en droit privé*, préf. Saintourens (B.), PUAM, 1998 ; Rodière (R.), « Les principes généraux du droit privé français », *op. cit.*

¹⁶⁶⁷ Zénati-Castaing (F.), « Les principes généraux en droit privé », in *Les principes en droit*, *op. cit.*, p. 257, spéc. p. 264.

¹⁶⁶⁸ Boulanger (J.), « Principes généraux du droit et droit positif », in *Etudes Ripert, Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, L.G.D.J., T.I., 1950, spéc. p. 51.

¹⁶⁶⁹ Pontier (J.-M.), « Considérations générales sur les principes en droit », in *Les principes et le droit*, *op. cit.*, p. 9, spéc. p. 19. Nous rejoignons ici la théorie développée par Dworkin qui après avoir mis en évidence la logique du tout ou rien de la règle, a souligné que les principes « *ne présentent pas de conséquences juridiques qui en découlent automatiquement* »¹⁶⁶⁹. En effet, s'appuyant sur le principe selon lequel personne ne peut profiter de sa propre faute, l'auteur démontre que ce principe connaît des « *contre-exemples* »¹⁶⁶⁹ - qui, à la différence des exceptions aux règles, ne peuvent être recensées - notamment au travers du système de la prescription. Dworkin (R.), *Prendre les droits aux sérieux*, Léviathan, PUF, 1995, p. 83.

¹⁶⁷⁰ Ripert (G.), *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 2^e éd., 1955, p. 330, n°134.

¹⁶⁷¹ Morvan (P.), *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 280, n°317 et suiv. Selon l'auteur, « *le grief de stérilité présentement imputé au critère de la généralité est double. D'une part, c'est un critère inefficace parce qu'il ne permet pas de discerner avec certitude un principe de son contraire. D'autre part, à supposer cette détermination convaincante, il est inutile parce qu'il n'aboutit pas à justifier la primauté du principe sur les règles ordinaires* ».

¹⁶⁷² *Ibid.*, p. 283, n°319 et suiv.

nature»¹⁶⁷³, « la terminologie doctrinale exprimant habituellement l'adhésion au critère de la généralité est tautologique ou mimétique »¹⁶⁷⁴. Partant, il s'est attaché à dégager de nouveaux critères de reconnaissance du principe qu'il dénomme dès lors principe de droit privé et non plus principe général.

664. Selon le Professeur Morvan, tout principe juridique doit présenter cumulativement deux critères, l'un formel, l'autre matériel. Le critère formel est clair : « est « principe », en d'autres termes, la norme exprimée formellement comme telle »¹⁶⁷⁵. Et le mode d'expression par excellence des principes réside dans les visas de la Cour de cassation. Démontrant que « l'élaboration du principe en droit privé suit en effet un cheminement graduel, jalonné d'un formalisme systématique qui le mène de formule en formule jusqu'au point ultime de visa »¹⁶⁷⁶, l'auteur met en évidence les différentes catégories de principe : les principes embryonnaires, les principes visables et les principes visés. Le critère matériel a trait au « rayonnement normatif »¹⁶⁷⁷ du principe. Ce rayonnement procède du caractère *extra legem* du principe ou de la déambulation du principe dans les différents ordres juridiques entendu comme l'« exportation du principe au travers d'ordres juridiques étrangers au droit privé »¹⁶⁷⁸. Critiquant les logiques analogique, *a contrario* et inductive traditionnellement utilisées pour l'édification des principes juridiques, il insiste sur le fait que le principe de droit privé ne doit pas procéder de l'interprétation de la loi mais lui est bien extérieur¹⁶⁷⁹. « Le principe présente la particularité d'échapper à tout fondement juridique inscrit dans le corps du droit écrit, légal ou réglementaire »¹⁶⁸⁰.

665. Malgré la qualité et la rigueur de la démonstration de l'auteur, nous n'adhérons pas à son analyse et ce pour au moins deux raisons. Sa démarche repose sur une distinction entre les principes généraux du droit privé et ceux du droit public. Or, « il n'y a pas de différence de nature entre les principes selon qu'ils sont utilisés en droit public ou en droit privé, chacun de ces ordres juridiques ne faisant que leur donner les caractères liés à la spécificité de son régime des sources du droit »¹⁶⁸¹. En outre, selon l'auteur, ne serait d'abord un principe que ce qui a été formulé dans un arrêt de principe par la Cour de cassation. Cette analyse implique d'avoir un regard uniquement formaliste sur la catégorie des principes généraux du droit et élude le fait qu'une norme puisse exister préalablement à sa consécration explicite. Pour autant, comme le notait le Professeur Chapus, à propos du principe de sécurité juridique, « c'est un fait que le droit national n'a pas (ou pas encore) consacré de façon expresse un « principe général de sécurité juridique ». il ne faut pas qu'en soit masquée la réalité, qui est

¹⁶⁷³ *Ibid.*, p. 286, n°321.

¹⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 287, n°322.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 310, n°354.

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 311, n°355.

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 357, n°410.

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 396, n°441.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 358, n°411 et suiv.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 378, n°430.

¹⁶⁸¹ Zénati-Castaing (F.), « Les principes généraux en droit privé », *art. préc.*, spéc. p. 259. Dans le même sens Jeanneau (B.), « La nature des principes généraux du droit en droit français », *Etudes de droit contemporain*, préf. Rodière (R.), Cujas, 1962, p. 103.

faite de la reconnaissance des multiples concrétisations d'un tel principe, dont il faut bien voir que réduit à lui-même, il a une portée tellement générale qu'il est frappé d'insignifiance »¹⁶⁸². Il est d'ailleurs intéressant de relever que le juge administratif a depuis ces remarques consacré expressément un principe général de sécurité juridique¹⁶⁸³. On le voit, la définition de principe général n'est pas aisée ce qui pose la question de sa valeur juridique.

666. Pour le Professeur Beignier les principes généraux sont au-dessus de la Constitution. « *Indépendants tant du droit écrit que du droit purement national, ils ont une force absolue pour qu'un ordre juridique puisse se prétendre légitime et civilisé, pour employer à dessein des termes que la pensée juridique oublieuse des fins du droit n'a que trop mis dans l'ombre. Les principes généraux du droit sont, fondamentalement, au-dessus même du droit français et donc du droit constitutionnel* »¹⁶⁸⁴. Cette dernière position revêt cependant une place particulière dans la mesure où elle constitue un des prolongements de l'idée selon laquelle la procédure civile trouve ses fondements dans la procédure elle-même et non dans la Constitution¹⁶⁸⁵. Nous ne partageons pas l'avis de l'auteur¹⁶⁸⁶. L'existence réelle d'un phénomène, tantôt direct, tantôt indirect de constitutionnalisation de la procédure civile n'est plus à démontrer¹⁶⁸⁷. De la sorte, nous ne saurions adhérer à l'idée d'un « *mythe d'une constitutionnalisation de la procédure civile* »¹⁶⁸⁸ et par là-même à la nouvelle acception qui est donnée au principe général du droit. En outre, cette théorie repose sur l'idée que le principe général du droit est nécessairement supérieur à la Constitution puisqu'il relève du droit naturel¹⁶⁸⁹. Elle s'oppose à l'opinion du Professeur Chapus pour qui les principes généraux ont une valeur infra-législative et supra-décrétale¹⁶⁹⁰.

667. On peut dès lors se demander si Rodière n'avait pas raison et si la catégorie des principes généraux du droit n'est pas une « *catégorie vaine et prétentieuse* »¹⁶⁹¹. En effet, une partie de la doctrine publiciste émet des doutes quant à l'autonomie de cette catégorie car les textes qui ont servi d'appui pour dégager les principes généraux du droit tels que le Préambule

¹⁶⁸² Chapus (R.), *Droit administratif général*, Tome I, Domat Droit public, Montchrestien, 14^e éd., 2000, p. 99, n°135.

¹⁶⁸³ CE Ass. 24 mars 2006, Société KPMG, *G.A.J.A.*, Dalloz, 16^{ème} éd., 2007 ; n°117, p. 920, note Moderne, concl. Aguila ; Terneyre, *R.F.D.A.*, 2006, p. 463 ; note Terneyre, *B.J.C.P.* 2006, p. 173.

¹⁶⁸⁴ Beignier (B.), « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs », *art. préc.*, p. 153, spéc. p. 154 ; v. également du même auteur « Procédure civile et droit constitutionnel », in *Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, dir. Drago (G.), François (B.), Molfessis (N.), préf. Vedel (G.), Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 153.

¹⁶⁸⁵ Schmitter (G.), *La constitutionnalisation du droit processuel*, dir. Favoreu (L.), Thèse dactylographiée, Aix-Marseille III, 1994.

¹⁶⁸⁶ La position du Professeur Beignier est partagée par certains auteurs. V. Notamment Mouton (S.), *La constitutionnalisation du droit : rationalisation du pouvoir et production normative*, dir. Roussillon (H.), Thèse dactylographiée, Toulouse I, 1998.

¹⁶⁸⁷ En ce sens V. Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.) *op. cit.*, p. 43, n°32.

¹⁶⁸⁸ Beignier (B.), *art. préc.*, p. 153, spéc. p. 157.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 169.

¹⁶⁹⁰ Chapus (R.), « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.* 1960, p. 22 ; « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966, p. 22.

¹⁶⁹¹ Rodière, « Les principes généraux de droit privé », *R.I.D.C.*, 1980 n°spéc. vol. II, p. 309, spéc. p. 317, n°18.

de la Constitution ou la Déclaration des droits de l'homme ne sont plus envisagées comme des sources matérielles mais bien comme des sources formelles et qu'ils sont devenus dès lors des normes de valeur constitutionnelle¹⁶⁹².

668. De ces développements, il résulte qu'aucune des qualifications faites à propos du principe dispositif n'est satisfaisante en raison des incertitudes qui entourent les notions. Quand bien même, il serait possible d'intégrer le principe dispositif dans ces qualifications, ces dernières ne permettraient pas de mettre en évidence sa nature fondamentale en raison de l'absence de valeur juridique du premier et de la valeur supra-règlementaire du second. C'est pourquoi il convient dès à présent de se pencher sur le renouvellement de sa qualification.

Section 2 - Le renouvellement de la qualification

669. Le renouvellement de la qualification du principe dispositif doit se faire à l'aune de sa nature fondamentale. En effet, le changement de qualification a une incidence sur la forme que prend la norme dans l'ordonnement juridique. Il ne pourra être le résultat que de sa consécration par les juges. La question qui se pose est donc celle de la technique de la consécration du principe dispositif. Nous pensons qu'une conventionnalisation par la Cour européenne est utopique (§1) mais qu'une constitutionnalisation par les juridictions internes est possible (§2).

§ 1. L'utopie de la conventionnalisation par la Cour européenne

670. La Cour européenne ne consacrera pas le principe dispositif non seulement car elle utilise déjà l'expression principe dispositif pour désigner le principe d'initiative (A), mais surtout, parce que son office n'est pas de fondamentaliser les principes dans l'ordre juridique interne (B).

A. La connaissance d'un faux principe dispositif

671. En 1986, dans la décision de la Commission européenne « *Winand c/ Belgique* », nous pouvions lire que « *le principe dispositif, auquel le procès civil obéit et suivant lequel la conduite de l'affaire incombe principalement aux parties, ne saurait dispenser le juge de veiller à ce que le procès se déroule dans un délai raisonnable comme le prescrit l'article 6 de la Convention. En effet, le principe de direction du procès par les parties doit se concilier avec le droit à une bonne administration de la justice et le souci d'assurer la confiance dans les institutions judiciaires, à laquelle porterait atteinte l'existence de procédures d'une durée excessive. De surcroît, l'intervention du juge quant au déroulement du procès est essentielle car les parties en présence peuvent avoir des intérêts divergents quant à la célérité avec laquelle celui-ci doit être mené* »¹⁶⁹³. Que retenir de cette motivation ? En premier lieu, on

¹⁶⁹² Favoreu et *alli*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 218, n°250.

¹⁶⁹³ Com. EDH, 3 déc. 1986, *Winand c/ Belgique*, n° dossier 10493/83.

note que le « principe dispositif » de la jurisprudence européenne correspond à notre « principe d'initiative ». En second lieu, nous pouvons souligner la prise de conscience par la jurisprudence européenne des méfaits d'une procédure uniquement accusatoire. La Commission européenne était déjà en faveur de l'activisme du juge, celui-ci apparaissant comme le garant de la bonne administration de la justice. La figure du juge a donc toujours été prépondérante pour la Commission. Il n'a jamais été envisagé comme un arbitre passif à qui il revient de trancher un litige mais bien comme le garant des libertés fondamentales qui doit *veiller* au caractère raisonnable de la procédure. Cette conception de l'office du juge dans le déroulement de la procédure correspond, peu ou prou, à la conception retenue par les rédacteurs du [nouveau] Code de procédure civile.

672. Dix ans plus tard, la Cour européenne des droits de l'homme a affiné sa motivation. Dans la décision « *Marien c/ Belgique* », rendue le 3 novembre 2005, elle rappelle que le principe dispositif – sous-entendu le principe d'initiative tel que nous le connaissons – « *consiste à donner aux parties des pouvoirs d'initiative et d'impulsion* » mais précise qu'il « *implique que la responsabilité de la marche de la procédure incombe aux parties* »¹⁶⁹⁴. La position de la Cour a changé, elle ne voit plus dans le principe d'initiative une simple règle d'organisation de la procédure qui doit être conciliée avec les exigences liées à la bonne administration de la justice mais bien une règle de droit de laquelle naissent des obligations pour les parties et notamment celle de participer de manière diligente au déroulement de la procédure et notamment de sa durée. L'obligation de diligence pesant sur les parties quant à la longueur des procédures trouve donc son fondement dans le principe dispositif pour la Cour européenne qui peut ainsi procéder à une appréciation *in concreto* du caractère raisonnable de la durée du procès. Autrement dit, les parties sont responsables du caractère raisonnable de la procédure en raison du principe dispositif.

673. Par la suite, la Cour européenne a clairement envisagé le principe dispositif comme ne devant pas faire obstacle au délai raisonnable. En effet, dans son arrêt « *Nicolai de Gorhez C/ Belgique* », en date du 16 octobre 2007, elle a considéré que « *même lorsqu'une procédure est régie par le principe dispositif, qui consiste à donner aux parties des pouvoirs d'initiative et d'impulsion, il incombe aux Etats contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que les juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil dans un délai raisonnable* »¹⁶⁹⁵. Cette jurisprudence met en évidence que le principe d'initiative n'est pas un obstacle à la prise d'obligations positives par les Etats membres dans un but de bonne administration de la justice. L'utilisation de l'expression « *même lorsqu'une procédure est régie par le principe dispositif* » est assez révélatrice à notre sens de la position de la Cour qui, par cette motivation, laisse sous-entendre que la bonne administration doit venir primer sur les spécificités procédurales nationales. La Cour européenne a réitéré sa position plusieurs

¹⁶⁹⁴ CEDH, 3 nov. 2005, *Marien c/ Belgique*, req. n°46046/99, §43 ; CEDH, 20 sept. 2007, *Barbier c/ Belgique*, req. n°24731/03, §52.

¹⁶⁹⁵ CEDH, 16 oct. 2007, *Nicolai de Gorhez c/ Belgique*, req. n°11013/05, § 31.

fois¹⁶⁹⁶. Cette jurisprudence constante est à mettre en parallèle avec celle qui considère que « *même dans les systèmes juridiques consacrant le principe de la conduite du procès par les parties, l'attitude des intéressés ne dispense pas les juges d'assurer la célérité voulue par l'article 6 §1 de la Convention* ». En effet, la Cour européenne utilise également cette motivation pour apprécier le caractère raisonnable de la procédure¹⁶⁹⁷. On ne peut que rejoindre le Professeur Gouttenoire lorsqu'elle écrit que « *la Cour accorde une portée limitée au principe dispositif (entendons par là principe d'initiative) qui gouverne la procédure, lequel ne dispense pas les juges d'assurer le respect des exigences de l'article 6 en matière de délai raisonnable* »¹⁶⁹⁸.

674. De cette évolution jurisprudentielle, plusieurs remarques s'imposent. Si dans un premier temps la Cour européenne considère que lorsque le principe d'initiative existe, il n'empêche pas au juge de *veiller* au bon déroulement de l'instance, elle considère aujourd'hui que le principe d'initiative ne doit pas être un obstacle au délai raisonnable. La Cour, en imposant aux Etats signataires de garantir l'effectivité du droit à un délai raisonnable, les incite ainsi à prendre des obligations positives et s'inscrit par là-même dans le phénomène d'activisme du juge dans le déroulement du procès. Le juge est le garant des droits et libertés fondamentales, ce qui justifie l'augmentation de ses pouvoirs. Il résulte de cette jurisprudence que l'on peut fortement douter de la consécration par la Cour européenne des droits de l'homme du principe dispositif dans la mesure où elle désigne par cette expression le principe d'initiative ; mais surtout, il n'est pas de l'office de la Cour européenne de consacrer les principes en matière procédurale.

B. L'office de la Cour européenne des droits de l'homme

675. L'office de la Cour européenne est de garantir le champ d'application des droits fondamentaux dans l'ordre juridique international et non dans l'ordre juridique interne. L'office de la Cour européenne des droits de l'homme est fondé sur le principe de subsidiarité¹⁶⁹⁹. Lorsque le juge européen constate la violation d'un droit fondamental en raison de l'ingérence de l'Etat, il ne prend pas de mesures positives. C'est à l'Etat condamné de prendre « *les mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits* »¹⁷⁰⁰ afin de

¹⁶⁹⁶ CEDH, 3 févr. 2009, *Poelmans c/ Belgique*, n°44807/06, note Fricero, « Principe dispositif, office du juge et garantie du délai raisonnable », *Procédures*, 2009, comm. 81 ; CEDH, 22 sept. 2009, *Lazarzscu c/ Roumanie*, req. n°3912/03, §47 ; CEDH, 20 avr. 2010, *Toader c/ Roumanie*, req. n°25811/04, §23 ; CEDH, 27 juill. 2010, *Alecu c/ Roumanie*, req. n°28194/03, §19 ; CEDH, 21 sept. 2010, *SC placebo Consult SRL c/ Roumanie*, req. n°28529/04, §39.

¹⁶⁹⁷ V. par ex. CEDH, 5 févr. 2004, *Litoselitis c/ Grèce*, req. n°6277/11, §30 ; CEDH, 30 nov. 2004, *Karasova c/ République Tchèque*, req. n° 71545/01, §29 ; CEDH, 8 juin 2006, *Sürmeli c/ Allemagne*, req. n°75529/01, §129 ; CEDH, 11 oct. 2007, *Bekir-Ousta et alii c/ Grèce*, req. n°351551/05, §28 ; CEDH, 23 oct. 2008, *Bodeving c/ Luxembourg*, req. n°40761/05, §39 ; CEDH, 11 juin 2009, *Stamouli c/ Grèce*, req. n°55862/07, §26.

¹⁶⁹⁸ Gouttenoire (A.), *GAECEDH*, p. 378, obs. sous CEDH, 8 déc. 1983, *Pretto c/ Italie*, n°32.

¹⁶⁹⁹ Sudre (F.), « La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2013, 1086.

¹⁷⁰⁰ CEDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c/ Espagne*, §51 ; *GACEDH*, n°3, p. 30.

« protéger des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs »¹⁷⁰¹. Il s'agit là des obligations positives qui peuvent également être imposées du fait de la violation de la Convention par un particulier¹⁷⁰².

676. La Cour européenne a systématisé sa construction jurisprudentielle dans sa décision « *Ilascu et alii c/ Moldavie et Russie* » rendue le 5 juillet 2004, en jugeant que « l'engagement souscrit par l'Etat contractant en vertu de l'article 1^{er} doit être examiné par la Cour uniquement à la lumière des obligations positives de l'Etat à l'égard des personnes qui se trouvent sur son territoire. L'Etat en question se doit avec tous les moyens légaux et diplomatiques dont il dispose envers des Etats tiers et des organisations internationales d'essayer de continuer à garantir la jouissance des droits et libertés énoncés dans la Convention »¹⁷⁰³. Par cet arrêt, la Cour européenne rattache l'obligation positive à l'article 1^{er} de la Convention, celle-ci est considérée comme inhérente à l'effectivité du droit¹⁷⁰⁴. Elle laisse cependant le choix de la mesure à l'Etat signataire de la Convention. Appliquée au procès civil, cette jurisprudence signifie que, lorsque le juge européen constate la violation d'un droit fondamental, il ne dit pas aux Etats comment assurer la protection de ce droit, il lui laisse donc le choix de la mesure¹⁷⁰⁵. Donc, en laissant le choix aux Etats de la mesure, la Cour européenne se refuse à régler la procédure interne des Etats signataires de la Convention. La peur d'une procédure uniquement objective du fait de la jurisprudence européenne n'est donc pas fondée. Un exemple récent illustre parfaitement ce propos : la condamnation de la place du Ministère public dans le cadre du pourvoi en cassation.

677. La polémique sur le statut du Ministère public auprès de la Cour de cassation commença suite à la décision « *Borgers* » rendue par la Cour européenne en matière pénale rendue le 30 octobre 1991 qui constitue un changement de perspective vis-à-vis de sa jurisprudence « *Delcourt* » en date du 17 janvier 1970¹⁷⁰⁶. Dans l'affaire « *Borgers* »¹⁷⁰⁷, la Cour européenne condamna, sur le fondement du principe de l'égalité des armes et du contradictoire, la Belgique en raison de la présence du Parquet au délibéré au motif que si « nul ne doute de l'objectivité avec laquelle le parquet de cassation s'acquitte de ses fonctions (...), néanmoins, son opinion ne saurait passer pour neutre du point de vue des parties à l'instance en cassation : en recommandant l'admission ou le rejet du pourvoi d'un accusé, le

¹⁷⁰¹ CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, GACEH, n°2, p. 18.

¹⁷⁰² Lorsque la responsabilité de l'Etat est mise en jeu du fait de la violation de la Convention par des particuliers, des obligations positives peuvent être mises à sa charge. Il s'agit là de la théorie de l'effet horizontal indirect de la Convention qui consiste à appliquer cette dernière aux relations entre particuliers (CEDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster*, obs. Cohen-Jonathan, C.D.E. 1982, p. 226 ; obs. Rolland, J.D.I. 1982, p. 220).

¹⁷⁰³ CEDH, 8 juill. 2004, *Ilascu et alii c/ Moldavie et Russie*, §333, GACEDH, n°70, p. 773.

¹⁷⁰⁴ Sur ce point Sudre (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 258, n°164.

¹⁷⁰⁵ On mettra cependant de côté les hypothèses de prise de mesures générales ou individuelles par la Cour européenne pour l'exécution de ses décisions dans la mesure où cette faculté sert essentiellement le renforcement du principe de subsidiarité.

¹⁷⁰⁶ CEDH, 17 janv. 1970, *Delcourt c/ Belgique*, série A, n°11, obs. Callewaert, R.T.D.H. 1992, p. 201, spéc. p. 204.

¹⁷⁰⁷ CEDH, 30 oct. 1991, *Borgers c/ Belgique*, série A, n°214-1, note Wauters, R.D.I.D.C. 1992, p. 125 ; note Callewaert, R.T.D.H. 1992, p. 204 ; obs. Sudre, R.U.D.H. 1992, p. 6 ; obs. Decaux, J.D.I. 1992, p.797 ; obs. Gouttenoire, G.A.C.E.D.H., n°30, p. 332.

magistrat du ministère public en devient l'allié ou l'adversaire objectif ». Dans cette décision, fondée sur la théorie des apparences, le Ministère public a ainsi été assimilé à une partie¹⁷⁰⁸ de part sa seule présence au délibéré et ce, même à titre consultatif¹⁷⁰⁹. La France qui connaissait un système similaire risquait donc de se voir condamner pour violation de l'égalité des armes. La Cour de cassation a donc jugé que l'avocat général ne devait plus participer au délibéré.

678. La présence du Ministère public au délibéré posait également la question de la conformité de la pratique selon laquelle le Parquet recevait la communication du rapport du conseiller rapporteur et du projet d'arrêt contrairement aux parties. Selon la Cour, et tel que cela résulte des décisions « *Vermeulen* » et « *Lobo Machado* », rendues le 20 février 1996¹⁷¹⁰, cette pratique, en matière civile était contraire à l'égalité des armes. Cette solution fut également étendue au contentieux disciplinaire¹⁷¹¹. Dans ces arrêts, la Cour européenne ne se fonde pas sur la présence du Parquet au délibéré mais bien sur le droit pour toute partie d'accéder à toute pièce du dossier. L'absence de neutralité des conclusions du parquet a donc eu pour conséquence le développement du droit de réponse des parties aux conclusions de ce dernier au nom du principe d'égalité des armes. En effet, la France a été condamnée par la Cour européenne dans l'affaire « *Reinhardt et Slimane-Kaïd* » pour non communication aux parties du rapport du conseiller rapporteur et du projet d'arrêt alors qu'il était communiqué à l'avocat général près la Cour de cassation¹⁷¹². Combinée avec la jurisprudence relative au commissaire du gouvernement en matière administrative¹⁷¹³, la position européenne est la marque d'une appréciation abstraite de l'institution du ministère public.

679. Cette jurisprudence a eu des incidences certaines en droit interne. Assimilée à une partie, le statut du ministère public a été sensiblement modifié. Il a été exclu du délibéré devant la Cour de cassation et s'est mise en place la pratique des notes en délibéré au nom du principe du contradictoire. Les parties ont donc accès à l'ensemble des pièces y compris au sens des conclusions de l'avocat général que la procédure soit faite avec représentation obligatoire ou non et peu important la matière. Mais dans cette hypothèse ce n'est pas la Cour européenne qui prévoit comment assurer le respect du contradictoire. Le fait que la Cour européenne ait envisagé le ministère public comme une partie n'est pas symptomatique de la fin de ministère public en tant que partie jointe. Certes, elle a porté un jugement sur le rôle du Ministère public en l'assimilant à une partie et en le soumettant au contradictoire mais elle ne s'est pas prononcée sur le choix de la mesure pour le respect de la contradiction. En matière de procédure, la Cour européenne ne statue donc que sur la conformité des règles au regard du

¹⁷⁰⁸ Pour une analyse plus exhaustive de cette décision, cf. Milano (L.), *op. cit.*, p. 531, n°666 et suiv.

¹⁷⁰⁹ Com. EDH, 4 sept. 1996, *De Brabandere c/ Belgique*, req. n°21010/92 obs. Flauss, *AJDA* 1997, p. 987.

¹⁷¹⁰ CEDH ; 20 févr. 1996, *Vermeulen c/ Belgique*, CEDH, 20 févr. 1996, *Lobo Machado c/ Portugal*, note Benoît-Rohmer, *R.T.D.E.* 1997, p. 373.

¹⁷¹¹ CEDH, 25 juin 1997, *Van Orshoven c/ Belgique*, obs. Flauss, *A.J.D.A.* 1997, p. 988, *R.G.D.P.* 1998, p. 237 ; obs. Fricero, *D.* 1997, p. 359 ; Marguénaud, *R.T.D.civ.* 1997, p. 1006 ; obs. Tavernier, *J.D.I.* 1998, p. 197.

¹⁷¹² CEDH, 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France*, note Soler, *JCP G* 1999, II, 10074.

¹⁷¹³ Voir sur ce point Guinchard (S.) et alii, *Droit processuel, op. cit.*, p. 1108, n°463.

procès équitable, elle ne règlemente pas la procédure, elle ne fait que s'assurer de la compatibilité de la procédure avec les exigences du procès équitable¹⁷¹⁴.

680. Le sentiment selon lequel la Cour européenne façonne progressivement une procédure civile unique n'est donc pas fondé. Cette crainte résulte à notre sens d'une mauvaise appréhension de la fonction des concepts autonomes. S'il ne fait aucun doute que ces derniers ont pour conséquence d'envisager de manière identique l'ensemble des procédures notamment par le recours aux notions de « *droits à caractère civil* » et de « *tribunal* », il est loin d'être certain que la vocation de la jurisprudence européenne soit celle de construire progressivement une seule procédure autour d'un seul juge qui serait transposable à l'ensemble des litiges. Les notions autonomes ont vocation à étendre le champ de la Convention. La Cour a notamment développé à dessein la technique des « *notions autonomes* »¹⁷¹⁵ qui peut être définie comme « *une méthode de formation d'un droit commun qui vient pallier l'imprécision des termes conventionnels et l'absence d'homogénéité des droits nationaux et permettre une définition uniforme des engagements étatiques* »¹⁷¹⁶.

681. Par exemple, la Cour européenne a développé une notion autonome de droit au tribunal. Le tribunal au sens européen ne correspond pas au tribunal tel que nous l'entendons classiquement¹⁷¹⁷. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, doit être qualifié de tribunal tout organe établi par la loi¹⁷¹⁸ qui « *tranche sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* »¹⁷¹⁹. Ont été envisagées comme des tribunaux certaines autorités administratives indépendantes¹⁷²⁰ ou encore un comité des visiteurs de prisons¹⁷²¹. Cette extension de la notion de tribunal aurait pu justifier l'extension des garanties de l'article 6§1 de la Convention à des domaines étrangers au procès. Or, ainsi que l'a démontré un auteur, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne que ce qui compte c'est que la décision prise par ces « tribunaux » puisse être

¹⁷¹⁴ Concernant le rapporteur public qui s'est substitué au commissaire du Gouvernement devant le Conseil d'Etat, la Cour européenne a jugé que les dispositions françaises étaient conformes aux exigences de l'article 6§1 de la Convention jugeant que le rapporteur ne saurait être assimilé à une partie. CEDH, 4 juin 2013, *François Marc Antoine c/ France*, n°54984/09, note Fricero, *Procédures* 2013, 241.

¹⁷¹⁵ Sudre (F.), « Le recours aux « notions autonomes » », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 93.

¹⁷¹⁶ Sudre (F.), *GACDH*, 6^{ème} éd., PUF, Thémis, 2003, p. 43.

¹⁷¹⁷ Sur ce point v. Milano (L.), *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 342, n°419 et suiv.

¹⁷¹⁸ La Cour européenne a une approche formelle de la loi en ce qui concerne l'établissement du tribunal. Un tribunal établi par la loi est un tribunal établi par le Parlement et non par l'exécutif. Cette appréhension du terme loi diffère de la conception matérielle qu'elle utilise pour les autres dispositions de la Convention et qui incluent dès lors notamment le pouvoir exécutif. V. Milano (L.), op. cit., p. 343, n°422.

¹⁷¹⁹ CEDH, 22 oct. 1984, *Sramek c/ Autriche*, série A, n°84, n°8790/79, §36.

¹⁷²⁰ La qualification de « tribunal » a ainsi été faite par la Cour européenne des droits de l'homme au sujet de certaines AAI. Pour une analyse exhaustive de la position des juridictions supra nationales relativement aux autorités administratives indépendantes, cf. Guinchard (S.), *et alii, Droit processuel*, op. cit., n°107, 189, 201, 242, 252. On citera notamment l'affaire *Didier*, affaire dans laquelle la Cour européenne a jugé que le Conseil des marchés financiers, autorité administrative française qui ne répondait pas à la définition de tribunal au sens du droit national, était un tribunal au sens européen. CEDH, 27 août 2002, *Didier c/ France*, obs. Sudre, *JCP G* 2003, I, 109, n°6 ; chron. Sudre, Labayle, *RFDA*, 2003, p. 939.

¹⁷²¹ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ R.U.*, série A, n°80.

examinée par un tribunal au sens formel du terme ; la qualification de tribunal au sens européen du terme n'entraîne donc pas l'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention, ce qui exclut par la même d'y voir une notion autonome¹⁷²². L'appréciation du caractère équitable de la procédure se fait *in globo*. Ainsi que le relève le Professeur Sudre, « les « notions autonomes », ne concernent pas les conditions d'exercice d'un droit mais présentent la caractéristique majeur d'en commander l'applicabilité »¹⁷²³.

682. La modélisation du procès se fait donc par le biais de l'extension du champ d'application de la Convention, par l'extension de la protection des droits fondamentaux mais non par le rapprochement techniques des procédures. Aussi, on constate que la Cour européenne dit ce qu'il faut faire mais ne dit pas comment il faut faire. Or, qu'est-ce que la procédure sinon la manière de faire ? L'autonomie procédurale entendue comme la compétence exclusive des Etats de régir le règlement juridictionnel des litiges n'est donc pas remise en cause par le développement des concepts autonomes. La Cour européenne a pour fonction de protéger les droits fondamentaux, elle ne statue pas sur la question de savoir *comment* les Etats doivent mettre leur droit en conformité avec les exigences émanant de la Convention européenne. Au terme de ces développements, on peut donc conclure au fait que le juge européen ne se livre, à aucun moment, à une réécriture des règles procédurales des Etats. Telle n'est pas son office. Certes la fondamentalisation commande une adaptation des procédures nationales, mais le juge européen ne réécrit pas les règles du procès. La Cour européenne ne consacrerait pas le principe dispositif car son office n'est pas de reconnaître des droits fondamentaux de procédure propres à l'ordre juridique interne. On peut cependant souhaiter qu'il fasse l'objet d'une constitutionnalisation.

§ 2. Le souhait de la constitutionnalisation

683. S'il ne fait aucun doute que les juges pourraient « conventionnaliser » le principe dispositif par le rattachement de l'article 4 du code de procédure civile à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, il n'en reste pas moins, à notre sens, que tel ne doit pas être la méthode choisie. Les textes supra-législatifs correspondent à des ordres juridiques distincts. Tandis que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme doit être le texte applicable dans le cadre de l'ordre juridique du Conseil de l'Europe, la Constitution doit être le texte applicable dans le cadre de l'ordre juridique interne. La Convention européenne doit constituer un instrument pour le justiciable aux fins de garantie des droits fondamentaux, mais les juges nationaux doivent appliquer avant tout les dispositions nationales. En effet, parce que la Constitution est, pour reprendre une expression des Professeurs Vedel et Delvolvé, la « base du système juridique »¹⁷²⁴, c'est par et dans la Constitution que doit se construire la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique interne. Comme il a été souligné, « la protection et la reconnaissance de libertés et

¹⁷²² V. Milano (L.), *op. cit.*, p. 358, n°440-453.

