



HAL
open science

De la réalisation méthodique du droit au règlement des litiges

Xavier Lagarde

► **To cite this version:**

Xavier Lagarde. De la réalisation méthodique du droit au règlement des litiges. La Semaine juridique. Édition générale, 2019. hal-02125959

HAL Id: hal-02125959

<https://hal.science/hal-02125959>

Submitted on 10 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

De la réalisation méthodique du droit au règlement des litiges

In 2^{EME} SEMINAIRE DE DROIT PROCESSUEL du 21 février 2019 : L'AVENIR DU PROCES CIVIL
Parution à *La Semaine Juridique*, éd. G., supplément au n°14, 8 avril 2019, pp. 25-29

Xavier Lagarde

*Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)
Directeur du Département de Recherche « Sorbonne – Justice et procès (IRJS) »*

Nous nous sommes faits à l'idée que la réalisation du droit et le règlement des litiges vont de pair. Lorsqu'il tranche un litige, le juge le fait en effet selon les règles qui lui sont applicables. Ce modèle décline et, curieusement, c'est de la juridiction gardienne de l'unité du droit que vient le signal d'une accélération. Une dissociation est à l'œuvre et l'idée que les litiges peuvent se résoudre en méconnaissance de la règle applicable prospère tranquillement. Cette forme de libéralisme juridique est acceptable à condition d'éviter la démesure.

Mise en forme au lendemain de la seconde guerre mondiale, la doctrine de Motulsky a durablement tenu lieu de théorie générale du procès civil. Les manuels les plus élémentaires s'en sont faits l'écho en présentant la procédure comme la branche du droit dédiée à la mise en œuvre des droits, ces derniers n'ayant d'autre tréfonds qu'à plus ou moins longue distance, la règle de droit objectif. Un « *droit savant* » sans doute, mais un « *droit servant* » néanmoins, qui « *se superpose au droit substantiel* »¹.

Il est bien difficile de prendre dès aujourd'hui le contrepied de cette présentation alors que, malgré l'importance des réformes en cours, la réécriture de l'article 12 du code de procédure civile n'est pas à l'ordre du jour. Le juge tranche bien le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Sans doute le juge civil ne peut-il introduire lui-même l'instance², mais s'il est saisi, à l'occasion d'un litige, également en matière gracieuse, donc en l'absence de litige, il se détermine en droit. Comme l'a solennellement rappelé la Cour de cassation, « *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* »³. Sauf si les parties le lui demandent, ce qui, en pratique, ne se produit presque jamais, le juge judiciaire fuit l'amiable composition et puise dans la règle les raisons de se décider.

Le paradigme de la réalisation méthodique du droit privé semble en conséquence intact. En tout cas, si chacun se réserve la manière de l'exposer, nul n'imagine de ne pas en instruire les étudiants. Pourtant, il n'est pas impossible que ce modèle soit à la justice civile ce que la loi de l'offre et de la demande est à la réalité des marchés, une théorie dont la pureté fragilise l'efficacité.

Ce qui était prévisible au lendemain du nouveau code de procédure civile (I), l'est peut-être plus encore de nos jours (II). Assurément, l'avenir est incertain (III).

¹ V. par ex. S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, *Procédure civile*, Hypercours, Dalloz 5^{ème} éd., n° 5 p. 4.

² Décision n° 2014-438 QPC du 16 janvier 2015, Point 4 : « *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 l'autorité de chose jugée* ».

³ Cass. Ass. Plén. 21 décembre 2007, Pourvoi n°06-11.343.

*
* *
*

I.- Hier

L'idée selon laquelle juger, c'est dire le droit, aussi communément admise soit-elle, a toujours vu son périmètre contraint par deux butées.

