



HAL
open science

La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé

Delphine Louis

► **To cite this version:**

Delphine Louis. La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé. Droit. Université Montpellier I, 2014. Français. NNT : 2014MON10036 . tel-01613943

HAL Id: tel-01613943

<https://theses.hal.science/tel-01613943>

Submitted on 10 Oct 2017

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Thèse
pour obtenir le grade de Docteur
Délivré par l'Université Montpellier 1

Préparée au sein de l'école doctorale
Droit et Science politique
Et de l'unité de recherche
Laboratoire de droit privé (EA 707)

Spécialité : Droit privé

Présentée par Delphine LOUIS-CAPORAL

<p style="margin: 0;">LA DISTINCTION DU FAIT ET DU DROIT</p> <p style="margin: 0;">EN DROIT JUDICIAIRE PRIVÉ</p>
--

Sous la direction de Madame le Professeur Marie-Laure MATHIEU

Soutenue le 21 novembre 2014 devant le jury composé de

Mme Marie-Laure MATHIEU,
professeur des universités à l'Université Montpellier 1

Directeur de thèse

Mme Pascale DEUMIER,
professeur des universités à l'Université Lyon III

Rapporteur

M. Vincent ÉGÉA,
professeur des universités à l'Université de Toulon

Rapporteur

M. Thierry LE BARS,
professeur des universités à l'Université de Caen -Basse
Normandie

Président du jury

M. Christophe ALBIGÈS,
professeur des universités à l'Université de Montpellier 1

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

- SOMMAIRE -

INTRODUCTION

- PREMIERE PARTIE –

LES FONDEMENTS DE LA DISTINCTION DU FAIT ET DU DROIT

TITRE 1 - LES FONDEMENTS STABLES DE LA DISTINCTION

CHAPITRE 1 - Le constat de l'existence de la distinction

CHAPITRE 2 - La démonstration de la consistance de la distinction

TITRE 2 - LES FONDEMENTS CONTESTABLES DE L'UTILISATION DE LA DISTINCTION

CHAPITRE 1 - Les fondements textuels fuyants

CHAPITRE 2 - Le fondement logique insuffisant

- SECONDE PARTIE -

LA DISTINCTION DU FAIT ET DU DROIT COMME FONDEMENT

TITRE 1- LA RÉPARTITION DES RÔLES ENTRE LES PARTIES ET LE JUGE SELON LA DISTINCTION

CHAPITRE 1 - Une distinction inopérante dans la répartition

CHAPITRE 2 - Une distinction surabondante dans la répartition

TITRE 2 - LA DÉLIMITATION DU CONTRÔLE DE CASSATION PAR LA DISTINCTION

CHAPITRE 1 - Critique de la distinction comme fondement

CHAPITRE 2 - Proposition d'un renouvellement de l'analyse

CONCLUSION GENERALE

- REMERCIEMENTS -

En tout premier lieu, je tiens à remercier ma directrice de thèse, Madame le Professeur Marie-Laure Mathieu, pour m'avoir confié un si beau sujet, pour m'avoir offert la liberté de le traiter, pour m'avoir soutenue et encouragée dans mes choix, pour ses relectures minutieuses et pour être souvent allée, avec délicatesse et patience, au-delà de son rôle de directrice de thèse. J'ai également une pensée affectueuse pour son chat qui par sa présence, ses ronronnements et ses bavardages qui n'avaient rien de juridique, m'a bien souvent réconfortée lors des séances de corrections.

Je remercie également les professeurs Pascale Deumier, Christophe Albigès, Vincent Egéa, Thierry Le Bars, dont les travaux ont nourris mes recherches et guidé ma pensée, de m'avoir fait le grand honneur d'accepter de participer au jury de soutenance de cette thèse.

J'adresse tous mes remerciements à mes parents qui par leur présence et par leur aide ont permis à ce travail de thèse d'aboutir. Je leur dois leurs encouragements, leur disponibilité et je leur sais gré d'être des grands-parents présents et attentifs. Un grand merci également à ma grand-mère pour avoir tant promené Gautier, ainsi qu'à mon frère et ma belle-sœur qui, entre autres choses, m'ont confié Paul-Arthur me redonnant ainsi l'inspiration (comment ne pas rouvrir *Le Petit Prince* quant on vous assure qu'il voyage en fusée...).

Je remercie mes amis, tout particulièrement Elodie Créteau et Camille Gouret, avec lesquelles j'ai partagé tous les doutes que font naître une thèse et qui m'ont aidée à les surmonter.

Surtout, je n'oublie pas Gautier qui a illuminé chacune de mes pauses par ses sourires et ses éclats de rires.

Enfin, merci aux deux personnes qui, par la confiance qu'elles avaient en moi, m'ont incitée à entreprendre ce travail : Stéphane et mon grand-père, Louis Boursault, qui de là où il se trouve désormais, peut voir que je tiens ma promesse...

- LISTE DES ABREVIATIONS -

Aff	Affaire
<i>AFDI</i>	Annuaire français de droit international
<i>AJDA</i>	Actualité juridique droit administratif
<i>AJ Fam</i>	Actualité juridique famille
<i>Al.</i>	Alinéa
<i>APD</i>	Archives de philosophie du droit
Art	Article
<i>BICC</i>	Bulletin d'information de la Cour de cassation
<i>Bull. Ass. Plèn.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Assemblée Plénière)
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
C. civ	Code civil
C. com	Code de commerce
C. o. j	Code de l'organisation judiciaire
C. pén	Code pénal
C.p.civ	Code de procédure civile
C.p.p.	Code de procédure pénale
C. trav.	Code du travail
C/	Contre
CA	Cour d. 'appel
Cass. ass. plén.	Cour de cassation assemblée plénière
Cass. Ch. Mixte	Cour de cassation chambre mixte
Cass. Civ.	Cour de cassation chambre civile
Cass. Com	Cour de cassation chambre commerciale
Cass. Crim.	Cour de cassation chambre criminelle
Cass. Req.	Cour de cassation chambre des requêtes
Cass. sect. réun.	Cour de cassation sections réunies
Cass. Soc	Cour de cassation chambre sociale
<i>CCC</i>	Contrats concurrence consommation
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
<i>Cf.</i>	Confer
Ch. Réun	Chambres réunies
Chron.	Chronique
CJUE	Cour de justice l'Union européenne
Com.	Commentaire

Concl.	Conclusions
<i>Contra</i>	Contraire
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
DC	Décisions du Conseil constitutionnel
DDH	Déclaration des droits de l'homme
Doct	Doctrines
<i>DP</i>	Recueil Dalloz périodique
<i>Dr. Fam.</i>	Droit de la famille
Ed.	Edition
Fasc.	Fascicule
<i>GAJA</i>	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
<i>GAJC</i>	Grands arrêts de la jurisprudence civile
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>GDJDA</i>	Grandes décisions de la jurisprudence de droit administratif
<i>Ibid</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<i>Infra</i>	Ci-dessous
I.R.	Informations rapides
<i>JCP E</i>	Juris-classeur périodique, édition entreprise
<i>JCP G</i>	Juris-classeur périodique, édition générale
<i>JDI</i>	Journal du droit international
<i>J.O</i>	Journal officiel
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>PA</i>	Petites Affiches
PGD	Principe général du droit
Préc.	Précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
PULIM	Presses universitaires de Limoges
<i>RAJF</i>	Revue de l'actualité juridique française
<i>RCA</i>	Revue responsabilité civile et assurance
<i>RDC</i>	Revue de droit des contrats
<i>RDP</i>	Revue de droit public
Rec.	Recueil
<i>Rép. Def.</i>	Répertoire du notariat Defrénois

<i>Rev. Arb.</i>	Revue de l'arbitrage
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>RFAP</i>	Revue française d'administration publique
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDC</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>RG proc</i>	Revue générale des procédures
<i>RGDIP</i>	Revue générale de droit international public
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RLDC</i>	Revue Lamy droit civil
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique
<i>RTD civ</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>s.</i>	Suivant
<i>S.</i>	Recueil Sirey
<i>Som.</i>	Sommaire
<i>Supra</i>	Ci-dessus
<i>t.</i>	Tome
<i>TC</i>	Tribunal des conflits
<i>TFUE</i>	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<i>TGI</i>	Tribunal de grande instance
<i>TUE</i>	Tribunal de l'Union européenne
<i>V.</i>	Voyez
<i>Vol.</i>	Volume

*À mes grands-pères,
À mes parents,
À Stéphane et Gautier.*

- INTRODUCTION -

1. Lors d'un passage sur notre Terre, un petit prince¹ se rend compte de sa capacité à distinguer sa rose parmi des milliers d'autres roses. Un renard lui en a donné l'explication : c'est en apprivoisant qu'on crée des liens et en créant des liens que l'autre devient unique à nos yeux.