¹⁷²³ Sudre (F.) *GACEDH*, p. 44.

¹⁷²⁴ Vedel (G.), Delvolvé (P.), « La Constitution comme base du système juridique », *R.I.D.C.* 1979, p. 859.

des droits fondamentaux constituent l'une des branches les plus importantes du droit constitutionnel. Ceci est une exigence du droit constitutionnel moderne »¹⁷²⁵. Celle-ci ne fait aucun doute ainsi qu'en témoigne notamment la position du Conseil constitutionnel en matière de procès équitable dont l'exemple du droit au juge est significatif¹⁷²⁶. Nous pensons pour notre part que le mouvement de constitutionnalisation doit être accentué notamment par le rattachement des principes fondamentaux de la procédure à des textes constitutionnels. Le principe dispositif pourrait en être le parfait exemple dans la mesure où sa constitutionnalisation est opportune (A) mais également possible (B).

A. Une constitutionnalisation opportune

684. De manière générale, la constitutionnalisation du droit est opportune en raison de l'unité du droit¹⁷²⁷. En effet, ainsi qu'il a pu l'être écrit, « *ce qui est en cause, c'est l'unité de l'ordre juridique et son identité ou originalité. A partir du moment où les principes généraux du droit – du moins ceux de niveau le plus élevé – seront progressivement absorbés et remplacés par les normes constitutionnelles, disparaîtront les risques de coexistences de plusieurs ordres juridiques. Le droit aura une seule constitution, une seule armature ou charpente le soutenant tout entier. Ceci n'est pas de nature à faire perdre leur spécificité aux différentes branches du droit car souvent (...) le droit constitutionnel jurisprudentiel consolide ou entérine les solutions dégagées par les jurisprudences judiciaires ou administratives* »¹⁷²⁸. La procédure civile est ainsi amenée à se renouveler car elle est aujourd'hui formée non pas par de simples règles de procédure mais elle s'articule désormais autour des droits fondamentaux.

685. L'influence de l'article 6§1 de la Convention européenne si elle tend, nous venons de le voir, à l'harmonisation des procédures des Etats membres n'impose pour autant pas l'unification, il ne s'agit pas de construire un modèle pour tous les procès et pour tous les pays, un modèle procédural unique. La Cour européenne, en matière de procédure, n'est pas devenue « *une juridiction tyrannique* »¹⁷²⁹. La Cour européenne, si elle critique nos règles procédurales, n'écrit pas nos règles procédurales. M. Matscher, juge à la Cour européenne des droits de l'homme, était catégorique : « *tout en tendant à une harmonisation de la protection des droits fondamentaux dans le cadre de la Convention, la Cour n'a pas pour tâche de dicter l'uniformité (...), elle est obligée de respecter dans une certaine mesure la variété culturelle et idéologique se traduisant dans les différents systèmes juridiques qui caractérisent ce*

¹⁷²⁵ Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit », *R.F.D.C.* 119, I, p. 71, spéc. p. 77. *Adde.* Mathieu (B.), Verpeaux (M.) (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, PUAM, 1998.

¹⁷²⁶ V. *supra* n°545 à 549.

¹⁷²⁷ *L'unité du droit*, *Mélanges Drago*, Economica, 1996. L'unité du droit porte alors sur le droit entendu comme un ensemble normatif. Sur ce point v. Vedel (G.), « Aspects généraux et théoriques », in *Mél. Drago, op. cit.*, p. 1, spéc. p. 4.

¹⁷²⁸ Favoreu (L.), *art. préc.*, p. 88.

¹⁷²⁹ Edelman (B.), « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *D.* 2008, p. 1946.

point »¹⁷³⁰ ; pour ajouter que « le contrôle de la Cour se limite à la question de savoir si les autorités étatiques ont interprété et appliqué les dispositions de la Convention d'une manière raisonnable, conforme à l'objet et au but de la Convention »¹⁷³¹.

686. Comme le relevait le Professeur Brenner, « en aucune manière, les audaces de la Cour de Strasbourg (...) ne sauraient donc être légitimées par l'idée que sa jurisprudence participerait de la nécessaire attraction des législations nationales par un modèle universel en cours de construction »¹⁷³². Le procès équitable tel que défendu par la Cour européenne, ce que nous dénommerons le procès équitable conventionnel est un modèle tendant à l'extension des droits fondamentaux de procédure tandis que le procès équitable que défend le Conseil constitutionnel, le procès équitable constitutionnel doit constituer le fondement normatif des droits fondamentaux de procédure¹⁷³³. Bien évidemment, il faut que les juges et notamment la Cour de cassation se réfère davantage aux sources constitutionnelles en matière processuelle.

687. Par conséquent, la constitutionnalisation de la procédure civile peut être opportune. Ainsi que le soulignait le Professeur Favoreu, « la constitutionnalisation des branches du droit préserve celles-ci de l'uniformisation communautaire »¹⁷³⁴. Le développement d'un procès équitable constitutionnel, équivalent d'un point de vue des garanties au procès équitable conventionnel, peut constituer le socle normatif fondateur des droits fondamentaux nationaux de procédure, dont le principe dispositif pourrait être un des instruments.

B. Une constitutionnalisation possible

688. La question de la constitutionnalisation du principe dispositif pose la question de la norme de référence qui doit servir de fondement à la constitutionnalisation ainsi que de la technique de la constitutionnalisation. Bien que les juges ne précisent pas toujours le fondement normatif du droit consacré, il reste, selon nous, que le rattachement explicite du principe dispositif à un texte de valeur constitutionnelle serait le symbole de la prise de conscience par les juges internes de leur rôle de garant de la constitutionnalité des normes juridiques¹⁷³⁵. Nous verrons qu'il existe une pluralité de fondements (1) ainsi qu'une pluralité de techniques (2).

¹⁷³⁰ Matscher (F.), « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 15, spéc. p. 31.

¹⁷³¹ *Ibid.*, p. 33.

¹⁷³² Brenner (C.), « Pour un humanisme respectueux de l'autonomie processuelle », in *Mélanges en l'honneur Guinchard*, op. cit., p. 175, spéc. p. 185, n°16.

¹⁷³³ Pour une mise en évidence de l'équivalence générale de protection des droits fondamentaux par la Constitution et par la Convention européenne des droits de l'homme cf. Fischer-Achoura (E.), *Droits fondamentaux, Constitution et procédure civile en France et en Allemagne*, dir. Ferrand (F.), thèse dact. Lyon III, 2001.

¹⁷³⁴ *Ibid.*

¹⁷³⁵ Sur la place des juges dans le cadre des sources des droits fondamentaux, cf. Dupré de Boulois (X.), « Les notions de liberté et de droits fondamentaux en droit privé », *JCP G* 2007, I, 211, spéc. n°17-19.

1. Les fondements de la constitutionnalisation

689. Les fondements qui peuvent servir d'assises à la fondamentalisation des droits de l'homme sont à rechercher dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Plus précisément, deux fondements peuvent être proposés. Le premier est l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme tandis que le second est l'article 16 du même texte. Aux termes de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme, on peut lire que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* ». On retrouve ici l'esprit du principe dispositif. Dans le cadre du procès civil, le principe dispositif consiste à pouvoir définir comme ils l'entendent le litige sous réserve de ne pas nuire à autrui c'est-à-dire sous réserve du respect de l'ordre public. Lorsque le fait peut entraîner des conséquences contraires à l'ordre public alors les parties ne peuvent pas aller en justice, le fait n'est pas reconnu comme juridique. Le principe dispositif peut donc être rattaché à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le choix de ce fondement permettrait ainsi de constitutionnaliser l'unité de l'office du juge du fait juridique en donnant le même fondement à la liberté procédurale et à la liberté contractuelle qui constituent les limites à la fonction juridictionnelle.

690. Le rattachement du principe dispositif à cet article ne doit pas laisser croire que le principe dispositif est une composante de la liberté individuelle¹⁷³⁶. Cette dernière est expressément consacrée par l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958. Le Conseil constitutionnel a ensuite reconnu valeur constitutionnelle à la liberté individuelle en la proclamant comme un principe fondamental reconnu par les lois de la république, puis en la rattachant aux dispositions de la Déclaration des droits de l'homme lors du contrôle sur les lois de la bioéthique¹⁷³⁷. En outre, le contenu de la liberté individuelle a été dégagé par le Conseil constitutionnel. Si dans un premier temps, il a eu une conception large de la liberté individuelle aujourd'hui l'approche est restrictive. Il la limite à la sûreté personnelle, les composantes classiques de la liberté individuelle ayant fait l'objet d'une consécration autonome¹⁷³⁸. Le principe dispositif n'est pas relatif à la sûreté personnelle, il n'est pas une composante de la liberté individuelle, pas plus qu'il n'est une composante de la liberté personnelle.

691. L'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme n'est cependant qu'un des fondements possibles pour la constitutionnalisation du principe dispositif. En effet, nous pensons qu'au même titre que la liberté contractuelle, le principe dispositif peut être rattaché à

¹⁷³⁶ V. Favoreu (L.), *et alii*, *op. cit.*, p. 899, n°1279 et suiv.

¹⁷³⁷ Cons. Const. . 27 juill. 1994, *Bioéthique*, DC n°94-343-344DC.

¹⁷³⁸ Favoreu (L.), *et alii*, *op. cit.*, p. 900, n°1281.

l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme¹⁷³⁹. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme dispose que « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Il est le texte qui sert de fondement au Conseil constitutionnel pour les exigences relatives au procès équitable. Il a ainsi jugé que « *sont garantis par l'article 16 DDHC : le droit des personnes intéressés à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable ; les droits de la défense lorsqu'est en cause une sanction ayant le caractère d'une punition* »¹⁷⁴⁰. Or, le principe dispositif s'est révélée être une garantie du procès équitable dès lors on peut légitimement croire qu'il pourrait relever de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme.

692. La constitutionnalisation du principe dispositif pourrait donc être réalisée par le rattachement de l'article 4 du Code de procédure civile à l'article 4 ou à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme. Il reste maintenant à s'intéresser aux techniques de constitutionnalisation du principe dispositif.

2. Les techniques de la constitutionnalisation

693. Il existe plusieurs techniques de constitutionnalisation. Le Professeur Guinchard distingue entre la constitutionnalisation directe et la constitutionnalisation indirecte¹⁷⁴¹. La première consiste pour le juge constitutionnel lorsqu'il est saisi d'une loi à réintégrer dans le champ de l'article 34 de la Constitution, dans le champ de la compétence du législateur, des dispositions qui relevaient de la matière réglementaire. C'est notamment par le biais de cette technique que la question de la détermination de la charge de la preuve a pu être transférée dans les mains du législateur parce qu'elle affecte les droits et les obligations des parties¹⁷⁴². Pour que le principe dispositif soit constitutionnalisé directement, il faudrait donc que le Conseil constitutionnel réintègre dans le champ d'application de l'article 34 de la Constitution les règles gouvernant l'office des parties et du juge quant au litige. La constitutionnalisation directe est sans aucun doute le mécanisme le plus attrayant mais il est également le moins probable. En effet, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est actuellement marquée par une volonté de respecter les champs d'application de l'article 34 et 37 de la Constitution¹⁷⁴³.

694. C'est donc par le biais de la technique de la constitutionnalisation indirecte que le principe dispositif peut sans doute être constitutionnalisé. On peut toutefois écarter l'hypothèse d'une constitutionnalisation du principe dispositif par la technique de la question prioritaire de constitutionnalité dans la mesure où puisque la question prioritaire de

¹⁷³⁹ La liberté contractuelle a en effet fait l'objet d'un rattachement à l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme. Cons. Const. 13 janv. 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, DC n°2002-465).

¹⁷⁴⁰ Cons. Const. 29 sept. 2010, déc. N°2010-38 QPC, considérant 3.

¹⁷⁴¹ Guinchard (S.) et *alii*, *op. cit.*, p. 393, n°168 et suiv.

¹⁷⁴² Cons. Const. 2 déc. 1980, DC 80-119L, Rec. p 74.

¹⁷⁴³ Guinchard (S.) et *alii*, *op. cit.*, p. 395, n°168.

constitutionnalité ne porte que sur des dispositions législatives¹⁷⁴⁴. Le Conseil constitutionnel, n'est pas devenu « *une super jurisdiction* »¹⁷⁴⁵ dans le cadre de la procédure civile. La nature réglementaire justifie également que l'interprétation jurisprudentielle donnée à l'article 16 du code de procédure civile par la Cour de cassation ne puisse pas non plus être soumis au contrôle *a posteriori* de constitutionnalité¹⁷⁴⁶.

695. Pour contester un texte de nature réglementaire, il faut saisir le Conseil d'Etat qui est le garant de la constitutionnalité des textes réglementaires¹⁷⁴⁷. La constitutionnalisation du principe dispositif pourra donc se faire par le Conseil d'Etat dans le cadre de l'examen des dispositions réglementaires. Encore faut-il cependant qu'une disposition réglementaire vienne remettre en cause directement le principe dispositif. Or, nous l'avons vu ce ne sont pas les dispositions réglementaires qui menacent le principe dispositif mais l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite¹⁷⁴⁸. C'est donc peut être davantage à la Cour de cassation de donner une valeur constitutionnelle au principe dispositif¹⁷⁴⁹. En effet, la Cour de cassation est « *juge de la constitutionnalité des actes juridictionnels* »¹⁷⁵⁰ dans la mesure où la violation de la Constitution est un cas d'ouverture à cassation pour violation de la loi. Elle a déjà utilisée cette technique en consacrant le droit à la défense comme un droit fondamental à caractère constitutionnel¹⁷⁵¹. Après avoir constitutionnalisé le droit à la défense, on pourrait souhaiter qu'elle consacre le droit à la demande par la consécration du principe dispositif¹⁷⁵².

¹⁷⁴⁴ Croze (H.), « Qupéçons le Code de procédure civile », *Procédures* 2012, repère 10. A propos de Civ. 2°. 31 mai 2012, n°12-40.030, *JurisData* n°2012-011614.

¹⁷⁴⁵ L'expression est empruntée au Professeur Larribau-Terneyre (V.), « La question prioritaire de constitutionnalité en droit civil, quels risques ? », in *Mélanges offerts à Jean Hauser, op. cit.*, p. 259, spéc. p. 268.

¹⁷⁴⁶ Sur la possibilité de contester l'interprétation de la jurisprudence. Cons. Const. 6 oct. 2010, n°2010-39 QPC, obs. Gallmeister, *D.* 2010, p. 529, chron. Maziau, *D.* 2011, p. 529 ; obs. Chénéde *AJ fam.* 2010, p. 487 ; obs. Hauser, *R.T.D.civ.* 2010, p. 776 ; obs. Deumier, *R.T.D.civ.* 2011, p. 90 ; note Gouttenoire, Radé, *JCP G* 2010, 1145. Cons. Const. 14 oct. 2010, n°2010-52 QPC ; chron. Maziau, *D.* 2011, p. 529 ; Deumier, *R.T.D.civ.* 2011, p. 90. La possibilité de contester la constitutionnalité d'une jurisprudence a, après un refus (Molfessis (N.), « La jurisprudence supra-constitutionnelle », *JCP G* 2010, 1039), été admise par la Cour de cassation. (Ass. Plén. 20 mai 2011, n°11-90.032, Chagnollaude, *D.* 2011, p. 1426 ; chron. Maziau, *D.* 2011, p. 1775 ; obs. Pradel, *D.* 2011, p. 2231 ; note Matsopoulou, *Rev. Sociétés* 2011, p. 512). On notera néanmoins que la contestation de l'interprétation ne peut porter que sur une jurisprudence constante et que selon le Conseil constitutionnel la jurisprudence constante ne peut être que celle de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat mais n'est pas celle des juridictions du fond. (Cons. Const. 8 avr. 2011, n°2011-120 QPC ; *A.J.D.A.* 2011, p. 758 ; obs. Mathieu, *JCP G* 2011, 604 ; Deumier, *R.T.D.civ.* 2011, p. 495).

¹⁷⁴⁷ Fromont (C.), « La justice constitutionnelle ou l'exception française », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Le nouveau constitutionnalisme*, Economica, 2001, p. 167.

¹⁷⁴⁸ V. *supra* n°621 à 624.

¹⁷⁴⁹ Sur les rapports de la Cour de cassation et de la Constitution, Desaulnay (O.), *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, préf. Bon (P.), Dalloz, 2009.

¹⁷⁵⁰ Guinchard (S.) et *alii*, *Droit processuel, op. cit.*, p. 406, n°172.

¹⁷⁵¹ Ass. Plén. 30 juin 1995, rapport Ancel, *B.I.C.C.* 1 août 1995 ; concl. Jéol, note Drago, *D.* 1995, p. 513 ; note Perdriau, *JCP G* 1995, II, 22478.

¹⁷⁵² Il convient également de relever que les juges du fond ont le même pouvoir puisqu'ils sont également juges des actes juridictionnels. Favoreu (L.), « Légalité et constitutionnalité », *Cah. Cons. Const.* 1997-3, p. 73.

Conclusion du Chapitre 2

696. L'examen de la nature du principe dispositif devait se poursuivre par l'examen de l'expression de cette norme dans notre ordonnancement juridique. Il imposait de s'interroger tout d'abord sur les qualifications traditionnelles attachées au principe dispositif, à savoir la qualification de principe directeur et celle de principe général du droit. L'ambiguïté tant notionnelle que fonctionnelle de ces notions nous empêche de retenir pareilles qualifications au regard du principe dispositif. En outre, ces qualifications ne mettent pas en relief la nature de droit fondamental du principe dispositif. Il doit donc être consacré par la jurisprudence sur le fondement de textes ayant une valeur supra-législative afin que la nature de cette norme et son expression coïncident. La question qui se posait était de savoir quel organe pouvait procéder à la consécration du principe et sur quel fondement.

697. L'hypothèse de la conventionnalisation par la juridiction strasbourgeoise a été en premier lieu écartée. L'office de la Cour européenne est de garantir l'application des droits fondamentaux par le biais des notions autonomes et par la technique des obligations positives dans l'ordre juridique interne. Il serait donc utopique de penser qu'elle dégagerait ce principe de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et ce, d'autant plus que la Cour européenne des droits de l'homme utilise l'expression de principe dispositif pour désigner le principe d'initiative, évinçant ainsi toute idée de consécration. C'est donc aux juridictions internes que revient la tâche de consacrer le principe dispositif, plus précisément de le constitutionnaliser. En effet, la Constitution peut servir de fondement textuel pour la protection des droits fondamentaux. La constitutionnalisation du principe dispositif pourrait être faite sur le fondement de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme ou sur le fondement de l'article 16 du même texte. Il pourrait l'être non pas directement par le Conseil constitutionnel, en raison de la nature réglementaire de la procédure, mais indirectement et ce tant par les juridictions de l'ordre judiciaire que par les juridictions de l'ordre administratif qui sont juges de la constitutionnalité des normes infra-législatives.

Conclusion du Titre II

698. La clarification du régime du principe dispositif par sa constitutionnalisation sur le fondement de la Déclaration des droits de l'homme est souhaitable à au regard des enjeux de la procédure du XXI^e siècle. Ces enjeux sont au nombre de trois : l'effectivité des droits fondamentaux, la conciliation des droits fondamentaux et enfin celui de la protection des droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel. La constitutionnalisation du principe dispositif participe de ces trois enjeux.

699. Premièrement, un droit fondamental n'a de sens que s'il est effectif et l'effectivité d'un droit fondamental de procédure passe par le rattachement du texte qui le consacre à une règle juridique fondamentale afin d'en modifier la qualification. Actuellement, aucune qualification juridique ne permet de mettre en lumière la nature fondamentale du principe dispositif. Il en va ainsi tant lorsque le principe dispositif est envisagé comme un principe directeur que lorsqu'il est envisagé comme un principe général. Aussi, dans la hiérarchie des normes, ce principe semble recevoir une valeur juridique inférieure à celle du contradictoire, infériorité juridique qui légitime les atteintes qu'il subit par l'utilisation jurisprudentielle dudit principe. Deuxièmement, la constitutionnalisation du principe dispositif permettra de faire du principe dispositif un véritable instrument de l'ordre juridique processuel interne qui permettra de remettre un peu d'ordre dans le désordre actuel notamment en ce qui concerne les champs d'application des différents droits fondamentaux du procès. Troisièmement enfin, la création d'une nouvelle règle juridique constitutionnelle constitue un nouvel instrument juridique qui permet de préserver l'identité de la procédure civile dans le contexte actuel d'eupéanisation du droit. Elle permet en outre de renforcer la protection des droits fondamentaux en développant les sources constitutionnelles dans une perspective de dialogue des juges. Le droit fondamental à disposer de la matière litigieuse se trouve donc utile pour l'application du droit processuel à la française et pour la protection globale des droits fondamentaux processuels.

700. Tant que le droit français ne crée pas un système autonome de protection des droits fondamentaux qui lui est propre, les juges appliqueront les dispositions issues de la Convention européenne des droits de l'homme et le sentiment, peut-être mal fondé mais existant, de perte d'autonomie procédurale se développera. Il semble donc opportun que les juges et notamment ceux de la Cour de cassation se réfèrent davantage aux sources constitutionnelles en matière processuelle. A ce titre, la jurisprudence constitutionnelle mériterait d'être intégrée dans les dispositions du Code de procédure civile. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme n'est pas l'unique fondement juridique garant de la protection des droits fondamentaux de procédure, il existe également la Constitution. On peut penser que par la consécration de règles juridiques issues du système français, la crainte, de la remise en cause de l'identité juridique du droit national pourra être écartée. La consécration du principe dispositif pourrait en être le parfait exemple.

Conclusion de la 2^{ème} Partie

701. Le second temps de l'étude relative au principe dispositif a été consacré à l'analyse de la nature du principe dispositif. En effet, le renouvellement de la fonction du principe dispositif a permis de procéder au renouvellement de sa nature. Si traditionnellement, l'article 4 du Code de procédure civile est présenté comme un principe directeur du procès civil voire comme un principe général du droit, nous pensons que cette disposition renferme un droit fondamental. Le principe dispositif n'est pas une norme juridique ordinaire, mais bien une règle juridique de degré supérieur. Bien que son caractère juridique ait pu être mis en doute en raison de l'influence de la doctrine dans l'étude dudit principe, son caractère de règle de droit est certain. Le principe dispositif est une règle de procédure qui impose un modèle de conduite sur un mode impératif, plus précisément le modèle de la liberté procédurale. C'est notamment parce qu'il caractérise le modèle de la liberté procédurale que sa fundamentalité ne fait aucun doute. Il est au cœur des garanties de bonne justice, il est une garantie du procès équitable. L'office des parties en vertu du principe dispositif est protégé par le droit au juge et la neutralité du juge est protégée par les exigences d'impartialité et ce tant pour la Cour européenne des droits de l'homme que pour le Conseil constitutionnel. De manière plus large, la fundamentalité du principe dispositif est également liée aux relations qu'il entretient avec le principe de la liberté contractuelle. L'office des parties dans le cadre du procès est un, il est commandé par la liberté que celle-ci soit régie par les dispositions du Code de procédure civile ou par les dispositions du Code civil.

702. L'établissement du caractère fondamental du principe dispositif impliquait de se pencher sur la clarification de son régime. Celle-ci est apparue non seulement nécessaire mais également possible. Nécessaire car le principe dispositif est aujourd'hui menacé directement par le développement du champ d'application du principe de la contradiction et indirectement par la loyauté et la célérité de la justice qui viennent affecter l'émission des actes de procédure. Cette clarification permettra donc de procéder à ce que l'on peut considérer comme un des enjeux du XXI^e siècle, enjeu qui n'est autre que celui de la conciliation des droits fondamentaux. Elle peut passer par la constitutionnalisation du principe dispositif. Plus précisément, elle peut passer par son rattachement à l'article 4 ou à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cette constitutionnalisation est nécessaire en raison des doutes relatifs à la valeur juridique du principe dispositif liés à ses qualifications de principe directeur du procès ou de principe général. Tant que le principe dispositif ne sera pas constitutionnalisé, il n'existera aucune possibilité d'endiguer l'extension du champ de la contradiction qui tend à favoriser l'égalité au détriment de la liberté des plaideurs. En outre, la constitutionnalisation du principe dispositif permettrait de participer à la protection constitutionnelle des droits fondamentaux qui doit se développer pour participer à la création d'un système propre à la France de protection des droits fondamentaux.

Conclusion générale

« La distinction du droit et du fait évoque certains personnages de Pirandello : elle change de visage, et même de nature, selon celui qui l'observe »¹⁷⁵³.

703. L'objet de l'analyse était clair : le principe dispositif dans le procès civil. Néanmoins, cette étude aurait pu s'intituler l'office des parties et le litige ou encore l'office du juge et le litige. Le second titre était trop connoté, le premier ne l'était pas assez. Peu importe, l'essentiel est ailleurs : les offices du juge et des parties ne sauraient être pensés de manière indépendante, ils fonctionnent tels des vases communicants.

704. Le renouvellement de l'étude de la fonction du principe dispositif a conduit à porter un nouveau regard sur la maxime *da mihi factum, dabo tibi jus*. Cette maxime a encore un sens en droit positif si l'on admet que, derrière cet adage, il faut entendre : « donne-moi le fait juridique, je te donnerai la norme juridictionnelle ». Car derrière la distinction entre le fait et le droit, c'est la distinction entre le fait juridique et la norme juridictionnelle qui se dissimule et qui permet de comprendre l'office des parties et du juge. Le fait ne s'oppose pas au droit, il est source de droit. Lorsque les parties apportent au juge un fait juridique, elles doivent en délimiter les contours en émettant des prétentions motivées par des moyens, que ceux-ci soient de fait ou de droit, prétentions légitimées par des preuves, afin que le juge crée la norme juridictionnelle dans le dispositif et la justifie dans le cadre des motifs après un contrôle de légalité des qualifications juridiques. Si l'office des parties est de délimiter le litige et l'office du juge de créer la norme juridictionnelle, leur office est plus particulièrement de délimiter un litige et de créer une norme juridictionnelle. Il n'y a qu'un litige par procès, le principe de l'unité du litige, qui se dissimulait derrière celui d'immutabilité du litige, commande l'office des parties et du juge, et justifie l'étendue de leurs pouvoirs respectifs quant au fait juridique.

705. Le principe dispositif n'est ainsi que le miroir de l'office du juge. L'étude de leurs limites a confirmé l'analyse. En effet, tous deux perdent leur sens lorsque les parties n'apportent pas au juge un litige. Cette hypothèse recouvre les cas où les parties apportent non pas un fait juridique mais un acte juridique. Elles livrent alors au juge une règle de droit déjà existante soit qui a été créée par le juge soit qu'elles ont elles-mêmes créées. Il en va ainsi dans le cadre des voies de recours extraordinaires ainsi que dans le cadre de matière gracieuse et du contrat judiciaire. Dans ce cas, le juge ne crée pas de norme juridictionnelle, il apprécie la conformité de la règle de droit créée par les parties – la norme conventionnelle – ou par le

¹⁷⁵³ Rivero (J.), « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français », in *Le fait et le droit, Etudes de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, p. 130.

juge – la norme juridictionnelle – au regard des normes plus générales afin de se prononcer sur sa validité. Cette appréciation se confond avec le contrôle de légalité de la norme.

706. Le renouvellement de l'analyse de la fonction du principe dispositif a conduit à donner une nouvelle réalité à la nature du principe dispositif. Derrière l'article 4 du Code de procédure civile, se cache, non pas une norme juridique traditionnellement qualifiée de principe directeur ou de principe général, mais un véritable droit fondamental pour les parties à la libre détermination de leur litige. Droit fondamental, car la norme juridique consacrée par l'article 4 du Code de procédure civile est garante du caractère équitable de la procédure, ainsi que de l'unité de l'office du juge du fait juridique, que celui-ci soit encadré par le droit substantiel ou par le droit procédural. Le temps de l'étude de la réalité s'est ensuite poursuivi par le temps du rêve, le temps du souhait de la reconnaissance par les juridictions de l'ordre interne de la valeur constitutionnelle du principe dispositif et plus particulièrement de son rattachement à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; car, il faut croire « *à la résolution future de ces deux états, en apparence si contradictoires, que sont le rêve et la réalité, en une sorte de réalité absolue, de surréalité, si l'on peut ainsi dire* »¹⁷⁵⁴. La combinaison de la nature fondamentale du principe dispositif et de sa consécration permettrait en effet de construire un procès qui respecte et concilie les droits fondamentaux de procédure, qui détermine les champs d'applications respectifs des principes fondamentaux du procès civil.

707. Surréaliste peut-être, irréaliste nous ne le pensons pas, la construction du procès du XXI^e siècle doit se faire dans le respect des exigences fondamentales de bonne justice, et par le recentrage de la fonction juridictionnelle au regard de l'office des parties. Si le glaive est nécessaire, la balance ne doit cependant pas être oubliée, il ne s'agit pas là que d'une question d'image¹⁷⁵⁵, il en va de la post-modernité. Une justice post-moderne n'est pas qu'une justice qui obéit à la logique managériale¹⁷⁵⁶, pas plus qu'elle n'est une justice qui laisse l'ensemble des procès à disposition des parties. Ainsi que le relève le Professeur Strickler, « *liberté et responsabilité sont décidément des mots qui vont très bien ensemble* »¹⁷⁵⁷. Une justice post-moderne est avant tout une justice légitime¹⁷⁵⁸, légitimité qui ne pourra être prise en compte que par le respect sur un plan procédural des intérêts en cause. Véritable symbole de la liberté procédurale, le principe dispositif protège le caractère démocratique de notre procédure civile et permet ainsi de garantir l'équilibre entre les exigences relatives à la liberté, à l'égalité ainsi qu'à la fraternité qui composent notre devise procédurale. Le litige est la chose des parties, il

¹⁷⁵⁴ Breton (A.), *Manifestes du surréalisme*, Folio essais, Gallimard, p. 24.

¹⁷⁵⁵ Terré (F.), « Sur l'image de la justice », *Mel. Dr. cit.*, p. 121. V également, Deguegue (M.), « La représentation du droit dans l'art », in *Liber amicorum à Pierre-Laurent Frier, L'art et le droit*, Publications de la Sorbonne, 2010, p. 133.

¹⁷⁵⁶ Vigour (C.), « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », *Droit et société* 2006-63-34, p. 425.

¹⁷⁵⁷ Strickler (Y.), « Liberté, j'écris ton nom ! », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, op. cit.*, p. 381, spéc. p. 392.

¹⁷⁵⁸ Wiederkehr (G.), « De la légitimité de la justice », *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Héron, op. cit.*, p. 486.

l'est sans doute plus qu'avant et il doit avant tout le rester. Ceux qu'on a présentés il y a cinquante ans comme les principes directeurs du procès civil seront, il faut l'espérer, pour partie, les principes constitutionnels de demain, principes qui peuvent permettre de créer un véritable procès équitable constitutionnel équivalent d'un point de vue des garanties à celui défendu par la Cour européenne des droits de l'homme. La consécration du principe dispositif permettrait alors de participer au mouvement de développement du dialogue des juges suprêmes, car il n'est peut-être pas toujours nécessaire « *d'aller chercher à Strasbourg ce qui se trouve à Paris* »¹⁷⁵⁹.

708. En outre, aujourd'hui, sous l'empire du droit au juge, l'office des parties et corrélativement l'office du juge, sont en crise, car on considère que toutes les demandes des parties sont de véritables demandes contenant des prétentions, que toute décision du juge est un jugement, ce qui remet progressivement en cause l'essence et la cohérence de la fonction juridictionnelle. « *L'avenir du juge ? Quel avenir et quel juge ?* »¹⁷⁶⁰. Crise de légitimité du juge liée à une crise de fonctions, comment faire confiance à un juge dont-on ne sait pas exactement ce qu'il fait ou ce qu'il doit faire¹⁷⁶¹ ? Pour reprendre les termes du Professeur Guinchard, « *c'est un thème récurrent que celui de la dispersion des tâches de nos juges et de l'exercice de fonctions administratives, voire juridictionnelles mais non contentieuses* »¹⁷⁶², « *la légitimité du juge ne peut que gagner à un recentrage de ses activités purement juridictionnelles, sans doute parce que la banalisation du recours au juge pour des activités très éloignées de ses fonctions de juge le décrédibilise* »¹⁷⁶³. L'office du juge doit être repensé autour de l'office du juge du fait juridique tandis que le contrôle de légalité des normes conventionnelles créées par les parties pourrait être dévolu aux autres représentants de la justice. Si le juge de l'acte juridique créé par les parties ne connaît pas la fonction juridictionnelle, il ne devrait pas connaître l'acte juridique. Tout du moins, il ne devrait pas être le seul à connaître l'acte juridique¹⁷⁶⁴.

709. Il convient pour autant de reconnaître que plus que le principe dispositif dans le procès civil, c'est le principe dispositif dans le cadre de la procédure ordinaire du procès civil qui a retenu l'attention. Plus que l'étude technique du principe dispositif dans le cadre de la procédure ordinaire, c'est une réflexion sur l'évolution du procès civil qui s'est imposée. Plus

¹⁷⁵⁹ Jéol (M.), « Un droit « constitutionnel » : accéder au juge avec l'assistance d'un défenseur », concl. sous Ass. Plén. 30 juin 1995, note Drago (R.), *D.* 1995, p. 513.

¹⁷⁶⁰ Guinchard (S.), « L'avenir du juge », in *Etudes offertes à Pierre Catala*, *op. cit.*, p. 171.