La première a partie liée avec le régime du relevé d'office des moyens de droit. Le *Da mihi factum, dabo tibi jus*, au principe de la réalisation méthodique du droit, conduit logiquement à admettre que le juge a l'obligation d'identifier la règle applicable, même si cette dernière ne l'a pas été par les parties. Pourtant, sauf règles particulières, la jurisprudence ne s'est jamais clairement fixée et l'arrêt d'Assemblée plénière du 21 décembre 2007, ayant retenu que « l'article 12 du nouveau code de procédure civile (...) ne fait pas obligation (au juge), sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes », a déçu sans surprendre. Dans le communiqué sur cet arrêt, le lien fait par la Cour de cassation avec la jurisprudence *Cesareo* a laissé un goût amer⁴. Pour autant, le rapport du Président Loriferne ayant conduit à l'arrêt de 2007 faisait preuve d'équanimité lorsqu'il évoquait une jurisprudence « difficile à inventorier » et pointait les divergences doctrinales. Le juge tranche en droit pour éviter l'arbitraire⁵, d'où il suit qu'en réalité, c'est moins le juge qui est au service de la règle que la règle qui est à son service. Le juge reste libre d'isoler le bon fondement juridique car ce qui importe en premier lieu, c'est l'objectivité d'un raisonnement juridique, serait-il inexact, aux fins de rendre pleinement effective l'exigence d'impartialité.

Les déconvenues de la matière gracieuse ont constitué la seconde alerte. La conception commune de la *jurisdictio* avait conduit une partie de la doctrine, au demeurant inspirée par les meilleurs auteurs⁶, à retenir que la « vérification juridictionnelle » est en quelque sorte la prestation caractéristique du juge, qu'elle intervient en cas ou en l'absence de litige à telle enseigne que l'opposition du contentieux et du gracieux peut être élevée au rang de *summa divisio* de la procédure civile⁷. La jurisprudence n'a jamais vraiment suivie. La matière gracieuse n'a pas donné plus que la chose homologuée, qui n'a jamais été dotée de l'autorité de la chose jugée⁸. C'est le contentieux⁹ qui suscite une telle autorité pour la raison qu'il oblige les parties à un débat contradictoire avant que soit rendue la décision de justice. C'est la contradiction qui constitue le trait distinctif de l'activité juridictionnelle et il a même été jugé « que l'autorité de chose jugée ne s'attache

⁴ S. Guinchard, « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil », in *Mélanges G. Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 379 s.

⁵ v. Cass. civ. 2^{ème} 19 janvier 1983, Pourvoi n° 81-15962, Bull. civ. II n° 10.

⁶ Hébraud, Commentaire de la Loi du 15 Juillet 1944, D. 1946, L. 333

⁷ V. sur ce point, l'excellente analyse des évolutions de la doctrine, de la jurisprudence et de la réglementation sur la matière gracieuse, in *Procédure civile*, C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, 34^{ème} éd., n° 1827 et s.

⁸ Cass. civ. 1^{ère} 6 avril 1994, Pourvoi n° 92-15.170, Bull. civ. I n° 141 : « n'ayant pas l'autorité de la chose jugée, les décisions rendues en matière gracieuse restent susceptibles d'être rapportées ou modifiées si les circonstances dans lesquelles elles ont été prononcées ont elles-mêmes changé » ; v. déjà Cass. civ. 1^{ère} 27 octobre 1992, Pourvoi n° 91-13.449, Bull. civ. I n° 272.

⁹ Cass. civ. 1^{ère} 16 décembre 2015, Pourvoi n° 14-26.419, Bull. civ. I n° 841

qu'aux décisions judiciaires rendues en matière contentieuse sur les contestations débattues entre les parties ou sur lesquelles elles ont été appelées à débattre »¹⁰.

L'écart entre la doctrine et la jurisprudence sur la nature de la matière gracieuse s'inscrit probablement dans une séquence dont l'historicité a été sous-estimée. Il fallait qu'après guerre, le recul de l'indisponibilité propre à l'état des personnes soit compensée par une mise sous contrôle judiciaire de l'autonomie nouvellement accordée aux individus¹¹. D'où l'intervention du juge en l'absence de litige et l'excroissance de la matière gracieuse, à commencer par le divorce sur requête conjointe. Et peut-être à finir par lui, avec la réforme du divorce et les nouveaux pouvoirs qu'elle accorde au notaire que, le 21 mars 2017, la Cour européenne des droits de l'homme a encore qualifié de « *magistrat de l'amiable* »¹².