C'est pourquoi si nous demandons à notre petit prince, dans un champ de faits, d'en distinguer un qui soit juridique, il nous répondra probablement que tous les faits devant lui sont semblables. Car, il n'a jamais tissé de lien avec un fait juridique, il n'a jamais passé avec lui le temps nécessaire pour le rendre unique.

En revanche, le juriste, qui ne sait peut-être pas reconnaître une rose orgueilleuse et frileuse dans une prairie recouverte de ces fleurs délicates, identifiera très bien le fait juridique et sera même capable de lui donner un nom.

Parce que le juriste s'est occupé du droit, il sait le distinguer du fait. Parce que le droit se distingue du fait (même la formule *ex facto oritur jus*² n'ayant de sens que par rapport à l'existence de la distinction), il gagne en importance et le juriste en le connaissant s'assure une légitimité dans le champ social (devenant ainsi un « distingué juriste »).

Pour asseoir cette légitimité, le juriste sera tenté de borner son étude à l'objet « droit » en excluant le fait. La distinction du fait et du droit devient alors gage de scientificité. Poursuivons encore un peu la comparaison du droit et de la rose du héros de Saint-Exupéry : mettre une rose sous cloche afin de mieux l'étudier revient à se priver de connaître³ ses interactions avec le monde extérieur. Certes, on constatera qu'elle a des épines, mais comment savoir si ces épines sont utiles face à un mouton comme se le demande le Petit Prince⁴ ? Or tout

¹ Que Saint-Exupéry nous pardonne de mêler son petit prince à des histoires de grandes personnes. Cf. SAINT-EXUPÉRY (A. de), *Le Petit Prince*, Gallimard, 1946.

² Du fait sourd le droit

³ Dans le même sens, le professeur Atias redoute que le positivisme puisse « enfermer ce savoir dans un carcan ». ATIAS (C.), *Questions et réponses en droit*, PUF, 1^{ère} ed., 2009, n°49, p.38.

⁴ « Il y a des millions d'années que les fleurs fabriquent des épines. Il y a des millions d'années que les moutons mangent quand même les fleurs. Et ce n'est pas sérieux de chercher à comprendre pourquoi elles se donnent tant de mal pour se fabriquer des épines qui ne servent jamais à rien ? », SAINT-EXUPÉRY (A. de), *op. cit.*, p. 29.

comme la rose rencontre des moutons, le droit est en rapport avec le fait et comme le faisait remarquer un éminent auteur « à qui fera-t-on croire qu'il est possible d'étudier cette législation sans se demander si elle s'applique un peu, beaucoup, à la perfection ou pas du tout ? »⁵.

Mais laissons-là nos roses et nos moutons et observons le juriste distinguer le fait du droit. En effet, une fois qu'il a distingué le Droit et lui a donné sa raison d'être, tout juriste reconnaît dans la distinction d'avec le fait, un outil fort efficace. Dès lors, il ne se prive pas d'en user au point que « la distinction du fait et du droit est constamment présente dans le raisonnement juridique »⁶. Lors de considérations théoriques, les « réflexions sur l'origine du droit et sur ses fonctions »⁷ conduisent le juriste à s'interroger sur l'adaptation du droit aux faits, « mythe » selon certains⁸, impératif selon une opinion largement répandue⁹. Surtout, c'est de manière plus technique que le juriste, en particulier privatiste, s'intéresse à la distinction du fait et du droit. Il oppose les situations de fait à celles de droit afin d'en différencier les conséquences¹⁰, les actes juridiques aux faits juridiques pour en déterminer le mode de preuve, il distingue l'erreur de fait de l'erreur de droit, la première étant seule excusable¹¹. De même, en matière pénale, les questions se scindent en fait et en droit afin que le jury ne se prononce que sur les premières et que la Cour de cassation ne contrôle que les secondes.

Ainsi, loin de se borner au droit, la recherche juridique peut et doit se porter sur les faits puisque le droit y attache des conséquences, sauf à se limiter à une théorie pure du droit¹². On peut alors légitimement se demander si ces faits auxquels le droit assigne un régime ne sont pas entrés dans le domaine juridique, s'il ne s'agit pas là de faits qualifiés, s'il n'existe pas une catégorie juridique « fait ».

La réponse à cette interrogation se trouve certainement dans les mots du professeur Atias : « la distinction du fait et du droit n'a pas toujours une signification identique. L'emploi

⁵ JESTAZ (Ph.), *Le droit*, Paris, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 6^e ed., 2010, p. 114.

⁶ ATIAS (C.), *Devenir juriste. Le sens du droit*, LexisNexis, 2011, n°153, p.86.

⁷ ATIAS (C.), *Devenir juriste...*, *op. cit.*, n°168, p.93.

⁸ ATIAS (C.) et LINOTE (D.), « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, chron., pp 251-258.

⁹ On trouve souvent pour justifier, ou expliquer, une réforme ou une évolution jurisprudentielle l'expression selon laquelle « le droit doit s'adapter aux faits » ; cf. par ex. AUVERGNON (Ph.), GIL Y GIL (J. L.), « La réforme du droit du travail en Espagne », *Droit social*, 1995, p. 199 ; PELLE (S.), « La réception des correctifs d'équité par le droit », *D.*, 2011, p. 1230. ; BUGADA (A.), « Le travail dominical dans le commerce en question », *Droit social*, 2005, p. 536. ; GRUA (F.), « Les divisions du droit », *RTD civ.*, 1993, p. 59.

¹⁰ Comme le souligne le professeur Atias, les concubins qui ont refusé de s'inscrire dans un statut juridique ne peuvent prétendre aux règles du régime. ATIAS (C.), *Devenir juriste. Le sens du droit*, *op. cit.*, n°154, p.86.

¹¹ Car « nul n'est censé ignorer la loi ».

¹² KELSEN (H.), *Reine Rechtslehre*, Leipzig & Wien, F. Deuticke, 1934 trad. Charles Eisenmann, *Théorie pure du droit*, Paris, PUF, 1962, rééd. Paris, L.G.D.J., 1999.

de la même expression ne permet pas d'affirmer que le droit français présente dans ses définitions du fait et du droit, une cohérence certaine »¹³.

Au-delà de cette question, ce qui ressort surtout de cette longue liste d'utilisations de la distinction du fait et du droit est sa présence, sous de multiples formes, en de nombreux domaines du droit. Voilà quelques décennies, Jean Rivero décrivait la thèse comme « un ouvrage solidement documenté, appuyé sur des références exhaustives, qui s'efforce de ne rien laisser dans l'ombre touchant le sujet étudié »¹⁴ ; mais étudier la distinction dans tous ses aspects – théoriques, civilistes, pénalistes, processualistes - serait un travail d'une ampleur qui dépasse largement le cadre matériel et temporel d'une recherche doctorale.

La distinction du fait et du droit se présente comme un objet d'étude si vaste que la détermination du sujet (I) et l'élaboration de la méthode (II) s'imposent comme des préalables indispensables afin de pouvoir aborder ensuite ce qui constitue le cœur de ce travail.

I – Détermination du sujet

2. La distinction du fait et du droit est multiple et marque de sa présence la plupart des branches du droit, et on conviendra aisément avec le professeur Christian Atias de ce qu'elle « semble inhérente au droit ». Cependant il n'était pas possible, dans le cadre nécessairement limité de cette étude, d'embrasser tous les domaines du droit ce qui aurait d'ailleurs présenté peu d'intérêt car elle y aurait perdu en cohérence. Ce constat dicte la démarche de l'étude : il convient d'en délimiter le champ afin de mieux en déterminer l'objet.

Procéder à cette délimitation se révèle relativement aisé dans la mesure où c'est sans conteste en droit judiciaire privé que la distinction semble avoir le plus de prise tout en suscitant le doute voire la critique (A). Reste alors à en préciser l'objet : la distinction du fait et du droit telle qu'elle se présente en ce domaine (B).