¹⁷⁶¹ De Béchillon (D.), « Comment légitimer l'office du juge ? », in *L'office du juge*, *op. cit.*, p. 470.

¹⁷⁶² Guinchard (S.), *art. préc.*, p. 171, spéc. p. 175.

¹⁷⁶³ *Ibid.*, p. 175.

¹⁷⁶⁴ On notera que vont dans ce sens les recommandations du rapport réalisé par l'IHEJ qui prévoient la possibilité de l'homologation judiciaire du divorce par consentement mutuel devant le greffe (V. Garapon (A.), *La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXIème siècle*, *op. cit.*, p. 177), recommandations symptomatiques de la volonté de conférer au greffier des prérogatives dites juridictionnelles (Adde. Klès (V.), Détraigne (Y.) : *Rapport d'information n°54 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la justice de première instance*, Sénat, 9 octobre 2013, [en ligne]. Disponible sur [<http://www.senat.fr>], spéc. p. 56-58).

qu'une conclusion sur le principe dispositif dans le procès civil, c'est donc peut-être un avant-propos sur le principe dispositif en droit processuel que l'étude amène à proposer, une sorte de préambule ou de prolégomènes pour un principe renouvelé dont l'étude ne serait pas réservée au procès civil. En effet, aujourd'hui le droit processuel a « *le vent en poupe* »¹⁷⁶⁵, il est devenu incontournable¹⁷⁶⁶.

710. Concernant en premier lieu la procédure contentieuse administrative, l'absence d'étude relative au principe dispositif résulte de l'assimilation entre le principe dispositif et le principe d'initiative. Il est loin d'être sûr que le principe dispositif ne trouve pas à s'appliquer en contentieux administratif¹⁷⁶⁷. Il a ainsi été écrit à propos du juge administratif que « *son office est de mettre fin à des litiges circonscrits par les positions des parties (...). Il convient de laisser aux parties la responsabilité de délimiter le champ de leur litige, lequel est et doit rester leur affaire* »¹⁷⁶⁸. En outre, ce juge ne peut statuer que sur les conclusions dont il est saisi par les parties¹⁷⁶⁹, il est tenu par l'interdiction de statuer *infra* ou *ultra petita*¹⁷⁷⁰. Concernant en second lieu la procédure pénale, le principe dispositif ne concerne pas la phase de l'instruction mais bien la phase du jugement. Le juge pénal est lié par les demandes des parties¹⁷⁷¹. La procédure pénale et la procédure civile ont des racines communes¹⁷⁷² et le modèle accusatoire entretient avec chacune d'elles des relations privilégiées¹⁷⁷³.

711. L'étude de la notion renouvelée du principe dispositif en droit processuel devrait également se construire au regard du *droit processuel de l'Union européenne*¹⁷⁷⁴. En effet, un premier regard sur la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne permet de mettre en évidence que le juge européen connaît le principe dispositif. Elle a ainsi jugé que le relevé d'office d'un moyen de droit ne constituait pas une atteinte au principe dispositif

¹⁷⁶⁵ Jeuland (E.), *Droit processuel général*, *op. cit.*, p. 11, n°5.

¹⁷⁶⁶ Baranès (W.), Frison-Roche (M.-A.), Robert (J.-H.), « Pour un droit processuel », *D.* 1993, chron. p. 9. Croze (H.), « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », in *Etudes offertes à Jacques Normand*, *op. cit.*, p. 125.

¹⁷⁶⁷ Chapus (R.), « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *E.D.C.E.*, 1977-78, n°29, p. 2.

¹⁷⁶⁸ Chabanol (D.), « Du dialogue du juge et des parties. Réflexions sur la procédure administrative contentieuse », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 149, spéc. p. 158.

¹⁷⁶⁹ CE, 17 novembre 1803, *Nedellec*, *Recueil*, T.I., 25 ; CE, 8 août 1919, *Delacour*, S. 1922, III, 62

¹⁷⁷⁰ Auby (J.-M.), « L'ultra petita dans la procédure contentieuse administrative », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, L.G.D.J., 1974, p. 267.

¹⁷⁷¹ Cadiet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.), *op. cit.*, p. 762, n°220.

¹⁷⁷² Vergès (E.), « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », *D.* 2007, chron., p. 1441, spéc. p. 1445 : « *la vision d'une procédure pénale essentiellement inquisitoire résulte de la surévaluation du rôle joué par le juge dans la pratique. Plus généralement la présentation dichotomique d'un procès pénal inquisitoire et d'un procès civil accusatoire est compromise tant par la lecture des textes que la pratique. En matières civile et pénale, le modèle procédural est mixte. Il implique le juge et les parties ; attestant ainsi que le procès est tout autant la chose de l'Etat que celle des justiciables* ».

¹⁷⁷³ Guinchard (S.), Buisson (J.), *Procédure pénale*, LexisNexis, 8^e éd., 2012, p. 38, n°21 et suiv.

¹⁷⁷⁴ L'expression est empruntée au titre d'un ouvrage coécrit par les Professeurs Amrani-Mekki, Cadiet et Jeuland. Amrani-Mekki (S.), Cadiet (L.), Jeuland (E.), *Droit processuel civil de l'Union européenne*, coll. Litec professionnels – Droit international et européen., 1^e éd., 2011.

rattachant ce dernier à l'office des parties quant à l'objet du litige¹⁷⁷⁵. Elle a également visé ensemble dans le cadre d'une question préjudicielle le principe dispositif et le procès équitable¹⁷⁷⁶. Le Tribunal de première instance a, quant à lui, considéré que le fait pour un requérant de se plaindre d'un défaut d'examen d'un des moyens par une juridiction ne constituait pas une atteinte au principe dispositif mais une contestation de la légalité de la décision, confirmant ainsi que le moyen ne fait pas la prétention¹⁷⁷⁷. On pourrait également souhaiter que le droit comparé ne soit pas laissé pour compte. Un auteur allemand écrivait en effet que « *le principe selon lequel les parties décident du début, de la fin et de l'objet du litige, constitue le fondement incontesté de toutes les familles de droit processuel* »¹⁷⁷⁸.

712. L'importance du principe dispositif est telle que la doctrine publiciste s'est intéressée au principe dispositif dans le procès constitutionnalité. En effet, dans une thèse relative à la place des parties dans ce procès, M. Santolini fait référence au dit principe pour expliquer le rôle des parties¹⁷⁷⁹. Il relève ainsi le caractère inadapté du principe dispositif au regard des pouvoirs du juge constitutionnel. Si nous ne partageons pas son point de vue lorsque l'auteur fait référence à la notion de matière litigieuse ou encore à la notion d'objet et de cause de la demande¹⁷⁸⁰, il n'en reste pas moins que son analyse vient corroborer la thèse défendue. L'importance des pouvoirs du juge est la marque de l'inapplication du principe dispositif dans les procès fait à des actes juridiques.

713. L'étude du principe dispositif en droit processuel est cependant une autre histoire qu'il ne nous appartient pas d'écrire. Un objectif était poursuivi : convaincre de la réalité du principe dispositif par le renouvellement de l'analyse de Motulsky. Bien qu'il ne s'agisse là que d'une pensée sur le droit, nous n'avons qu'un souhait à émettre concernant le principe dispositif, celui « *d'être follement aimé* »¹⁷⁸¹ !

A Pau, le 1^{er} décembre 2013.

¹⁷⁷⁵ CJUE, 2 déc. 2009, C-89/08P.

¹⁷⁷⁶ CJUE, 4 oct. 2007, C-429/05.

¹⁷⁷⁷ TUE, 22 mars 2007, *Sigla/OHMI-Eleni Holding (VIPS)*, T-215/03, *JO C* 200 du 23.8.2003.

¹⁷⁷⁸ L'auteur parle ainsi du « *triomphe du principe dispositif* », Stürner (R.), « Procédure civile et culture juridique », *R.I.D.C.* 2004-4, p. 797, spéc. p. 800.

¹⁷⁷⁹ Santolini (Th.), *Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé*, préf. Delpérée (F.), Bruylant, 2010. *Adde.* Santolini (Th.) « Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé », *Cah. Cons. Const.* N°25, juillet 2008

¹⁷⁸⁰ A notre sens le procès constitutionnel est un procès fait à un acte et non à un fait juridique dans lequel les parties ne formulent pas de demandes au sens de demandes comportant des prétentions substantielles.

¹⁷⁸¹ Breton (A.), *L'amour fou*, éd. Gallimard, 1992, coll. Bibliothèque de la pléiade, p. 785.

Bibliographie

1/ TRAITES, MANUELS, OUVRAGES GENERAUX, COURS ET DICTIONNAIRES :

Alland (D.), Rials (S.) :

- *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Grands dictionnaires, 1^{er} éd., 2003.

Amrani-Mekki (S.), Cadet (L.), Jeuland (E.) :

- *Droit processuel civil de l'Union européenne*, coll. Litec professionnels – Droit international et européen, 1^{er} éd., 2011.

Atias (Ch.) :

- *Epistémologie juridique*, Dalloz, Précis Droit privé, 1^{er} éd., 2002.
- *Le contentieux contractuel*, Librairie de l'Université d'Aix en Provence, 4^{er} éd., 2008.
- *Questions et réponses en droit*, L'interrogation philosophique, PUF, 2009.

Aubert (J.-L.), Savaux (E.) :

- *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey Université, 14^{er} éd., 2012.

Aubry et Rau par Esmein (P.) :

- *Droit civil français*, T.XII., Librairies techniques, 6^{er} éd., 1958.

Audit (B.) :

- *Droit international privé*, Economica, 5^{er} éd., 2008.

Aynès (L.), Malaurie (P.), Stoffel-Munck (H.) :

- *Droit civil, les obligations*, L.G.D.J., 6^{er} éd., 2013.

Berger (V.) :

- *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 12^{er} éd., 2011.

Boudon (R.), Besnard (Ph.), Cherkaoui (M.), Lécuyer (B.-P.) :

- *Dictionnaire de la sociologie*, Larousse, Essentiels.

Buffelan-Lanore (Y.), Larribau-Terneyre (V.) :

- *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 13^{er} éd., 2012.
- *Droit civil, Introduction, Biens, personnes, famille*, Sirey, 18^{er} éd., 2013.

Carbonnier (J.) :

- *Droit civil. Les biens, les obligations*, vol. II, PUF, coll. Quadrige manuels, 1^{er} éd., 2004.
- *Cours de sociologie juridique, Le procès et le jugement*, 1961-62, Association corporative des étudiants en droit.

Cadet (L.) :

- *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004

Cadet (L.), Jeuland (E.) :

- *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, Litec, 8^{er} éd., 2013.

Cadet (L.), Normand (J.), Amrani-Mekki (S.) :

- *Théorie générale du procès*, PUF, Thémis Droit, 2^{er} éd., 2013.

Chapus (R.) :

- *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Lextenso éd., 13^e éd., 2008.

Cornu (G.) :

- *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Quadrige, 9^e éd., 2011.
- *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, Domat droit privé, 12^e éd., 2005.
- *Linguistique juridique*, Montchrestien, Domat droit privé, 3^e éd., 2005.

Cornu (G.), Foyer (J.) :

- *Procédure civile*, Thémis, Droit privé, 3^e éd., PUF, 1996.

Couchez (G.), Lagarde (X.) :

- *Procédure civile*, Sirey Université, 16^e éd., 2010.

Douchy-Oudot (M.) :

- *Procédure civile*, coll. Master Pro, éd., Gualino, Lextenso éd., 2012.
- *Droit civil 1^{ère} année – Introduction Personnes Famille*, Dalloz., Coll. Hyper-Cours, 2011.

Drago (G.)

- *Contentieux constitutionnel français*, 3^e éd., PUF, 2011.

Favoreu (L.), et *alii* :

- *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Précis, 6^e éd., 2012.

Favoreu et *alii* :

- *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 15^e éd., 2013.

Favoreu (L.), Gaia (P.), Ghevontian (R.), Mélin-Soucramanien (F.), Roux (A.), Philip (L.) :

- *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Les grands arrêts, 16^e éd., 2011.

Frison-Roche (M.-A.), Revet (Th.) :

- *Libertés et droits fondamentaux* Dalloz, 18^e éd., 2012.

Fulchiron (H.), Malaurie (P.) :

- *Droit civil, la famille*, L.G.D.J., 4^e éd., 2011.

Garsonnet (E.), Cézard-Bru (Ch.) :

- *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Paris, 2^e éd., T. II.

Glasson (E.), Tissier (A.) :

- *Traité théorique et pratique de l'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, T.II., Sirey, 3^e éd., 1926.

Grujon (A.) :

- « *Les cours du droit* », *Histoire de la procédure civile des romains*, Répétitions écrites, 1908-1909, Paris.

Guinchard (S.), Buisson (J.) :

- *Procédure pénale*, LexisNexis, 8^e éd., 2012.

Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.) :

- *Procédure civile, droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 31^e éd., 2012.

Guinchard (S.) et alii :

- *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2013.

Hébraud (P.) :

- *Cours de droit civil*, Université de Toulouse, Soubiron, 1953-54.

Hennette-Vauchez (S.), Roman (D.) :

- *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Dalloz, coll. HyperCours, 1^e éd. 2013.

Héron (J.), Le Bars (Th.) :

- *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Lextenso éd., 5^e éd., 2012.

Jeuland (E.) :

- *Droit processuel général*, coll. Domat Droit privé, Montchrestien, Lextenso éd., 2^e éd., 2012.

Julien (P.), Fricero (N.) :

- *Droit judiciaire privé*, L.G.D.J., Lextenso, 3^e éd., 2009.

Labbée (P.) :

- *Introduction au droit processuel*, Presses Universitaires de Lille, 1995.

Larroumet (C.) :

- *Droit civil, Tome 1 : Introduction à l'étude du droit privé*, 2^e éd., Collection Droit Civil, Série Enseignement, Economica, 1995.

Laurent (F.) :

- *Principes du droit civil français*, Bruxelles, Paris, T.XIX, 3^e éd., 1878.

Lebreton (G.) :

- *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 7^e éd., 2005.

Long (M.), Weil (P.), Braibant (G.), Delvolvé (P.), Genevois (B.) :

- *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 19^e éd., 2013.

Loussouarn (Y.), Bourel (P.), De Vareilles-Sommières (P.) :

- *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10^e éd., 2013.

Malaurie (P.) :

- *Les personnes, Les incapacités*, Defrénois, 2^e éd., 2005.

Malaurie (P.), Morvan (P.) :

- *Droit civil : introduction au droit*, L.G.D.J., 4^e éd., 2012.

Malinvaud (Ph.) :

- *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 8^e éd., 1998.

Martin (R.) :

- *Théorie générale du procès*, E.J.T., 1984.

Motulsky (H.) :

- *Cours de droit processuel*, Montchrestien, 1973.

Perrot (R.) :

- *Institutions judiciaires*, Montchrestien, Domat, Droit privé, 15^e éd., 2012.

Planiol (M.) :

- *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 1, LGDJ, 9^e éd., 1922.

Renucci (J.-F.) :

- *Droits européens des droits de l'homme*, L.G.D.J., Lextenso éd., 2^e éd., 2012.

Rolland (B.) :

- *Procédure civile*, Studyrama, 2007.

Solus (H.), Perrot (R.) :

- *Droit judiciaire privé*, T.III., Sirey, 1991.

Strickler (Y.) :

- *Procédure civile*, Larcier, 4^e éd., 2013.

Sudre (F.) :

- *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 11^e éd., 2012.

Terré (F.) :

- *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2012.

Terré (F.), Simler (Ph.), Lequette (Y.) :

- *Droit civil. Les obligations*, Précis, Dalloz, Droit privé, 11^e éd., 2013.

Verpeaux (M.), De Montalivet (P.), Roblot-Troizier (A.), Vidal-Nacquet (A.) :

- *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, Thémis, droit, PUF, 2011.

Vizioz (H.) :

- *Etudes de procédure*, préf. Guinchard (S.), Dalloz, 2011.

Wachsmann (P.) :

- *Libertés publiques*, Dalloz, Cours, 7^e éd., 2013.

2/ OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES, THESES

Amrani-Mekki (S.) :

- *Le temps et le procès civil*, préf. Cadiet (L.), Dalloz, 2002.

Amsselek (P.) :

- *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, préf. Eisenmann (Ch.), L.G.D.J., 1964.

André (G.) :

- *Du principe de neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles*, Paris, Jouve et Cie, 1910.

Ascensi (L.) :

- *Du principe de la contradiction*, préf. Cadiet (L.), L.G.D.J., 2006.

Atias (Ch.) :

- *Science des légistes, savoir des juristes*, PUAM, 1991.

Azavant (M.) :

- *L'ordre public et l'état des personnes*, thèse dact. Pau, 2002.

Baranès (W.), Frison-Roche (M.-A.) :

- *La justice, l'obligation impossible*, Seuil, Points essais, 1999.

Beauchard (J.) :

- *Le renouvellement en appel de la matière litigieuse dans le procès civil*, thèse dact. Poitiers, 1979.

Bergel (J.-L.) :

- *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 4^e éd., 2003.

Bléry (C.) :

- *L'efficacité substantielle des jugements civils*, préf. Mayer (P.), L.G.D.J., 2000.

Block (G.) :

- *Les fins de non recevoir en procédure civile*, préf. Fricero (N.), Martin (R.), Bruylant, L.G.D.J., 2002.

Bobbio (N.) :

- *Essais de théorie du droit*, préf. Guastini (R.), Bruylant, L.G.D.J. coll. La pensée juridique, 1998.

Boré (J.) :

- *La cassation en matière civile*, Dalloz, 4^e éd., 2008.

Boursier (M.-E.) :

- *La loyauté en droit processuel*, préf. Guinchard (S.), Dalloz, 2003.

Boyreau (P.) :

- *De la prohibition des demandes nouvelles en appel*, thèse dact. Bordeaux, 1945.

Carbonnier (J.) :

- *Droit et passion du droit*, Forum, Flammarion, 1996.
- *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J. 10^e éd., 2001.

Cayrol (N.) :

- *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, préf. Grua (F.), Economica, 2001.

Chartier (Y.) :

- *La Cour de cassation*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1999.

Chevallier (J.) :

- *L'Etat post-moderne*, L.G.D.J. Lextenso, coll. Droit et société, éd., 2008.

Cholet (D.) :

- *La célérité de la procédure en droit processuel*, préf. Giudicelli-Delage (G.), L.G.D.J., 2006.

Colson (R.) :

- *La fonction de juger. Etude historique et positive*, préf. Cadiet (L.), Canivet (G.), PUF Clermont-Ferrand, 2006.

Cornu (G.) :

- *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998.

Croze (H.) :

- *Recherche sur la qualification en droit processuel*, thèse dact. Lyon, 1981.

Daigre (J.-J.) :

- *La production forcée de pièces dans le procès civil*, préf. Lombois (C.), PUF, 1979.

D'Ambra (D.) :

- *L'objet de la fonction juridictionnelle*, préf. Wiederkehr (G.), L.G.D.J., 1994.

De Béchillon (D.) :

- *Hierarchie des normes et hiérarchies des fonctions normatives de l'Etat*, préf. Bon (P.), Economica, Droit public positif, 1996.
- *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997.

De Béchillon (M.) :

- *La notion de principe général en droit privé*, préf. Saintourens (B.), PUAM, 1998.

Deharo-Dalbignat (G.) :

- *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, L.G.D.J., 2004.

Duclos (J.) :

- *L'opposabilité : essai d'une théorie générale*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984.

Delicostopoulos (I.) :

- *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, préf. Guinchard (S.), L.G.D.J., 2003.

Desaulnay (O.)

- *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, préf. Bon (P.), Dalloz, 2009.

Desdevises (Y.) :

- *Le contrôle de l'intérêt légitime à agir*, thèse dact. Nantes, 1973.

Deumier (P.) :

- *Le droit spontané*, préf. Jacquet (J.-M.), Economica, Recherches juridiques, 2002.

Devèze (J.) :

- *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Université de Toulouse, 1980.

Duval (Ph.) :

- *La genèse du code de procédure civile de 1806 : à la frontière du droit et de la politique*, dir. Durand (B.), Montpellier I, 2007.

Egée (V.) :

- *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, préf. Leborgne (A.), Defrénois, 2010.

Encinas de Munagorri (R.) :

- *L'acte juridique unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. Lyon-Caen (A.), L.G.D.J., 1996.

Fauvarque-Cosson (B.) :

- *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, préf. Lequette (Y.), L.G.D.J., 1996.

Fischer-Achoura (E.) :

- *Droits fondamentaux, Constitution et procédure civile en France et en Allemagne*, dir. Ferrand (F.), thèse dact. Lyon III, 2001.

Fricero (N.) :

- *La caducité en droit judiciaire privé*, thèse dact. Nice, 1979.

Frison-Roche :

- *Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, thèse dact. Paris, 1988.

Foyer (J.):

- *De l'autorité de chose jugée en matière civile*, thèse dact. Paris, 1954.

Hakim (N.) :

- *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIXe siècle*, préf. Vidal (M.), L.G.D.J., 2002.

Hauser (J.) :

- *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (contribution à la théorie de l'acte juridique)*, préf. Raynaud (P.), L.G.D.J., 1971.

Gahdoun (P.-Y.) :

- *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. Rousseau (D.), Dalloz, 2008.

Gény (F.) :

- *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, L.G.D.J., 1919.
- *Science et technique*, Sirey, 1913.

Gérard (Ph.), Van de Kerchove (M.), Ost (F.) :

- *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1983.

Ghestin (J.) :

- *Traité de droit civil : le contrat*, L.G.D.J., 1992.
- *Traité de droit civil : les effets du contrat*, L.G.D.J., 1980.

Ghnassia (J-Ph.) :

- *Le juge civil à la recherche de la mesure d'instruction idoine*, thèse dact. Strasbourg, 2009.

Guinchard (S.) :

- *L'ambition raisonnée d'un justice apaisée*, la Documentation française, 2008.

Hauser (J.) :

- *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, préf. Raynaud (P.), Paris, L.G.D.J., 1971.

Ingber (L.), Vassart (P.) :

- *Le langage du droit*, Nemenis, Bruxelles, 1991.

Ivanier (Th.) :

- *L'interprétation des faits en droit*, L.G.D.J., Bibliothèque de philosophie du droit, préf. Carbonnier (J.), 1988.

Jamin (Ch.), Mazeaud (D.) :

- *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Actes et commentaires, 2003.

Jeammaud (A.) :

- *Des oppositions de normes en droit privé*, thèse dact. Lyon, 1975.

Jestaz (P.) :

- *Le droit*, Dalloz, 4^e éd., 2002.

Kelsen (H.) :

- *Théorie pure du droit*, L.G.D.J., Bruylant, La pensée juridique, 1999.
- *Théorie générale des normes*, PUF, Léviathan, 1996.

Kernaleguen (F.) :

- *L'extension du rôle des juges de cassation*, thèse dact. Université de Rennes, 1979.

Lagarde (X.) :

- *Réflexions critiques sur le droit de la preuve*, préf. Ghestin (J.), L.G.D.J., 1998.

Lasbordes (V.) :

- *Les contrats déséquilibrés*, préf. Saint-Alary Houin (C.), PUAM, 2000.

Leclerc (O.) :

- *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, L.G.D.J., 2005.

Lièvreumont (Ch.) :

- *Le débat en droit processuel*, préf. Croze (H.), PUAM, 2001.

Magendie (J.-C.) :

- *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*. Rapport remis par le Président Magendie au garde des sceaux le 15 juin 2004, La Doc.fr.

Malpel-Boujoui (C.) :

- *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, thèse dact., Pau, 2012.

Marty (G.) :

- *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, préf. César-Bru, Recueil Sirey, 1929.

Mathieu (B.), Verpeaux (M.) dir :

- *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, P.U.A.M., 1998.

Maugain (G.) :

- *La modélisation du procès civil : émergence d'un schéma procédural en droit interne*, thèse dact. Dijon, 2010.

Maurin (L.) :

- *Contrat et droits fondamentaux*, thèse dact. Aix-Marseille III, 2011.

Mayer (L.) :

- *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préf. Cadiet (L.), I.R.J.S. éd., 2009.

Mayer (P.) :

- *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préf. Batiffol (H.), Dalloz, 1973.

Miguet (J.) :

- *Immutabilité et évolution du litige*, préf. Hébraud (P.), L.G.D.J., 1975.

Mikalef-Toudic (V.) :

- *Le ministère public, partie principale dans le procès civil*, préf. Bandrac (M.), PUAM, 2006.

Milano (L.) :

- *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, préf. Sudre (F.), Dalloz, 2006.

Miniato (L.) :

- *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préf. Beignier (B.), L.G.D.J., 2008.

Molfessis (N.), (dir.) :

- *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004.

Morvan (P.) :

- *Le principe de droit privé*, préf. Sourieux (J.-L.), éd., Panthéon Assas, 1999.

Motulsky (H.) :

- *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, préf. Roubier (P.), Dalloz, 1991.
- *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile*, préf. Cornu (G.), Foyer (J.), Dalloz, 1973.

Moury (J.) :

- *Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16 du nouveau code de procédure civile*, thèse dact. Paris II, 1986.

Mouton (S.) :

- *La constitutionnalisation du droit : rationalisation du pouvoir et production normative*, dir. Roussillon (H.), thèse dact. , Toulouse I, 1998.

Ninivin le (D.) :

- *La juridiction gracieuse dans le nouveau code de procédure civile*, Litec, 1983.

Normand (J.) :

- *Le juge et le litige*, préf. Perrot (R.), L.G.D.J., 1965.

Pennec (L.) :

- *L'adage jura novit curia : émergence et approche contemporaine dans le procès civil, Etude de droit comparé*, dir. Pardini (J.-J.), thèse dact. , Toulon, 2010.

Perelman (Ch.) :

- *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2^e éd., 1999.

Primot (L.) :

- *Le concept d'inquisitoire en procédure pénale. Représentations, fondements, définition*, préf. Robert (J.-H.), L.G.D.J. Lextenso, 2010.

Raschel (L.) :

- *Le droit processuel de la responsabilité civile*, préf. Cadiet (L.), IRJS, 2010.

Rémy-Corlay (P.), Fenouillet (D.), (dir.) :

- *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Thèmes et commentaires, Actes, Dalloz, 2003.

Renoux (Th) :

- *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire (l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel)*, préf. Favoreu (L.), Economica, PUAM, 1984.

Revet (Th), (dir.) :

- *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996.

Rigaux (F.) :

- *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, préf. Dabin (J.), Bibliothèque de la Faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1966.

Ripert (G.) :

- *Le déclin du droit*, L.G.D.J., 1949.
- *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 2^e éd., 1955.

Roubier (P.) :

- *Théorie générale du droit*, préf. Deroussin (D.), Dalloz, 2^e éd., 2005.

Rouhette (G.), (dir.):

- *Société de législation comparée, Principes du droit européen des contrats* coll. Droit privé comparé européen, 2003.

Salhi (K.) :

- *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, dir. Le Bars (Th.), thèse dact. Caen, 2004.

Santolini (Th.) :

- *Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé*, préf. Delpérée (F.), Bruylant, 2010.

Savaux (E.) :

- *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, préf. Aubert (J.-L.), L.G.D.J., 1997.

Schmitter (G.) :

- *La constitutionnalisation du droit processuel*, thèse dact. Aix-Marseille III, 1994.

Souriaux (J.-L.), Lerat (P.) :

- *Le langage du droit*, PUF, coll. Le juriste, 1975.

Sueur (J.-J.) :

- *Une introduction à la théorie du droit*, préf. Farjat (G.), L'Harmattan, 2001.

Terré (F.) :

- *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. Le Balle (R.), L.G.D.J., 1957.

Terré (F.), Simler (Ph.), Lequette (Y.) :

- *Droit civil, Les obligations*, Précis, Dalloz, 11^e éd., 2013.

Tomasin :

- *Essai sur l'autorité de chose jugée*, préf. Hébraud (P.), L.G.D.J., 1975.

Van de Kerchove (M.), Ost (F.) :

- *Jalons pour une théorie critique du droit*, F.U.S.L., coll. Travaux et recherches, 1987.
- *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1^{ère} éd., 1998.

Vergès (E) :

- *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, Thèse Aix-Marseille, 2000.

Vinh-Dalmaï (M-P.) :

- *La notion d'instance*, thèse dact. Paris II, 2000.

Virally (M.) :

- *La pensée juridique*, L.G.D.J., 1960.

Weiller (L.) :

- *La liberté procédurale du contractant*, préf. Mestre (J.), P.U.A.M., 2004.

Wicker (G.) :

- *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de la théorie de l'acte juridique*, préf. Ameil-Donat (J.), L.G.D.J., 1997.

3/ ARTICLES DE DOCTRINE ET CHRONIQUES

Alcalde (C.) :

- « L'exigence de simultanéité, nouveau principe directeur du procès civil ? », *D.* 2012, p. 2345.

Amiel-Cosme (L.) :

- « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices* 1997, n°5, p. 135.

Amrani-Mekki (S.) :

- « Les catégories de common law et de civil law à l'épreuve de l'office du juge et des parties », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, p. 157.
- « Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky ? Les droits de la défense », *Procédures*, 2012, dossier 6.

Amrani-Mekki (S.), Jeuland (E.), Serinet (Y.-M.), Cadiet (L.) :

- « Le procès civil français à son point de déséquilibre ? A propos du décret procédure », *JCP G* 2006, I, 146.

Amselek (P.) :

- « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *R.D.P.* 1978, n°1, p. 5.
- « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », in *La pensée de Charles Eisenmann*, dir. Amselek (P.), Paris, Economica, PUAM, 1986, p. 30.
- « Lois juridiques et lois scientifiques », *Droits*, 1987-6, p. 95.
- « Norme et loi », *A.P.D.* 1990, p. 92.
- « Les fonctions normatives ou catégories modales », in *Mélanges en l'honneur de Michel Troper, L'architecture du droit*, Economica, 2006, p. 51.
- « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. Thibierge (C.) et *alii*, L.G.D.J., Lextenso éd., Bruylant, 2009, p. 3.

Ancel (M-E) :

- « Les reconventions nouvelles en appel : une recevabilité à restreindre », *D.* 2000, p. 559.

Ancel (P.) :

- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *R.T.D.civ.* 1999, p. 771.
- « La force obligatoire. Jusqu'où faut-il la défendre », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Jamin (Ch.), Mazeaud (D.), Dalloz, Actes et commentaires, 2003, p. 163.

Ancel (B.), Muir-Watt (H.) :

- « A propos de deux arrêts de concert : l'office du juge et la loi étrangère », in *Le NCPC (1975-2005)*, dir. Foyer (J.), *Economica*, 2006, p. 399.

Arbellot (F.) :

- « Frais irrépétibles en matière civile », *B.I.C.C.* 15 déc. 2004, p. 3.

Atias (Ch.) :

- « La péremption d'instance entre deux eaux : sanction des parties et gestion du rôle », *D.* 2004, p. 2874.
- « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.* 2009, p. 744.

Aubert (J.-L.) :

- « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005, p. 1115.
- « Le fait et la Cour de cassation », in *Etudes offertes au Doyen Simler*, Dalloz, 2006, p. 843.

Aubert de Vincelles :

- « Naissance d'un droit européen des contrats », *R.T.D.eur.* 2012, p. 661.
- « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », in *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. Terré (F.), Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2009, p. 112.

Auby (J.-M.) :

- « L'ultra petita dans la procédure contentieuse administrative », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, L.G.D.J., 1974, p. 267.

Aulagnon (L.) :

- « Aperçu sur la force dans la règle de droit », *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, T.I., *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, Sirey, 1961, p. 29.

Avril (P.), Giverdon (C.) :

- « Les interventions en appel », *Gaz. Pal.* 1984, 1, doct. p. 121.

Bachelier (X.) :

- « Le pouvoir souverain des juges du fond », *Droit et technique de cassation*, 2009, http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2009_2854/technique_cassation_12005.html

Balensi (I.):

- « L'homologation des actes juridiques », *R.T.D.civ.* 1978, p. 46.

Bandrac (M.) :

- « L'action en justice, droit fondamental », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Dalloz, 1996, p. 1.
- « De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », in *Mélanges offerts à Pierre Drai, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 171.
- « Perruche et le père Ubu. Observations sur le déni d'action par la loi », in *Etudes offertes à Jacques Normand, Justice et Droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 1.

- « L'application de la Constitution par le juge judiciaire en procédure civile », in *Le juge judiciaire et la Constitution*, dir. Martinon (A.), Petit (F.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p.53.

Baranès (W.), Frison-Roche (M.-A.), Robert (J.-H.) :

- « Pour un droit processuel », *D.* 1993, p. 9.

Barret (O.) :

- « L'appel-nullité », *R.T.D.civ.* 1990, p. 189.

Béguet (J.-P.) :

- « Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *R.T.D.civ.* 1947, p. 133.

Beignier (B.) :

- « Procédure civile et droit constitutionnel », in *Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, dir. Drago (G.), François (B.), Molfessis (N.), préf. Vedel (G.), Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 153.
- « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs », in *Etudes offertes à Pierre Catala, Le droit privé à la fin du XXe siècle*, Litec, 2001, p. 153
- « Le nouveau Code de procédure civile : un droit de professeurs ? », in *1806-1976-2006, De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, LexisNexis, Litec, 2006, p. 35.

Beignier (B.), Combret (J.), Fremont (E.) :

- « Le changement de régime matrimonial depuis le 1^{er} janvier 2007 », *Dr. fam.* 2007, étude 11.

Bellamy (M.) :

- « Le pouvoir de commandement du juge ou le nouvel esprit du procès », *JCP G* 1973, I, 2522.

Bénabent (A.) :

- « Les moyens relevés en secret par le juge », *JCP G* 1977, I, 2849.

Bergel (J.-L.) :

- « Juridiction gracieuse et matière contentieuse », *D.* 1983, p. 166.