Depuis toujours, l'intervention d'un officier public déclenche une constante et comprend trois variantes. La constante n'est autre que la force exécutoire qui découle d'une formule, toujours la même et qui vaut exactement la même chose quel que soit le support sur lequel elle est apposée. Sa permanence lui assure une certaine autonomie de sorte qu'elle peut s'imposer alors même qu'une incertitude existe sur les autres effets de l'acte. Ce sont bien ces derniers qui varient et s'étalonnent en considération du niveau d'intensité de la contribution de l'officier public. Celle-ci est portée à son maximum lorsque le juge intervient en matière contentieuse et qu'il tranche un litige, en fait et en droit. Il y a alors autorité de chose jugée. Elle est à son minimum lorsqu'il s'agit simplement de constater des faits dont l'officier public a une connaissance directe et personnelle. Le juge peut le faire, mais il est en droit de déléguer cette fonction à un huissier de justice, dans les conditions prévues à l'article 249 du code de procédure civile. Les constatations font foi jusqu'à inscription de faux, ce qui est une forme d'autorité, au sens d'immutabilité, des faits constatés. La contribution est enfin d'un niveau intermédiaire lorsque l'officier public exerce une fonction de réception qui comprend une vérification des conditions et du contexte dans lequel l'acte réceptionné a été conclu. Elle appartient au juge dans l'exercice de la activité gracieuse, mais également au notaire « *tenu d'assurer l'efficacité de l'acte* »¹³. L'un homologue quand l'autre reçoit, mais l'office est le même. Leur intervention n'a pas à proprement parler d'effet propre, sinon une efficacité substantielle que le juge et le notaire permettent ou renforcent. En tout cas, il est bien certain qu'entre le jugement et le constat, il y a place pour la réception, cette dernière de tous temps partagée. L'officier public qui peut le plus peut aussi le moins et le juge qui tranche un litige est aussi habilité à réceptionner des actes et constater des faits.

Pour autant, l'office du juge, c'est-à-dire la mission qui en constitue le trait distinctif et permet de le séparer des autres offices publics, réside bien dans le fait de trancher des

¹⁰ Cass. civ. 1^{ère} 17 octobre 1995, Pourvoi n° 94-04.025, Bull. civ. I n° 367.

¹¹ G. Cornu, L'élaboration du code de procédure civile, *Rev. Hist. Fac. Dt.* 1995, n°16, p. 241 et s. qui écrivait : « *La réforme de la procédure civile a amplement bénéficié du mouvement de la législation qui a refondu, par pans entiers, le code civil de 1964 aux années 80 (...). Il est historique de marquer que le droit procédural s'est substantiellement nourri du droit substantiel rénové. L'inspiration des deux est civiliste. Un exemple suffirait à le prouver, tant il est démonstratif: c'est l'essor, in utroque jure, de la juridiction gracieuse* ».

¹² CEDH, 21 mars 2017, n° 30655/09 ; *JCP N*, n° 36, 8 sept. 2017, n° 1257, p. 45, obs. J.-P. Marguenaud, C. Dauchez et B. Dauchez, *Defrénois* 22 mars 2018, p. 35, obs. M. Latina.

¹³ V. encore Cass. Ass. Plén. 5 décembre 2014, Pourvoi n° 13-19.674, Bull. Ass. Plén. n°3.

litiges, en toute impartialité, au contradictoire des parties et conformément aux règles de droit qui leur sont applicables. Aussi bien l'entrée en vigueur du code de procédure civile n'a jamais effacé le particularisme processuel de la réalisation méthodique du droit, au moins lorsque celle-ci est le fait du juge.

*
* *

II.- Aujourd'hui

Il semble cependant que l'ambition de régler les litiges prenne aujourd'hui le pas sur l'application de la règle.