¹³ ATIAS (C.), *Devenir juriste. Le sens du droit*, op. cit, n°170, p.95.

¹⁴ RIVERO (J.), Préface à la thèse de Claude Franck, *Les fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État dans l'ordre constitutionnel*, Bibliothèque de droit public, tome CXIV, 1974, p. I.

A - Un domaine : le droit judiciaire privé

3. Selon l'heureuse formule de Jean Rivero : « La distinction du fait et du droit évoque certains personnages de Pirandello : elle change de visage et même de nature, selon celui qui l'observe »¹⁵ et l'éminent auteur précise que l'historien, le philosophe, les juristes publicistes, privatistes ou spécialistes de droit pénal - desquels on connaît la spécificité par rapport à la *summa divisio* notamment en procédure -, ne la perçoivent ni ne la conçoivent de manière identique. On ne saurait donc prendre trop de soin à tracer les limites à l'intérieur desquelles on a choisi de l'étudier.

S'agissant d'une thèse de droit privé, il ne convenait pas d'entreprendre une étude approfondie de la distinction en droit public. Cependant, la *summa divisio* ne devant pas constituer un obstacle, c'est avec beaucoup d'intérêt et de profit que l'on a parfois franchi la frontière et exploré le droit public dans ses aspects pratiques et théoriques. Il demeure une grande source d'enseignements sur notre sujet et donne matière à d'intéressantes et fructueuses comparaisons.

Toutefois, pour l'essentiel, les recherches demeurent sur le terrain du droit privé et plus particulièrement du droit judiciaire privé. Il n'était pas possible de l'étudier en toutes matières, le choix a été fait d'écarter son examen en droit civil.

On utilisera l'expression de droit judiciaire privé et non celle de procédure civile qui est plus restrictive dans la mesure où « le droit judiciaire privé peut être défini comme l'ensemble des règles relatives aux juridictions civiles et à la procédure civile ». Puisque « d'un point de vue organique, il règle le problème de savoir qui est le juge apte à trancher un litige civil » et « du point de vue fonctionnel, le droit judiciaire privé répond à la question de savoir comment le juge tranche le litige »¹⁶, c'est bien au droit judiciaire privé que se rattache la compétence des juges que régit la distinction du fait et du droit.

En conséquence, tout ce qui relève de la procédure pénale sera exclu et cela bien que la distinction y soit présente et y trace une frontière entre la compétence du jury et celle du juge pénal et pour y délimiter l'étendue du contrôle de la chambre criminelle. L'intérêt principal d'entreprendre une recherche en ce domaine aurait été de pouvoir comparer les frontières tracées par la distinction procédurale civile et la distinction procédurale pénale. Or cela exige

¹⁵ RIVERO (J.), « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du conseil d'Etat français », communication faite au Centre national de logique le 7 novembre 1959, in *Le Fait et le droit, Etude de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, p.130.

¹⁶ CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, Litec, 8^e ed, 2013, n°13, p.8.

une connaissance théorique et pratique approfondie de la distinction en matière civile avant de pouvoir entreprendre le même travail dans le domaine de la procédure pénale et d'opérer cette comparaison.

Dès lors, il ne sera pas question ici de déterminer la compétence du juge pénal par rapport à celle du jury pas plus que celle de la chambre criminelle par rapport au juge du fond. La mise en rapport de ces deux lignes de partage, celle conférant les questions de fait au jury et celle interdisant à la chambre criminelle de connaître de ces mêmes questions, présenterait également beaucoup d'intérêt. Elle pourrait soit amener à constater l'unité des deux frontières, et nous aurions alors certainement conclu comme les parlementaires révolutionnaires que la distinction entre le fait et le droit est évidente en matière criminelle¹⁷, soit nous porter au constat inverse... Mais nous laisserons de côté les compétences du juge pénal, que ce soit par rapport aux parties ou au jury, et les limites du contrôle de la chambre criminelle (bien que celles-ci soient en principe identiques pour toutes les formations de la Cour de cassation).

4. C'est certainement en droit judiciaire privé que la distinction occupe la place la plus importante. Nous allons le voir, elle y joue un rôle considérable en permettant de délimiter, partiellement au moins, l'office du juge et le contrôle de cassation.

Tracer les limites du pouvoir du juge c'est en grande partie en définir l'office. Or, le cœur de la matière n'est-il pas l'office du juge auquel sont généralement associées les questions relatives à la « fonction de juger »¹⁸, aux figures et aux pouvoirs du juge, toutes se rapportant à la question première de la justice ? De plus, bien que le droit ne se réalise pas uniquement dans les prétoires, c'est bien là qu'il est corrigé et rappelé, c'est là qu'il évolue. Le domaine de compétence octroyé au juge ne permet-il pas plus ou moins à sa fonction normative d'éclorre ? La distinction du fait et du droit touche l'office du juge dans ses dimensions essentielles.

Bien que cent fois remises sur le métier¹⁹, ces questions, qui peuvent toutes se résumer dans celle de la définition du juge, sont loin d'être épuisées. Elles demeurent au contraire en constante évolution et commandent une attention régulière. Alors que le Code de procédure civile semblait avoir définitivement fixé la figure du juge tel que la concevaient ses rédacteurs et en rupture avec un juge passif, la jurisprudence a pris le relais pour façonner les traits du juge

¹⁷ Cf. *infra* p. n°50.

¹⁸ Cf. COLSON (R.), *La fonction de juger : étude historique et positive*, th. Paris I, 2003, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, Thèses, Volume 29, 2006.

¹⁹ COLSON (R.), *La fonction de juger ...*, th. précit., n°1, p.3.

du XXI^e siècle et de la justice qui en découle. On ne peut l'en blâmer, l'encombrement auquel les juges sont confrontés les contraignant à s'adapter. Cependant, il n'est pas de fatalité et comme l'a si bien démontré Monsieur Colson il est au contraire du rôle et du pouvoir du juriste de « penser la justice »²⁰ dont le juge demeure l'élément central.

Ainsi, bien que la distinction du fait et du droit dans le cadre de la répartition des rôles ait été posée par Motulsky²¹ dès la fin de la deuxième guerre mondiale, elle demeure d'actualité tout comme la thèse de Gabriel Marty datant de 1929²² n'a pas clos le sujet dans le domaine de la cassation. La Haute Cour, voyant croître d'année en année le nombre des pourvois, s'adapte en jouant sur sa compétence et, pour ce faire, utilise la distinction qui acquiert ainsi une dimension stratégique²³. De plus, juridiction suprême (qui ne l'est plus vraiment), s'inscrivant dans le cadre de la justice de l'Union européenne et soumise au contrôle expansif de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation connaît de nouvelles limites qui doivent l'amener à repenser ici encore, sa place, sa fonction et le sens de ses compétences. Ces aspects ajoutent de l'intérêt à la question de la distinction du fait et du droit, question qui n'a d'ailleurs jamais été épuisée.

B - Un objet : la distinction du fait et du droit

5. Il nous semble nécessaire, au cours de ces propos introductifs, de définir si ce n'est le sujet lui-même du moins les termes qui le composent. Or, à ce stade de notre étude, il n'est pas possible de satisfaire à cette exigence. En effet, la question de la définition de la distinction du fait et du droit est d'une grande complexité et même les meilleurs dictionnaires juridiques, n'y

²⁰ *Ibid.*

²¹ La distinction du fait et du droit apparaît en filigrane dans sa thèse datant de 1948 et écrite durant la guerre avant d'être avancée explicitement lors de ses travaux ultérieurs. Cf. MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Lyon, 1948, Paris, Sirey, 1948, réimp. Paris, Dalloz, 2002 et, notamment, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *Etudes de droit contemporain*, 1959, pp.257 et s. reproduit in *Ecrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, pp.38-59.

²² 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*, th.Toulouse, 1929, Paris, Sirey, 1929.

²³ Sur la stratégie des juridictions, v. notamment, J. Meunier, *Les pouvoirs du Conseil constitutionnel, essai d'analyse stratégique*, Paris, Bruxelles, LGDJ, 1994.

répondent pas²⁴. La définition de chacun des termes qui composent l'objet de l'étude n'apporte pas non plus de solution satisfaisante.