Blaise (A.) :

- « Le problème des pièces et des conclusions tardives », *JCP G* 1988, I, 3317.

Blanc (E.) :

- « Principes généraux de la nouvelle procédure civile », *JCP G* 1973, I, 2559.

Blanc (D.), Deroulez (J.) :

- « La longue marche vers un droit européen des contrats », *D.* 2007, p. 1615.

Bléry (C.) :

- « Qu'est ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? », *Procédures* 2007, étude 11.
- « Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès ? » in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Héron*, L.G.D.J., Lextenso, 2009, p. 111.
- « L'avocat nouveau est arrivé », *Procédures* 2011, alerte 23.

Bléry (C.), Raschel (L.) :

- « Les rôles respectifs du juge et des parties en droit interne et en droit international », *Procédures* 2012, dossier 4.

Blondel (Ph.) :

- « Le juge et le droit », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, La documentation française, 1998, p. 103.
- « Le fait, source de droit », in *Mélanges offerts à Pierre Drat, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 203.

Bolard (G.) :

- « L'appel nullité », *D.* 1988, p. 177.
- « Les principes directeurs du procès civil, le droit positif depuis Henry Motulsky », *JCP G* 1993, I, 3693.
- « Les principes directeurs du procès arbitral », *Rev. Arb.* 2001-3, p. 511.
- « Les faits tirés du dossier », in *Etudes offertes à Jacques Normand, Justice et Droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 43.
- « Le moyen contraire aux précédentes écritures », in *Mélanges en l'honneur de Jean Buffet, La procédure dans tous ses états*, Montchrestien, 2004, p. 51.
- « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP G* 2008, I, 156.
- « Notre belle action en justice », in *Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr, De code en code*, Dalloz, 2009, p. 17.
- « Qualité ou intérêt à agir », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, p. 603.

Bolze (A.) :

- « Codification et procédure civile », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, La documentation française, 1998, p. 95.
- « La notion de litige juridique », in *Etudes offertes à Jacques Dupichot, Liber amicorum*, Bruylant, 2005, p. 41.

Boré (J.) :

- « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *R.T.D.civ.* 1972, p. 249.
- « *Da mihi factum, dabo tibi jus*, une philosophie toujours d'actualité ? », *JCP G* 2009, I, 319.

Boulanger (J.) :

- « Principes généraux du droit et droit positif », in *Etudes Ripert, Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, L.G.D.J., T.I., 1950, p. 51.

Boyer (L.) :

- « Les effets du jugements à l'égard des tiers », *R.T.D.civ.* 1951, p. 163.
- « Réflexions sur la requête civile », *R.T.D.civ.* 1956, p. 55.

Bredin (J.-D.) :

- « L'amiable composition et le contrat », *Rev. Arb.* 1984-2, p. 259.
- « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 111.
- « Qu'est ce que l'indépendance du juge ? », *Justices* 1996-3, p. 161.

Breillat (D.) :

- « Le droit constitutionnel non sanctionné », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat, La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 25.

Brenner (C.) :

- « Pour un humanisme respectueux de l'autonomie processuelle », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, p. 175.

Brouillaud (J.-P.) :

- « Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition judiciaire », *D.* 1997, p. 234.

Brun (Ph.) :

- « Loteries publicitaires trompeuse, la foire aux qualifications pour une introuvable sanction », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Etudes de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 191.

Brunet (P.) :

- « A quoi sert la « théorie » des principes généraux du droit ? », in *Les principes en droit*, dir. Caudal (S.), Economica, coll. Etudes juridiques, 2008, p. 175.

Burgelin (J.-F.) :

- « Egalité, continuité, adaptabilité du service public de la justice », in *Le service public de la justice*, éd., Odile Jacob, 1998, p. 79.

Burgelin (J.-F.), Coulon (J.-M.), Frison-Roche (M.-A.) :

- « L'office de la procédure », in *Mélanges offerts à Pierre Drat, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 253.

Bureau (D.) :

- « L'application d'office de la loi étrangère. Essai de synthèse », *J.D.I.*, 2, 1980, p. 317.

Bussy (F.) :

- « La notion de partie à l'instance en procédure civile », *D.* 2003, p. 1376.
- « Nul ne peut être juge et partie », *D.* 2004, p. 1745.
- « L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil sur la matière pénale », *R.S.C.* 2007/1, p. 39.

Cabrillac (R.) :

- « Libres propos sur le PACS », *D.* 1999, p. 71.
- « Le symbolisme des codes », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, p. 211.
- « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », *JCP G* 2008, I, 190.

Cadiet (L.) :

- « Le spectre de la société contentieuse », in *Ecrits en hommage à Gérard Cornu, Droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, 1994, p. 29.
- « L'avènement du Nouveau code de procédure civile. Le code », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, La documentation française, 1998, p. 45.
- « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices* 1998, p. 97.
- « Conclusions subsidiaires et effet dévolutif de l'appel », *JCP G* 2000 I, 267.
- « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?*, éd., Frison Roche, 2000, p. 23.
- « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, dir. Ancel (P.), Rivier (M.-C.), Economica, 2001, p. 34.
- « Une justice contractuelle, l'autre », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J. 2001, p. 177.

- « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès civil », in *Etudes offertes à Jacques Normand, Justice et Droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 71.
- « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure » *Rev. fr. d'adm. Pub.* 2008-1, n°125, p. 133.
- « Rapport général », in *Droit et culture*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées Louisianaises, T. LVIII, éd., Bruylant et LB2V, 2008, p. 409.
- « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr, De code en code*, Dalloz, 2009, p. 65.
- « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies. Rapport de synthèse », *Procédures* 2010, dossier 8.
- « Le procès civil à l'épreuve de la complexité », in *Mélanges à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, LexisNexis, 2010, p. 73.
- « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », *Justice et cassation* 2013, p. 13

Cadiet (L.), Guinchard (S.) :

- « Le double degré de juridiction », *Justices* 1996-4, p. 1.

Callé (P.) :

- « Culture et droit processuel en France », in *Droit et culture*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées Louisianaises, T. LVIII, éd., Bruylant et LB2V, 2008, p. 461.

Canivet (G.) :

- « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », in *Mélanges offerts à Pierre Drai, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 251.

Capashen (G.) :

- « Un magistrat peut-il être franc-maçon ? », *D.* 2001, p. 3203.

Carbonnier (J.) :

- « Introduction », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, PUF, 1986, p. 29.
- « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits*, 1990-11, p. 5.
- « L'avenir d'un passé », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, p. 5.

Casorla (F.) :

- « Les principes directeurs du procès pénal, principes généraux du droit ? Essai de clarification », in *Mélanges offerts à Jean Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Éd., Cujas, 2006, p. 53.

Catala (P.) :

- « A propos de l'ordre public », in *Mélanges offerts à Pierre Drai, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 511.
- « Présentation générale de l'avant projet », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, La Documentation française, 2006.

Chabanol (D.) :

- « Du dialogue du juge et des parties. Réflexions sur la procédure administrative contentieuse », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 149.

Chabas (F.) :

- « Réflexions sur la compensation judiciaire », *JCP G* 1976, 2026.

Chadelat (C.) :

- « Point de vue. L'élaboration d'un code de procédure civile. Entre pratique judiciaire et droit savant », in *1806-1976-2006, De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, dir. Cadet (L.), Canivet (G.), LexisNexis, Litec, 2006, p. 47

Champeil-Desplats (V.) :

- « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, p. 323.

Chapus (R.) :

- « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.* 1960, p. 22.
- « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966, p. 22.
- « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *E.D.C.E.*, 1977-78, n°29, p. 2.
- « Le nouveau code de procédure civile et la procédure juridictionnelle administrative », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, La Documentation française, 1998, p. 75.

Chatteley (D.) :

- « Le décret du 28 décembre 1998 : Illusions...et désillusions », *Gaz.pal.* 1999 doct. p. 819.

Chazal (J.-P.) :

- « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Jamin (Ch.), Mazeaud (D.), Dalloz, Actes et commentaires, 2003, p. 99.

Chazal de Mauriac (R.) :

- « La structuration des écritures », *Gaz. Pal.*, 27/11/2007, p. 13.
- « Les conclusions devant la Cour d'appel, le point de vue du magistrat », *Gaz. Pal.* 2008, 2, doct., p. 278.

Chevallier (J.) :

- « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *R.D.P.*, 1998-3, p. 659.
- « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, 2002-50, p. 109.

Clay (Th.) :

- « Le modèle pour éviter le procès », in *Code civil et modèles. Des modèles du Code au code comme modèle*, L.G.D.J., Bibliothèque de l'institut André Tunc, 2006, p. 51.

Closset-Marchal (G.), Van Drooghenbroeck :

- « Absence de droit au double degré de juridiction », in *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruylant 2009, p. 3.

Commaille (J.), Hurel (B.) :

- « La réforme de la justice française. Un enjeu entre instrumentalisation et démocratie », *Droit et société* 78/2011, p. 391.

Commaret (D.-M.) :

- « Une justice distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.* 1998, p. 262.

Cornu (G.) :

- « Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage. Présentation de la réforme », *Rev. Arb.*, 1980, p. 583
- « Le juge-arbitre », *Rev.arb.* 1980, p. 373.
- « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 83.

- « L'élaboration du Code de procédure civile », in *La codification*, dir. Beignier (B.), Dalloz, 1996, p. 71.
- « L'avènement du Nouveau code de procédure civile. La codification », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, La documentation française, 1998, p. 19.
- « La codification », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, Cour de cassation, La Documentation française, 1998, p. 19.
- « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, p. 351.

Coterreau (V.) :

- « La clause réputée non-écrite », *JCP G* 1993, I, 3691.

Croze (H.) :

- « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », in *Etudes offertes à Jacques Normand, Justice et Droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 125.
- « Une autre idée de la procédure », in *Mélanges offerts à André Decocq, Une certaine idée du droit*, LexisNexis, Litec, 2004, p. 129.
- « Da mihi factum jusque », *Procédures* 2006, repère 9.
- « Le juge doit-il dire le droit ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, p. 225.
- « Qupéçons le Code de procédure civile », *Procédures* 2012, repère 10.

Daigre (J-J) :

- « La doctrine et la réforme de la procédure civile », *JCP G* 1981, I, 3020.

Daille-Duclos (B.) :

- « Le décret du 28 décembre 1998 : une véritable réforme de la procédure civile », *Gaz. Pal.*, 1999, doct. p. 822.

Dauchy (S.) :

- « La conception du procès civil dans le code de procédure de 1806 », in *1806-1976-2006, De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, LexisNexis, Litec, 2006, p. 77.

Debbasch (Ch.) :

- « La charge de la preuve dans le contentieux administratif », *D.*, 1983, p. 43.
- « L'indépendance de la justice », in *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Au carrefour des droits*, Dalloz, 2002, p. 27.

De Béchillon (D.) :

- « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *R.F.D.A.* 1992, p. 15.
- « Comment légitimer l'office du juge ? », in *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, p. 470.

De Béchillon (D.), Molfessis (N.) :

- « Sur les rapports entre le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n°16.

Degoffe (M.), Jeuland (E.) :

- « Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », in *Etudes offertes à Jacques Normand, Justice et Droits fondamentaux* Litec, 2003, p. 141.

Deguergue (M.) :

- « La représentation du droit dans l'art », in *Liber amicorum à Pierre-Laurent Frier, L'art et le droit*, Publications de la Sorbonne, 2010, p. 133.

Deharo (G.) :

- « L'autorité de la chose transigée en matière civile », *Gaz. Pal.*, 1/12/2005, n°335, p. 2.

Dekeuwer-Défossez (F.) :

- « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification », *R.L.D.C.* 2009-58, p. 3338.

Delage (C.) :

- « Acquiescement au jugement et participation à une mesure d'instruction », *Rev. Huiss.* 1997, p. 1405.

Delaporte (V.) :

- « L'étendue de la chose jugée au regard de l'objet et de la cause de la demande », Rapport aux deuxièmes rencontres de procédure civile, Université/ Cour de cassation, *B.I.C.C.* 2005 hors série n°33, p. 22.

Delmas-Marty (M.) :

- « Pour des principes directeurs de procédure pénale », *R.S.C.*, 1985/2, p. 225.

Deshayes (O.) :

- « L'office du juge à la recherche de sens », *D.* 2008, p. 1102.

Desdevises (Y.) :

- « Variations sur le fond en procédure civile » in *Etudes offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Economica, 1990, p. 325.
- « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ? », *D.* 2000, p. 284.

Desideri (J-P.) :

- « Le fondement juridique de la demande dans le procès civil », *L.P.A.*, 5/06/2000, n°111, p. 5.

Dévolvé (P.) :

- « Le nouveau code de procédure civile devant le Conseil d'Etat », *D.* 1979, p. 281.

Dionisi-Peyrusse (A.) :

- « Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 », *D.* 2009, p. 966.

Djoudi (J.) :

- « La constatation de l'acquiescement implicite au jugement », *D.* 1996, p. 91.

Dornser-Dolivet (A.), Bonneau (T.) :

- « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.* 1986, p. 59.

Douchy-Oudot (M.) :

- « Le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile : l'adoption partielle des propositions du rapport de J.-M. Coulon », *Gaz. Pal.* 1999, doct. p. 831.
- « L'office du juge », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux, Liber amicorum*, Dalloz, 2009, p. 99.

Drago (V.) :

- « L'office du juge d'appel », *Justice et cassation* 2010, p. 125.

Dreyer (E.) :

- « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, p. 748.

Duhamel (P.) :

- « L'effet dévolutif de l'appel au regard de l'acte d'appel et des écritures des parties », *B.I.C.C.*, hors série, 14 juin 2002, p. 48.

Dupichot (J.) :

- « L'adage « da mihi factum, dabo tibi jus », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 425.

Dupré de Boulois (X.) :

- « La notion de liberté et de droit fondamentaux en droit privé », *JCP G* 2007, I, 211.

Edelman (B.) :

- « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *D.* 2008, p. 1946.

Esmein (A.) :

- « La jurisprudence et la doctrine », *R.T.D.civ.* 1902, p. 5.

Estoup (P.) :

- « L'offre judiciaire d'amiable composition et de conciliation après clôture des débats », *D.* 1987, p. 269
- « Une institution oubliée : l'arbitrage judiciaire », *Gaz. Pal.* 1986, 2, chron. p. 620.
- « L'amiable composition », *D.* 1986, p. 221.

Eudier (F.) :

- « La nature du pouvoir du juge de rectifier le fondement juridique de la demande », *D.* 1996, p. 247.

Fabre-Magnan (M.) :

- « Réforme du droit des contrats : un très bon projet », *JCP G*, 2008, I, 199.

Fages (B.) :

- « Des comportements contractuels à éviter », *Dr. et patr.* mai 1998, p. 67.
- « Nouveaux pouvoirs. Le contrat est-il encore la « chose » des parties ? », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Jamin (Ch.), Mazeaud (D.), Dalloz, Actes et commentaires, 2003, p. 135.
- « Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », *D.* 2003, p. 2386.

Fauvarque-Cosson (B.) :

- « Le juge français et le droit étranger », *D.* 2000, p. 125.
- « L'estoppel du droit anglais », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2001, dir. Béhar-Touchais (M.), p. 3.
- « Faut-il un Code civil européen ? », *R.T.D.civ.* 2002, p. 463.
- « Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés », *D.* 2008, p. 556.

Favoreu (L.) :

- « Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit », *R.F.D.C.* 1990, p. 71.
- « Légalité et constitutionnalité », *Cah. Cons. Const.* 1997-3, p. 73.

Fenouillet (D.) :

- « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Etudes offertes à Pierre Catala, Le droit privé à la fin du XXe siècle*, Litec, 2001, p. 47.
- « Les effets du contrat entre les parties. Les principes », in *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. Terré (F.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2009, p. 243.

Ferrand (F.) :

- « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Henri Motulsky », *Procédures* 2012, dossier 11.

Ferrete (A.), Ricard (E.) :

- « La technique au service de l'efficacité de la procédure civile : premières vues sur le décret du 28 décembre 2005 », *Procédures*, 2006, étude 17.

Fischer-Achoura (E.) :

- « La conformité à la Constitution d'une réforme de l'appel civil », in *Nouv. Cah. Cons. Const.* 2004, n°16.

Flécheux (G.) :

- « Le droit d'être entendu », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 149.

Fleuriot (D.) :

- « Nouvelle procédure d'appel : une révolution ? », *Gaz. Pal.*, 23/11/2010, n°327, p. 14.

Fontbressin de (P.) :

- « La neutralité du juge », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, actes du colloque Bordeaux, 29-20 sept. 2000, Bruylant, 2001, p. 79.

Fortunet (X.) :

- « Le décret Magendie a déjà fait long feu », *Gaz. Pal.* 3/03/ 2012, n°63, p. 11.
- « Cas d'ouverture et conditions de mise en œuvre de la caducité du décret Magendie », *Gaz. Pal.* 26/05/ 2012, n°147, p. 10.

Fouchard (Ph.) :

- « L'arbitrage judiciaire », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 167.

Foyer (J.) :

- « Préface », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, La Documentation française, 1998, p. XIII.

Fraisseix (P.) :

- « La « subjectivisation » du droit administratif », *L.P.A.* 15/10/2004, n°207, p. 212.

Fricero (N.) :

- « Autorité de chose jugée : extension de la notion de cause », *D.* 2004, somm. p. 1204.
- « Faut-il supprimer l'article 6§1 de la Convention européenne pour sauver le recours individuel ? Plaidoyer pour une restructuration raisonnable du système européen des protections des droits de l'homme », in *Liber amicorum en l'honneur de Raymond Martin*, Bruylant, 2004, p. 85.
- « Les pièces du procès civil à l'épreuve du contradictoire », *D.* 2006, p. 1149.
- « Le décret du 1^{er} octobre 2010 : l'oralité dans tous ces états ! », *Dr. et proc.* 2010, 282.
- « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice autrement... », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, p. 145.

- « Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge ? », *RJPF* 2010-1, p. 8.
- « L'appel nouveau est arrivé », *Procédures*, 2010, étude 3.
- « Procédure d'appel : la réforme de la réforme ! A propos du décret du 28 décembre 2010 », *JCP G* 2011, 37.
- « Les nouvelles sanction du défaut de diligence des avocats en appel », *Procédures* 2013, dossier 6.
- « Double degré de juridiction : de la « bonne justice » à la « bonne administration de la justice » », *Justice et cassation* 2013, p. 67.

Frison-Roche (M.-A.) :

- « L'impartialité du juge », *D.* 1999, p. 53.
- « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », in *Procédure(s) et effectivité des droits*, dir. d'Ambra (D.), Benoît-Rohmer (F.), Grewe (C.), Bruylant, coll. Droit et justice, 2003, p. 1.
- « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D.* 2013, p. 8.

Fromont (C.) :

- « La justice constitutionnelle ou l'exception française », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Le nouveau constitutionnalisme*, Economica, 2001, p. 167.

Gahdoun (P.-Y.) :

- « Le Conseil constitutionnel et le contrat », *Cah. Cons. Const.*, mars 2011, n°31.

Gandolfi (G.) :

- « Pour un code européen des contrats », *R.T.D.civ.* 1992, p. 707.

Garapon (A.) :

- « La justice. Point aveugle de la théorie politique française ? », in *Mélanges offerts à Pierre Drai, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 53.

Gas (D.) :

- « Autonomie des appels incidents », *Gaz. Pal.* 1981, 2, doct. p. 325.

Gautier (P.-Y.) :

- « Les articles fondateurs (Réflexions sur la doctrine) », in *Etudes offertes à Pierre Catala, Le droit privé à la fin du XXe siècle*, Litec, 2001, p. 255.
- « La faculté pour le juge de soulever d'office un moyen de droit et la protection effective de l'acheteur », *R.T.D.civ.* 2008, p. 317.

Gerbay (Ph.) :

- « Les effets de l'appel voie d'annulation », *D.* 1993, p. 143.
- « La réforme de la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile », *Gaz. Pal.* 12/01/2010, n°12, p. 12.
- « L'avenir du décret Magendie », *JCP G* 2012, I, 532.

Gerbay (Ph.), Gerbay (C.) :

- « Les contours du décret Magendie », *JCP G* 2012, I, 472.

Gest (J.) :

- « Les travaux préparatoires du projet de Cadre commun de référence sous la Présidence française du Conseil de l'Union européenne », *D.* 2009, p. 1431.

Ghozy (A.), Lequette (Y.) :

- « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.* 2008, p. 2609.

Gillet (J-L.) :

- « Le second degré de juridiction en matière civile, sa place et sa portée », *Gaz. Pal.* 1996, 2, p. 996.

Gissier-Pierrard (M-J) :

- « L'évolution du litige, bilan de cinq années d'application jurisprudentielle de l'article 555 du nouveau Code de procédure civile », *JCP G* 1978, I, 2888.

Glaudet (Ph.) :

- « Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme », *L.P.A.* 31/03/2004, n°65, p. 3.

Gobert (M.) :

- « La Cour de cassation mérite-t-elle le pilori ? », *L.P.A.* 8/12/2000, n°245, p. 4.

Gohin (O.) :

- « Les principes directeurs du procès administratif en droit français », *R.D.P.* 2005, p. 171.

Gomaa :

- « La réparation du dommage et l'existence d'un intérêt légitime juridiquement protégé », *D.* 1970, p. 145.

Gonzalvez (F.) :

- « Les explications de fait ou de droit demandées par le juge aux parties en procédure civile », *R.R.J.* 2002-2, p. 963.

Gorchs (B.) :

- « La conciliation comme « enjeu » dans la transformation du système judiciaire », *Droit et société* 2006-62, p. 223.

Gouttes de (R.) :

- « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité ? », *R.S.C.* 2003, p. 63

Goyet (Ch.) :

- « Remarques sur l'impartialité du tribunal », *D.* 2001, p. 328.

Granet-Lambrechts (F.), Hauser (J.) :

- « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006, p. 17.

Grayot-Drix (S.) :

- « La cause étrangère et l'usage des nouvelles technologies dans le procès civil », *in Procédures*, 2013, étude 2.

Grewe (C.) :

- « Le droit processuel d'action », *in Procédure(s) et effectivité des droits*, dir. d'Ambra (D.), Benoît-Rohmer (F.), Bruylant, 2003, p. 29.

Grzegorzczuk (Ch.) :

- « Le rôle performatif dans le langage du droit », *A.P.D.*, T. 19, 1974, p. 229.

Guinchard (S.) :

- « Le second degré de juridiction en matière civile, aujourd'hui et demain », *Gaz. Pal.* 1996, 2, doct. p. 1004.
- « Les solutions d'organisation procédurales », in *Le temps dans la procédure*, dir. Coulon (J.-M.), Frison-Roche (M.-A.), Dalloz, 1996, p. 52.
- « L'ambition d'une justice civile rénovée », *D.* 1999, p. 65.
- « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 1135.
- « L'avenir du juge », in *Etudes offertes à Pierre Catala, Le droit privé à la fin du XXe siècle*, Litec, 2001, p. 171.
- « Menaces sur la justice des droits de l'homme et les droits fondamentaux de procédure », in *Etudes offertes à Jacques Normand, Justice et Droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 209.
- « Le réveil doctrinal d'une belle au bois dormant trop longtemps endormie ou la procédure civile entre droit processuel néo-classique ou européeniste et technique d'organisation du procès », in *Liber amicorum en l'honneur de Raymond Martin*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 97.
- « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 201.
- « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de « changer le fondement juridique de la demande » », in *Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr, De code en code*, Dalloz, 2009, p. 379.

Halpérin (J.-L.) :

- « Le code de procédure civile de 1806 : un code de praticiens ? », in *1806-1976-2006, De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, LexisNexis, Litec, 2006LexisNexis, 2006, p. 23.

Hannoun (Ch.) :

- « Observations sur les nouvelles exigences de forme dans les écritures des parties », *Gaz. Pal.* 1999, doct. p. 827.

Hauser (J.) :

- « L'ordre public et les bonnes mœurs », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, dir. Fenouillet (D.), Rémy-Corday (P.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 110.
- « Les qualifications opportunistes ou la vengeance de la logique », in *Etudes offertes au Professeur Hubert Groutel, Responsabilité civile et assurances*, LexisNexis, Litec, 2006, p. 155.

Hilaire (J.) :

- « Un peu d'histoire », *Justices* 1996-4, p. 9.

Hébraud (P.), Raynaud (P.) :

- « Demande reconventionnelle ; la règle Reconvention sur reconvention ne vaut et ses conditions d'application », *R.T.D.civ.* 1969, p. 373.

Hébraud (P.) :

- « Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du Conseil », *D.* 1946, p. 333.
- « Le rôle respectif de la volonté et les éléments objectifs de l'acte juridique », in *Mélanges offerts à Jacques Maury, Droit comparé : théorie générale du droit et droit comparé*, T.II, Dalloz, 1960, p. 460.
- « La réforme de la procédure civile : le décret du 22 décembre 1958 », *Ann. Fac. Toulouse*, 1961, T. IX, p. 3.

- « *La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge* », in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, T. XXVI, 1978, p. 379.
- « Observations sur l'arbitrage judiciaire », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 635.
- « Observations sur l'évolution des rapports entre le droit et l'action dans la formation et le développement des systèmes juridiques », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Sirey, 1985, p. 237.

Henrion (H.) :

- « L'article préliminaire du code de procédure pénale : vers une « théorie législative du procès pénal ? », *Arch. Pol. Crim.*, Pédone, 2001, n°23, p. 13.

Héron (J.) :

- « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité de la chose jugée », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Dalloz, 1996, p. 131.
- « Le nouveau code de procédure civile », in *La codification*, dir. Beignier (B.), Dalloz, 1996, p. 81.
- « Rapport français. L'ordre public dans le procès », in *L'ordre public*, Journées libanaises, Travaux de l'association Henri Capitant, 1998, p. 941.
- « Convention européenne des droits de l'homme et théorie générale des voies de recours », in *Mélanges offerts à Pierre Drai, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 369.

Hocquet-Berg (S.) :

- « Vice caché ou défaut de conformité ? », *Resp.civ.et ass.* 2008, n°3, comm. 112.

Hugon (Ch.) :

- « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *L.P.A.* 11/12/ 2003, n°247, p. 4.

Japiot (R.) :

- « Les actions et demandes en justice », *R.T.D.civ.* 1915, p. 419.

Jarrosson (Ch.) :

- « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. Arb.* 1989-3, p. 573.
- « Arbitrage et juridiction », *Droits*, 1989-9, p. 107.
- « Réflexions sur l'imperium », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 245.
- « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, p. 267.
- « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », *R.G.D.P.* 1999, p. 764.
- « La transaction comme modèle », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, dir. Ancel (P.), Rivier (M.-C.), Economica, 2001, p. 58.

Jeammaud (A.) :

- « Norme et loi », in *A.P.D.*, Sirey, 1980, T.25, p. 89.
- « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199.
- « Conflit, différend, litige », *Droits*, 2002, n°34, p. 15.
- « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, dir. Caudal (S.), Economica, coll. Etudes juridiques, dir. Molfessis (N.), 2008.

Jeammin-Petit (E.) :

- « La libéralisation du changement de régime matrimonial », *JCP G* 2007, I, 108.

Jeanclos (Y.) :

- « Formalisme ou consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats », *in Hommage à Gérard Boulvert*, Service d'édition scientifiques, Université de Nice, 1987, p. 343.

Jeanneau (B.) :

- « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps », *E.D.C.E.* 1981/1982, p. 33.

Jeantin (M.) :

- « Réformer la Cour de cassation », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 465.

Jéol (M.) :

- « Vers une définition plus « processuelle » de l'autorité de la chose jugée », *D.* 1994, p. 395.

Jestaz (Ph.) :

- « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, p. 197.

Jeuland (E.) :

- « L'énigme du lien de droit », *R.T.D.civ.* 2003, p. 455.
- « La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1975 », *in 1806-1976-2006 De la commémoration d'un code à l'autres : 200 ans de procédure civile en France*, LexisNexis, 2006, p. 101.
- « Arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence », *Dr. et proc.* 2007, p. 262.
- « Autour de la forme et du fond, problèmes de procédure », *in Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr, De code en code*, Dalloz, 2009, p. 443.
- « Concentration des demandes : un conflit latent entre des chambres de la Cour de cassation », *JCP G* 2010, II, 1052.

Josserand (L.) :

- « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *R.T.D.civ.* 1937, p. 1.

Jourdain (P.) :

- « Les conclusions dans le procès civil devant les juridictions du fond », *Gaz. Pal.* 1983, 2, doct. p. 415.

Julien (P.) :

- « L'effet dévolutif de l'appel au regard de l'appel tendant à l'annulation du jugement », *B.I.C.C.*, H.S., avril 2003, n°2, p. 52.

Junillon (J.), Laffly (R.) :

- « La communication des pièces en appel : c'est maintenant ! », *JCP G* 2012, I, 944.

Junillon (J.) :

- « Fusion avoués/ avocats. Pour le meilleur et pour le pire », *JCP G* 2011, I, n°99, p. 200.

Jourdain (P.) :

- « Loi anti-Perruche. Une loi démagogique », *D.* 2002, p. 891.

Kerameus (K.) :

- « Rapport général. L'ordre public dans le procès », *in L'ordre public*, Journées libanaises, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIX, éd., L.D.G.J, 1998, p. 859.

Kernaleguen (F.) :

- « La solution conventionnelle des litiges civils », in *Le droit contemporain des contrats*, dir. Cadet (L.), Economica, 1987, p. 68.
- « Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, p. 776.

Kelsen (H.) :

- « La théorie juridique de la convention », *A.P.D.* 1940, p. 33.

Koering-Joulin (R.) :

- « La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6§1 de la CEDH », *R.S.C.* 1990-4, p. 769.

Lacabarats (A.) :

- « Autorité de la chose jugée au civil : la concentration des moyens au cours d'une même instance et le droit d'accès au juge », *Justice et cassation* 2008, p. 116.

Lagarde (X.) :

- « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits*, 1996, n°23, p. 31.
- « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999, I, 170.
- « Transaction et ordre public », *D.* 2000, p. 264.
- « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des conflits », *Rev. Arb.* 2001-3, p. 423.
- « Pourquoi le droit est-il complexe ? », *Le débat*, 2003-5, n°127, p. 132.

Lamarche (T.) :

- « Pour une simplification des actes de procédure entre auxiliaires de justice », *JCP G* 2011, I, 225.

Lando (O.) :

- « L'avenir du droit des contrats », *D.* 2008, p. 904.

Lando (O.), Rouhette (G.) :

- « La contribution française au droit européen des contrats », *R.D.C.* 2009, p. 729.

Landry (D.) :

- « Quelques mots encore sur un décret qui fâche », *Gaz. Pal.*, 1999, doct. p. 847.

Larribau-Terneyre (V.) :

- « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », in *Etudes offertes à Pierre Catala, Le droit privé à la fin du XXe siècle*, LexisNexis, 2001, p. 83.
- « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlements des litiges en matière familiale ? – (A propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative) », *Dr. Fam.* 2012, étude 12.
- « La question prioritaire de constitutionnalité en droit civil, quels risques ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, LexisNexis, 2012, p. 259.

Laval (N.) :

- « La bonne administration de la justice », *L.P.A.*, 12/08/1999, n°160, p. 12.

Lazareff (S.) :

- « L'arbitre est-il un juge ? », in *Mélanges offerts à Claude Reymond, Liber amicorum, Autour de l'arbitrage*, LexisNexis, Litec, 2004, p. 173.

Le Bars (Th.) :

- « La théorie du fait constant », *JCP G* 1999, I, 178.
- « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », *Procédures* 2007, étude 12.
- « De la théorie des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels », *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux, Liber amicorum*, Dalloz, 2009, p. 321.

Légier (G.) :

- « L'intervention forcée en appel et l'évolution du litige », *D.* 1978, p. 151.

Lemouland (J.-J.) :

- « La loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce », *D.* 2004, p. 1825.

Leprovaux (J.) :

- « Ratification et un peu plus... de l'ordonnance portant réforme de la filiation », *R.J.P.F.*, 2009-3, p. 12.

Lequette (Y.) :

- « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1998) », *Rev.crit. DIP*, 1989, p. 277.
- « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », *D.* 2002, p. 2202.
- « Vers un Code civil européen ? », *Pouvoirs* n°107, nov. 2003, p.97.

Leroy (Y.) :

- « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société* 79/2011, p. 715.

Lessona (S.) :

- « Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil », *R.T.D.civ.* 1912, p. 387.

Level (P.) :

- « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Dalloz, 1996, p. 259.

Leveneur (L.) :

- « A propos de la plénitude de juridiction de la cour d'appel », *Gaz. Pal.*1970, 2, doct. p. 10.
- « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base », *A.J.D.A.* 1998, p. 676.
- « Le forçage du contrat », *Dr. et patr.* mars 1998, p. 69.

Lissarrague (B.) :

- « Variations sur le the des écritures en appel », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, La création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007, p. 295.

Lobin (Y.) :

- « L'appel incident et l'appel provoqué », *Gaz. Pal.*, 1986, 1, p. 125.

Lochouarn (D.) :

- « Histoire d'un acte de procédure fondamentale : l'évolution de l'assignation », *Rev. Huiss.*1998, n°1, p. 397.

Lokiec (P.) :

- « La décision et le droit privé », *D.* 2008, p. 2293.

Lorieux (A.) :

- « Le décret du 28 déc. 1998, procédure et méthodologie judiciaire », *Gaz. Pal.* 27/01/ 2000, n°27, p. 2.
- « De la recherche préalable de l'accord à l'efficacité du procès civil », *Gaz. Pal.* 19/10/1996, p. 1268.

Lucas (F.-X.) :

- « Interdiction de gérer sur saisine d'office », *D.* 2001, p. 1069.