La place prise par les modes alternatifs de règlements des litiges est à cet égard significative. En pratique, leurs résultats sont encore incertains. Pour autant, leur promotion marque une conquête idéologique, au point qu'ils ont désormais leur livre dans le code de procédure civile et que depuis quelques années, toute réforme de la procédure, en ce compris la loi de réforme de la justice adoptée par le Parlement le 18 février 2019, y consacre au moins un paragraphe. Il y a là plus qu'un effet de mode puisque jurisprudence et législation convergent pour à terme généraliser l'obligation d'une tentative de règlement l'amiable en préalable à l'exercice d'une action en justice. Ce qui peut somme toute surprendre alors que les pouvoirs publics ont finalement peu de visibilité sur les réussites concrètes des modes amiables¹⁴. Encore que celles-ci soient avérées là où elles étaient sans doute les moins attendues. On devrait retenir qu'en principe, l'indisponibilité chasse l'amiable. Pourtant, c'est en matière familiale et en matière pénale que les alternatives à l'action et au jugement ont depuis longtemps pris de l'épaisseur¹⁵, comme si, au rebours d'une conception première, l'indisponibilité constituait le meilleur terreau de l'amiable. Il est vrai qu'au moins sous un angle théorique, les modes alternatifs laissent cette dernière indemne. Dans ces matières où les volontés des individus sont normalement sans efficacité, il s'opère un transfert de compétence au profit d'autorités publiques seules habilitées à décider. Il peut s'agir du juge en matière civile, du Ministère public en droit pénal, voire d'administrations pour le droit public. Comme ces différentes autorités disposent d'un pouvoir d'appréciation, pouvoir souverain du juge civil, aptitude à juger de l'opportunité de l'action publique ou administrative, elles sont en droit d'utiliser cette marge de manœuvre pour associer les parties intéressées. Certes, l'autorité publique ne dispose pas du pouvoir qui lui est attribué, mais, par faveur pour les règlements amiables, elle est admise à exercer son pouvoir comme les parties en ont décidé, en tout cas, comme elles y consentent.

Cette évolution est significative de ce que l'application des règles pourtant les plus impératives supporte des accommodements raisonnables. Pour le comprendre¹⁶, il peut

¹⁴ V. sur ce point, lors des dernières Rencontres de droit processuel (JCP éd. G., 26 mars 2018, supplément au n°13) les contributions de S. Amrani-Mekki, *Chantier de l'amiable : concevoir avant de construire*, p. 63 et s. ; X. Lagarde, *Ce que « mode alternatif » veut dire*, p. 71 et s.

¹⁵ V. sur ce point, S. Guinchard et alii, *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, 10^{ème} éd., Dalloz 2019, n° 805, p. 1398 et s.

¹⁶ Sur le fait que l'ordre public ne serait guère contraignant en pratique, V.W. Dross, *Ordre public et transaction*, in *La transaction dans toutes ses dimensions*, ss. la dir. de B. Mallet-Bricout et C. Nourissat,

être avancé que les bénéfices attendus des règlements amiables, principalement la pacification des conflits, supportent la comparaison avec les finalités de règles impératives, même les plus impérieuses. L'effet de ces dernières s'atténue lorsqu'un consensus se dessine et une place peut être ainsi faite au règlement amiable, même dans les matières qui, au premier abord, paraissent peu propices à l'expression des volontés individuelles. Si l'objectif de règlement du litige efface avec autant de facilité les exigences de la réalisation du droit, c'est aussi que ce dernier est d'une teneur friable.

Quand tout devient fondamental, même un droit de créance¹⁷, l'exagération est un motif d'inquiétude. Il faut alors mesurer les droits et les articuler avec tact et discernement. *La proportionnalité est la méthode*. Elle éloigne la règle, mais plus encore et plus discrètement, elle dissout les droits. Une jurisprudence récente illustre le propos. Bien que né dans l'incertitude doctrinale¹⁸, le « *droit à la preuve* » est reconnu par la cour de cassation¹⁹, qui juge que « *constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions* »²⁰. Quand un droit est fondamental, il s'en trouve toujours un autre, de même rang, pour en limiter le plein exercice. Ce peut être le droit au respect de la vie privée et la Cour de cassation retient alors, sans surprise, « *que le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi* »²¹. Ces expressions circulent d'arrêts en arrêts, quels que soient du reste les droits concernés. Elles sont le lieu commun de la jurisprudence, le cliché doctrinal des hautes juridictions. Elles passent partout, mais elles sonnent creux. La proportionnalité ne fait que souligner la vacuité des droits en présence. Les deux se valent et l'on aurait aussi bien pu écrire que « *le droit au respect de la vie privée ne peut justifier la rétention d'éléments essentiels à l'exercice du droit à la preuve qu'à la condition que cette rétention soit indispensable au respect de la vie privée et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi* ». Leur égale valeur tient au fait qu'ils sont l'un et l'autre inconditionnés. Il suffit d'être pour avoir droit et il est alors impossible d'examiner les conditions de chacun de ces droits pour identifier si ceux-ci procèdent d'une règle générale ou spéciale, d'une règle de principe ou d'exception. Plus généralement, c'est ainsi la rationalité juridique et l'aide au traitement objectif et raisonné des litiges, en réalité le droit et le discours savant qui le structure en discipline, qui sont ainsi mis de côté. Les droits ne s'en portent pas mieux car s'ils passent le filtre de la règle, ils subissent un déclassement²². En effet, sans opposabilité, les droits ne sont