En premier lieu, la notion de « distinction » qui dès l'abord ne semble pas soulever de difficulté majeure est en réalité complexe²⁵. Selon le professeur Mathieu, c'est là une opération de base, « élémentaire et fondamentale »²⁶, préalable à tout raisonnement²⁷. Elle est « l'action d'analyser et de spécifier, de différencier, [de] séparer »²⁸. Souvent les juristes entendent par distinction le résultat de cette action, le classement, « la classification »²⁹ qui en découle. Toutefois, nous remarquerons bien vite que si l'objet de notre étude s'intitule *la distinction du fait et du droit*, l'usage de l'article défini introduisant généralement une chose « identifiable » et désignant une « entité unique »³⁰, il s'agit en réalité *des* distinctions du fait et du droit établies sur des critères différents.

En second lieu, les termes « fait » et « droit » apparaissent encore plus complexes, le dernier des deux étant certainement le plus ardu à réduire à une définition car, comme un auteur l'a justement fait remarquer, « le droit (un seul) n'existe pas »³¹. Il conviendra d'essayer autant que faire se peut d'élucider ou tout au moins d'apporter toute l'attention qu'elle mérite à l'épineuse question de *ce qu'est la distinction du fait et du droit*.

L'origine de la notion aide à résoudre cette question mais cette étude historique mérite d'amples développements. Connue et pratiquée depuis le droit romain, ayant traversé les siècles pour paraître omniprésente dans le paysage juridique actuel, quelques paragraphes ne pourraient suffire à rendre compte de la richesse du cheminement de la distinction. Surtout, il ne s'agit pas tant de la place que nous souhaitons réserver à cet aspect de la question que du caractère déterminant qu'il peut revêtir, comme nous le verrons, dans la recherche de la réponse à notre problématique. En effet, l'expression « distinction du fait et du droit » recouvre tant d'aspects et se prête à tant de discours que nous ne pourrions faire autrement que de puiser dans ses racines

²⁴ Les dictionnaires juridiques les plus consultés ignorent l'objet de notre étude. Cf. CADIET (L.) (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1^{ère} ed., 2004 ; ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy PUF, coll. Quadrige 2003 ; CORNU (G.) (Dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 2011.

²⁵ Elle a d'ailleurs donné lieu à une thèse récente, LEMOINE (C.), *La distinction en droit, une approche épistémologique*, Lyon III 2009.

²⁶ MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « Réflexion sur la distinction », *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec 1998, p.53.

²⁷ MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *Le raisonnement juridique*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2001, pp.23-25, et *art. précit.*, pp. 52-68.

²⁸ CORNU (G.) (Dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V^o Distinction, p355.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e ed.

³¹ HABA (E.-P.), « Sciences du droit – quelle science ? », *Archives de philosophie du droit*, t. XXXVI, Sirey, 1991, p.165.

afin d'en rechercher non pas le sens mais une de ses principales significations, celle qui intéresse notre thèse.

Nous emprunterons un chemin de traverse en présentant la distinction du fait et du droit au travers de ses fonctions (1) et de sa nature (2).

1 - Fonctions de la distinction

6. En droit judiciaire privé la distinction du fait et du droit a deux fonctions principales qui révèlent deux distinctions différentes.

7. Distinction des fondements. Nous aborderons la distinction du fait et du droit au travers de la fonction qu'elle occupe en droit judiciaire privé. Cette approche, quelque peu inhabituelle à ce stade d'une thèse, est pourtant assez courante lorsque l'on s'intéresse à la distinction. En effet, il n'est pas rare que les auteurs contournent les difficultés que pose la définition de notre sujet en concentrant leur étude sur la fonction de la distinction à partir de laquelle ils parviennent à lui donner un sens³², tout comme ils cherchent le sens des règles de droit en « pren[ant] pour patron de la définition le cas-type de droit, tel que l'on peut l'observer dans nos sociétés modernes »³³. Si une définition fonctionnelle n'a rien de critiquable en soi, nous nous emploierons à montrer qu'en la matière elle n'est pas opportune³⁴.

Présenter ici la fonction de la distinction du fait et du droit permettra de déterminer l'objet de l'étude, tout en retardant la question de sa définition, et de tracer de manière encore plus précise les limites du sujet. Il convient tout d'abord de reconnaître que ce n'est pas une seule mais au *moins deux fonctions* qui sont dévolues à la distinction en droit judiciaire privé. Sans s'attarder sur celles qui paraissent anecdotiques, on se concentrera sur les deux principales qui tendent à la même fin : déterminer le domaine de compétence du juge dans un premier temps en répartissant les rôles sur la matière litigieuse et dans un second temps en délimitant l'étendue du contrôle de cassation.

D'une part, la distinction permet de déterminer le rôle du juge au regard de celui des parties. Son utilisation conduit à attribuer la maîtrise de la *matière litigieuse* aux parties lorsqu'elle est factuelle et au juge lorsqu'elle est juridique. Souvent, à l'étude de la *répartition*

³² Cf. *infra* n°118.

³³ DABIN (J.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3^e ed., 1969, p.18.

³⁴ Cf. *infra* n°136.

des rôles sur les éléments du litige la doctrine associe celle de la *distribution des rôles sur l'instance* (introduction, déroulement, extinction)³⁵. Cela permet de préciser les pouvoirs de chacun lors du procès civil et donne une vision complète de l'office du juge. Les recherches ainsi entreprises permettent généralement à la doctrine de conclure sur le trait dominant du procès civil : inquisitoire, accusatoire ou tout autre, la doctrine étant désormais critique sur la division traditionnelle³⁶. Cependant, actuellement la répartition des rôles sur *l'instance* ne faisant pas appel à la distinction³⁷ nous nous permettrons d'étudier seulement la manière dont sont distribués les rôles sur *la matière litigieuse*. Cette approche n'interdit pas de se prononcer sur l'office du juge. Au contraire l'étudier sous un nouvel angle lui offre un nouvel éclairage. Il s'agit de se donner la possibilité d'observer les pouvoirs du juge dans toute l'étendue du procès et notamment au regard du pourvoi en cassation.

D'autre part, en effet, le juge du fond est souverain là où la Cour suprême n'exerce pas sa fonction. La limite semble une fois de plus posée par la distinction : on dit classiquement que le contrôle de cassation a pour objet les *questions de droit* à l'exclusion des *questions de fait*. La distinction donne ainsi toute son originalité à la Haute juridiction en la distinguant comme « juge du droit »³⁸ qui ne peut se mêler du fait sous peine d'y perdre, au-delà de sa fonction, son prestige.

³⁵ « En Droit judiciaire privé, le partage des initiatives entre le juge et les parties doit être examiné sur un double terrain : celui des éléments de l'instance (le juge et le litige), celui du déroulement de celle-ci (Le juge et le procès) », NORMAND (J.) et BLERY (C.), « Principes directeurs du procès. – Office du juge. – Déclenchement et extension de l'instance », *JCl. Procédure civile*, Fasc. 150, 2013, n°1. V. également BERGEL (J.-L.), « Introduction générale », *Actes du colloque - L'office du juge*, Sénat, 2006, pp. 12-25 ; FERRAND (Fr.), « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine Henri Motulsky », Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky... du 20 janvier 2012 à Caen, *Procédures*, Lexis Nexis, n°3, mars 2012, pp.36-47 ; LEFORT (C.), « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural au légalisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, pp. 807-820.

³⁶ Par ex. LE BARS (Th.) ET HERON (J.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^e ed. 2012, n°257, p.213 ; CADIET (L.), « D'un code à l'autre : de fondation en refondation », *1806-2006. De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, actes du colloque organisé à la Cour de cassation le 16 nov.2006, Paris Litec, 2006, p.4 ; JEULAND (E.), « La conception du procès civil dans le code de procédure civile de 1975 », *1806-2006... , op. cit.*, p.107. V. également *infra* n°373.

³⁷ Remarquons que concernant la question du fondement de la répartition des rôles sur l'instance les approches varient également en fonction de l'aspect que l'on souhaite souligner. Par exemple, le professeur Cadiet invoque un principe de coopération, d'une « main commune » des parties et du juge sur l'instance, CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°524 et s., pp.405 et s., tandis que le professeur Le Bars évoque une répartition selon une distinction entre l'existence et le déroulement de l'instance, LE BARS (Th.) ET HERON (J.), *op. cit.*, pp. 216-217 et p.226. Quant aux auteurs du précis Dalloz, ils affirment l'existence d'un principe d'initiative des parties sur l'instance, GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile - droit interne et droit de l'union européenne*, Dalloz, 31^e ed., 2012, n°403 et s., pp., 345 et s.