Luxembourg (F.) :

- « La Cour de cassation, juge du fond », *D.* 2006, p. 2358.

Magendie (J.-C.) :

- « L'amicable composition », *R.J.D.A.* 1996, p. 727.
- « La contradiction, exigence d'une justice de qualité », *Gaz. Pal.* 12/12/2006, n°346, p. 2.

Magnier (V.) :

- « La notion de justices impartiale », *JCP G* 2000, I, 252.

Mainguy (D.) :

- « Défense critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2009, p. 308.

Malaurie (Ph.) :

- « Petite note sur le projet de réforme du droit des obligations », *JCP G* 2008, I, 204.
- « Rapport de synthèse », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, sous la dir. de Revet (Th), Dalloz, 1996, p. 107.

Malin (T.), Raji (F.), Wendel (G.):

- « La réforme de la mise en état », *Procédures* 2006, étude 11.

Malinvaud (Ph.) :

- « Réponse hors délai à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », *D.* 2002, p. 2542.

Marguénaud (J.-P.) :

- « L'office du juge et la Cour européenne des droits de l'homme », *Justice et cassation* 2010, p. 132.

Maria (P.) :

- « Laxisme ou rigueur en matière d'évolution du litige ? », *Gaz. Pal.* 1984, 1, chron. p. 251.

Marraud (C.) :

- « Le droit à la preuve. La production forcée des preuves en justice », *JCP G* 1973, I, 2572.

Martens (P.) :

- « La tyrannie de l'apparence », *R.T.D.H.* 1996, p. 640.

Martin (R.) :

- « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP G* 1974, I, 2625.
- « Sur la notion de moyen », *JCP G* 1976, I, 2768.
- « De la contradiction à la vérité judiciaire », *Gaz. Pal.* 1981, 1, doct. p. 209
- « Retour sur la distinction du fait et du droit », *D.* 1987, p. 272.
- « A la recherche de la cause en procédure civile », *D.* 1988, p. 312
- « Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier ? », *D.* 1994, p. 308.

- « Un autre procès ou est-il interdit de rêver ? », *R.T.D.civ.* 1994, p. 557.
- « L'article 6-1 de la CESDH au contre l'article 12 du nouveau code de procédure civile », *D.* 1996, p. 20.
- « De la liaison de l'instance », *Rev. Huissiers*, 1999, p. 167.
- « Les conclusions uniques », *D.* 2002, p. 219.
- « L'action en justice : petite histoire d'un concept inutile », *Dr.et pr.* 2002, n°1, 14.
- « Le relevé d'office par le juge d'un moyen de droit. Une question mal posée », *D.* 2005, p. 1444.
- « Les détournements de la procédure judiciaire », *R.T.D.civ.* 2007, p. 723.

Mathieu (B.) :

- « Considérations sur le formalisme procédural », *L.P.A.* 1996, n°73, p. 4.

Matscher (F.) :

- « La notion de tribunal au sens de la convention européenne des droits de l'homme », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996, p. 29.
- « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, dir. Sudre (F.), Bruylant, 1998, p. 15.

Mayer (P.) :

- « Existe-t-il des normes individuelles ? », in *Mélanges en l'honneur de Michel Troper, L'architecture du droit*, Economica, 2006, p. 661.

Mazeaud (D.) :

- « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, p. 603.
- « La matière du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, dir. Rémy-Corlay (P.), Fenouillet (D.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 81.
- « La confiance légitime et l'estoppel », *R.I.D.C.* 2006-2, p. 363.
- « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », *D.* 2007, p. 2959.
- « Réforme du droit des contrats : haro en Hérault, sur le projet ! », *D.* 2008, p. 2675.
- « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D.* 2009, p. 1364
- « Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique », *Defrénois*, 1998, p. 1137.

Mazet (P.) :

- « Le courant solidariste », in *Le solidarisme contractuel*, dir. Grynbaum (L.), Nicod (M.), Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 13.

Mélin-Soucramanien (B.) :

- « L'homologation judiciaire en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, LexisNexis, 2012, p. 372.

Mestre (J.) :

- « Des éléments du contrat judiciaire », *R.T.D.civ.* 1990, p. 648.
- « Rapport de synthèse », in *Droit et culture*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées Louisianaises, T. LVIII, éd., Bruylant et LB2V, 2008, p. 11.

Mestre (J.), Fagès (B.) :

- « De l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui », *R.T.D.civ.* 2002, p. 93.

Mestre (J.), Laude (A.) :

- « L'interprétation active du contrat par le juge », *in Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 9.

Miguet (J.) :

- « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge sur les qualifications et points de droit », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 567.

Milano (L.) :

- « L'irrecevabilité des conclusions (article 909 du Code de procédure civile) et sa compatibilité avec la CEDH », *Procédures* 2013, étude 1.

Millard (E.) :

- « Qu'est ce qu'une norme juridique ? », *Cah. Cons. Constit.* 2007, n°21.

Miniato (L.) :

- « La consécration du principe du contradictoire par le décret du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile », *D.* 2005, p. 308.
- « Le « principe du contradictoire » : nouveau principe directeur du procès ? », *D.* 2005, p. 2537.

Moderne (F.) :

- « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *R.F.D.A.* 1999/4, p. 722.

Molfessis (N.) :

- « La protection constitutionnelle », *Justices* 1996-4, p. 17.
- « La procédure civile et le droit constitutionnel », *in Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, Cour de cassation, La Documentation française, 1998, p. 245.
- « La distinction du normatif et du non-normatif », *R.T.D.civ.* 1999, p. 729.
- « La jurisprudence supra-constitutionnelle », *JCP G* 2010, 1039.

Morange (G.) :

- « Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit », *R.D.P.* 1977, p. 49.

Motulsky (H.) :

- « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *in Ecrits et notes de procédure civile*, préf. Cornu (G.), Foyer (J.), Dalloz, 1973, p. 101 ; *D.* 1964, p. 235.
- « La nature juridique de l'arbitrage », *in Ecrits et notes sur l'arbitrage*, préf. Goldman (B.), Fouchard (Ph.), Dalloz, 1974, p. 5.
- « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de chose jugée en matière civile », *in Ecrits et notes de procédure civile*, préf. Cornu (G.), Foyer (J.), Dalloz, 1973, p. 201 ; *D.* 1958, chron. 1.
- « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile », *in Ecrits et notes de procédure civile*, préf. Cornu (G.), Foyer (J.), Dalloz, 1973, p. 275.
- « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *in Ecrits et notes de procédure civile*, préf. Cornu (G.), Foyer (J.), Dalloz, 1973, p. 38 ; *Etude de droits contemporains*, 1959, p. 257.
- « L'action en justice et le droit subjectif », *in Ecrits et notes de procédure civile*, préf. Cornu (G.), Foyer (J.), Dalloz, 1973 ; *A.P.D.* 1964, p. 215.
- « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *in Ecrits et notes de procédure civile*, préf. Cornu (G.), Foyer (J.), Dalloz, 1973, p. 60.

- « La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », in *Ecrits et notes de procédure civile*, préf. Cornu (G.), Foyer (J.), Dalloz, 1973, p. 130, *JCP G* 1966, I, 1996.
- « L'office du juge et la loi étrangère », in *Ecrits, études et notes de droit international privé*, préf. Batiffol (H.), Francescakis (Ph.), Dalloz, 1978, p. 125.

Mouralis (J.-L.) :

- « La loi, le juge et le jeu », *R.R.J.*, 1995-2, p. 982.

Muir-Watt (H.) :

- « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, L'internationalisation du droit*, Dalloz, 1994, p. 303.

Murat (P.) :

- « Les conséquences de l'élévation du contentieux en matière de prénom », *Dr. fam.* 2005, comm. 87.

Narran (G.) :

- « La nouvelle procédure d'appel est arrivée! », *Gaz. Pal.*, 22/12/2009, n°356, p. 2.

Nicolas-Vullierme (L.) :

- « Le « délai raisonnable » ou la mesure du temps », *L.P.A.*, 03/01/2005, n°1, p. 5.

Ninivin le (D.) :

- « La faculté pour le juge de se prononcer sans débat en matière gracieuse », *JCP G* 1995, II, 22399.

Norguin (V.) :

- « Radiation du rôle et procès équitable », *D.* 2008, p. 204.

Normand (J.) :

- « *Le juge et le fondement du litige* », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 595.
- « Les excroissances des fins de non recevoir », *R.T.D.civ.* 1981, p. 684.
- « Les pouvoirs du juge quant au fondement des prétentions litigieuses », *R.T.D.civ.*, 1987, p. 390.
- « Le relevé d'office des moyens touchant au droit substantiel. Obligation ou faculté ? », *R.T.D.civ.* 1991, p. 152.
- « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la CESDH (art.6-1) », *R.T.D.civ.* 1996, p. 689.
- « Les apports respectifs du juge et des parties à la solution du litige, aujourd'hui et demain », *R.T.D.civ.* 1998, p. 461.
- « L'étendue de la chose jugée au regard des motifs et du dispositif », *B.I.C.C.* 2005, hors série, n°3.

Oppetit (B.) :

- « Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé », in *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Xe colloque des IEJ, Poitiers 26-28 mai 1975, PUF, 1976, p. 53.
- « L'hypothèse du déclin du droit » *Droits* 1986-4, p. 9.
- « Les « principes généraux » dans la jurisprudence de cassation », *Cah. dr. entreprise.*, 1989, n°5, p. 12.
- « Le droit hors la loi », *Droits*, 1989-10, p. 47.
- « Justice arbitrale et justice étatique », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 415.

Ost (F.) :

- « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », *in Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, dir. Gérard (Ph.), Van de Kerchove (M.), Ost (F.), Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p. 1.
- « Quelle rationalité juridique ? Hermès vu par Moïse », *Imaginaire, Raison, Rationalité, Rev. d'épistémologie critique et d'anthropologie fondamentale*, L'Harmattan, 1997, p. 199.

Ourliac (P.) :

- « L'office du juge dans le droit canonique classique », *in Mélanges Hébraud*, 1981, p. 625.

Parodi (C.) :

- « L'esprit général et les innovations du Code de procédure civile », *Defrénois*, 1976, p.737, spéc. p. 740.

Passa (J.) :

- « La recevabilité en appel des demandes tendant aux mêmes fins dans le procès civil », *Justices* 1997-7, p. 105.

Perdriau (A.) :

- « Une action en justice peut elle être déclarée à la fois irrecevable et mal fondée ? », *JCP G* 1998, I, 162.
- « Le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 au regard du juge de cassation », *JCP G* 1999, I, 115.
- « Le pragmatisme de la Cour de cassation », *JCP G* 2001, I, 364.

Pérès (C.) :

- « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie », *D.* 2009, p. 38.

Perrot (R.) :

- « Appel. Recevabilité d'une prétention dont le fondement juridique a été modifié en cause d'appel : l'identité de fins », *R.T.D.civ.* 1977, p. 628.
- « Appel. Les demandes nouvelles et la notion de « lien suffisant » », *R.T.D.civ.* 1980, p. 624.
- « Le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile », *Procédures* 1999, étude 3.
- « Décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005 », *Procédures* 2006, étude 3.
- « Appel. Intervention forcée devant la Cour : la notion d'évolution du litige », *R.T.D.civ.* 2005, p. 671.
- « Etendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile : notion d'identité de cause », *JCP G*, 2007, II, 10070.
- « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP G*, 2008, I, 156.
- « Conseiller de la mise en état, chose jugée et déféré », *Procédures* 2013, étude 8.

Perrot (R.), Tissot ;

- « Les effets de l'appel », *Gaz. Pal.* 1974, 1, doct. p. 408.

Pettiti (Ch.) :

- « La notion autonome de droit de caractère civil : vers une conception restrictive ? », *in Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 23.

Picard (E.) :

- « « Science du droit » ou « doctrine juridique » », *in Mélanges en hommage à Roland Drago, L'unité du droit*, Economica, 1996, p. 119.
- « L'émergence des droits fondamentaux en France », *A.J.D.A.* 1998, p. 6.

Pierre-Maurice (S.) :

- « La nouveauté du Code de procédure civile », *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux, Liber amicorum*, Dalloz, 2009, p. 445.

Plantey (A.) :

- « La preuve devant le juge administratif », *JCP G* 1986, I, 3245

Poivey-Leclercq (H.) :

- « La convention de procédure participative « un pacte de non agression à durée déterminée », *JCP G* 2011, 704.

Pollet (D.) :

- « Principe de la contradiction et médiation », *Gaz. Pal.* 2-3/06/1999, p. 3.

Ponsard (A.) :

- « La vérité et le procès. Rapport français », in *La vérité et le droit*, Travaux de l'association Henri Capitant, T. XXXVIII, Economica, 1987, p. 673.
- « L'office du juge et l'application du droit étranger », *Rapport de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1990, p. 11, *Rev.crit.DIP.*, 1990, p. 607.

Pontier (J.-M.) :

- « Considérations générales sr les principes en droit », in *Les principes et le droit*, PUAM, 2007, p. 9.

Pradel (J.) :

- « Le droit au juge dans la procédure pénale française », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, L.G.D.J., 1998, p. 23.

Putman (E.) :

- « Remarques sur la demande subsidiaire », *JCP G* 1991, I, 3493.

Ravarini (G.) :

- « Interrogations autour d'un droit fondamental : l'appel », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz 2010, p. 355.

Raynaud (J.) :

- « L'admissibilité des preuves déloyales devant l'autorité de la concurrence », *JCP E* 2010, 1347.

Raynaud (P.) :

- « La renonciation à un droit », *R.T.D.civ.* 1936, p. 763.

Rémy-Corlay (P.) :

- « Observations sur la version française des « Principes du droit européen des contrats », *R.I.D.C.* 2004, p. 205.

Renoux (Th.) :

- « De la décision « juge unique » à la décision « Sécurité et Liberté » : l'évolution du principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 356.
- « Le droit au recours juridictionnel », *JCP G* 1993, I, 3675.
- « La constitutionnalisation du droit au juge », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, L.G.D.J., 1998, p. 109.

Revel (L.) :

- « Le changement de régime matrimonial ; quelle déjudiciarisation ? », *D.* 2006, p. 2591.

Rials (S.) :

- « La fonction de juger », *Droits*, 1989-9, p. 3.

Rivero (J.) :

- Apologie pour les « faiseurs de système », *D.* 1951, p. 23.
- « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français », in *Le fait et le droit, Etudes de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, p. 130.

Rivier (M-C.) :

- « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la dir. Ancel (P.), Rivier (M-C.), Economica, 2001, p. 23.

Robert (J.) :

- « La bonne administration de la justice », *A.J.D.A.* 1995, p. 118.

Rodière (R.) :

- « Les principes généraux du droit privé français », *R.I.D.C.* 1980 n°spéc. vol. II, p. 309.

Rolland (B.) :

- « L'inconstitutionnalité de la saisine d'office », *Procédures* 2013, étude 3.

Romagnoli (E.) :

- « Rapport général », *Trav. Ass. Henri Capitant, Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, T. XXXI, 1980, Economica, p. 15.

Rotondi (M.) :

- « Considérations en « fait » et en « droit » », *R.T.D.civ.* 1977, p. 1.

Rouhette (G.) :

- « L'ordre juridique processuel », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Sirey, 1985, p. 687.

Rouland (N.) :

- « Penser le droit », *Droits*, 1989-10, p. 77.

Ruffini (M.-L.) :

- « Problèmes d'unification du droit en Europe et le Code européen des contrats », *R.I.D.C.* 2002-4, p. 1075.

Rusquec du (Me) :

- « Les effets de l'appel quant à l'objet du litige », *Gaz. Pal.* 1974, 1, doct. p. 401.

Sak (H.) :

- « Plaidoyer pour la promotion de l'ensemble des principes directeurs de l'instance au rang des principes généraux du droit », *L.P.A.*, 18/04/2000, n°77, p. 4.

Salati (O.) :

- « Présentation des principales dispositions du décret du 9 décembre 2009 », *Dr. et proc.* 2010, chron. 3.

Sargos (P.) :

- « Devoir d'impartialité, fondement de la légitimité du juge dans un Etat démocratique », *Gaz. Pal.*, 24-26/05/1992, p. 10.

Savaux (E.) :

- « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision. Rapport français », *R.D.C.* 2010-3, p. 1057.

Serinet (Y-M.) :

- « La qualité du défendeur », *R.T.D.civ.* 2003, p. 203.
- « La sanction par l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel », *JCP G* 2010, étude 545.

Solus (H.) :

- « La jurisprudence contemporaine et le droit du ministère public d'agir en justice au service de l'ordre public », in *Etudes Capitant*, Dalloz, 1937, p. 769.

Stamatis (C.) :

- « La systématisme du droit chez Kelsen et les apories de la norme fondamentale », *A.P.D.* 1986, T.31, p. 45.

Storme (M.) :

- « Le juge et son panier », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Héron*, L.G.D.J., Lextenso, 2009, p. 473.

Strickler (Y.) :

- « Liberté, j'écris ton nom ! », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, p. 381.
- « La loyauté processuelle », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin, Principes de Justices*, Dalloz, 2008, p. 355.

Stümer (R.) :

- « Procédure civile et culture juridique », *R.I.D.C.* 2004-4, p. 797.

Sudre (F.) :

- « Le recours aux « notions autonomes » », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, dir. Sudre (F.), Bruylant, 1998, p. 93.
- « L'office du juge national au regard de la convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 821.
- « La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2013, 1086.

Terneyre (Ph.) :

- « Le droit constitutionnel au juge », *L.P.A.* 1991, n°145, p. 4.
- « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », *A.J.D.A.* 1998, p. 667.

Terré (F.) :

- « L'intervention en appel », in *La voie d'appel*, Ann. Fac. Dr. et sc.eco. d'Aix en Provence, n°54, 1964, p. 115.
- « Sur l'image de la justice », *Mélanges offerts à Pierre Drat*, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 121.
- « La réception du nouveau Code de procédure civile par la doctrine », in *le nouveau Code de procédure civile (1972-2005)*, dir. Foyer (J.), Economica, 2005, p. 27.
- « La réforme du droit des contrats », *D.* 2008, p. 2992.

Texier (S.-L.) :

- « De la possibilité de la Cour de cassation de mettre fin au procès civil », *D.* 2011, p. 116.

Théron (J.) :

- « Mesures d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », *D.* 2010, p. 2246.

Théry (Ph.) :

- « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits* 1996, n°23, p. 41.
- « La question des sources », in *1806-1976-2006, De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, LexisNexis, Litec, 2006, p. 261.
- « Le litige en droit judiciaire privé », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, p. 853.

Thibierge (C.) :

- « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », in *A.P.D.* 2008, T.51, p. 34.

Timsit (J.) :

- « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz. Pal.* 14-15/09/ 2001, p. 53.

Tissier (A.) :

- « Le centenaire du Code de procédure », *R.T.D.civ.* 1906, p. 625.
- « Le rôle économique et social de la procédure civile », in *Les méthodes juridiques*, dir. Larnaude (F.), Giard et Brière, 1911, p. 105.

Travier (B.) :

- « Le principe de sécurité juridique et les procédures orales », *Procédures* 2006, étude 6.

Travier (B.), Guinchard (R.) :

- « La communication des pièces de l'appelant et la notification des conclusions de l'intimé : un avis sans influence ? », *JCP G* 2012, 960.

Troper (M.) :

- « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amsselek », *R.D.P.* 1978, n°6, p. 1523.

Truche (P.) :

- « Introduction à l'article préliminaire du Code de procédure pénale », *Arch. Pol. Crim.* 2001, p. 9.

Tunc (A.) :

- « Le droit en miettes », *A.P.D.* 1977, T.22, p. 31.

Valéry (A.) :

- « Qu'est ce qu'un délai raisonnable au regard de la jurisprudence de la Cour EDH ? », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, colloque Bordeaux 29-30 sept. 2000, Bruylant, 2001, p. 91.

Vedel (G.) :

- « Indéfinissable mais présent », *Droits*, 1990-11, p. 67.
- « Aspects généraux et théoriques », in *Mélanges en hommage à Roland Drago, L'unité du droit*, Economica, 1996, p. 1.

Vedel (G.), Delvolvé (P.) :

- « La Constitution comme base du système juridique », *R.I.D.C.* 1979, p. 859.

Verdun (G.) :

- « La recevabilité des appels incidents et provoqué ou le chemin difficile », *Gaz. Pal.* 1986, 1, p. 127.

Vergès (E.) :

- « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », *D.* 2007, p. 1441.

Vial (G.) :

- « Réforme de la filiation : les surprises du projet de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Dr.fam.* 2008, étude 5.
- « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 », *Dr.fam.* 2009, étude 18.

Viandier (A.) :

- « La crise de la technique législative », *Droits* 1986-4, p. 76.

Viatte (J.) :

- « La notion d'irrecevabilité », *Gaz. Pal.* 1980, 2, doct. p. 470.
- « La demande en justice en matière contentieuse », *Gaz. Pal.* 1976, 2, doct. p. 565.

Vigour (C.) :

- « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », *Droit et société* 2006-63-34, p. 425.

Villacèque (J.) :

- « A propos du décret n°2005-1678 du 25 décembre 2005 réformant la procédure civile. Perspectives et regrets », *D.* 2006, p. 539.
- « Le nouveau procès civil devant la cour d'appel: la technique et les hommes paradoxes d'une réforme », *D.* 2010, p. 663.

Vincent (J.) :

- « La procédure civile et l'ordre public », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, T.II. Dalloz Sirey, 1961, p. 303.
- « Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile », *D.* 1973, p. 34.
- « L'ouverture quant à l'objet du litige », *Gaz. Pal.* 1974, 1, doct. p. 404

Virally (M.) :

- « Le phénomène juridique », *R.D.P.* 1966, p. 5.

Vitu (A.) :

- « Les rapports de la procédure pénale et de la procédure civile », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, L.G.D.J., 1967, p. 812.

Voidey (N.) :

- « La notion de « prétentions » en procédure civile », *Gaz. Pal.*, 5/09/2006, n°248, p. 5.

Voulet (J.) :

- « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », *JCP G* 1971, I, 2140.

Vray (H.) :

- « A propos du nouvel article 700 du Nouveau Code de procédure civile », *Gaz. Pal.* 1993, 1, doct. p. 620.

Weiller (L.) :

- « Renouveau des critères de l'autorité de la chose jugée : l'Assemblée plénière invite à relire Motulsky », *D.* 2006, p. 2135.
- « Réforme de la procédure d'appel : entre efficacité et équité », *D.* 2010, p. 591.

Wicker (G.) :

- « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, dir. Rémy-Corlay (P.), Fenouillet (D.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 151.
- « La légitimité de l'intérêt à agir », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 457.

Wiederkehr (G.) :

- « Le système des voies de recours en droit judiciaire privé français », *R.I.D.C.* 1989, n° spéc. vol. 11, p. 225.
- « Le principe du contradictoire », *D.* 1974, p. 95.
- « Droits de la défense et procédure civile », *D.* 1978, p. 36.
- « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 949.
- « L'application des dispositions de la Convention intéressant le droit privé », in *Droits de l'homme en France*, dir. Cohen-Jonathan (B.) et alii, éd., Engel, Kehl am Rhein, Strasbourg, Arlington, 1985, p. 139.
- « De la distinction des actes juridictionnels et non juridictionnels », *Justices* 1995-1, p. 246.
- « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Dalloz, 1996, p. 575.
- « Sens, signification et signification de l'autorité de chose jugée », in *Etudes offertes à Jacques Normand, Justice et Droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 507.
- « Le nouveau code de procédure civile : la réforme permanente », in *Etudes offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité*, LexisNexis, Litec, 2005, p. 795.
- « L'exposé des motifs du Code de 1806 », in *1806-1976-2006. De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, LexisNexis, 2006, p. 91.
- « Une notion controversée : l'action en justice », in *Etudes offertes au Doyen Simler*, Dalloz, Litec, LexisNexis, 2006, p. 903.
- « Étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile : notion d'identité de cause », *JCP G* 2007, II, 10070.
- « Le droit et le sens des mots », *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux, Liber amicorum*, Dalloz, 2009, p. 571.
- « De la légitimité de la justice », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Héron*, L.G.D.J., Lextenso, 2009, p. 486.
- « Les principaux traits du pouvoir juridictionnel en France », in *Le rééquilibrage du pouvoir juridictionnel*, dir. D'Ambra (D.), Dalloz, 2013, p. 4.

Witz (C.) :

- « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.* 2000, p. 79.
- « Force obligatoire et durée du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, dir. Rémy-Corlay (P.), Fenouillet (D.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 175.

Wroblewski (J.) :

- « Les langages juridique : une typologie », *Droit et société*, 1988-8, p. 13.

Ziembinski (Z.) :

- « Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement », *A.P.D.* T. 19, 1974, p. 25.

Zelcevic-Duhamel (A.) :

- « La notion d'économie du contrat en droit privé », *JCP G* 2001, I, 300.

Zénati-Castaing (F.) :

- « La nature de la Cour de cassation », *B.I.C.C.* 15 avr. 2003.
- « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007, p. 1553.
- « Les principes généraux en droit privé », in *Les principes en droit*, dir. Caudal (S.), Economica, coll. Etudes juridiques, 2008, p. 257.

Zoller (E.) :

- « Procès équitable et due process of law », *D.* 2007, p. 517.

4/ DIVERS

Beauchard (J.) :

- « Nullité des actes de procédure », *J.-C. Proc.civ.* Fasc. 136, 2009.

Bouty (C.) :

- « Chose jugée », *Rep. proc.civ.Dalloz*, 2012.

Cayrol (N.) :

- « Action en justice », *Rep. proc.civ. Dalloz*, 2013.

Coulon (J.-M.) :

- *Réflexions et propositions sur la procédure civile. rapport au Garde des sceaux, Ministre de la Justice*, La Documentation française, 1997.

De Montalivet (P.) :

- « Principes généraux du droit », *J.-C. Adm.*, Fasc. 38, 2007.

Défossez (M.) :

- « Dépens. Condamnations aux dépens », *J.-C. Proc. civ.* Fasc. 523, 2009.

Deharo (G.) :

- « Contrat judiciaire », *Rep. proc. civ. Dalloz*, 2012.

Ferrand (F.) :

- « Preuve », *Rep. proc. civ. Dalloz*, 2006.
- « Appel », *Rep. proc. civ. Dalloz*, 2012.

Fricero (N.) :

- « Tierce opposition », *Rep. proc.civ. Dalloz*, 2012.
- « Désistement », *J.-C. Proc.civ.* Fasc. 682, 2010.

Garapon (A.), (dir.) :

- *La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXIe siècle*, [en ligne]. Disponible sur [<http://www.ihej.org>].

Gazier (F.) :

- « Principes généraux de la procédure administrative contentieuse », *Rep. cont. Adm. Dalloz*, 1998.

Genevois (B.) :

- « Principes généraux du droit », *Rep. cont. adm. Dalloz*, 2010.

Guinchard (S.) :

- « Convention européenne des droits de l'homme et procédure civile », *Rep. proc. civ. Dalloz*, 2012.
- « Procès équitable », *Rep. proc.civ. Dalloz*, 2013.

Guinchard (S.), Drago (R.) :

- « Droit constitutionnel et procédure civile », *Rep. proc. civ. Dalloz*, 2004.

Hauser (J.), Lemouland (J.-J.) :

- « Ordre public et bonnes mœurs », *Rep.civ. Dalloz*, 2004.

Klès (V.), Détraigne (Y.) :

- *Rapport d'information n°54 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la justice de première instance*, Sénat, 9 octobre 2013, [en ligne]. Disponible sur [<http://www.senat.fr>]

le Tourneau (Ph.) :

- « Contrats et obligation-Exception d'indignité- Règles « *Nemo auditur* » et « *In pari causa* » », *J.-C. civ. code. Fasc. Unique. 2013*

Lecourt (A.) :

- « Tierce opposition », *J-C. Proc.civ. Fasc.742*, 2010.

Martin (R.) :

- « Principes directeurs du procès », *Rep. proc.civ. Dalloz*, 2000.

Maugain (G.) :

- « Assignation », *Rep. proc. civ. Dalloz*, 2012.

Miguet (J.) :

- « Demande additionnelle », *J-C. Proc.civ. Fasc. 127*, 2011.

Montagnier (G.), Debard (Th.) :

- « Droit de l'Union européenne et procédure civile », *Rep. proc. civ. Dalloz*, 2011.

Mouralis (J.-L.) :

- « Jeu-Pari », *Rep. Dr. civ. Dalloz*, 2013.

Normand (J.), Bléry (C.) :

- « Principes directeurs du procès. Détermination des éléments de l'instance. Les parties. L'objet du litige », *J.-C. Proc. civ. Fasc. 151*, 2013.

Picod (Y.) :

- « Effet obligatoire des conventions. Exécution de bonne foi », *JurisClasseur*, Fasc. Unique, 2013.

Simler (Ph.) :

- « Contrats et obligations-Cause.- Illicéité ou immoralité de la cause », *J-C. Civ. code. Fasc.30*, 2010.

Strickler (Y.):

- « Acquiescement », *Rep. proc.civ. Dalloz*, 2009.
- « Désistement », *Rep. Pproc.civ. Dalloz*, 2010.

Tirvaudey-Bourdin (C.) :

- « Exception de litispendance et de connexité », *J-C. Proc. civ.* Facs. 213-2, 2009

Index des décisions

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes)

1/ CONSEIL CONSTITUTIONNEL.

- Cons. Const. 27 déc. 1973**, *Taxation d'office*, n°73-51 DC : **n°547**.
- Cons. Const. 19-20 janv. 1980**, *Sécurité et Liberté*, n°80-127 DC, note Renoux, *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 356 : **n°558, n°693**.
- Cons. Const. 2 déc. 1980**, *Nature juridique de diverses dispositions figurant au Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale*, n°80-119 L : **n°547**.
- Cons. Const. 18 janv. 1985**, n°84-183 DC, note Renoux, *D.* 1986, p. 425 : **n°557**.
- Cons. Const. 13 nov. 1985**, n° 85-142 DC, Rec. 116, note Favoreu (L.), *R.D.P.*, 1986, p. 385 : n°620 : **n°119**.
- Cons. Const. 17 janv. 1989**, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, n°88-248 DC, Rec. 1989, p. 18 ; *GDCC* 2005, n°39 : **n°661**.
- Cons. Const. 13 août 1993**, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, n°93-325 DC : **n°582**.
- Cons. Const. 21 janv. 1994**, n°93-335 DC, *Urbanisme et construction*, obs. Picard, *JCP G* 1995, I, 3761, n°9 ; obs. Mélin-Soucramanien, *R.F.D.C.* 1994, p. 364; obs. Molfessis, *Justices* 1995-1, p. 204 : **n°548**.
- Cons. Const. 27 juill. 1994**, *Bioéthique*, n°94-343-344 DC : **n°690**.
- Cons. Const. 13 nov. 1985**, *Nature juridique de dispositions contenues dans des textes relatifs à la sécurité sociale*, n° 85-142 DC, Rec. 116, note Favoreu, *R.D.P.*, 1986, p. 395 : **n°620**.
- Cons. Const. 3 août 1994**, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes*, n°94-648 DC, note Broussolle, *JCP G* 1995, II, 22404 ; obs. Prétot, *D.* 1996, p. 45 ; Gaia, *R.F.D.C.* 1994, p. 832 : **n°582**.
- Cons. Constit. 9 avr. 1996**, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie Française*, n°96-373 DC : **n°548**.
- Cons. Const. 23 juill. 1999**, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, n°99-416 DC : **n°582**.
- Cons. Const 7 déc. 2000**, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain*, DC n°200- 436 DC : **n°582**.
- Cons. Const. 19 déc. 2000**, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*, n°2000-437 DC, Rec. p. 176, obs. Ribes, *D.* 2001. p. 1766; *GADS* 2010. n° 110-111 ; *GAJF*, 5^e éd., 2009. n° 7 ; obs. Verkindt, *RDSS* 2001. 89; obs. Molfessis *RTD civ.* 2001. p. 229: **n°582**.
- Cons. Const. 27 nov. 2001**, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, n°2001-451 DC : **n°582**.
- Cons. Const. 12 janv. 2002**, *Loi de modernisation sociale*, n°2002-455 DC: **n°582**.
- Cons. Const. 13 janv. 2003**, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, n°2002-465 DC **n°691**.
- Cons. Const. 27 juill. 2006**, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n°2006-540DC **n°527**.

Cons. Const. 11 juin 2010, n°2010-2 QPC : n°50.

Cons. Const. 29 sept. 2010, n°2010-38 QPC : n°691.

Cons. Const. 6 oct. 2010, n°2010-39 QPC, obs. Gallmeister, *D.* 2010, p. 529, chron. Maziau, *D.* 2011, p. 529 ; obs. Chénéde *AJ fam.* 2010, p. 487 ; obs. Hauser, *R.T.D.civ.* 2010, p. 776 ; obs. Deumier, *R.T.D. civ.* 2011, p. 90 ; note Gouttenoire, Radé, *JCP G* 2010, 1145 : n°694.

Cons. Const. 14 oct. 2010, n°2010-52 QPC, chron. Maziau, *D.* 2011, p. 529 ; obs. Deumier, *R.T.D.civ.* 2011, p. 90 : n°694.

Cons. Const. 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC, note Picod, *D.* 2011, p.415 ; obs. Fages, *R.T.D.civ.* 2011, p. 121 ; chron. Chagny, *D.* 2011, p. 392 : n°586.

Cons. Const. 25 mars 2011, n°2010-110 QPC: n°574.

Cons. Const. 8 avr. 2011, n°2011-120 QPC, *AJDA* 2011, p. 758 ; obs. Mathieu, *JCP G* 2011, 604 ; Deumier, *R.T.D.civ.* 2011, p. 495 : n°694.