Dalloz 2006, pp. 63-85. V. également, notre contribution, *Transaction et ordre public*, D. 2000. Chron. 217 s.

¹⁷ V. sur ce point, l'excellente et synthétique analyse de H. Barbier, in *Introduction générale (Traité de droit civil)*, J. Ghestin, H. Barbier, avec le concours de J.-S. Bergé, 5^{ème} éd., LGDJ 2018, n° 336 et s. et n° 678 et s. et les références citées.

¹⁸ G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », in PERELMAN, Chaïm et FORIERS, Paul (dir.), *La preuve en droit*, Travaux du centre national de recherche logique, Bruylant, 1981, p.277-301.

¹⁹ v. par ex. Cass. civ. 1^{ère} 5 juillet 2017, Pourvoi n° 16-22.183, Publié au Bulletin.

²⁰ Cass. com. 15 mai 2007, pourvoi n° 06-10.606, Bull. civ. IV n° 130.

²¹ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère} 25 février 2016, pourvoi n° 15-12.403, publié au bulletin, D. 2016, 884, note Saint-Pau. La Chambre sociale est plus dogmatique ; v. Cass. soc. 26 novembre 2002, P. n° 00-42.401, Bull. civ. V n° 352.

²² Quelque réactionnaire qu'elle puisse aujourd'hui paraître, la critique des droits de l'homme faite par M. Villey reste encore sans contradiction théorique significative, au moins en droit civil ; *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, coll. Questions, 1983, spéc. p. 94 et s.

pas grand-chose. La titularité d'un droit n'a de consistance juridique qu'autant que ce qui vaut pour son titulaire vaut également à l'égard des tiers et que, de la sorte et en principe, ceux-ci ne peuvent faire obstacle à l'exercice du droit. Les droits fondamentaux n'ont pas ce rayonnement. Ils sont d'une égale opposabilité si bien qu'en pratique, ils en sont dépourvus. Faute de préséance, chacun espère de son droit sans savoir ce qu'il autorise. Il n'y a donc plus de droits, simplement des intérêts en présence, ce que la Cour de cassation a bien fini par admettre, sans probablement mesurer la portée du propos²³, en retenant que le droit à la preuve justifie une production pourvu que celle-ci soit « proportionnée aux intérêts antinomiques en présence »²⁴.

Le devenir de l'autorité de la chose jugée complète le tableau qui dévoile le dépérissement de la règle comme outil de traitement des litiges. Il a toujours été admis, paix civile oblige, que la chose mal jugée conserve l'autorité qui lui est due²⁵. La jurisprudence *Cesareo* accentue le trait puisqu'elle permet que l'autorité soit définitivement reconnue à une décision rendue à l'issue d'une instruction bâclée. Elle fait cependant bien plus. En annihilant l'exigence d'une identité de cause, elle substitue la « chose réglée » à la chose jugée.