³⁸ Expression couramment employée en doctrine, v. notamment LEFORT (C.), *Procédure civile*, Dalloz (cours), 4^e ed., 2011, n°735, p.493 ; PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2012, n°221, p.176 ; WEBER (J.-F.), *La Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 2^e ed., 2011, p.9.

8. Distinction des distinctions. Ces fonctions de la distinction paraissent cohérentes et on serait tenté de penser qu'elles puissent se fondre en une seule : délimiter le rôle des juges qu'ils participent des juridictions du fond ou de la juridiction suprême.

Pourtant, énoncer cette simple idée en fait apparaître toute l'incohérence. En effet, dans un premier temps, la distinction du fait et du droit confère la maîtrise du droit, à l'exclusion du fait, au juge du fond avant, dans un second temps, de la lui retirer au profit de la Cour de cassation et de ne lui laisser qu'un monopole sur le fait qui selon cette même distinction n'appartient pourtant qu'aux parties... A la limite, on pourrait verser dans l'absurde et réduire, certes de manière erronée mais ô combien démonstrative, le raisonnement en énonçant que le juge du fond est « juge du droit »³⁹ et que les magistrats suprêmes s'en distinguent parce qu'ils sont « juges du droit ».

Sans ignorer ni oublier les nuances que commande la distinction du fait et du droit, on vient de voir que sa fonction est double : elle ne limite pas la compétence du juge judiciaire en général mais d'une part elle restreint la liberté d'action du juge du fond au droit et d'autre part elle limite le juge de cassation au contrôle du droit. Nous démontrerons *que ce double rôle ne peut être tenu que par deux distinctions différentes* : la frontière qui confère l'apanage du droit au juge du fond⁴⁰ ne saurait se confondre avec celle qui érige le juge de cassation en juge du droit sous peine de voir ressurgir l'incohérence préalablement dénoncée.

Il en résulte que l'on ne devrait pas parler de « *la* » distinction mais « *des* » distinctions du fait et du droit comme nous l'avons déjà souligné. L'article défini rend la distinction unique et donne le sentiment qu'elle est universelle et évidente alors qu'elle est plurielle et complexe.

Notre étude tient compte de cette dualité qui amène, la plupart du temps, à présenter l'une ou l'autre fonction, l'une ou l'autre distinction, dans des développements séparés alors qu'elles sont généralement confondues⁴¹.

Il nous reste à déterminer comment la distinction du fait et du droit remplit ses fonctions, autrement dit quelle est sa nature.

³⁹ Expression que nous avons pu trouver pour le juge du fond au détour d'un article, DOUCHY-OU DOT (M.), « L'office du juge », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, 2009, p.100.

⁴⁰ Sur ce point, v. en particulier *infra* § 127.

⁴¹ V. par ex. BLONDEL (Ph.), « Le fait source de droit », *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz 2000, pp.203-224.

2 - Nature de la distinction

9. La question de la nature de la distinction du fait et du droit se révèle tout aussi délicate que sa définition. La distinction est fuyante car si elle apparaît en droit positif français ce n'est qu'en filigrane, ce n'est que de manière implicite, suggérée et il conviendra de s'interroger plus longuement sur son caractère normatif⁴².

Sans en chercher dès maintenant ce trait de caractère, normatif ou purement doctrinal, il importe d'en identifier d'autres afin de connaître la nature de cet instrument si utile aux juristes. Pour Jean Rivero lorsque la distinction du fait et du droit pénètre le domaine de la procédure elle « devient (...), non plus un thème de méditation », ce qu'elle est pour le philosophe, « mais un principe de technique juridique »⁴³.

Or, nous souhaitons montrer, qu'en tant qu'opération intellectuelle et classification à laquelle elle aboutit⁴⁴, elle ne peut être un principe ou même une règle. Bien que la distinction soit censée « régir »⁴⁵ l'activité des juges en leur indiquant, ou imposant, les limites de leur compétence, bien qu'elle conduise l'esprit qui tente de déterminer la frontière du pouvoir du juge du fond au regard de la liberté des parties ou du juge de cassation à l'égard de la souveraineté des juges du « fait », elle n'est pas une règle ni même un principe⁴⁶. Elle ne se situe pas aux mêmes niveaux que ces derniers, elle les assoit, elle en est le préalable, l'opération première⁴⁷.

⁴² Cf. *infra* n°150.

⁴³ RIVERO (J.), « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du conseil d'Etat français », *op. cit.*, p.131.

⁴⁴ Outre la définition précitée du professeur Mathieu, v. également celle proposée par le dictionnaire de l'association Capitant : « opération analytique consistant à établir une distinction entre deux ou plusieurs éléments, surtout en vue de leur classification », CORNU (G.) (Dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V^o division, p.358. *Contra*, pour une remise en cause de la distinction-opposition aboutissant à un classement v. LEMOINE (C.), *La distinction en droit..., th précit.*, p.57 et s.

⁴⁵ Selon une définition proposition de « règle » in LITRE (E.), *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, 1873-1874, T.4, p.1561-1562.

⁴⁶ La différence entre la règle et le principe se situant pour la plupart des auteurs, dans le haut degré d'abstraction, de généralité des derniers. V par ex. ATIAS (C.), *Devenir juriste...*, *op. cit.*, n°178, p.98 ; V. notamment TERRE (Fr.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 9^e ed., 2012, n°340, p.268, BERGEL (J.-L.), *Théorie Générale du droit*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2012, n°74, p.104, DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, L.G.D.J., PARIS, 2011, n°14, p.23. Selon une vision plus pessimiste, combattue par le professeur Terré (TERRE (Fr.), *op.cit.* , n°345, p.272), il peut également s'agir de la reconnaissance d'une règle en tant que principe par la jurisprudence et parfois par la doctrine, car comme l'affirme le professeur Jestaz l'appellation de principe est un « procédé rhétorique (...) qui accroît la force symbolique de la norme », qui permet de « lui donner de l'importance », JESTAZ (Ph.), « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », *Autour du droit civil. Ecrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2005, p.223.

⁴⁷ Selon l'analyse proposée par le Professeur Mathieu. Cf. MATHIEU (M.-L.), *ibid.*

En *posant un critère*, la distinction donne naissance à une division dont on peut se demander si elle n'est pas une *summa divisio*. Toutefois, nous montrerons que ce n'est pas le cas, qu'elle est un simple *fondement* et qu'elle est, en tant que tel, *porteuse de règles ou de principes*.

10. La distinction pose un critère. Par abus de langage on pourrait soutenir que la distinction du fait et du droit est le *critère* qui permet de tracer la frontière des pouvoirs des juges. Or un critère est le « caractère, principe, élément auquel on se réfère pour juger, apprécier, définir quelque chose »⁴⁸. Au vu de cette définition, un critère est sans aucun doute le caractère qui permet de distinguer. Ainsi, la distinction porte un critère permettant d'apprécier la nature juridique ou factuelle de chaque élément et de les classer ainsi selon leur appartenance au fait ou au droit mais elle n'en constitue pas un en-soi. Il nous appartiendra de déterminer s'il existe un critère opérant permettant de distinguer le fait du droit et s'il est le même dans les différents domaines où nous étudierons la distinction.

La distinction par le biais d'un critère permet d'établir une division. Le droit connaissant de nombreuses *summa divisio*, il est intéressant de s'interroger sur l'appartenance de la distinction du fait et du droit à cette catégorie.

11. Une *summa divisio* ? Le doyen Cornu affirme que « les principes directeurs eux-mêmes sont fondés sur des divisions majeures » dont « la distinction du fait et du droit »⁴⁹. A en croire l'auteur, la distinction serait une *summa divisio* au sens des « termes latins signifiant « division la plus élevée » encore utilisés pour caractériser la distinction majeure d'une classification »⁵⁰. Les *summa divisio* les plus connues sont certainement celles qui conduisent à classer toutes les matières du droit selon leur appartenance au droit privé ou au droit public⁵¹ et tous les biens en meubles ou immeubles⁵².