Cons. Const. 17 juin 2011, n°2011-138QPC, note Le Bot (O.), *D.* 2011, p. 1942: n°545.

Cons. Const. 8 juill. 2011, n°2011-147 QPC, note Lavric, *D.* 2011, p. 1903 ; Bonfils, *R.F.D.C.* 2012, p. 168 ; Lazerges, *R.S.C.* 2011, p. 728 ; Hauser, *R.T.D.civ.* 2011, p. 756: n°574.

Cons. Const. 4 mai 2012, n°2012-241 QPC, note Fricero, *D.* 2012, p. 1626: n°576.

Cons. Const. 12 oct. 2012, n°2012-280 QPC, obs. Poupeau, *A.J.D.A.* 2012, p. 1928: n°579.

Cons. Const. 7 déc. 2012, n°2012-286 QPC: n°576.

Cons. Const. 13 juin 2013, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi*, n°2013-672 DC, note Ghestin, *JCP* 2013, 929: n°582.

2/ CONSEIL D'ETAT.

CE 17 nov. 1803, *Nedellec*, Rec. p. 25: n°710.

CE 8 août 1919, *Delacour*, S. 1922, III, 62 : n°710.

CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *GAJA* 2013, n°30, S. 1916, 3, p. 17 ; concl. Chardenet, *D.* 1916, jurispr. p. 25 : n°608.

CE 26 oct. 1945, *Aramu*, Rec. 1945, p. 213, concl. Odent, *EDCE* 1947, p.48 ; note Morange, *D.* 1946, jurispr. p. 158 : n°611.

CE 21 févr. 1968, *D.* 1968, p.225, concl. Dutheillet de Lamothe, p. 222 : n°12.

CE 20 oct. 1989, *Nicolo*, Rec. 190, concl. Frydman ; *GAJA* 2013, n°90 : n°371.

CE 12 oct. 1979, *Rassemblement des avocats de France*, concl. Franc, obs. Boré, *JCP G* 1980, II, 19288 ; note Bénabent, *D.* 1979, p. 606 ; note Julien, *Gaz. Pal.* 1980, 1, p. 6 ; note Viatte, *Gaz. Pal.* 1980, 1, p. 21 ; Normand, *R.T.D.civ.* 1980, p. 145: n°307, n°329, n°360.

CE 29 juill. 1998, *Syndicat des avocats de France et autres*, concl. Schwartz, *A.J.D.A.* 1998, p. 1010: n°546.

CE 21 déc. 2001, note Hoffman, *R.F.D.A.* 2002, p. 1114: n°546.

CE 6 avr. 2001, Perrot, *Procédures* 2001, comm. 144, *R.T.D.civ.* 2001, p. 654 ; Douchy-Oudot, *Dr. et proc.* 2001, p. 315: n°101.

CE 12 mai 2004, *Commune de Rogerville*, concl. Glaser (E.), *R.F.D.A.* 2004, p. 723: n°569.

CE 11 févr. 2005, *Commune de Meudon*, concl. De Silva, *R.F.D.A.* 2005, p.7 60, *A.J.D.A.* 2005, p. 660: n°571.

CE 24 mars 2006, *Société KPMG*, *G.A.J.A.* 2013, n°111, note Moderne, concl. Aguila, Terneyre, *R.F.D.A.* 2006, p. 463 ; *B.J.C.P.* 2006, p. 173: n°665.

CE, 13 juill. 2011, n°336597, n°339303, *JurisData* n°2011-016860: n°636.

3/ COUR DE CASSATION.

- 1^e Chambre civile

Civ. 1^e. 15 avr. 1872, *Veuve Foucauld et Colombe c/ Pringault*, *GAJC*, 11^e éd., n°160, *DP.*, 1872, 1, p. 176, *S.* 1872, 1, p. 232: **n°601**.

Civ. 1^e. 2 mars 1960, *Compagnie Algérienne de Crédit et de Banque*, note Batiffol, *Rev.crit.DIP*, 1960, p. 97 ; obs. Motulsky, *JCP G* 1960, II, 11734 : **n°72**.

Civ. 1^e. 12 mai 1960, *Bisbal*, note Batiffol, *Rev.crit.DIP*, 1960, p. 62 ; obs. Motulsky, *JCP G*, 1960, II, 11733: **n°72**.

Civ. 1^e. 10 oct. 1960, obs. Esmein, *JCP G* 1961, II, 11980 : **n°339**.

Civ. 1^e. 22 juill. 1975, *Bull.civ.*, I, n°245: **n°275**.

Civ. 1^e. 19 mai 1976, *Bull.civ.*, I, n°184, obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1976, p. 820: **n°167**.

Civ. 1^e. 20 déc. 1976, *Bull. civ.* I, n°417: **n°387**.

Civ. 1^e. 9 mai 1978, *Bull. civ.* I, n°177: **n°423**.

Civ. 1^e. 6 juin 1978, *Bull. civ.* I, n°214: **n°215**.

Civ. 1^e. 6 juin 1978, *Bull.civ.* I, n°216 : **n°275**.

Civ. 1^e. 3 janv. 1980, *Bull.civ.* I, n°7: **n°380**.

Civ. 1^e. 20 mai 1980, *Bull.civ.* I, n°153, obs. D-L.N., *JCP G* 1981, II, 19549 ; obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1980, p. 803; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1981, p. 212: **n°327**.

Civ. 1^e. 4 févr. 1981, *Bull.civ.* I, n°48: **n°318**.

Civ. 1^e. 24 avr. 1981, note Viatte *Gaz. Pal.*, 19881. 2, p. 601: **n°110**.

Civ. 1^e. 7 janv. 1982, *D.* 1982, *IR.* p. 223: **n°188**.

Civ. 1^e. 8 juin 1982, *Bull.civ.* I, n°219, obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1983, p. 194: **n°311**.

Civ. 1^e. 1 mars 1983, *Bull.civ.* , n°83, obs. Guinchard, *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm., p. 176 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1983, p. 596: **n°274**.

Civ. 1^e. 1 févr. 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 2, p. 495: **n°275**.

Civ. 1^e. 20 oct. 1987, *Bull.civ.* I, n°272, *JCP G* 1987, IV, 399: **n°293**.

Civ. 1^e. 10 févr. 1988, *Bull. civ.* II, n°41, note Perrot, *R.T.D.civ.*, 1988, p. 577: **n°170**.

Civ. 1^e. 16 févr. 1988, *Bull.civ.* I, n°38: **n°362**.

Civ. 1^e. 28 juin 1988, *Bull.civ.* I, n°210, *D.* 1988, *IR.* p.25, *JCP G* 1988, IV, 317, obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1988, p. 809 : **n°362**.

Civ. 1^e. 29 mai 1989, *Bull.civ.* I, n°126 : **n°203**.

Civ. 1^e. 6 nov. 1990 ; note Martin-Hocquenghem, *D.* 1992, p. 528; obs. Vermelle, *Defrénois*, 1991, p. 429 : **n°409**.

Civ. 1^e. 4 déc. 1990, *Coveco*, note Bureau, *J.D.I.* 1991, p. 371, note Niboyet-Hoegy, *Rev.crit.DIP.* 1991, p. 558 : **n°73**.

Civ. 1^e. 14 mai 1991, note Ghestin, *D.* 1991, p. 449 ; obs. Aubert, *JCP G* 1991, II, 21763, *R.T.D.civ.*1991, p. 52 ; obs. Mestre, *GAJC*, T.II., n°159 : **n°587**.

Civ. 1^e. 25 juin 1991, note le Tourneau, *D.* 1991, p. 566 ; obs. Jourdain, *R.T.D.civ.* 1991, p. 753 : **n°50**.

Civ. 1^e. 9 juill. 1991, *Bull. civ.* I, n°238 ; obs. Lucet, *D.* 1992, p. 220 : **n°335**.

Civ. 1^e. 5 nov. 1991, *Masson*, note Muir-Watt, *Rev. crit. DIP*, 1992, p. 314, Moreau, *J.D.I.* 1992, p. 357 : **n°73, n°80**.

Civ. 1^e. 19 nov. 1991, *Bull.civ.* I, n°316: **n°171**.

Civ. 1^e. 17 déc. 1991, *Bull. civ.* I, n°354: **n°409, n°411**.

Civ. 1^e. 24 mars 1993, *Bull.civ.* I, n°120: **n°389**.

Civ. 1^{er}. 26 mai 1993, note Paisant, *D.* 1993, p. 568 : **n°587**.

Civ. 1^{er}. 8 juill. 1994, *Bull. Civ. I.*, n°240, obs. Wiederkehr, *Justices*, 1995-2, p. 292 : **n°416**.

Civ. 1^{er}. 4 janv. 1995, *Bull.civ. I.*, n°12 : **n°283**.

Civ. 1^{er}. 28 mars 1995, *Bull.civ. I.*, n°138 : **n°409**.

Civ. 1^{er}. 20 févr. 1996, *Bull.civ. I.* n°98, obs. Massip, *Defrénois* 1996, p. 985 ; obs. Hauser, *R.T.D.civ.* 1996, p. 356 : **n°334**.

Civ. 1^{er}. 14 janv. 1997, *Bull. civ. I.*, n°20, rapp. Savatier, *D.* 1997, p. 273, note Paillet, *JCP G* 1997, II, 22913 ; obs. Wiederkehr, *JCP G* 1997, I, 4047, n°2 ; obs. Vareille, *R.T.D.civ.* 1997, p. 985 : **n°336**.

Civ. 1^{er}. 6 mai 1997, *Bull. civ. I.*, n°140, note Fauvarque-Cosson, *Rev. Crit. DIP* 1997, p. 514 : **n°387**.

Civ. 1^{er}. 3 mars 1999, *Bull.civ. I.*, n°93; obs. Cadiet, *JCP G* 1993, I, 3723, n°4 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1993, p. 640, n°2 : **n°203**.

Civ. 1^{er}. 26 mai 1999, *Mutuelle du Mans*, note Muir-Watt, *JCP G*, 1999, II, 10192 : **n°73**.

Civ. 1^{er}. 26 mai 1999, *Bélaïd*, note Mélin, *JCP G* 1999, II, 10192 : **n°73**.

Civ. 1^{er}. 26 mai 1999, *Bull.civ. I.*, n°172, note Niboyet, *Gaz. Pal.*1-2 mars 2000, p. 39 : **n°381**.

Civ. 1^{er}. 6 juin 2000, *Bull. civ. I.*, n°174 ; obs. De Rusquec, *Gaz. Pal.* 4-5 janv. 2002, p. 7 : **n°144**.

Civ. 1^{er}. 22 juin 1999, *Bull. civ. I.*, n°206 : **n°236**.

Civ. 1^{er}. 24 oct. 2000, *D.* 2000, IR, p. 285 : **n°423**.

Civ. 1^{er}. 12 déc. 2000, *Bull. civ. I.*, n°318, note Garé, *D.* 2001, p. 1496; note Casey, *JCP G* 2001, II, 10478 ; obs. Wiederkehr, *JCP G* 2002, I, 103, n°9, obs. Massip, *Defrénois* 2001, p. 604; obs. Hauser, *R.T.D.civ.* 2001, p. 120 : **n°336**.

Civ. 1^{er}. 20 févr. 2001, *Cubic*, obs. Clay, *Rev.arb.*, 2001-3, p. 511 : **n°350**.

Civ. 1^{er}. 12 juin 2001, obs. Julien, *D.* 2001, somm., p. 2715 : **n°235**.

Civ. 1^{er}. 26 juin 2001, *Bull.civ. I.*, n°191 : **n°318**.

Civ. 1^{er}. 27 nov. 2001, n°00-10.151 ; *D.* 2002, p. 39 : **n°336**.

Civ. 1^{er}. 11 juin 2002, n°00-12.568, *JurisData* 2002-014828 : **n°319**.

Civ. 1^{er}. 24 sept. 2002, note Perrot, *Procédures* 2002, comm. 223 : **n°641**.

Civ. 1^{er}. 9 déc. 2003, note Larribau-Terneyre, *Dr.fam.* 2004, comm. 34 : **n°383**.

Civ. 1^{er}. 4 nov. 2003, *JurisData* n°2003-020798, note Perrot, *Procédures* 2004, comm. 6 : **n°143**.

Civ. 1^{er}. 2 mai 1984, *Bull. civ. I.*, n°144; obs. Berr, Groutel, *D.* 1986, p. 98 : **n°417**.

Civ. 1^{er}. 16 nov. 2004, *Bull. civ. I.*, n°266; obs. Fricero, Julien, *D.* 2005, pan., p. 336 : **n°178**.

Civ. 1^{er}. 20 nov. 2004, *Bull.civ. I.* n°315 : **n°626**.

Civ. 1^{er}. 5 avr. 2005, *Bull.civ. I.*, n°166 : **n°273**.

Civ. 1^{er}. 19 avr. 2005, *JCP G* 2005, IV, 2350, p.1143 ; obs. Perrot, *Procédures* 2005, comm. 201 : **n°198**.

Civ. 1^{er}. 7 juin 2005, n°05-60.044, *Bull.civ. I.* n°241, note Boursier, *D.* 2005, p. 2570 ; obs. Julien, Fricero, *D.* 2006, p. 545 ; note Clay, *JCP G* 2005, I, 183, n°12; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2006, p. 151 : **n°149**.

Civ. 1^{er}. 28 juin 2005, *Aubin*, note Bouche, *D.* 2005, p. 2583 ; note Ancel, Muir-Watt, *Rev.crit. DIP*, 2005, p. 645 : **n°79**.

Civ. 1^{er}. 6 juill. 2005, *Bull.civ. I.*, n°302, note Agostini, *D.* 2006, p. 1424 ; obs. Clay, *D.* 2005, p. 3050, Fauvarque-Cosson, *RDC* 2006, p. 1279 ; Muir-Watt, *Rev.crit. DIP* 2006, p. 602 ; Loquin, *R.T.D.com.* 2006, p. 309 :

Pinsolle, *Rev.arb.* 2005, p. 99, note Béhar-Touchais, *J.D.I.* 2006, p. 608 : **n°170, n°410**.

Civ. 1^{er}. 11 juill. 2006, *Bull.civ.* I, n°369, obs. Delpech, *D.* 2006, p. 2052 : **n°170**.

Civ. 1^{er}. 14 févr. 2006, *Bull.civ.* I, n°71, p. 69 : **n°473**.

Civ. 1^{er}. 21 nov. 2006, *Bull.civ.* I, n°505 : **n°283**.

Civ. 1^{er}. 9 janv. 2007, comm. Larribau-Terneyre, *Dr.fam.* 2007, comm. 37 : **n°383**.

Civ. 1^{er}. 13 févr. 2007, obs. Perrot, *Procédures* 2007, comm. 78 : **n°641**.

Civ. 1^{er}. 6 mars 2007, n°05-21.882, Hauser, *R.T.D.civ.* 2007, p.762, n°14 ; Murat, *Dr. Fam.* 2007, comm. 141 : **n°539**.

Civ. 1^{er}. 15 mai 2007, *JCP G* 2007, IV, 2240, obs. Perrot, *Procédures* 2007, comm. 162 : **n°124**.

Civ. 1^{er}. 19 juin 2007, *Bull.civ.* I, n°25, obs. Douchy-Oudot, *D.* 2007, p. 2693 ; note Larribau-Terneyre, *Dr. fam.* 2007, comm. 163 ; obs. Hauser, *R.T.D.civ.*2007, p. 760 : **n°302**.

Civ. 1^{er}. 25 oct. 2007, n°06-19.524, Perrot, *Procédures*, 2007, comm. 274 : **n°403**.

Civ. 1^{er}. 19 mars 2008, n°05-21.924, JurisData n°2008-043227, note Egéa, *Dr. fam.* 2008, comm.75 : **n°335**.

Civ. 1^{er}. 28 mai 2008, Bolard, *JCP G*, II, 10170 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2008, p. 551 : **n°402**.

Civ. 1^{er}. 17 déc. 2008, note Egéa, *D.* 2009, p. 166, note Brunet, *D.* 2009, p. 340, note Mirkovic, *JCP G* 2009, II, 10020 ; Murat, *Dr. fam.* 2009, comm. 15 ; Douchy-Oudot, *Procédures* 2009, comm. 52 : **n°203**.

Civ. 1^{er}. 8 janv. 2009, n°07-12.388, 07-14.003 : **n°287**.

Civ. 1^{er}. 14 janv. 2009, obs. David, *AJ. Fam.* 2009, p. 259 : **n°386**.

Civ. 1^{er}. 11 févr. 2009, obs. Gallmeister, *AJ. Fam.* 2009, p. 130 ; obs. Larribau-Terneyre, *Dr.fam.* 2009, comm. 25 : **n°386**.

Civ. 1^{er}. 14 mai 2009, note De la Asunción Planes, *D.* 2010, p. 183 ; obs. Brun, *D.* 2010, p. 56 ; obs. Deumier, *R.T.D.civ.* 2009, p. 493 ; obs. Jourdain, *R.T.D.civ.* 2009, p. 725 ; obs. Gauthier, *R.T.D.civ.* 2009, p. 744 : **n°642**.

Civ. 1^{er}. 28 mai 2009, Jurisdata n°2009-048356 : **n°627**.

Civ. 1^{er}. 1 juill. 2009, *Bull. civ.* I, n°145, note. Larribau-Terneyre, *Dr. Fam.* 2009, comm. 106 ; obs. David, *AJ. Fam.* 2009, p. 347 ; obs. Hauser, *R.T.D.civ.* 2009, p. 705 : **n°386**.

Civ. 1^{er}. 24 sept. 2009, n°08-10.517, note Bléry, *JCP G*, 2009, II, 401 : **n°402**.

Civ. 1^{er}. 5 nov. 2009, n°08-18.095 : **n°477**.

Civ. 1^{er}. 3 févr. 2010, note Houtcieff, *JCP G*, 2010, I, 626 ; Pinsolle, *Rev. Arb.* 2005, p. 99, note Béhar-Touchais, *J.D.I.* 2006, p. 608 : **n°170**.

Civ. 1^{er}. 1 juill. 2010, n°09-10.364 : **n°403**.

Civ. 1^{er}. 11 juill. 2006, *Bull.civ.* I, n°369, obs. Delpech, *D.* 2006, p. 2052 : **n°170**.

Civ. 1^{er}. 30 sept. 2010, n°09-11.552 : **n°403**.

Civ. 1^{er}. 6 oct. 2011, n°10-21.709, n°10-21.919 : **n°622**.

Civ. 1^{er}. 15 déc. 2010, n°09-70.583, obs. Douchy-Oudot, *D.* 2011, p.1107 ; Hauser, *R.T.D.civ.* 2011, p. 110 : **n°566**.

Civ. 1^{er}. 1 déc. 2011, JurisData n°2011-026817 : **n°622**.

Civ. 1^{er}. 15 déc. 2011, obs. Rome, *D.* 2012, p. 145 ; obs. Jourdain, *R.T.D.civ.* 2012, p. 318, Perrot, *R.T.D.civ.* 2006, p. 151 : **n°642**.

Civ. 1^{er}. 5 avr. 2012, n°11-14.177, note Lardeux, *D.* 2012, p. 1596 ; obs. Hauser, *R.T.D.civ.* 2012, p. 506 : **n°642**.

Civ. 1^{er}. 19 déc. 2012, n°11.27-410, *Jurisdata* n°2012-030513, obs. Larribau-Terneyre, *Dr. fam.* 2013, comm. 28 : **n°384, n°647**.

Civ. 1^{er}. 6 mars 2013, n°12.12.338, 265 ; note Larribau-Terneyre, *Dr. Fam.* 2013, comm.64 : **n°387**.

Civ. 1^{er}. 20 mars 2013, n°11-16.345, obs. Deharo, *JCP G* 2013, act. 366 : **n°99**.

Civ. 1^{er}. 10 avr. 2013, n°12-14.939, obs. Perrot, *Procédures*, 2013, comm. 173 : **n°424**.

Civ. 1^{er}. 29 mai 2013, n°12-10.027 ; note Souhami, *D.* 2013, p. 2088 ; note Lagelée-Heymann, *JCP G* 2013, 959 : **n°337**.

- 2^e Chambre civile

Civ. 2^e. 18 oct. 1963, *D.* 1963, p. 749 : **n°311**.

Civ. 2^e. 5 déc. 1973, *Bull.civ.* II, n°321 : **n°435**.

Civ. 2^e. 19 déc. 1973, obs. Perrot (R.), *R.T.D.civ.* 1974, p. 454 : **n°120**.

Civ. 2^e. 8 mai 1974, *Bull. civ.* II, n°153 : **n°416**.

Civ. 2^e. 13 avr. 1976, *Bull.civ.* II, n°120, obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1978, p. 932 : **n°294**.

Civ. 2^e. 10 mars 1977, obs. Julien, *D.* 1977, IR, p. 261, note Viatte, *Gaz. Pal.* 1978, 1, p. 3 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1977, p. 623 : **n°423**.

Civ. 2^e. 6 juillet 1978, obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1979, p. 417 : **n°307**.

Civ. 2^e. 27 févr. 1979, obs. Raynaud, *D.* 1970, p. 581 : **n°224**.

Civ. 2^e. 29 mai 1979, *Bull.civ.* II, n°163 : **n°234**.

Civ. 2^e. 31 janv. 1980, note Viatte, *Gaz. Pal.* 1980, 1, p. 299 : **n°307**.

Civ. 2^e. 14 janv. 1981, *Bull.civ.* II, n°4 : **n°275**.

Civ. 2^e. 9 juill. 1981, *Bull.civ.* II, n°154 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1982, p. 473 : **n°235**.

Civ. 2^e. 8 déc. 1982, *Bull. civ.* II, n°161, obs. Guinchard, *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. 171 : **n°130**.

Civ. 2^e. 16 déc. 1982, obs. Guinchard, *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. p. 140 : **n°235**.

Civ. 2^e. 29 févr. 1984, *Bull.civ.* II, n°43, *JCP G* 1984, IV, 147, Perrot, *R.T.D.civ.* 1984, p. 559, n°5 : **n°111**.

Civ. 2^e. 4 juill. 1984, *Bull.civ.* II, n°128 : **n°311**.

Civ. 2^e. 3 oct. 1984, *Bull. civ.* II, n°140, obs. Guinchard, *Gaz. Pal.* 1985, pan. p. 55 : **n°417**.

Civ. 2^e. déc. 1987, *Bull.civ.* II, n°258 : **n°435**.

Civ. 2^e. 10 mars 1988, *Bull. civ.* II, n°62, obs. Guinchard, Moussa, *Gaz. Pal.* 1988, 2, somm. 495 : **n°134**.

Civ. 2^e. 10 mai 1989, *Bull.civ.* II, n°105 : **n°310**.

Civ. 2^e. 21 févr. 1990, *Bull.civ.* II, n°36, *D.* 1990, IR, 63 : **n°235**

Civ. 2^e. 20 juin 1990, *Bull.civ.* II, n°141, obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1991, p. 395 : **n°301**.

Civ. 2^e. 9 janv. 1991, *Bull.civ.*II, n°15, obs. Julien (P.), *D.* 1992, p. 129 : **n°375**.

Civ. 2^e. 5 avr. 1991, obs. Ferrand, Moussa, *Gaz. Pal.* 1992, somm., p. 273 : **n°415**.

Civ. 2^e. 10 mai 1991, *Bull.civ.* II, n°142, obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1992, p. 447 : **n°316**.

Civ. 2^e. 26 juin 1991, note Estoup, *JCP G* 1992, II, 21821 : **n°100**.

Civ. 2^e. 21 juill. 1992, n°91-12485 : **n°473**.

Civ. 2^e. 28 oct. 1992, *Bull.civ.* II, n°252, obs. Massip, *Defrénois* 1993, p. 715 : **n°302**.

Civ. 2^e. 23 janv. 1993, *Bull.civ.*II, n°28, obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1991, p. 398 : **n°301**.

Civ. 2^e. 17 nov. 1993, *JCP G* 1994, IV, 164, obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1994, p. 173 : **n°239**.

- Civ. 2^e. 26 janv. 1994**, obs. Cayla, *R.D.S.S.* 1994, p. 420 : **n°349**.
- Civ. 2^e. 16 mars 1994**, *Bull.civ.* II, n°94, p. 54 : **n°473**.
- Civ. 2^e. 29 avr. 1994**, n°92-18575 : **n°473**.
- Civ. 2^e. 15 juin 1994**, n°92-18313 : **n°473**.
- Civ. 2^e. 25 oct. 1995**, *Bull.civ.* II, n°259 : **n°277**.
- Civ. 2^e. 22 janv. 1997**, note Du Rusquec, *JCP G* 1997, II, 22874 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1997, p. 505 : **n°94**.
- Civ. 2^e. 5 févr. 1997**, *Bull.civ.* II n°34 : **n°71**.
- Civ. 2^e. 29 avr. 1997**, n°95-18806 : **n°473**.
- Civ. 2^e. 3 déc. 1997**, *Bull.civ.* II, n°291, *JCP G* 1998, IV, 1142 : **n°284**.
- Civ. 2^e. 7 janv. 1999**, *Bull.civ.* II, n°5 ; obs. Wiederkehr (G.), *R.G.D.P.* 1999, 630 : **n°252**.
- Civ. 2^e. 18 mars 1999** ; n°97-13965 : **n°473**.
- Civ. 2^e. 6 mai 1999**, n°97-15275 : **n°473**.
- Civ. 2^e. 10 févr. 2000**, Du Rusquec, *JCP G* 2000, II, 10405 : **n°277**.
- Civ. 2^e. 25 mai 2000**, note Bolard, *D.* 2000, p. 819 : **n°235**.
- Civ. 2^e. 13 juill. 2000**, *Bull.civ.* II, n°121 et 125 ; obs. Bolard, *D.* 2001, p. 499 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2001, p. 957 : **n°235**.
- Civ. 2^e. 28 sept. 2000**, note Lécuyer, *Dr. fam.* 2001, comm. 5 : **n°385**.
- Civ. 2^e. 21 déc. 2000**, obs. Perrot, *Procédures* 2001, comm. 58 : **n°144**.
- Civ. 2^e. 12 janv. 2001**, *JurisData* n°2002-012238 : **n°143**.
- Civ. 2^e. 17 mai 2001**, *D.* 2001, *IR*, p. 1924 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2001, p. 656 : **n°175**.
- Civ. 2^e. 21 juin 2001**, n°00-10413 : **n°473**.
- Civ. 2^e. 17 oct. 2002**, *Bull.civ.* II, n°228 ; note Perrot, *Procédures* 2003, comm. 36 : **n°134**.
- Civ. 2^e. 19 déc. 2002**, *D.* 2003, p. 179 : **n°176**.
- Civ. 2^e. 3 avr. 2003**, *Bull.civ.* II, n°94, note Perrot, *Procédures* 2003, comm. 132 : **n°90**.
- Civ. 2^e. 28 mai 2003**, *Bull.civ.* II n°164, obs. Perrot, *Procédures* 2003, comm. 191 : **n°435**.
- Civ. 2^e. 12 juin 2003**, *JurisData* n°2003-020168 : **n°143**.
- Civ. 2^e. 23 oct. 2003**, *Bull.civ.* II, n°326, *D.* 2003, *IR*, p. 2726, *JCP G* 2003, IV, 2952 : **n°144**.
- Civ. 2^e. 11 nov. 2003**, *Jurisdata* n°2003-02983, *JCP G* 2004, IV, 1061 ; note Perrot, *Procédures* 2004, comm. 21 : **n°142**.
- Civ. 2^e. 20 nov. 2003**, n°02-12906 : **n°473**.
- Civ. 2^e. 4 déc. 2003**, *JurisData* n°2003-20208 : **n°566**.
- Civ. 2^e. 4 mars 2004**, *Bull.civ.* II, n°91, *JCP G* 2004, IV, 1861 : **n°144**, **n°411**.
- Civ. 2^e. 4 mars 2004**, *Bull.civ.* II, n°84, note Fricero, *D.* 2004, p. 1204 : **n°409**.
- Civ. 2^e. 8 avr. 2004**, *Bull.civ.* II, n°177, Perrot, *Procédures* 2004, comm. 121 : **n°641**.
- Civ. 2^e. 8 avr. 2004**, *Bull.civ.* II, n°171, note Perrot, *Procédures* 2004, comm. 120 : **n°100**.
- Civ. 2^e. 6 mai 2004**, *Bull.civ.* II, n°211, obs. Perrot, *Procédures* 2004, comm. 148 : **n°435**.
- Civ. 2^e. 24 juin 2004**, obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2004, p. 555, *JCP G* 2004, IV, 2738 : **n°175**.
- Civ. 2^e. 8 juill. 2004**, *Bull.civ.* II, n°365, note Vinckel, *Dr. et proc.* 2005, n°1, p. 29 : **n°436**.
- Civ. 2^e. 23 sept. 2004**, n°01-12.964 : **n°283**.
- Civ. 2^e. 23 sept. 2004**, *Bull.civ.* II, n°413 : **n°409**.
- Civ. 2^e. 7 oct. 2004**, n°03-12.653, *Bull.civ.* II, n°447, note Bonfils, *D.* 2005, p. 122 ; obs.

Marino, *D.* 2005, p. 2643 ; note Léger, *JCP G* 2005, II, 10025 ; obs. Enderlin, *AJ pénal* 2005, p. 30 ; obs. Mestre, Fages, *R.T.D.civ.* 2005, p. 135 : **n°646**.

Civ. 2°. 21 oct. 2004, *Bull. civ.* II, n°470 : **n°623**.

Civ. 2°. 20 janv. 2005, *Bull.civ.* II, n°20, *D.* 2005, *IR*, p. 390 : **n°641**.

Civ. 2°. 19 avr. 2005, *Bull.civ.* II, n°99 : **n°623**.

Civ. 2°. 19 mai 2005, *Bull.civ.* II, n°127 : **n°283**.

Civ. 2°. 20 oct. 2005, *Bull.civ.* II, n°265 ; obs. Perrot, *Procédures* 2005, comm. 269 ; obs. Fricero, *Dr. et proc.* 2005, p. 97 : **n°641**.

Civ. 2°. 8 déc. 2005, *Bull.civ.* II, n°311, obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2006, p. 153 : **n°641**.

Civ. 2°. 11 janv. 2006, n°04-11.129, n°03-17.381, n°03-18.984, n°03-18.577 : **n°152**.

Civ. 2°. 28 févr.2006, *Bull.civ.* II, n°53 : **n°283**.

Civ. 2°. 6 avr. 2006, *Bull.civ.* II, n°103, obs. Miniato, *RLDC* 2006-64, n°2446 : **n°90**.

Civ. 2°. 21 avr. 2006, *Bull.civ.* II, n°115, *D.* 2005, *IR*, p. 1176 : **n°641**.

Civ. 2°. 5 juill. 2006, n°05-11801 : **n°473**.

Civ. 2°. 13 juill. 2006, obs. Perrot, *Procédures* 2006, comm. 204 : **n°208**.

Civ. 2°. 14 sept. 2006, *Bull. civ.* II, n°217 ; obs. Julien, *D.* 2007, p. 1382 ; obs. Clay, *JCP G* 2007, I, 139, n°16 ; obs. Perrot, *Procédures* 2006, comm. 229 : **n°387**.

Civ. 2°. 26 oct. 2006, *Bull. civ.* II, n°297, *D.* 2006, *IR* 2751 ; obs. Serinet, *JCP G* 2007, I, 139, n°15 : **n°129**.

Civ. 2°. 16 nov. 2006, *Bull.civ.* II, n°320, obs. Train, *D.* 2007, p.1688 ; note Mayaux, *JCP G* 2007, II, 10032 ; note Sardin, *Gaz. Pal.* 2007, p. 1050 : **n°343**.

Civ. 2°. 14 déc. 2006, *Bull.civ.* II, n°350 : **n°277**.

Civ. 2°. 5 févr. 2007, note Denoix de Saint Mars, *D.*1999, p. 24 ; note Perrot, *R.T.D.civ* 1997, p. 513 : **n°238**.

Civ. 2°. 8 févr. 2007, *JurisData* n°2004-022114 : **n°167**.

Civ 2°. 8 mars 2007, *JurisData* n°2007-037783 : **n°198**.

Civ. 2°. 24 mai 2007, *JurisData* n°2007-039003, obs. Perrot, *Procédures* 2007, comm. 186 : **n°142**.

Civ. 2°. 25 oct. 2007, n°06-19.524, note Perrot, *Procédures* 2007, comm. 274 : **n°403**.

Civ. 2°. 12 juin 2008, note Perrot, *Procédures* 2008, comm. 260 : **n°169**.

Civ. 2°. 3 juill. 2008, *Bull.civ.* II, n°168 : **n°413**.

Civ. 2°. 10 juill. 2008, n°07-14.620 : **n°413**.

Civ. 2°. 18 déc. 2008, *Bull.civ.* II, n°273 ; obs. Perrot, *Procédures* 2009, comm. 36 : **n°641**.

Civ. 2°. 10 mars 2009, *JurisData* n°2009-04730, note Perrot, *Procédures* 2009, comm. 134 : **n°143**.

Civ. 2°. 11 juin 2009, obs. Perrot, *Procédures* 2009, comm. 300 : **n°370**.

Civ. 2°. 2 juill. 2009, obs. Perrot, *Procédures* 2009, comm. 307 : **n°387**.

Civ. 2°. 10 sept. 2009, *Jurisdata* n°200-049384, *Bull. civ.* II, n°209 ; obs. Fricero, *Procédures* 2009, comm. 364 ; note Salati, *JCP G* 2009, 257 ; note Putman, *JCP G* 2009, 352 ; note Amrani-Mekki, *JCP G* 2010, 546. : **n°424**

Civ. 2°. 10 sept. 2009, obs. Perrot, *Procédures* 2009, comm. 139 : **n°565**.

Civ. 2°. 19 nov. 2009, n°08-70.340, *JurisData* n°2009-050415 : **n°276**.