Lorsque la notion de cause avait encore quelque consistance, il était admis qu'une même prétention pouvait faire l'objet de deux actions successives, pourvu que, lors de la seconde, elle soit fondée sur de nouveaux moyens. Par exemple, un jugement ayant rejeté une action en nullité d'un contrat fondée sur un vice du consentement n'empêchait pas l'examen de la même action fondée sur un défaut de prix réel et sérieux²⁶. Le principe de concentration des moyens que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a consacré le 7 juillet 2006 ne permet plus d'invoquer un nouveau moyen pour échapper à l'autorité de chose jugée. L'identité d'objet autorise à elle seule le jeu de l'autorité de chose jugée et il n'est qu'un unique sésame pour passer la barrière de l'autorité. C'est ce qu'on peut appeler l'exception de nouveauté en ce sens qu'en présence d'un élément réellement nouveau, c'est-à-dire inconnu lors de la première instance²⁷, l'autorité n'a plus lieu d'être malgré l'identité d'objet et de parties. Il est inexact de dire que la cause consisterait désormais dans les allégations aux lieu et place des moyens. Si la proposition était vraie, il suffirait d'invoquer des faits différents lors des actions successives pour éviter l'autorité de chose jugée. Or, la différence ne fait rien, c'est la nouveauté qui importe. C'est d'ailleurs moins le fait nouveau qui fait céder l'autorité de chose jugée que le fait de sa découverte, car en pareille hypothèse, il serait inéquitable de priver du droit d'agir celui qui était dans l'ignorance de circonstances justifiant son exercice. L'exception de nouveauté n'est d'ailleurs pas propre à l'autorité de chose jugée et elle vaut également lorsque l'irrecevabilité procède d'une

²³ Ce qui n'a pas échappé à L. Mayer, note sous Cass. civ. 1^{ère} 5 juillet 2017, Pourvoi n° 16-22.183, Publié au Bulletin, Gaz. Pal. 31 octobre 2017, n°305, p. 64.

²⁴ Cass. civ. 1^{ère} 5 juillet 2017, Pourvoi n° 16-22.183, Publié au Bulletin, D. 2019, 157, obs. A. Aynès.

²⁵ V. par ex. Cass. com. 16 novembre 2010, P. n° 09-71.935, *Bull. civ.* IV n° 175 ; Cass. com. 20 octobre 2009, P. n° 08-18.321, *Bull. Civ.* IV, n° 130.

²⁶ V. par ex. Ass. plén. 3 juin 1994, *Bull. ass. plén.* n° 4, p. 7, *JCP* 1994. II. 22309, note X. Lagarde, *D.* 1994. J. 375, note Jéol, *RTD civ.* 1995. 177, obs. Normand, *Justices* n° 2, 1995. 288, obs. Wiederkehr.

²⁷ Cass. civ. 2^{ème} 6 mai 2010, P. n° 09-14.737, *Bull. civ.* II n° 88 ; Cass. civ. 2^{ème} 13 janvier 2011, P. n° 09-16.546 ; Cass. civ. 3^{ème} 16 juin 2011, P. n° 10-18.925, *Bull. civ.* II n° 105.

prescription²⁸. L'ignorance préserve le droit d'agir, c'est une constante qui n'appartient pas en propre à l'autorité de chose jugée.

La cause a donc disparu du droit positif et peut-être était-ce nécessaire. Mais il faut mesurer l'exacte portée de cet effacement. Lorsque l'article 1351 du code civil, aujourd'hui l'article 1355, posait que « *l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement* » et qu'il faut encore « *que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité* », qu'exposait-il d'autre sinon la nécessité d'épuiser le débat, en fait et en droit, avant de doter l'acte juridictionnel de sa pleine autorité ? *La chose était définitivement jugée à la condition de l'avoir été en totalité*. Manquait-il un moyen à l'appel qu'une nouvelle instance s'imposait. La Cour de cassation a considéré que ce niveau d'exigence n'était plus justifié. Il s'ensuit un appauvrissement de la chose jugée, qui peut même être, comme l'a si bien écrit S. Guinchard, la « chose qui n'a pas été jugée ». Le juge règle le litige et le jugement interdit sa poursuite ou sa reprise. C'est bien l'autorité de la chose réglée, à défaut d'avoir été pleinement jugée. Il en est d'autant plus ainsi que l'intérêt des recours faiblit avec le temps et qu'ils ne permettent plus l'achèvement du procès civil. Il semblerait, à cet égard, que les décrets Magendie aient marqué la première étape d'une transformation plus radicale encore.