Cependant, on ne peut parler de la distinction comme *summa divisio* du droit judiciaire privé car la dualité de la distinction que nous avons pressentie y fait obstacle. Il faut alors admettre deux *summa divisio*, l'une dans le domaine de la cassation l'autre dans celui du juge

⁴⁸ TLFi.

⁴⁹ CORNU (G.), « L'élaboration du Code de procédure civile », *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p.78.

⁵⁰ CORNU (G.) (Dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° *summa divisio*, p.991.

⁵¹ A ce sujet v. BONNET (B.), DEUMIER (P.) (Dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2010.

⁵² Art. 516 C. civ. : « Tous les biens sont meubles ou immeubles ».

du fond. Tout ce qui est droit relève du pouvoir du juge du fond et tout ce qui est fait relève des parties mais tout ce qui est droit relève du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation alors que ce qui est fait appartient, selon l'expression traditionnelle, au pouvoir souverain du juge du fond.

La distinction du fait et du droit prend sans conteste les traits d'une *summa divisio*, elle sépare le fait du droit afin d'attribuer à chacun un sort différent tout au long du procès. Le Code de procédure civile semble relever de cette logique en qualifiant de nombreux éléments de factuels ou juridiques : les moyens mélangés de fait et de droit, de droit ou de pur droit, les points de fait ou de droit, les motifs de fait et de droit, les questions de fait et de droit... Dans la répartition des rôles, elle sous-entend de nombreux principes notamment le principe dispositif lorsqu'il est question des faits et *jura novit curia* en matière de preuve du droit. Dans le domaine de la cassation de nombreuses règles semblent liées à cette division dont nous relèverons deux exemples : recevabilité des moyens et renvoi de l'arrêt pour jugement des faits.

Il nous est toutefois difficile d'admettre qu'il s'agisse d'une *summa divisio*. Si l'on entend par division majeure, une division de première importance, la distinction du fait et du droit en est une. Mais, si l'on entend par là, une division première et exclusive de laquelle découlent toutes les autres, alors, elle ne l'est pas. En effet, pour que la distinction en soit réellement une, dans un procès, tout ce qui n'est pas de l'ordre du fait doit être de celui du droit. Or que faire par exemple des moyens mélangés de fait et de droit, de la preuve, de la qualification dont on dit traditionnellement qu'elle est un pont entre le fait et le droit ?

Certes la distinction du fait et du droit est une division⁵³ mais que nous ne qualifierons pas de majeure : elle n'a que l'apparence d'une *summa divisio*.

12 . Un fondement. Le professeur Van Drooghenbroeck, fervent défenseur de la distinction en Belgique, affirme qu'elle « s'entend d'une règle principielle et évolutive, d'un repère, d'un guide »⁵⁴. La perplexité face à la nature de la distinction est ici latente. Cependant, si l'on refuse d'admettre qu'elle est un objet non identifié et non identifiable, il convient de regrouper toutes les caractéristiques qui lui sont communément reconnues afin d'en approcher la nature.

⁵³ « L'étymologie latine de *distinguere* signifie séparer, diviser. Le préfixe *dis* sépare, alors que le verbe *stingere* « pique », « stigmatise » selon son utilisation grecque, ou encore « étiquette », selon son ancien usage dans les langues germaniques », LEMOINE (C.), *La distinction en droit...*, th. précit., n°3, p.4.

⁵⁴ VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr.), *Cassation et juridiction. Iura dicit Curia*, th. Louvain, 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, n°29, p.45.

La distinction est sans aucun doute un guide, comme beaucoup d'auteurs le remarquent. Elle est un guide dont dépendent des règles qui ont parfois valeur de principe, elle est une division qui conditionne d'autres règles.

Au vu de ce qui précède, nous reprendrons l'affirmation, déjà évoquée, de Cornu selon laquelle « les principes directeurs eux-mêmes sont fondés sur des divisions majeures ». Cette fois nous ne nous arrêterons pas sur la notion de « division majeure » mais sur le fait que la distinction « fonde » ces principes. Bien plus qu'un guide, elle est un fondement, elle sert de « de base, de support, de principal soutien »⁵⁵. Qu'elle soit ou non un principe, elle est présentée comme une « valeur, [une] référence de base sur laquelle repose une règle, une institution, un système juridique et qui en éclaire l'esprit »⁵⁶.

La distinction est le fondement censé régir la compétence de cassation et la délimitation de l'office du juge sur la matière litigieuse. A ce titre, elle est porteuse de principes.

13. Une distinction porteuse de principes. Si Jean Rivero a pu affirmer qu'il s'agissait d'un principe et si Gabriel Marty s'est interrogé sur la portée de ce « principe directeur »⁵⁷, de « cette loi fondamentale »⁵⁸, il est singulier d'entendre parler de « principe de la distinction du fait et du droit » en doctrine ou en jurisprudence. En effet, ce sont les seules occurrences que nous avons pu relever. Par exemple, la distinction n'apparaît pas dans la liste des principes directeurs du procès. Le professeur Vergès ne l'a pas comprise dans l'inventaire de ces principes qu'il a pu dresser alors même qu'il a choisi d'y faire figurer des principes controversés⁵⁹. Motulsky, qui a tant œuvré pour son adoption, ne l'a jamais élevée au rang de principe⁶⁰.

La distinction n'est pas un principe, en revanche elle porte des principes, « des règles de droit objectif, non de droit naturel ou idéal, exprimées ou non dans les textes mais appliquées par la jurisprudence et dotées d'un caractère suffisant de généralité »⁶¹.

⁵⁵ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e ed.

⁵⁶ CORNU (G.) (Dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V^o Fondement, p.464.

⁵⁷ MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit...*, *op.cit.*, n^o4, p.14.

⁵⁸ MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit...*, *op.cit.*, n^o4, p.15.

⁵⁹ Tels la loyauté, la coopération, le « principe » dispositif, le « principe » d'initiative, l'immutabilité du litige... VERGES (E.), *Les principes directeurs du procès judiciaire*, *th. précit.*, p.33.

⁶⁰ Cf. notamment MOTULSKY (H.), *Ecrits. Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz, Paris, 2^e ed., 2009.

⁶¹ BERGEL (J.-L.), *Théorie Générale du droit*, *op. cit.*, n^o74, p.104. Sur la notion de principe v. MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, th. Paris II, 1997, ed. Panthéon-Assas, Droit privé, 1997, « Principes », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 1201-1204.

La distinction en ce qu'elle commande la répartition des rôles trouve, il est vrai, sa place lorsque sont évoqués les principes directeurs du procès civil, dont la plupart régissent l'office du juge. Et plus précisément lorsque l'on approche le « principe » qui « détermine les rôles respectifs des parties et du juge »⁶². Néanmoins, elle n'appartient pas à la catégorie de ces principes, elle les porte comme c'est le cas pour le principe dispositif. Elle assoit également des maximes⁶³, principes dont la formulation concise permet de « rendre frappante des règles de droit »⁶⁴, comme « *Da mihi factum, dabo tibi jus* », que l'on traduit classiquement par « donne-moi le fait, je te donnerai le droit »⁶⁵, ou comme l'adage selon lequel le juge connaît le droit, « *jura novit curia* »⁶⁶. Nous verrons que la réunion des deux est nécessaire en ce qu'elle permet d'identifier la distinction du fait et du droit.

Dans le domaine de la cassation, la distinction ne semble pas asseoir des principes mais des règles, des dispositions plus concrètes, directement applicables, comme celle régissant la recevabilité des moyens.

14. L'objet de notre étude étant délimité, la distinction comme fondement évoqué lors de la répartition des rôles sur la matière litigieuse entre les parties et le juge et lors de la délimitation de l'étendue du contrôle de cassation, il nous reste à rechercher la méthode la plus appropriée pour l'étudier.

II – Elaboration de la méthode

15. « La méthode est un chemin vers le but recherché » nous rappelle Miguel Angel Ciuro Caldani qui ajoute en s'inspirant d'Antonio Machado : « il n'y a pas de sentier préétabli :

⁶² LE BARS (Th.) ET HERON (J.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^e ed., 2012, p.212.

⁶³ « Principe général du droit souvent énoncé sous forme d'adage » CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V^o maxime, p.645.