Civ. 2°. 4 févr. 2010, n°08-21.109 : **n°285**.

Civ. 2^e. 25 mars 2010, note Perrot, *Procédures* 2010, comm. 221 : **n°245**.

Civ. 2^e. 10 juin 2010, n°09-67.172, *JurisData* n°2010-008925, note Perrot, *Procédures* 2010, comm. 35 : **n°413**.

Civ. 2^e. 23 sept. 2010, n°09-69.730 : **n°403**.

Civ. 2^e. 6 janv. 2011, n°09-71.820 ; *JurisData* 2011-000046 : **n°473**.

Civ. 2^e. 7 avr. 2011, note Perrot, *Procédures* 2011, comm. 198 : **n°245**.

Civ. 2^e. 26 mai 2011, n°10-16.735, *JurisData* n°2011-009999, obs. Avena-Robardet, *D.* 2011, p. 1566 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2011, p. 593 : **n°402, n°405**.

Civ. 2^e. 31 mai 2012, n°12-40.030, *JurisData* n°2012-011614 : **n°694**.

Civ. 2^e. 20 juin 2012, *JurisData* n°2012-013444, note Perrot, *Procédures* 2012, comm. 323 : **n°143**.

- 3^e chambre civile

Civ. 3^e. 5 nov. 1973, *Gaz. Pal.* 1977, 1, somm. 19 : **n°375**.

Civ. 3^e. 17 févr. 1993, n°91-10211 : **n°473**.

Civ. 3^e. 16 févr. 1994, n°92-13918 : **n°473**.

Civ. 3^e. 21 nov. 1974, *Bull.civ.* III, n°432, obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1975, p. 590 : **n°416**.

Civ. 3^e. 15 janv. 1975, note Martin, *JCP G* 1975, II, 18107 : **n°283**.

Civ. 3^e. 15 juin 1976, *Bull.civ.* III, n°267 : **n°223**.

Civ. 3^e. 18 mai 1978, *Bull. civ.* III, n°159, obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1978, p. 438 : **n°423**.

Civ. 3^e. 8 déc. 1981, *Gaz. Pal.*, 1982, 1, pan. 156 ; note Normand, *R.T.D.civ.*, 1983, p.183 : **n°436**.

Civ. 3^e. 27 avr. 1982, *Bull. civ.* III, n°106, obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1983, p. 236 : **n°417**.

Civ. 3^e. 19 mars 1985, obs. Guinchard, Moussa, *Gaz. Pal.*1985, 2, jurispr. p. 194 : **n°88**.

Civ. 3^e. 18 juill. 1985, n°93-19.169 : **n°477**.

Civ. 3^e. 15 oct. 1985, obs. Croze, Morel, *Gaz. Pal.* 1986, somm. 178, obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1988, p. 388 : **n°417**.

Civ. 3^e. 10 déc. 1985, *Bull.civ.* III, n°167, note Guinchard, Moussa, *Gaz. Pal.* 1986, 2, p. 329 ; note Perrot, *R.T.D.civ.* 1986, p. 634, n°2 : **n°111**.

Civ. 3^e. 21 janv. 1987, note Martin, *D.* 1987, p. 597 : **n°295**.

Civ. 3^e. 14 juin 1989, *Bull.civ.* III, n°137 : **n°88**.

Civ. 3^e. 15 nov. 1989, *Bull.civ.* III, n°215 : **n°169**.

Civ. 3^e. 26 mai 1992 ; obs. Perrot, *JCP G*, 1992, IV, n°2100, *R.T.D.civ.* 1993, p. 190 : **n°88**.

Civ. 3^e. 17 févr. 1993, n°91-10211 : **n°473**.

Civ. 3^e. 23 juin 1993, *Bull.civ.* III, n°97, note Perrot, *R.T.D.civ.*1993, p. 885, n°3 : **n°111**.

Civ. 3^e. 16 févr. 1994, n°92-13918 : **n°473**.

Civ. 3^e. 27 avr. 1994, n°92-13.297 : **n°477**.

Civ. 3^e. 12 oct. 1994, n°92-15.915 : **n°477**.

Civ. 3^e. 24 juin 1998, *Bull. civ.* III, n°2910 : **n°210**.

Civ. 3^e. 14 mars 2001, n°99-17.365 : **n°477**.

Civ. 3^e. 3 avr. 2001, *JurisData* n°2001-009198 : **n°169**.

Civ. 3^e. 6 nov. 2001, *JurisData* n°011692, obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2002, p. 145 : **n°640**.

Civ. 3^e. 26 nov. 2002, note Perrot, *Procédures* 2004, comm. 46 : **n°90**.

Civ. 3^e. 29 janv. 2003, n°01-14.189 : **n°477**.

Civ. 3^e. 29 oct. 2003, *Bull.civ.* III, n°186, *JCP G* 2003, IV, 3008 : **n°376**.

Civ. 3^e. 21 janv. 2004, n°01-15.563 : **n°477**.

Civ. 3^e. 1^{er} mars 2006, *Bull. civ.* III, n°55, obs. Fricero, *Dr. et proc.* 2006, 214 : **n°142**.

Civ. 3^e. 29 nov. 2006, obs. Perrot, *Procédures* 2007, comm. 31 : **n°186**.

Civ. 3^e. 25 avr. 2007, n°06-10.662, note Perrot, *Procédures*, comm. 158 : **n°413**.

Civ. 3^e. 13 févr. 2008, n°06-22.093, note Weiller, *JCP G*, 2008, II, 10052 : **n°411**.

Civ. 3^e. 27 mai 2009, n°08-11388, obs. Deshayes, *L'essentiel Dr. des contrats*, 2009, n°7, p. 3 : **n°402**.

Civ. 3^e. 28 janv. 2009, n°07-20.891, note Houtcieff, *D.* 2009, p. 2008; obs. Amrani-Mekki, Fauvarque-Cosson, *D.* 2010, p. 224; obs. Fagès, *R.T.D.civ.* 2009, p. 317; Mazeaud, *RDC* 2009, p. 999 : **n°170**.

Civ. 3^e. 3 déc. 2008, *Bull.civ.* III, n°195, *D.* 2009, AJ 107 ; *JCP G* 2008 IV, 1048 : **n°196**.

Civ. 3^e. 18 mars 2009, n°07-21.260 ; obs. Mazeaud, *RDC* 2009, p. 1358 ; obs. Fages, *R.T.D.civ.* 2009, p. 528 ; obs. Fauvarque-Cosson, *D.* 2010, pan. p. 234 : **n°602**.

Civ. 3^e. 20 janv. 2010, n°08-70.517, *JurisData* n°2010-051181 : **n°413**.

Civ. 3^e. 12 janv. 2010, n°08-20575, Maurin, *L'essentiel Dr. de l'immobilier et de l'urbanisme*, 2010, n°3, p. 4 : **n°402**.

Civ. 3^e. 18 mai 2010, n°09-13.938 : **n°477**.

Civ. 3^e. 8 juin 2010, n°09-13.107 : **n°477**.

Civ. 3^e. 7 sept. 2010, n°08-20.665, n°08-20.991, 08-20.533, *JurisData* n°2010-015488 : **n°276**.

Civ. 3^e. 29 sept. 2010, n°09-10.044 : **n°222**.

Civ. 3^e. 18 janv. 2011, n°09-72.816, *JurisData* n°2011-000529 : **n°276**.

Civ. 3^e. 11 janv. 2012, n°10-23.141, *JurisData* n°2012-000192, note Ghestin, Serinet, *JCP G* 2012, 442 : **n°405**.

- *Chambre commerciale*

Com. 11 juin 1952, *Bull.civ.* IV, n°232 : **n°110**.

Com. 22 déc. 1975, *Bull.civ.* IV, n°311, *D.* 1976, *IR* 90 : **n°235**.

Com. 6 févr. 1978, *Bull.civ.* IV, n°49 : **n°375**.

Com. 8 mai 1978, *Bull.civ.* IV, n°131 : **n°284**.

Com. 9 janv. 1979, obs. Julien, *D.* 1979, *IR*, p. 291 ; note Loquin, *Rev.arb.* 1979, p. 468 : **n°389**.

Com. 18 févr. 1980, *Bull.civ.* IV, n°82 : **n°284**.

Com. 23 févr. 1983, obs. Derrida, *D.* 1983, *IR*, p. 438 : **n°198**.

Com. 2 mai 1983, note Joly, *D.* 1985, p. 368 : **n°380**.

Com. 4 janv. 1984, *JCP G*, IV, 77 : **n°199**.

Com. 26 juin 1984, *Bull.civ.* IV, n°123 : **n°329**.

Com. 7 déc. 1984, note Crémieu, *D.* 1955, p. 110 : **n°339**.

Com. 18 déc. 1984, *Bull.civ.* IV, n°356 : **n°111**.

Com. 15 juill. 1987, obs. Julien, *D.* 1988, p. 124 ; obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1988, p. 390 : **n°417**.

Com. 22 mars 1988, *Bull.civ.* IV, n°113 ; note Derrida, Julien, *D.* 1988, p. 375 ; obs. Cabrillac, *Gaz. Pal.* 1988, 2, p. 661 : **n°202**.

Com. 29 mars 1989, n° 87-15.194 : **n°473**.

Com. 9 mai 1990, n°88-17.466 : **n°477**.

Com. 3 nov. 1992, *Bull.civ.* IV, n°340, *JurisData* n°1992-002431; obs. Virassamy, *JCP G* 1993, II, 22164; obs. Aubert, *Defrénois*,

1993, p. 1377; obs. Mestre, *R.T.D.civ.* 1993, p. 124 : **n°602**.

Com. 16 mars 1993, note Vallens, *D.* 1993, p. 538 ; obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1993, p. 882 : **n°575**.

Com. 3 nov. 1993, *Bull.civ.* IV, n°345, note Vallens, *D.* 1993, p. 538 ; obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1993, p. 882 : **n°575**.

Com. 28 mai 1996, *Bull.civ.* IV, n°150, *JCP G* 1996, IV, n°1625 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1996, p. 985 ; Wiederkehr, *Justices*, 1997-7, p. 183 : **n°235**.

Com. 16 nov. 1993, note Donnier, *J.D.I.* 1994, p.98 ; note Lagarde, *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 322 : **n°80**.

Com. 2 juill. 1996, n°94-18032 : **n°473**.

Com. 16 déc. 1997, n°95-11083 : **n°473**.

Com. 31 mars 1998, n°96-10.480 : **n°477**.

Com. 5 mai 1998, n°96-15010 : **n°473**.

Com. 24 nov. 1998, n°96-18.357, *JurisData* n°1998-004489, *Bull. civ.* IV., n°277, note Picod, *JCPG*, 1999, II, 10210 ; obs. Mazeaud, *Deffrénois*, 1993, p. 1377 ; obs. Mestre, *R.T.D.civ.* 1999, p. 98 ; obs. Gautier, *R.T.D.civ.* 1999, p. 646 : **n°602**.

Com. 30 nov. 1999, n°97-14962 : **n°473**.

Com. 8 févr. 2000, *Bull. civ.* IV, n°26 : **n°212**.

Com. 15 mai 2001, n°97-17348 : **n°473**.

Com. 29 mai 2001, obs. Julien, *D.* 2001, p. 2716 : **n°234**.

Com. 15 mai 2002, n°00-22.175 ; *Bull.civ.* IV, n°101 ; note Atias, *D.* 2002, p. 2499, *Dr. et proc.* 2002, p. 288 ; obs. Giverdon, *D.* 2003, p. 1326 ; note Perrot, *Procédures* 2002, p. 9 : **n°112**.

Com. 17 sept. 2002, n°99-20065 : **n°473**.

Com. 10 déc. 2002, n°97-15808 : **n°473**.

Com. 28 avr. 2004, *Bull. civ.* IV, n°74, p. 76 : **n°473**.

Com. 28 sept. 2004, *Bull. civ.* IV, n°174, *D.* 2004, *IR*, p. 2761 : **n°143**.

Com. 14 déc. 2004, *Bull.civ.* IV, n°224 : **n°318**.

Com. 8 mars 2005, n°02-15.783, obs. Delpech, *D.* 2005, p. 883 ; obs. Amrani-Mekki, Fauvarque-Cosson, *D.* 2005, p. 2836 ; obs. Martin, Synvet, *D.* 2006, p. 155 ; Mestre, Fagès, *R.T.D.civ.* 2005, p. 391 ; Legeais, *R.T.D.com.* 2005, p. 397 ; Mazeaud, *RDC* 2005, p. 1015 : **n°170**.

Com. 28 juin 2005, *Itraco*, note Bouche, *D.* 2005, p. 2583 ; note Ancel, Muir-Watt, *Rev.crit. DIP*, 2005, p. 645 : **n°79**.

Com. 3 oct. 2006, note Mazeaud, *D.* 2007, p. 765 : **n°602**.

Com. 13 févr. 2007, *JurisData* n°2007-037441 : **n°167**.

Com. 13 févr. 2007, obs. Delpech, *D.* 2007, p. 654 : **n°641**.

Com. 20 févr. 2007, *Bull. civ.* IV, n°49, note Cadiet, *JCP G* 2007, I, 200 : **n°411**.

Com. 24 avr. 2007, note Pétel-Teysssié, *JCP G* 2007, II, 10122 ; obs. Fricero, *D.* 2007, p. 2427 : **n°94**.

Com. 15 mai 2007, n°06-10.606, *JurisData* n°2007-03955, obs. Lepage, *D.* 2007, p. 2775 : **n°650**.

Com. 10 juill. 2007, n°06-14.768, note Gautier, *D.* 2007, p. 28644 ; note Stoffel-Munck, *D.* 2007, p. 2839 ; obs. Fages, *R.T.D.civ.* 2007, p. 773 : **n°603**.

Com. 11 déc. 2007, n°06-16103 : **n°473**.

Com. 3 juin 2008, n°07-17.147, *Bull.civ.* IV, n°112, note Boursier-Mauderly, obs. Chevrier, *D.* 2008, p. 2476 ; chron. Bélaval, Chevrier, *D.* 2008, p. 2749 ; obs. Delebecque, Bretzner, Vasseur, *D.* 2008, p. 2820 ; obs. Bouloc, *R.T.D.com.* 2009, p. 431 : **n°645**.

Com. 3 nov. 2009, n°08-17.768 : **n°275**.

Com. 29 juin 2010, n°09-67369 ; note Genicon, *D.* 2010, p. 2485 ; note Mazeaud, *D.* 2010, p. 2481 ; obs. Savaux, *RDC* 2011-1, p. 34 : **n°604**.

Com. 3 nov. 2010, n°2010-02173 : **n°477**.

Com. 20 sept. 2011, n°10-22.888, obs. Delpech, *D.* 2011, p. 2345 ; obs. Fagès, *R.T.D.civ.* 2011, p. 760 ; Maréchal, *D.* 2012, p. 167 : **n°171**.

Com. 9 juill. 2013, n°11-27.235, *Jurisdata* n°2013-014462 ; note Perrot, *Procédures* 2013, 275 : **n°317**.

- Chambre sociale

Soc. 17 nov. 1960 ; note R.L., *JCP A* 1961, II, 11924 ; obs. Raynaud, *R.T.D.civ.* 1961, p. 564 : **n°253**.

Soc. 23 mai 1962, *Bull. civ.* V, n° 467 : **n°290**.

Soc. 20 nov. 1975, *D.* 1975, IR, 262 : **n°175**.

Soc. 5 juill. 1978, *Gaz. Pal.* 1978, pan. p. 442 : **n°169**.

Soc. 15 mars 1983, *Bull. civ.* V, n°154 : **n°122**.

Soc. 22 mars 1983, *Bull. civ.* V, n°180 : **n°435**.

Soc. 19 juill. 1983, *Bull. civ.* V, n°444 : **n°199**.

Soc. 28 nov. 1984, *Bull. civ.* V, n°462 : **n°123**.

Soc. 14 nov. 1985, *Bull. civ.* V, n°537 : **n°435**.

Soc. 19 juin 1986, *Bull. civ.* V, n°326 : **n°123**.

Soc. 26 juin 1986, *Bull. civ.* V, n°343 : **n°283**.

Soc. 18 nov. 1998, obs. Desdevises, *RGDP* 1999, p. 350 ; chron. Boulmier, *JCP E* 1999, p. 755 : **n°572**.

Soc. 22 déc. 1988, *Bull. civ.* V, n°700, *JCP G* 1989, IV, 71 : **n°284**.

Soc. 31 mai 1990, n°87-19.987 : **n°318**.

Soc. 6 juin 1990, n°88-40076 : **n°473**.

Soc. 27 mars 1991, *Bull. civ.* V, n°157, obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1991, p. 601 : **n°178**.

Soc. 1 juin 1995, n°92-20688 : **n°473**.

Soc. 23 nov. 1995, *Bull. civ.* V, n°314, *JCP G* 1996, n°41 ; note Dagorne-Labbe, *Gaz. Pal.* 1996, pan. p. 216 : **n°215**.

Soc. 7 oct. 1997, *Bull. civ.* V, n°302 : **n°277**.

Soc. 25 mars 1998, n°97-43241 : **n°473**.

Soc. 16 mai 2001, n°99-41.182, *JurisData* 2001-009880 : **n°320**.

Soc. 12 juill. 2001, obs. Fricero, *D.* 2001, p. 2712 ; obs. Douchy, *Dr. et proc.* 2002-1, p. 34 ; obs. Prétot, *Dr. soc.* 2001, p. 898 : **n°97**.

Soc. 26 nov. 2002, n°00-42.401, *Bull. civ.* V, n°352, note Bruguière, *D.* 2003, p. 1858 ; obs. Fabre, *D.* 2003, p. 394 ; obs. Lepage, *D.* 2003, p. 1536 ; chron. Ravanais, *D.* 2003, p. 1305 ; obs. Hauser, *R.T.D.civ.* 2003, p. 58 : **n°646**.

Soc. 27 mai 2003, n°01-42374 : **n°473**.

Soc. 21 juin 2005, *Bull. civ.* V n°206 : **n°473**.

Soc. 7 juin 2006, n°04-43.774, note Grayot, *L.P.A.*, 10/11/2006, n°225, p. 11 : **n°187**.

Soc. 18 déc. 2007, *Bull. civ.* V, n°213, note Croze, *JCP G* 2008, II, 10030 ; obs. Amrani-Mekki, *JCP G* 2008, I, 138 ; note Lefort, *Dr. et proc.* 2008, p. 149 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2008, p. 158 : **n°364**.

Soc. 11 mars 2009, *Bull. civ.* V, n°77 ; *JCP S* 2009, 1268 ; *RJS* 2009-6, p. 494 : **n°276**.

Soc. 5 mai 2009, obs. Perrot, *Procédures* 2009, comm. 227 : **n°370**.

Soc. 7 juill. 2009, n°08-42.896 : **n°286**.

Soc. 5 mai 2010, n°08-45.567 : **n°477**.

Soc. 2 juin 2010, n°08-40628 : **n°209**.

- Chambre mixte

Ch. Mixte, 27 févr. 1970, note Combaldieu, *D.* 1970, p. 201 ; note Parlange, concl. Lindon, *JCP G* 1970, II, 16305 : **n°49**.

Ch. Mixte 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, concl. Touffait, *D.* 1975, p. 561 ; concl. et note R.C., *Gaz. Pal.* 1975, 2, p. 470 ; note Boulouis, *AJ* 1975, p. 567, note Ruzié, *JDI* 1975, p. 802 ; note Foyer, Holleaux, *Rev. crit. DIP* 1976, p. 347 ; obs. Rousseau *RGDIP* 1976, p. 690 : **n°371**.

Ch. Mixte, 10 juill. 1981 ; concl. Cabannes, *D.* 1981, p. 637 ; obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1981, p. 677 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1981, p. 905 ; note Viatte, *Gaz. Pal.* 1981, p. 627 : **n°307**.

Ch. Mixte, 14 févr. 2003, *Bull.* n°1 ; *B.I.C.C.*, 1^{er} mai 2003, p. 43, avis Benmakhlouf, Rapp. Bailly ; note Ancel, Cottin, *D.* 2003, p. 1386 ; obs. Clay, *D.* 2003, somm. 2480 ; obs. Lagarde, *JCP G* 2003, I, 142 ; note Jarrosson, *Rev. Arb.* 2003, p. 403 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2003, p. 349 : **n°170, n°346**.

Ch. Mixte, 25 oct. 2004, *Bull.* n°3, note Serinet, *D.* 2005, p. 757 ; note Perrot, *Procédures* 2004, comm. 251 ; concl. Domingo, *Gaz. Pal.* 6-8/03/2005, p. 9 : **n°427**.

Ch. Mixte, 26 mai 2006, *Bull.* n°3, note Salati, note Perrot, *Procédures* 2006, comm. 70 : **n°144**.

Ch. Mixte, 6 avr. 2007, n°05-16.375 et 06-16.914, comm. Putman, *JCP G* 2007, II, 10102 : **n°641**.

Ch. Mixte, 9 nov. 2007 ; note Amrani-Mekki, *JCP G* 2007 I, 138 ; note Douchy-Oudot, *Dr. et proc.* 2008, p. 90 ; Perrot, *Procédures*, 2008, comm. 5 ; Serinet, *JCP G*, 2008, II, 10070 : **n°217**.

- Assemblée plénière

Ass. Plén. 3 avr. 1987, *Bull. Ass. Plén.* n°2, concl. Cabannes, *JCP G* 1987, II, 20792 ; obs. Julien, *D.* 1988, somm. 122 ; obs. Croze, Morel, *Gaz. Pal.* 1987, 2, somm. 486 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1987, p. 401 : **n°107**.

Ass. Plén. 26 févr. 1988, *JCP G* 1988, IV, 166 : **n°78**.

Ass. Plén. 3 juill. 1992, *Bull. Ass. Plén.* n°7, concl. Dontenwille, note Perdriau, *JCP G* 1992, II, 21898 ; obs. Aubert, *Defrénois* 1992, p. 1453 : **n°301**.

Ass. Plén. 3 juin 1994, *Bull. Ass. Plén.* n°4 ; note Cadiet, *JCP G* 1994, I, 3805 ; note Giraudel, *A.J.D.I.* 1995, p. 45, Normand, *R.T.D.civ.* 1995, p. 177 ; note Wiederkehr, *Justices*, n°2, 1995, p. 288 : **n°409**.

Ass. Plén. 30 juin. 1995, concl. Jéol, note Drago, *D.* 1995, p. 513, note Pedriau, *JCP G*, 1995, II, 22748 : **n°546, n°695**.

Ass. Plén. 6 nov. 1998, n°94-17.709 concl. Burgelin, *D.* 1999, p.1, rapport Sargos, *JCP G* 1998, II, 10198 ; obs. Normand, *R.T.D.civ.* 1999, p. 183 : **n°565, n°569**.

Ass. Plén. 5 févr. 1999, note Matsopoulou, *JCP G* 1999, I, 10060 ; note Garaud, *JCP E* 1999, p. 957 : **n°564**.

Ass. Plén. 2 nov. 1999, concl. Weber, *JCP G* 1999, II, 10213 ; note Perrot, *Procédures* 2000, comm. 30 : **n°400**.

Ass. Plén. 17 oct. 2000, concl. Sainte-Rose, *D.* 2000, p. 316 ; rapport Sargos, *JCP G* 2000, II, 10438 ; note Mazeaud, *D.* 2000, p. 332, note Jourdain, *D.* 2000, p. 336 ; Aubert, *D.* 2001, p. 498, Aynes, *D.* 2001, p. 492, note Chabas, *JCP G* 2000, II, 10438 ; obs. Hauser, *R.T.D.civ.* 2001, p. 103 : **n°50**.

Ass. Plén. 23 févr. 2001, obs. Menuret, *JCP G* 2001, II, 10583 : **n°633**.

Ass. Plén. 11 mars 2005, n°03-20.484, *B.I.C.C.*, 1 juin 2005, rapport Betch et avis Cédras, *JCP G* 2005, II, 10161 ; obs. Fischer, *D.* 2005, p. 2368 ; Fricero, *Dr. et Proc.* 2005-4, p. 227 ; Perrot, *Procédures* mai 2005, n°118, *R.T.D.civ.* 2005, p. 455 ; Serinet, *JCP G* 2005, I, 183 : **n°225**.

Ass. Plén. 21 déc. 2007, *Bull. Ass. Plén.* n°10, rapport Loriferne, *Dr. et proc.*, n°2 mars-avril 2008 ; concl. De Gouttes, *Gaz. Pal.*, 2008 n°19, p.2 ; note, Bénabent, *R.D.C.* 2008, p. 327 ; Cadiet, *JCP G*, 2008, I, 138 ; Leveneur,

Contrats. conc. consomm. n° 4, 2008, comm. 92 ; Malinvaud, *R.D.I.* 2008, p. 102 ; Perrot, *Procédures* 2008, comm. 71 ; Weiller, *JCP G*, 2008, II, 10006 : **n°20, n°362**.

Ass. Plén. 27 févr. 2009, note Delpech, *D.* 2009, p. 723 ; note Houtcieff, *D.* 2009, p. 1245 ; Fricero, *D.* 2010, p. 169 ; Dupont, *R.T.D.civ.* 2010, p. 459, note Callé, *JCP G*, 2009, II, 10073 : **n°171**.

Ass. Plén. 13 mars 2009, *D.* 2009, p. 879 ; note Serinet, *JCP G* 2009, II, 10077 ; obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 2009, p. 366, *Procédures* 2009, comm. 131 ; obs. Putman, *Dr. et proc.* 2009/5, p. 266 : **n°395, n°415**.

Ass. Plén. 7 janv. 2011, n°09-14.316, *JurisData* n°2011-000038, *BICC* 1 févr.2011 ; note Ruy, *JCP G* 2011, 208 ; note Fourment, *D.* 2011, p. 562 ; note Fages, *R.T.D.civ.* 2011, p. 127. ; obs. Chevrier, *D.*2011, p. 562, Malaurie-Vignal, *JCP G* 2011, act. 43 : **n°645**.

Ass. Plén. 22 avr. 2011, *Bull. civ. Ass.plén.* n°4, rapport Frouin, avis Azibert, *B.I.C.C.* 15/06/2011, obs. Delpech, *D.* 2011, act. p. 1218 ; note Deshayes, Laithier, *D.* 2011, p. 1870 ; Fricero, *D.* 2011, pan. p. 249 ; obs. Théry, *R.T.D.civ.* 2011, p. 795 ; note Putman, *Dr. et proc.* 2011, p. 210 ; note Moury, *Rev. Soc.* 2011, p. 547 : **n°121**.

Ass. Plén. 20 mai 2011, n°11-90.032, Chagnollaude, *D.* 2011, p. 1426 ; chron. Maziau, *D.* 2011, p. 1775 ; obs. Pradel, *D.* 2011, p. 2231 ; note Matsopoulou, *Rev. Soc.* 2011, p. 512 : **n°694**.

- Avis

Cass. avis 10 juill. 2000, *Bull.civ.* n°5, note Lacabarats, *D.* 2000, p. 837 ; Pedriau, *JCP G* 2000, II, 10404 ; obs. Cadiet, *JCP G* 2000, I, 267, n°9 ; Perrot, *Procédures* 2000, comm. 231 ; *R.T.D.civ.* 2000, p. 893 : **n°641**.

Cass. avis 29 sept. 2008, obs. Cholet, *Gaz. Pal.* 30 oct. 2008 : **n°179**.

Cass. avis 4 mai 2010, rapport Alt, obs. Marotte, *B.I.C.C.*, 1^{er} juill. 2010, p. 18 : **n°112**.

Cass. avis 25 juin 2012, *Jurisdata* n°2012-014534, obs. Gerbay, *JCP G* 2012, act. 814, Perrot, *R.T.D.civ.* 2012, p. 772 : **n°104, n°151**.

Cass. avis 21 janv. 2013, *JurisData* n°2013-000902 : **n°104**.

- Cours d'appels.

CA Lyon, 7 janv. 1957 ; obs. Raynaud (P.), *R.T.D.civ.* 1958, p. 135 : **n°188**.

CA Paris, 11 juill. 1978, *Gaz. Pal.* 1979, 1, somm. 64 : **n°130**.

CA Versailles, 23 janv. 1991, *D.* 1991, *IR* 143, obs. Perrot, *R.T.D.civ.*, p. 597 : **n°311**.

CA Pau, 30 mai 1990, note Larribau-Terneyre, *D.* 1990, p. 20 : **n°336**.

CA Dijon, 10 févr. 1993, note Ninivin le, *JCP G*, 1994, II, 22246 : **n°335**.

CA Pau, 26 juin 1995, *D.* 1996, p. 214, note Larribau Terneyre : **n°336**.

CA Paris, 19 juin 2002, *RG* proc. n°2000/10170 : **n°100**.

CA Versailles, ch.2, sect.1, 16 mars 2006, n°05/00036 : **n°501**.

CA Bordeaux, 20 nov. 2006, *JurisData* n°2007-037783 : **n°216**.

CA Dijon, ch. civ. B., 12 janv. 2007, n°05/01614 : **n°501**.

CA Nancy, 2^e ch. Com., 26 sept. 2007, n°06/0221, *D.* 2008, p.1120 ; note Boutonnet, *D.* 2008, p. 1120 ; comm. Lamoureux, *JCP G* 2008, II, 10091 : **n°603**.

CA Paris, 29 avr. 2009, n°2008/11907, obs. Chevrier, *D.* 2009, p. 1352 ; obs. Delebecque, *D.* 2009, p.2714 ; obs. Claudel, *R.T.D.com.* 2010, p. 73 : **n°645**.

CA Paris, pôle 4, ch. 3, 4 mars 2010, n°08/20021 : **n°501**.

CA Rennes, ch. 2, 5 avr. 2011, n°142, 11/01257 : **n°501**.

CA Paris, 25 mai 2011, *JurisData* n°2012-014497 : n°636.

CA Paris, 1 ch., 28 juin 2011, n°11/06580 : n°637.

CA Douai, 7^e ch., 29 août 2011, n°11/01162 : n°635.

CA Douai, 7^e ch., 1 sept. 2011, n°11/01022 : n°635.

CA Bordeaux, 21 sept. 2012, *JurisData*, n°2012-022120 : n°636.

CA Aix en Provence, 8^e ch. A, 13 oct. 2011, *JurisData* n°2011-022672, obs. Gerbay, *JCP G* 2011, 1192 : n°638.

CA Poitiers, 1^e ch., 4 nov. 2011, n°11/00122 : n°635.

CA Caen, 8 nov. 2011, n°11/02320, obs. Bléry, *JCP G*, 2011, 1271 : n°635.

CA Versailles, ord. 11^e ch. 1 déc. 2011, n°11-03940, *JurisData* n°2011-030268, Gerbay, *JCP G* 2012, 69 : n°151.

CA Bordeaux, 1^e ch. 15 févr. 2012, n°11/05730, *JurisData* n°2012002738, Gerbay, *JCP G*, 2010, 351 : n°97.

- Tribunaux d'instance/ de grande instance

TGI Nanterre, 4 mars 1974, *Gaz. Pal.* 1975, 2, p. 492 : n°130.

TGI Versailles, 21 mars 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 2, somm. 207 : n°129.

TI Nancy, 11 août 1983, obs. Perrot, *R.T.D.civ.* 1984, p. 165 : n°176.

TGI Toulouse, 21 déc. 1964, note Debbasch, *D.* 1965, p. 401 : n°50.

TGI Bourgoin, 27 févr. 1981, obs. Groslière, *D.* 1983, IR. 33 : n°93.

TGI Paris 28 avr. 1993, obs. Massis, *D.* 1995, p. 263 : n°50.

TGI Le Mans JME, 22 mars 2007, obs. Granet, *Procédures* 2007, focus 26 : n°90.

6/ COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE.

CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, *Gaz. Pal.* 1979, p. 145 : n°372.

CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, aff. 222-84, *Rec.* 1651 : n°535.

CJCE 19 juin 1990, *Factortame*, note Fourgoux, *D.* 1990, p. 547 : n°372.

CJCE, 11 juill. *Verholen*, *Rec.* p. 3757 : n°372.

CJCE, 14 déc. 1995, *Van schijndel*, *Rec.* p. 4705 : n°372.

CJUE, 4 oct. 2007, *Rampion* C-429/05 : n°711.

CJUE, 2 déc. 2009, *Commission c/ Irlande*, C-89/08P : n°711.

6/ COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME.

CEDH, 17 janv. 1970, *Delcourt c/ Belgique*, série A, n°11, obs. Callewaert, *R.T.D.H.* 1992, p. 201 : n°552, n°677.

CEDH, 21 févr. 1975, *Golder c/ R.U.*, série A., n°18, §36, *G.A.C.E.D.H.* n°23 ; note Pelloux, *A.F.D.I.*, 1975, 330 : n°535.

CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, série A, n°32, *GACEDH*, n°2, chron. Rolland, *J.D.I.* 1982, p. 187 ; Pelloux, *A.F.D.I.* 1980, p. 323 : n°554.

CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyre c/ Belgique*, n° 6878/75 ; 7238/75 : n°572.

CEDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster*, obs. Cohen-Jonathan, *CDE* 1982, p. 226 ; obs. Rolland, *J.D.I.* 1982, p. 220 : n°675.

CEDH, 1^{er} oct. 1982, *Piersack c/ Belgique*, obs. Tavernier, *J.D.I.* 1995, p. 210 : n°675.

CEDH, 12 oct. 1982, *Boddaert c/ Belgique*, série A, n°1219/87 : n°631.

CEDH, 22 oct. 1984, *Sramek c/ Autriche*, série A, n°84, n°8790/79 : n°535, n°681.

CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, série A, n°154, *GACEDH*, n°31, obs. Tavernier, *J.D.I.* 1990, p. 727, obs. Coussirat-Coustère, *A.F.D.I.* 1991, p. 585 : n°564, n°565.