*
* *

III.- Demain

La suite logique de ce qui précède est de fait une refonte en profondeur de notre système de voies de recours. En toute transparence, le Président B. Pireyre nous propose le programme suivant : « *ce schéma d'ensemble verrait consacrer la juridiction de première instance comme le juge naturel de l'achèvement normal du procès, la juridiction du second degré comme le juge chargé de contrôler et, le cas échéant, de redresser la régularité, la légalité et la qualité du jugement du premier degré, la Cour de cassation, enfin, comme le juge du droit, investi d'un office principalement recentré sur sa mission normative.* »²⁹. Le premier Président B. Louvel précise encore que « *l'introduction d'un filtrage à la Cour de cassation, concomitamment à l'adaptation du mode de contrôle, répond au souci d'accorder toute l'importance qu'il convient à la garantie des droits fondamentaux* »³⁰.

²⁸ V. par ex., antérieur à la loi du 17 juin 2008, mais néanmoins significatif, Cass. civ. 1^{ère} 24 janvier 2006, Pourvoi n°03-11.889, Bull. civ. I n°28 : « *la prescription extinctive trentenaire de l'article 2262 du Code civil n'est pas applicable à l'action en nullité pour dol régie par le seul article 1304 du même code, sauf à priver d'effectivité l'exercice de l'action prévue par ce texte* ».

²⁹ Gaz. Pal. 15 mai 2018, n°17, p. 86

³⁰ La réforme du traitement des pourvois, Cour de cassation, 20 mars 2018, <https://www.courdecassation.fr/IMG/La%20r%C3%A9forme%20du%20traitement%20des%20pourvois.pdf>

Ces deux auteurs reprennent à leur compte la distinction proposée par Carbonnier entre le grand et le petit droit. A ceci près qu'ils inversent le propos de l'éminent auteur. A les suivre, le petit droit, c'est la règle, dont la réalisation sera l'œuvre des juges du fond. Le grand droit, celui sur lequel la cour de cassation devra recentrer son office, se compose des droits dont le caractère fondamental s'accomplit porté par l'exigence de proportionnalité. Tel est le projet annoncé et tel est-il qu'il ne se réalisera pas.

L'objectif est bien que le litige soit réglé au plus vite, sans doute selon les règles de droit applicables, mais en s'accommodant de leur réalisation imparfaite, alors même que les voies de recours ne sont pas épuisées. L'idéal de justice est ainsi que le litige trouve une issue définitive à la fin de la première instance. En conséquence, la décision rendue est immédiatement exécutoire et l'appel n'en permet qu'une réformation. Or, une conception exigeante de l'appel réformation conduit inévitablement à transformer ce recours en voie de cassation. S'il s'agit de juger la décision de première instance, « *de contrôler et, le cas échéant, de redresser la régularité, la légalité et la qualité du jugement du premier degré* », comme l'écrit le Président Pireyre, les seconds juges auront à cœur de concentrer leur attention sur les éléments objectifs de la décision déférée³¹. Ils n'ont pas vocation à revenir sur les appréciations souveraines des premiers juges qui relèvent d'une intime conviction rétive à tout contrôle, sauf celui des consciences. Au reste, si les cours d'appel sont instituées en juge des décisions, plutôt que des affaires – ce qui, soit dit en passant, constitue l'exact contraire de la proposition de Motulsky³² -, elles se garderont de prendre parti sur des preuves que les premiers juges auront examinées plus attentivement qu'eux-mêmes ne souhaiteraient le faire. Ainsi les cours d'appel deviendront-elles des chambres régionales de cassation. Elles disposeront d'ailleurs d'une importante marge de manœuvre dans l'accomplissement de cet office puisque leurs éventuelles erreurs de droit ne seront plus systématiquement sanctionnées. En effet, dans le projet de réforme que propose la Cour de cassation, cette dernière « *n'autorise le pourvoi que : 1° si l'affaire soulève une question de principe présentant un intérêt pour le développement du droit, 2° si l'affaire soulève une question présentant un intérêt pour l'unification de la jurisprudence, 3° si est en cause une atteinte grave à un droit fondamental* ». Alors que le pourvoi en cassation reste théoriquement ouvert, une décision de justice ayant mal appliqué une règle de droit à une affaire qui ne suscite pas l'intérêt des hauts magistrats pourra donc trouver place dans notre ordonnancement juridique. Et si cette perspective est jugée acceptable, c'est que la réalisation de la règle n'est jamais que celle du petit droit, outillage technique facilitant la résolution rapide des différends, quel qu'usage qu'on en fasse. Certes la Cour de cassation prévoit encore d'œuvrer à l'unification de la jurisprudence et au développement du droit, mais avec mesure, pour, comme l'écrit le premier Président, « *accorder toute l'importance qu'il convient à la garantie des droits fondamentaux* ». Ces derniers sont ainsi l'expression du grand droit, dont le respect requiert toutes les attentions de la Cour de cassation qui, chemin faisant, se verrait d'ailleurs bien œuvrer à la manière d'une Cour suprême en réglant elle-même le fond des litiges qui révèlent « *une atteinte grave à un droit fondamental* ».