⁶⁴ CARBONNIER (J.), *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF, coll. « Thémis. Droit privé », 27^e ed., 2002, p.263. L'auteur ajoute que « si sous toutes maximes juridiques, il y a un principe général du droit, tous les principes généraux n'ont pas pris le tour « vif et condensé » de la maxime ». *Contra* JESTAZ (Ph.), « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », *op. cit.*, *ibid.*

⁶⁵ ROLAND (H.) et BOYER (H.), *Adages du droit français*, Litec, 3^e ed. 1992, n°71, pp.139-142.

⁶⁶ Pour une étude exhaustive de cet adage, cf. PENNEC (L.), *L'adage jura novit curia dans le procès civil. Emergence et évolution contemporaine en droit comparé*, Toulon, 2010.

le chemin se fait en marchant »⁶⁷. En suivant nos propres pas, nous avons fait nos propres choix : de la problématique (A), de l'approche du sujet (B) et du plan (C).

A - Choix de la problématique

16. Avant de déterminer le sentier à emprunter, il convient d'en fixer la destination. C'est en découvrant les contradictions de la distinction, évidente mais indéfinissable, critiquée mais persistante, universelle mais multiple, que la problématique s'est dessinée.

En effet, parce qu'en cherchant à connaître nous avons surtout appris à douter⁶⁸, nous nous sommes interrogé tout au long de ce travail sur le point de savoir si la distinction du fait et du droit était apte à remplir le rôle qu'est censé lui assigner le droit judiciaire privé selon la doctrine.

Pour cela, nous avons d'abord dû combattre l'évidence de la distinction en nous interrogeant sur la possibilité de séparer le fait et le droit, ce qui conduit à identifier *le*, voire *les* critères qui permettent de les classer. Cela revient à envisager la manière dont la doctrine sépare le fait du droit et à observer si elle le fait de manière identique dans le domaine de la cassation et dans celui de l'office du juge. On aboutit à une nouvelle interrogation : quel est l'intérêt pour les processualistes de procéder, de recourir à cette opération ? De la sorte, on s'interroge sur les raisons qui ont pu conduire à retenir la distinction du fait et du droit comme fondement tant de la compétence des juges du fond que de l'étendue du contrôle de cassation.

Mais est-elle réellement un fondement de droit judiciaire privé (ce dont nous doutons) ou seulement un fondement avancé par la doctrine processualiste (ce vers quoi nous inclinons) ? Ne serait-elle pas plus une représentation du droit judiciaire privé qu'un réel objet de la procédure civile ? Correspond-elle véritablement à la réalité et est-elle opérante au point d'être conservée ou adoptée par le droit judiciaire ? Au contraire, est-elle inopérante de telle manière que l'on doive lui refuser tout rôle en la matière ?

⁶⁷ CIURO CALDANI (M.-A.), « Méthodologie juridique et théorie du droit », *Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p.103. Pour formuler cette recommandation méthodologique, le juriste argentin paraît s'inspirer davantage de la poésie que de la science en reprenant presque mot pour mot un passage du célèbre poème d'Antonio Machado, « Se hace camino al andar... », publié en 1917 : « no hay camino, se hace camino al andar ».

⁶⁸ Pour paraphraser la célèbre citation « chercher à connaître n'est souvent qu'apprendre à douter », DESHOULIERES (A.) et DESHOULIERES (A.Th.), *Œuvres de Madame et de Mademoiselle Deshoulières*, 1803, T.1, p.205. V. également MARGUENAUD (J.-P.), MASSE (M.) et POULET-GIBOT-LECLERC (N.) (Dir), *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit. Études offertes à Claude Lombois*, PULIM, 2004.

Enfin, si la distinction n'a pas d'ancrage en droit et si elle n'est pas apte à remplir le rôle que l'on souhaite lui voir jouer, qu'est-ce qui explique sa persistance dans le discours des juristes ? Ne peut-elle être abandonnée ou remplacée ?

Notre approche se doit de prendre en considération l'ensemble de ces questions car seule leur mise en perspective permet, selon nous, d'apporter une réponse satisfaisante à la problématique préalablement déterminée.

B - Choix de l'approche

17. Constatant que la distinction du fait et du droit ne jouait pas *un* rôle mais *deux* en droit judiciaire privé, comme fondement de la répartition des rôles entre les parties et le juge et comme celui de la délimitation du contrôle de cassation, nous avons choisi de ne pas limiter notre étude à l'une des deux fonctions et de la faire porter sur tous les aspects de la distinction.

Nous avons opté pour une approche globale de notre sujet, d'abord en envisageant la distinction au travers de ses deux fonctions (1), ensuite en choisissant de l'étudier au-delà de ses fonctions (2).

1 - La distinction à travers ses deux fonctions

18. Il existe en droit français une seule étude consacrée exclusivement à la distinction du fait et du droit en droit positif français, celle de Gabriel Marty⁶⁹ qui date de 1929. L'auteur l'appréhende au travers de la jurisprudence et cherche, en vain, une coïncidence entre la frontière qu'elle trace et la limite du contrôle de cassation. En Belgique, ses travaux ont été poursuivis notamment par François Rigaux⁷⁰ alors qu'en France il n'a plus été question de recherches d'ampleur sur le sujet. Certes la distinction du fait et du droit est toujours mentionnée et examinée dans les thèses relatives à la cassation - nous pensons notamment à celles de référence des professeurs Kernaleguen⁷¹ et Le Bars⁷² - ainsi que dans les traités consacrés au

⁶⁹ MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit...*, *op. cit.*

⁷⁰ RIGAUX (Fr.), *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966.

⁷¹ LE BARS (Th.), *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th. Caen, 1994, LGDJ, Paris, 1997.

⁷² KERNALEGUEN (Fr.), *L'extension du rôle des juges de cassation*, th. Rennes, 1979, dactyl.

même sujet et plus rarement dans les manuels de droit judiciaire privé, mais ce n'est que ponctuel.

En revanche, la distinction du fait et du droit comme fondement de la répartition des rôles n'a pas connu un tel succès. Elle n'a fait l'objet d'aucune étude spécifique. Bien que la thèse de Jacques Normand consacrée « au juge et au litige »⁷³ s'y arrête longuement, elle n'a depuis été discutée qu'à l'occasion d'articles ou au détour de certaines thèses⁷⁴. Les manuels lui octroient quelques développements, souvent critiques, mais sa place y reste limitée.

Surtout, la distinction du fait et du droit n'a jamais été abordée dans une même étude au travers de ses deux fonctions. Une thèse belge⁷⁵ récente qui s'est longuement consacrée à la distinction française du fait et du droit a tenté cette approche et a émis un postulat de cohérence⁷⁶. Au contraire, ce qui nous a poussé à entreprendre l'étude de la distinction à la fois comme fondement du contrôle de cassation et fondement de la répartition des rôles, c'est le pressentiment qu'il existait une incohérence entre les deux, une double frontière tracée par deux distinctions répondant pourtant à la même appellation. Une première approche a déjà laissé entrevoir cette dualité que les développements ultérieurs confirmeront.

La distinction du fait et du droit a d'abord servi à circonscrire le pouvoir des magistrats de cassation et ce n'est que sous l'influence de Motulsky que sa fonction a été élargie à l'office du juge du fond. Le parallèle entre ces deux principaux usages de la distinction, qui nous est apparu au premier abord intéressant, s'est révélé fructueux.

S'il nous a permis de mettre à jour une faille de la distinction - son incohérence -, l'élargissement de l'approche nous en a indiqué d'autres.

2 - La distinction au-delà de ses fonctions

19. Les travaux que nous venons d'évoquer et qui se consacrent en tout ou partie à la distinction du fait et du droit ont pour point commun de l'envisager principalement, voire uniquement, dans son aspect technique, sous un angle fonctionnel. Il y est généralement

⁷³ NORMAND (J.), *Le juge et le litige*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1965.

⁷⁴ Par ex. PENNEC (L.), *L'adage jura novit curia...*, th. précit..

⁷⁵ VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr.), *Cassation et juridiction. Iura dicit Curia*, Louvain 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004.

⁷⁶ « Toutes les réflexions et toutes les options prises au nom et au départ d'une même conception des rapports fait/droit, présentent entre elles la cohérence la plus absolue et ne se contredisent pas », VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr.), th. précit., n°155, p.167.

question de l'efficience de la distinction en tant que fondement. Il en ressort généralement quelques doutes, voire de franches critiques, sans toutefois qu'il semble possible de se départir de la distinction. Elle paraît inéluctable, elle demeure, comme une évidence, dans le paysage procédural français.