CEDH, 1 mars 1990, *Kristinsson c/ Islande*, série A, n°171-b, obs. Tavernier, *J.D.I.* 1991, p. 773 : n°563.

CEDH, 20 févr. 1991 *Vernillo c/ France*, série A. n°198 : n°633.

CEDH, 30 oct. 1991, *Borgers c/ Belgique*, série A, n°214-1, *G.A.C.E.D.H.*, n°30, p. 332, note Wauters, *R.D.I.D.C.* 1992, p. 125 ; note Callewaert, *R.T.D.H.* 1992, p. 204 ; obs. Sudre, *R.U.D.H.* 1992, p. 6 ; obs. Decaux, *J.D.I.* 1992, p. 797 : n°677.

CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz Mateos c/ Espagne*, série A, n°262 : n°118.

CEDH, 24 août 1993, *Nortier c/ Pays-Bas*, série A, n°267, obs. Van Compernelle, *R.T.D.H.* 1994, p. 429 : n°564.

CEDH, 27 oct. 1993, *Dombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas*, série A, n°274, Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 10ème éd. 2007, n°82 : n°648.

CEDH, 24 nov. 1994, *Beaumartin c/ France*, A. 296-B, §38, note, Prétot, *D.* 1995, p. 235 ; Sudre, *JCP G* 1995, I, 3823 : n°537.

CEDH, 9 déc. 1994, *Les Saints Monastères c/ Grèce*, note Worms, *Gaz. Pal.* 28/09/1995, jurispr. p. 537 : n°535.

CEDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c/ Espagne*, *G.A.C.E.D.H.* n°3, p. 30 : n°675.

CEDH, Gr. Ch., 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, *G.A.C.E.D.H.* n°1, obs. Sudre, *R.U.D.H.* 1996, p. 6 ; Cohen-Jonathan, *R.G.D.I.P.* 1998, p. 123 ; Cot, *R.T.D.H.* 1998, p. 102 : n°15.

CEDH, 23 oct. 1995, *Schmautzer c/ Autriche*, n°15523/89 : n°537.

CEDH, 4 déc. 1995, *Bellet c/ France*, note Harichaux, *JCP G* 1996, II, 22648 : n°349.

CEDH, 20 févr. 1996, *Lobo Machado c/ Portugal*, note Benoît-Rohmer, *R.T.D.eur.* 1997, p. 373 : n°678.

CEDH, 23 oct. 1996, *Sté Levages Prestations Services c/ France*, obs. Fricero, *D.* 1997, p. 209 ; obs. Sudre, *JCP G* 1997, I, 4000, n°23 ; obs. Cohen-Jonathan, *Justices* 1997-1, p. 197 : n°552.

CEDH, 23 oct. 1996, *Ankerl c/ Suisse*, req. n°17748/91 : n°649.

CEDH, 25 juin 1997, *Van Orshoven c/ Belgique*, obs. Flauss, *A.J.D.A.* 1997, p. 988, *R.G.D.P.* 1998, p. 237 ; obs. Fricero, *D.* 1997, p. 359 ; Marguénaud, *R.T.D.civ.* 1997, p. 1006 ; obs. Tavernier, *J.D.I.* 1998, p. 197 : n°678.

CEDH, 6 août 1997, *De Haan c/ Pays Bas*, obs. Sudre *JCP G* 1998, I, 107 : n°238.

CEDH, 24 nov. 1997, *Werner c/ Autriche*, série A, n°282 : n°118.

CEDH, 31 mars 1998, *Reinhard et Slimane-Käid c/ France*, note Soler, *JCP G* 1999, II, 10074 : n°678.

CEDH, 12 juill. 1998, *Schenk c/ Suisse*, n°10862/84 : n°646.

CEDH, 21 déc. 2000, *Wettstein c/ Suisse*, *Rec. 2000* : n°572.

CEDH, 6 juin 2000, *Morel c/ France*, chron. Boyet, *D.* 2001, p. 328 ; chron. Sudre, *JCP G* 2001, I, 291 ; obs. Fricero, *D.* 2001, p. 1062 ; obs. Niboyet, *D.* 2001, p. 1610, note Garaud, *JCP E* n°19, p. 797 : n°564, n°568.

CEDH, 22 juin 2000, *Coëme c/ Belgique*, n°32492/96 : n°536.

CEDH, 25 juill. 2000, *Tierce et al. c/ Saint-Marin*, obs. Sudre, *JCP G* 2001, I, 291, n°24 : n°567.

CEDH, 26 oct. 2000, *Kudla c/ Pologne*, *G.A.C.E.D.H.* n°40, p. 443 et suiv, obs. Andriantsimbazovina ; obs. Flauss, *R.T.D.H.* 2002, p. 179 ; obs. Frumer, *J.T.D.E.* 2001, p.4

9 ; obs. Marguénaud, *R.T.D.civ.* 2001, p. 442 ; obs. Tavernier, *J.D.I.* 2001, p. 191 : n°532, n°633.

CEDH, 14 nov. 2000, *Annoni di Gussola c/ France*, obs. Fricero, *D.* 2001, p. 1061 ; obs. Marguénaud, *R.T.D.civ.* 2001, p. 445 : n°553.

CEDH, 11 janv. 2001, *Patakou c/ Grèce*, obs. Marguénaud, *Dr. et proc.* 2001, p. 233 : n°97.

CEDH, 12 juin 2001, *Giummarra et allii c/ France*, obs. Sudre, *JCP G* 2002, I, 105, n°31 : n°633.

CEDH, 6 déc. 2001, *Tsironis c/ Grèce*, obs. Fricero, *Dr. et proc.* 2002-2, p. 92 : n°97.

CEDH, 26 mars 2002, *Lutz c/ France*, obs. Sudre, *JCP G* 2002, I, 157, n°19 : n°532.

CEDH, 27 août 2002, *Didier c/ France*, obs. Sudre, *JCP G* 2003, I, 109, n°6 ; chron. Sudre, Labayle, *R.F.D.A.* 2003, p. 939 : n°681.

CEDH, 13 févr. 2003, *Chevrol c/ France*, n°49639/99, §63, note Moutouh, *D.* 2003, p. 931 : n°537.

CEDH, 5 févr. 2004, *Litoselitis c/ Grèce*, req. n°6277/11 : n°673.

CEDH, 17 févr. 2004, *Maestri c/ Italie*, obs. Benzimra-Hazan, *J.D.I.* 2005, p. 540 ; obs. Flauss, *A.J.D.A.* 2004, p. 1809 : n°572.

CEDH, 8 juill. 2004, *Ilascu et allii c/ Moldavie et Russie*, *GACEDH*, n°70, p. 773 : n°676.

CEDH, 26 oct. 2004, *Kurt Kellermann c/ Suède*, n°41579/98 : n°562.

CEDH, 30 nov. 2004, *Karasova c/ République Tchèque*, req. n° 71545/01 : n°673.

CEDH, 3 nov. 2005, *Marien c/ Belgique*, req. n°46046/99 : n°672.

CEDH, 13 avr. 2006, *Fedotova c/ Russie*, n°73225/01 : n°536.

CEDH, 8 juin 2006, *Sürmeli c/ Allemagne*, req. n°75529/01 : n°673.

CEDH, 10 oct. 2006, *L.L. c/ France*, n°7508/02, *D.* 2006, p. 2692 ; obs. Hauser, *R.T.D.civ.* 2007, p. 95 : n°647.

CEDH, 14 nov. 2006, *Ong c/ France*, note Fricero, *Procédures* 2007, comm. 63 : n°553.

CEDH, 20 sept. 2007, *Barbier c/ Belgique*, req. n°24731/03 : n°672.

CEDH, 11 oct. 2007, *Bekir-Ousta et allii c/ Grèce*, req. n°351551/05 : n°673.

CEDH, 16 oct. 2007, *Nicolai de Gorhez c/ Belgique*, req. n°11013/05 : n°673.

CEDH, 23 oct. 2008, *Bodeving c/ Luxembourg*, req. n°40761/05 : n°673.

CEDH, 3 févr. 2009, *Poelmans c/ Belgique*, n°44807/06, note Fricero, *Procédures* 2009, comm. 81 : n°673.

CEDH, 11 juin 2009, *Stamouli c/ Grèce*, req. n°55862/07 : n°673

CEDH, 22 sept. 2009, *Lazarzscu c/ Roumanie*, req. n°3912/03 : n°673.

CEDH, 6 janv. 2010, *Vera Fernandez-Huidobro c/ Espagne*, n°74181/01, §105 ; obs. Durand, *J.D.I.* 2011, n°4, chron. 12 : n°561.

CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c/ Pologne*, note Bonfils, *D.* 2010, p. 1324, obs. Douchy-Oudot, *D.* 2011, p. 1107 : n°567.

CEDH, 20 avr. 2010, *Toader c/ Roumanie*, req. n°25811/04 : n°673.

CEDH, 27 juill. 2010, *Alecu c/ Roumanie*, req. n°28194/03 : n°673.

CEDH, 21 sept. 2010, *SC placebo Consult SRL c/ Roumanie*, req. n°28529/04 : n°673.

CEDH, 31 mars 2011, *Chatellier c/ France* n°34658/07, note Fricero, *Procédures* 2011, comm. 171 ; obs. Marguénaud, *R.T.D.civ.* 2011, p. 313 : n°553.

CEDH, 26 mai 2011, *Legrand c/ France*, n°23228/08, obs. Fricero, *Procédures* 2011, comm. 229 ; *Dr. et proc.* 2011, p. 236 : n°411.

**CEDH, 3 avr. 2012, *Boulois c/ Luxembourg*,
req. 37575/04 : n°535.**

**CEDH, 4 juin 2013, *François Marc Antoine
c/ France*, n°54984/09, note Fricero,
Procédures 2013, 241 : n°679.**

**7/ COMMISSION EUROPEENNE DES
DROITS DE L'HOMME.**

**Com. EDH, 16 sept. 1966, *Süssmann c/
Allemagne*, n°20024/92 : n°631.**

**Com. EDH, 12 oct. 1978, *Zand c/ Autriche*,
DR, 15, p. 70 : n°536.**

**Com. EDH, 3 déc. 1986, *Winand c/ Belgique*,
n° dossier 10493/83 : n°671.**

**Com. EDH, 4 sept. 1996, *De Brabandere c/
Belgique*, req. n°21010/92 obs. Flauss,
A.J.D.A. 1997, p. 987 : n°677.**

Index analytique

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Accord d'amiable composition : 13 ; 389-392.

Accord procédural : 13 ; 380-388.

Acte juridictionnel : 262-234 ; 333-338 ; 346 ; 382 ; 390-391 ; 401 ; 419 ; 426 ; 429 ; 431.

Acte juridique : 27 ; 42 ; 229 ; 248 ; 322-324 ; 330 ; 339-340 ; 254 ; 401 ; 705.

Action en justice : 538-543.

Action juridique : 330-336.

Acquiescement : 189 ; 434.

Allégation : *V. Charges processuelles*

Appel : *V. Voie de recours ordinaires*

Arbitrage : 6.

Autorités administratives indépendantes : 261 ; 579 ; 681.

Autorité de la chose jugée : 395-415.

Autorité de la chose motivée : 415-420.

B

Bonne administration de la justice : 15 ; 78 ; 170 ; 409-410 ; 631 ; 671-673.

C

Caducité de l'acte introductif d'instance : 134 ; 183 ; 434 ; 635-638.

Charges processuelles :

- **Charge de l'allégation** : 2 ; 9 ; 65-66 ; 69-74 ; 618.
- **Charge de la preuve** : 2 ; 9 ; 39 ; 65-66 ; 75-80 ; 618.

Cause :

- **De la demande** : 2 ; 59 ; 60 ; 373 ; 408 ; 515 ; 519.
- **De l'autorité de la chose jugée** : 408-414 ; 426.

Célérité (principe) : 28 ; 84 ; 106 ; 117 ; 631-643 ; 653 ; 671-674.

Communication des pièces : 12 ; 104 ; 147-152 ; 311 ; 645-651.

Conclusions : 82 ; 99-104 ; 114-117 ; 120 ; 130-131 ; 142-146 ; 191 ; 233 ; 515 ; 634-638 ; 641.

Constitutionnalisation : 616 ; 666 ; 683-695.

Contradictoire/ Contradiction (principe) : 118-152 ; 305-312 ; 360 ; 451 ; 515 ; 620-629 ; 677-679.

Contrat judiciaire : 323 ; 339-352 ; 381 ; 389.

Contrôle de légalité de la norme:

- **De la norme juridictionnelle** : 242-255 ; 537.
- **De la norme conventionnelle** : 322-352 ; 708.

Contrôle de légalité de la motivation de la norme (contrôle de légalité de la qualification juridique) : 359-393.

Coopération (principe de) : 13 ; 18 ; 20-21 ; 71 ; 79-80 ; 84 ; 100-104 ; 281 ; 304 ; 320 ; 406.

D

Da mihi factum, dabo tibi jus : 3 ; 13 ; 20 ; 30 ; 265 ; 523 ; 704.

Défenses :

- ***Défenses au fond :*** 191.
- ***Défenses procédurales :*** 161-172.

Dénaturation des conclusions : 284.

Dénaturation du contrat : 601.

Demande :

- ***Additionnelle :*** 220 ; 222-225 ; 239.
- ***Implicite :*** 292-296 ; 399 ; 406.
- ***Indivisible :*** 297-303.
- ***Initiale :*** 35 ; 192 ; 195.
- ***Nouvelle :*** 219-226 ; 233 ; 239 ; 252 ; 558 ; 641.
- ***Procédurale :*** 157 ; 160-190 ; 423-424 ; 429 ; 432 ; 569.
- ***Reconventionnelle :*** 62 ; 196-198 ; 216 ; 220-221.
- ***Substantielle :*** 157 ; 191-213 ; 272 ; 423-427.
- ***Virtuelle :*** 292-296 ; 406 ; 425.

Délai raisonnable : 84 ; 145 ; 532 ; 631-643 ; 671-674.

Déni de justice : 278 -279.

Désistement :

- ***D'action :*** 185-188 ; 434.
- ***D'instance :*** 182 ; 186 ; 434.

Distinction droit / fait : 3 ; 13 ; 21 ; 248 ; 521.

Droit au juge (*droit à un tribunal*) : 532-549 ; 552 ; 555 ; 636 ; 708.

E

Egalité des armes : 648-651 ; 677-678.

Exception de procédure : 161-165 ; 172 ; 179 ; 421 ; 432-433.

F

Faits adventices : 13 ; 72-73 ; 280-288.

Fait juridique (*litige*) : 34 ; 40 ; 42 ; 43-58 ; 229 ; 243 ; 247-249 ; 323 ; 401 ; 581 ; 689 ; 704 ; 706 ; 708.

Fin de non-recevoir : 157 ; 161 ; 166-172 ; 429.

Fonction juridictionnelle : 3 ; 6 ; 27 ; 261-265 ; 268-321 ; 322 ; 326 ; 340 ; 356 ; 379 ; 421 ; 423 ; 427 ; 431 ; 432 ; 528 ; 537 ; 581 ; 620 ; 629 ; 707-708.

Force obligatoire du contrat : 599-609.

G

Gracieux : *V. Matière gracieuse*

Garanties procédurales du droit au juge : *V. Contradictoire, égalité des armes, délai raisonnable*

Garanties statutaires du droit au juge : *V. Impartialité, indépendance.*

H

Homologation :

- ***Du contrat judiciaire :*** 324 ; 346-352.
- ***De l'acte gracieux :*** 324 ; 331-338.

I

Immutabilité du litige (principe de l') : 2 ; 27 ; 35-37 ; 192 ; 257 ; 447 ; 558 ; 704.

Impartialité du tribunal : 561-580 ; 701.

Impulsion (principe d') / Principe d'initiative : 4 ; 12 ; 66-68 ; 80 ; 84-117 ; 125 ; 129 ; 145 ; 157 ; 160-190 ; 422 ; 441 ; 466-467 ; 618-619 ; 630-651 ; 671-674 ; 710.

Incident d'instance : 157 ; 179-190.

Indépendance du tribunal : 562.

Indisponibilité des droits : 323 ; 341 ; 344 ; 347.

Intérêt à agir : 48-52.

Interprétation du juge :
- *Des contrats* : 601.
- *Des demandes* : 290 ; 566.

Interprétation doctrinale : 23 ; 513-520.

Intervention : 207-213 ; 217 ; 224-225.

Irrecevabilité des conclusions : 130-131 ; 424 ; 635-638.

J

Jugement :
- *Jugement sur le principal (jugement au fond)* : 423-428.
- *Jugement sur la procédure* : 429-436.

Justice consensuelle : 5 ; 538.

L

Légalité : *V. Contrôle de légalité*

Liberté contractuelle : 5 ; 10 ; 341-345 ; 380 ; 581-598 ; 689 ; 691.

Libre disposition des droits : 73 ; 79 ; 345 ; 379.

Litige : *V. Fait juridique*

Loi étrangère : 72-73 ; 79-80 ; 387.

Loyauté (principe de) :

- *en matière procédurale* : 84 ; 147-149 ; 152 ; 171 ; 316 ; 410 ; 619--651.
- *en matière contractuelle* : 16 ; 591-598 ; 603-605.

M

Matière gracieuse : 325-338.

Mesures d'administration judiciaire : 178-179 ; 431-436.

Mesures d'instruction : 13 ; 313-321.

Ministère public : 203-206 ; 677-679.

Motifs / Motivation: *V. Qualification juridique.*

Moyens : 69-74. *V. Qualification juridique.*

N

Neutralité (principe de) : 8 ; 11 ; 269-303 ; 321 ; 374-376 ; 427 ; 519-520 ; 560-580 ; 620-621 ; 628-629. *V. Impartialité.*

Neutralité du juge vis-à-vis du contrat : *V. force obligatoire.*

Norme juridique :
- *Définition* : 461-502.
- *Jurisdictionnelle* : 242 ; 244 ; 247-250 ; 264-265 ; 322 ; 357 ; 366 ; 382.
- *Jurisprudentielle* : 366-367.
- *Conventionnelle* : 322 ; 338 ; 348.

O

Objet :
- *de la demande* : 2 ; 5 ; 35-37.
- *de l'autorité de la chose jugée* : 399-407.

Opposition : *V. Voir de recours ordinaire*

P

Partie :

- *Initiale au procès* : 201-206
- *Secondaire au procès* : 207-213.

Péremption d'instance : 183 ; 434.

Prétention : 60-64.

Preuve : *V. charges processuelles, mesures d'instruction.*

Principes :

- *V. Contradictoire.*
- *V. Coopération.*
- *V. Célérité.*
- *V. Immutabilité du litige*
- *V. Initiative.*
- *V. Loyauté.*
- *V. Neutralité.*
- *V. Unité du litige.*

Principes directeurs (notion) : 656-660.

Principes généraux (notion) : 661-668.

Pourvoi en cassation : *V. Voie de recours extraordinaires*

Q

Qualification juridique des faits : 3 ; 71 ; 264 ; 359-393 ; 415.

Question prioritaire de constitutionnalité : 694.

R

Radiation : 115-116 ; 177 ; 178 ; 434 ; 552-554 ; 635.

Recours en révision : *V. Voies de recours extraordinaires.*

Règle de droit : *V. Norme juridique*

Requalification juridique : *V. Qualification juridique.*

Risques processuels : *V. Charges processuelles*

S

Saisine (mise au rôle) :

- *Du juge* : 107-113
- *D'office* : 574-579.

Syllogisme : *V. Qualification juridique.*

Sursis à statuer : 177 ; 179-180 ; 434.

Systématisation doctrinale : 23 ; 473 ; 521-523.

T

Tierce opposition : *V. Voie de recours*

Tiers : *V. Partie.*

Transaction : 185 ; 342-344 ; 346 ; 348 ; 521-552.

Tribunal :

- *établi par la loi* : 535-536.
- *de pleine juridiction* : 535-537.

U

Unité du litige (principe de) : 37 ; 158 ; 214-226 ; 231-237 ; 240 ; 253 ; 266 ; 269-303 ; 406 ; 408 ; 426 ; 556-559 ; 635.

V

Voie de recours :

- *Distinction voies de recours ordinaires/voies de recours extraordinaires* : 227-229.
- *Ordinaires* : 230-241 :
 - Appel: 231-237.0
 - Opposition : 238-241.
- *Extraordinaires* : 242-255.
 - Recours en révision : 244-246.
 - Pourvoi en cassation : 247-250.
 - Tierce opposition : 251-255.

Table des matières

SOMMAIRE	5
PRINCIPALES ABREVIATIONS	7
INTRODUCTION	9
1^{ERE} PARTIE : UN PRINCIPE TECHNIQUE	31
<i>Titre I L'objet du principe dispositif, l'office des parties quant au litige</i>	<i>33</i>
Chapitre 1- La délimitation du litige par la formulation des demandes	35
Section 1 - Les demandes, contenu de la matière litigieuse	35
§ 1. Le litige, le fait juridique.....	36
A. Le fait juridique, la cause du procès.....	36
B. Le fait non juridique, le fait étranger au procès.....	38
1. Le caractère juridique du fait, l'intérêt légitimement protégé.....	39
2. Le caractère juridique du fait caractérisé par l'ouverture du droit d'action.....	41
§ 2. Les prétentions, la matière litigieuse	43
A. Le principe dispositif, la maîtrise des prétentions.....	44
B. Le fondement textuel du principe dispositif, l'article 4 du Code de procédure civile.....	46
1. Le moyen, instrument de motivation de la prétention	47
2. La preuve, instrument de légitimation de la prétention	50
Section 2 - Les actes de procédure, contenant de la matière litigieuse.....	53
§ 1. L'émission des actes de procédure dépendante du principe d'initiative	53
A. Une émission conditionnée par le respect de la forme des actes de procédure	54
1. Le respect de la forme de l'acte introductif d'instance	54
a. Le principe dispositif, dépendant de la régularité du contenu de l'acte introductif d'instance.....	55
b. Le principe dispositif, dépendant de la régularité de la notification de l'acte introductif d'instance	58
2. Le principe dispositif dépendant du respect de la forme des conclusions en défense ..	60
B. L'émission des actes de procédure dans les délais requis	64
1. L'émission de l'acte introductif d'instance dans les délais requis	64
2. L'émission des conclusions dans les délais requis.....	68

§ 2. L'émission des actes de procédure dépendante du principe du contradictoire	69
A. L'émission des actes de procédure, dépendante du droit de savoir.....	71
1. L'émission des actes de procédure dépendante du droit d'être appelé	71
2. L'émission des actes de procédure dépendante du droit d'être entendu.....	74
a. L'émission des actes de procédure dépendante du droit de constituer avocat	74
b. L'indifférence du défaut de comparaître sur l'émission des actes de procédure	76
B. Le devoir de communiquer, dépendant de l'émission des actes de procédure.....	78
1. Le devoir de communiquer les conclusions en temps utile indispensable pour l'émission des actes de procédure.....	79
2. Le devoir de communiquer les pièces indifférent pour l'émission des actes de procédure	81
 Conclusion du Chapitre 1	85
 Chapitre 2 - La délimitation d'un litige par la formulation des demandes	87
Section 1 - La délimitation d'un litige par la formulation des demandes substantielles	88
§ 1. La formulation de demandes procédurales, manifestation du principe d'initiative	88
A. Le relevé d'exceptions de procédure et de fins de non-recevoir, manifestation du principe d'initiative.....	88
1. Le relevé d'une exception de procédure, manifestation de la formulation d'une prétention procédurale	89
2. Le relevé d'une fin de non-recevoir, manifestation d'une prétention procédurale	90
B. Le relevé d'incidents d'instance, manifestation du principe d'initiative.....	94
1. Le relevé d'incidents relatifs au déroulement de la procédure	94
2. Le relevé d'incidents relatifs à l'extinction de l'instance	97
§ 2. La formulation de demandes substantielles, manifestation du principe dispositif.....	101
A. La mutabilité de la demande initiale, conséquence du principe dispositif.....	102
1. La mutabilité de la demande initiale, conséquence de la pluralité des demandes formulées par les parties initiales au procès.....	102
a. La mutabilité de la demande initiale, conséquence de la pluralité des demandes formulées par les parties privées.....	102
b. La mutabilité de la demande initiale, conséquence de la pluralité des demandes formulées par les parties publiques.....	105
2. La mutabilité de la demande initiale, conséquence de la pluralité des demandes formulées par les parties secondaires au procès.....	107
B. L'interdiction de la mutabilité du litige, conséquence du principe de l'unité du litige ...	110
1. L'encadrement de la recevabilité des demandes dans le cadre de l'instance initiale par l'exigence d'un lien suffisant.....	110
2. L'encadrement de la recevabilité des demandes dans le cadre des voies de recours par l'interdiction des demandes nouvelles	111

Section 2 -	La délimitation d'un litige devant le juge ordinaire	115
§ 1.	L'application du principe dispositif dans le cadre des voies de recours ordinaires	116
A.	La délimitation d'un litige dans le cadre de l'appel	116
B.	La délimitation d'un litige par la voie de l'opposition	119
§ 2.	L'inapplication du principe dispositif dans le cadre des voies de recours extraordinaires	121
A.	L'inapplication du principe dispositif dans le cadre des voies de recours extraordinaires ouvertes aux parties.....	121
1.	L'inapplication du principe dispositif dans le cadre du recours en révision.....	121
2.	L'inapplication du principe dispositif dans le cadre du pourvoi en cassation	122
B.	L'inapplication du principe dispositif dans le cadre de la voie de recours extraordinaire ouverte au tiers.....	124
Conclusion du Chapitre 2		127
Conclusion du Titre I.....		129
Titre II La finalité du principe dispositif, l'office du juge quant au litige		131
Chapitre 1 - Trancher un litige.....		135
Section 1 -	Trancher un litige, l'office du juge du fait juridique	135
§ 1.	La finalité du principe dispositif, trancher un litige en étant neutre.....	136
A.	Trancher un litige en étant neutre, ne trancher que le litige.....	137
1.	L'interdiction pour le juge de statuer en dehors des prétentions des parties, inhérente à la fonction juridictionnelle.....	137
2.	La faculté pour le juge de relever des faits adventices, inhérente à la fonction juridictionnelle.....	140
B.	Trancher un litige en étant neutre, trancher tout le litige	144
1.	Trancher tout le litige, trancher les demandes implicites.....	145
2.	Trancher tout le litige, trancher les demandes indivisibles	147
§ 2.	La fonction juridictionnelle, trancher un litige en étant actif.....	150
A.	Trancher tout le litige en observant la contradiction.....	150
B.	Trancher tout le litige en ordonnant des mesures d'instruction	153
Section 2 -	Entériner un acte juridique, l'office du juge de l'acte juridique.....	158
§ 1.	L'absence de fonction juridictionnelle du juge de l'acte gracieux.....	160
A.	L'exclusion des principes directeurs en matière gracieuse	161

B. L'homologation de l'acte gracieux, un acte non juridictionnel.....	164
§ 2. L'absence de fonction juridictionnelle du juge du contrat judiciaire.....	166
A. Le contrat judiciaire, manifestation de la liberté contractuelle.....	167
B. L'homologation du contrat judiciaire, un acte non juridictionnel.....	169
Conclusion du Chapitre 1.....	175
Chapitre 2 - Trancher un litige en motivant dans le jugement.....	177
Section 1 - La finalité du principe dispositif, le contrôle de la qualification juridique de la demande.....	178
§ 1. Le contrôle de l'application du droit aux faits, un contrôle de la légalité des qualifications juridiques proposées par les parties.....	178
A. Un contrôle de légalité commandé par le principe dispositif.....	178
B. Un contrôle de légalité devant s'opérer dans le respect du principe dispositif.....	184
§ 2. Un contrôle de légalité des qualifications juridiques dépendant de la volonté des parties	188
A. L'exclusion du contrôle de légalité des qualifications juridiques en cas d'accord procédural.....	188
B. L'exclusion du contrôle de légalité des qualifications juridiques en raison de l'accord d'amicable composition.....	192
Section 2 - La finalité du principe dispositif, l'obtention d'un jugement portant sur le principal.....	194
§ 1. Les prétentions, l'objet du dispositif du jugement.....	195
A. Les prétentions, l'objet de l'autorité de la chose jugée.....	195
1. L'identité de l'objet, l'identité de prétentions.....	196
2. L'identité de la cause, l'identité de litige.....	201
B. Les moyens, l'objet de l'autorité de la chose motivée.....	204
§ 2. Les prétentions substantielles, l'objet du dispositif du jugement statuant sur le fond.....	207
A. La finalité du principe dispositif, l'obtention d'un jugement sur le principal.....	208
B. L'obtention du jugement sur le principal, dépendant du jugement de procédure.....	211
Conclusion du Chapitre 2.....	215
Conclusion du Titre II.....	217
CONCLUSION DE LA 1^{ÈRE} PARTIE.....	219

2^{EME} PARTIE : UN DROIT FONDAMENTAL	221
<i>Titre I L'établissement de la nature de ce droit fondamental</i>	<i>223</i>
Chapitre 1 - Une norme juridique.....	225
Section 1 - Le principe dispositif, une norme juridique saisie par la doctrine.....	227
§ 1. La normativité du principe dispositif	227
A. Le principe dispositif, signification d'une proposition indiquant un modèle de conduite	227
B. Le principe dispositif, signification d'une proposition indiquant un modèle de conduite sur un mode impératif.....	230
1. Les doutes sur l'impérativité du principe dispositif.....	230
2. La levée des doutes sur l'impérativité du principe dispositif.....	232
§ 2. La juridicité du principe dispositif	235
A. Définition de la juridicité	235
1. La remise en cause de la définition classique	235
a. Remise en cause du critère tiré de la généralité	236
b. Remise en cause du critère tiré de la sanction	237
2. Présentation de la définition nouvelle.....	240
B. La juridicité du principe dispositif	242
Section 2 - Le principe dispositif, une norme juridique révélée par la doctrine.....	244
§ 1. Le principe dispositif, un vocable de la doctrine.....	245
A. La doctrine, émettrice du vocable	245
B. La doctrine, réceptrice du vocable	248
§ 2. Le principe dispositif, identifié par la doctrine	249
A. La connaissance du principe dispositif par l'interprétation du droit	249
1. Par l'interprétation de la jurisprudence	250
2. Par l'interprétation de la loi	250
B. La connaissance du principe dispositif par la systématisation du droit.....	252
Conclusion du Chapitre 1	255

Chapitre 2 - Une norme juridique de degré supérieur	257
Section 1 - Le principe dispositif, une garantie procédurale du procès équitable	257
§ 1. Le procès équitable, le droit pour les parties à la délimitation d'un litige devant le juge ..	258
A. La délimitation <i>du</i> litige, garantie par le procès équitable	258
1. La délimitation du litige, garantie par la protection conventionnelle du droit au juge	259
2. La délimitation du litige, garantie par la protection constitutionnelle du droit au juge	264
B. La délimitation <i>d'un</i> litige, garantie par le procès équitable	267
1. Le droit à la délimitation d'un litige, garanti par la jurisprudence européenne	267
2. Le droit à la délimitation d'un litige garanti par la jurisprudence constitutionnelle ...	269
§ 2. Le procès équitable, le droit à la délimitation du litige sans le juge	271
A. La neutralité, garantie par la jurisprudence européenne	271
1. La préservation de la neutralité par l'impartialité fonctionnelle	273
2. La garantie de la neutralité par l'impartialité personnelle	276
B. La neutralité, garantie par la jurisprudence constitutionnelle	277
Section 2 - Une garantie de l'unité de l'office du juge du fait juridique	281
§ 1. Le renouvellement de la liberté contractuelle	282
A. La fundamentalité de la liberté contractuelle au regard du droit positif	282
B. La fundamentalité de la liberté contractuelle au regard du droit prospectif	285
§ 2. Le renouvellement du principe de la force obligatoire	288
A. Au regard du droit positif	288
B. Au regard du droit prospectif	291
Conclusion du Chapitre 2	295
Conclusion du Titre I.....	297
Titre II La clarification du régime de ce droit fondamental	299
Chapitre 1 – Une clarification utile	301
Section 1 - Le principe dispositif menacé par le principe du contradictoire	302
§ 1. Le principe dispositif remis en cause par l'extension du champ d'application de la contradiction en matière de prétentions	302
§ 2. Le principe dispositif remis en cause par l'extension du champ d'application de la contradiction en matière de relevé d'office des moyens	304

Section 2 - Le principe dispositif menacé par le principe d'initiative	306
§ 1. La conciliation du principe dispositif et du droit d'être jugé dans un délai raisonnable....	306
A. L'émission des actes de procédure en appel dans les délais requis.....	308
B. L'émission des actes de procédure dans les formes requises	311
§ 2. La conciliation nécessaire du principe dispositif et du droit d'être jugé loyalement	313
Conclusion du Chapitre 1	317
Chapitre 2 - Une clarification possible.....	319
Section 1 - L'inadéquation des qualifications traditionnelles.....	319
§ 1. L'inadéquation de la qualification de principe directeur.....	319
§ 2. L'inadéquation de la qualification du principe général du droit	323
Section 2 - Le renouvellement de la qualification	327
§ 1. L'utopie de la conventionnalisation par la Cour européenne.....	327
A. La connaissance d'un faux principe dispositif.....	327
B. L'office de la Cour européenne des droits de l'homme	329
§ 2. Le souhait de la constitutionnalisation	333
A. Une constitutionnalisation opportune	334
B. Une constitutionnalisation possible.....	335
1. Les fondements de la constitutionnalisation	336
2. Les techniques de la constitutionnalisation.....	337
Conclusion du Chapitre 2	339
Conclusion du Titre II.....	341
CONCLUSION DE LA 2^{EME} PARTIE.....	343
CONCLUSION GENERALE	345
BIBLIOGRAPHIE	351
INDEX DES DECISIONS	393
INDEX ANALYTIQUE	411
TABLE DES MATIERES.....	415