³¹ V. sur ce point nos contributions, *L'esprit d'une réforme*, JCP éd. G., 26 mars 2018, supplément au n°13 ; *L'achèvement du procès, principale utilité de l'appel*, Gaz. Pal. 31 octobre 2016.

³² Motulsky écrivait dès 1953 que « *le juge d'appel n'est pas un censeur, il doit juger les affaires et non les jugements* » ; Etudes et notes de procédure civile, Dalloz 1973, spéc. p. 13 et n° 8, p. 20.

Tout ou presque a déjà été dit de ces projets de réforme³³, tous révélateurs d'un parallèle inéluctable entre le déclassement de la règle et la dégradation des garanties juridictionnelles. Le plus probable est cependant que la réflexion en cours se soldera par quelques aménagements, comme ce fût le cas lorsque la cour de cassation entreprit de consacrer la non-rétroactivité des revirements de jurisprudence³⁴. De temps à autre et plus ou moins bien motivée, l'idée resurgit qu'il faut officiellement élever la cour de cassation au rang d'instance normative. La doctrine s'agite et elle a raison. Aucune instance démocratique n'a reçu mission de réaliser ce dessein. Celui-ci procède d'une forme d'hybris judiciaire reposant sur la conviction que l'impartialité est l'unique vertu et qu'en conséquence, le juge suprême est naturellement au-dessus des lois. Il est sûr de sa légitimité lorsqu'il dissout le droit et la politique pour pratiquer l'art du juste par la mise en proportion des droits fondamentaux. C'est en quelque sorte la fable de La Fontaine, devinez laquelle, qui se donne en haut lieu. Ce n'est jamais qu'un instant de démesure. Le seul dommage est que ces discussions nous font perdre du temps alors que le principal objet d'une politique jurisprudentielle devrait être la réalisation d'un consensus doctrinal. D'autant que ce consensus existe sous la forme, si l'on ose dire, d'une convergence des luttes contre l'inflation législative. Avec plus ou moins d'intensité, tous les juristes sont d'accord pour admettre que le droit est devenu la politique du faible, que les normes prolifèrent au rythme des nominations, que leur qualité décroît quand leur quantité augmente, que les acteurs économiques et sociaux souffrent en conséquence d'une insécurité juridique peu soutenable, que le meilleur service à leur rendre est d'œuvrer autant qu'il est possible à une meilleure intelligence de notre système juridique. Dans l'accomplissement de cette tâche, les juges seraient à leur affaire. La solution n'est pas de mettre des barrières à l'activité législative et réglementaire. Celles-ci ne font qu'ajouter des virages sur un chemin déjà sinueux. La bonne méthode est de polir au contact du réel les produits imparfaits de l'exécutif et du législatif. C'est l'honneur des juristes que de savoir intégrer les nouveautés, sans craindre de discrètement les amodier, dans un ensemble cohérent et pérenne, qu'on appelle habituellement le droit commun.

³³ V. déjà les excellentes contributions du cahier spécial du JCP, éd. G, supplément au n°1-2 du 11 janvier 2016, intitulé « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation » ; v. également, S. Guinchard, F. Ferrand et T. Moussa, *Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité*, D. 2015, p. 278 ; v. aussi les contributions de L. Boré, B. Haftel et N. Molfessis, *Gaz. Pal.* 15 mai 2018, n°17.

³⁴ Ph. Théry fait la comparaison, *JCP*, éd. G, supplément au n°1-2 du 11 janvier 2016, spéc. p. 38.