En conséquence, le choix a été fait ici d'adopter un autre point de vue et d'élargir le champ d'étude qui lui est traditionnellement consacré en optant pour une approche globale.

Bien entendu, la distinction du fait et du droit a été examinée au travers des rôles qui lui sont assignés. Ces recherches n'ont toutefois pas consisté en un dépouillement exhaustif de la jurisprudence comme avait pu le faire le doyen Marty ou plus près de nous Maîtres Jacques et Louis Boré⁷⁷. Cette tâche ardue ayant déjà été accomplie, il y avait peu d'intérêt à la réitérer mais beaucoup, au contraire, à s'appuyer sur les travaux de grande qualité auxquels elle avait donné lieu afin de tenter de dépasser les points de vue habituels.

Le fait que la plupart des recherches envisagent la distinction du fait et du droit essentiellement sous son aspect pratique et qu'elles n'ont pu s'en détacher malgré les critiques qu'elles ont formulées à son encontre a conforté notre choix. En effet, dégager un critère en examinant uniquement la jurisprudence n'est pas nécessairement concluant, bien que ce soit à la doctrine qu'il incombe de coordonner les décisions rendues. Il nous a donc paru profitable d'adopter une méthode un peu différente.

20. Croyant avec le professeur Atias que « la recherche d'une opinion satisfaisante en droit ne s'opère manifestement pas en se contentant d'aligner et de décrire des dispositions légales et des décisions de justice »⁷⁸, nous avons bien entendu fait appel à l'histoire⁷⁹, à la théorie en droit processuel et de manière peut-être moins habituelle à la théorie du Droit. Le doyen Le Bars y avait eu recours dans sa thèse mais ce choix fait un peu figure d'exception notable. Pourtant la théorie du droit a beaucoup à nous apprendre sur le sujet. D'une part, parce qu'elle le connaît et le pratique, certes sous une autre forme mais qui a pu inspirer certains processualistes. D'autre part, parce qu'elle permet de prendre du recul sur le sujet, de s'éloigner de ce qui est communément admis en le soumettant à la critique, et d'essayer d'en approcher la

⁷⁷ BORE (J.) et BORE (L.), *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz Action, 4^e ed, 2008-2009. V. également « Pourvoi en cassation », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2013.

⁷⁸ ATIAS (C.), *Devenir juriste...*, op. cit., 2011, n°147, p.83.

⁷⁹ Puisque « c'est ainsi que le juriste raisonne. Ses propositions les plus audacieuses et novatrices puisent toujours dans le passé, même si elles n'y prennent, à chaque fois, les mêmes enseignements », *Ibid.*

substance. Comme le souligne encore le professeur Atias, « la théorie juridique a sur cette question, un rôle considérable à remplir. Il lui appartient de révéler la véritable signification du partage effectivement opéré entre ce qui est soumis au contrôle d'une juridiction unique et ce qui ne l'est pas et ne peut pas l'être »⁸⁰.

Demeure surtout le problème que pose la définition de la distinction qui, paradoxalement, est à la fois inexistante, parce qu'elle est contenue dans son énoncé⁸¹, et multiple lorsque l'on tente de la déduire des propos des auteurs. Seule l'épistémologie juridique a pu nous servir d'outil sur un tel terrain, en prenant pour objet « non pas le droit, mais la connaissance du droit »⁸². Parce qu'aucune source du droit ne la définit et parce que le discours doctrinal rend encore la notion plus absconse, on s'est efforcé « de comprendre ce que le juriste cherche à connaître, d'apprécier les moyens qu'ils emploient et de déterminer quelle peut être l'influence de ces procédés de connaissance du droit sur ce droit qui en est l'objet »⁸³.

Ainsi, comme nous ne pouvions envisager d'étudier la distinction du fait et du droit sans la définir, ce travail ne pouvait se réaliser qu'au travers d'une étude épistémologique en prenant pour objet le discours doctrinal, qui, au-delà de l'avoir décrite, l'a également façonnée. C'est pourquoi une partie de *notre discours* porte sur *le discours de la doctrine*.

C - Choix du plan

21 . Si, comme le rappelait plaisamment Jean Rivero, « il n'y a pour l'exposé d'une matière qu'un bon plan : celui dans lequel chaque chapitre s'appuie sur les connaissances acquises dans les chapitres antérieurs »⁸⁴, ce plan n'en peut pas moins prendre plusieurs formes entre lesquelles le choix se détermine par l'orientation principale de la recherche.

Or, l'approche globale a permis de constater à la fois que la distinction était loin d'être apte à remplir les rôles que le droit judiciaire lui assigne ce qui ne l'empêche pas d'y conserver une place importante. Partant de son caractère incontournable, nous en avons cherché les raisons par une approche plus théorique, en tenant compte tant de l'histoire de ce fondement que de ses justifications doctrinales et normatives. Les recherches ont alors mis à jour tant les

⁸⁰ ATIAS (C.) *Epistémologie juridique*, PUF, 1^{ère} éd., 1985, p. 127.

⁸¹ « Elle devrait reposer sur [l]a définition même » du droit, ATIAS (C.), *Devenir juriste...*, *op. cit.*, n°152, p.85.

⁸² ATIAS (C.) *Epistémologie juridique*, *op. cit.*, n°7, p.18.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ RIVERO (J.), Préface à la thèse de J.-P. GILLI, *La cause juridique de la demande en justice, essai de définition*, coll. « Bibliothèque de droit public », LGDJ, t. XLLV, 1962.

faiblesses fonctionnelles de la distinction que ses fragilités internes. Dès lors, ce résultat commandait largement l'organisation du plan.

La distinction du fait et du droit étant envisagée à la fois comme le fondement de la répartition des rôles entre les parties et le juge et comme celui de la délimitation du contrôle de cassation, il était possible de consacrer un développement à chacune de ces deux fonctions. Cependant, nous avons déjà souligné que l'intérêt d'étudier la distinction dans ces deux domaines – office du juge du fond et compétence de la Haute Cour - réside essentiellement dans le fait de soumettre leur cohérence au crible de la critique ce qu'un plan organisé autour de son rôle de double fondement n'aurait pas permis.

Dans une autre perspective, plus axée sur l'ingénierie, on aurait pu choisir de présenter dans une première partie les critiques auxquelles conduit l'étude de la distinction alors qu'une seconde partie aurait été consacrée aux propositions découlant de ces critiques. Dans un même ordre d'idées, il aurait été également envisageable de relater ce que fait le droit judiciaire privé de la distinction et ce qu'il devrait en faire.

Cependant, ces approches qui n'envisagent la distinction qu'en action nous ont semblé présenter un écueil : elles ne permettent pas le recul nécessaire pour appréhender la distinction, pour l'explicitier, pour la connaître. Comment juger de la place qu'elle doit occuper en droit judiciaire privé si nous ne connaissons ni sa définition, ni sa force ni ses faiblesses ? De plus, ce type de présentation ne permet ni d'expliquer la persistance de la distinction en droit judiciaire privé malgré ses failles ni de fournir des clés pour s'en détacher. Soit il passe sous silence cet aspect de la question, soit il ne lui confère pas la place importante qui doit lui revenir car il semble indispensable de *présenter les raisons de ce profond ancrage* dans notre droit et dans l'inconscient des juristes *afin de pouvoir passer outre* cette représentation extrêmement simplifiée et déformée de la réalité.

22. Dès lors, et afin de répondre de manière exhaustive à la problématique que l'on a dégagée, le choix a été fait d'un plan qui reflèterait le plus fidèlement possible le cheminement méthodologique. On s'est d'abord interrogé sur ce *qu'est* la distinction, en faisant principalement appel à l'épistémologie et à la théorie avant d'étudier ce *qu'elle fait*, aspect plus pratique de la question. Ce *qu'est* la distinction conduit à envisager essentiellement ses origines, ce en quoi elle consiste, la façon dont elle est présente en droit judiciaire privé et la manière dont la doctrine la conçoit ou la perçoit. La question de ce *que fait* la distinction nous entraîne

sur un autre plan, celui de l'utilisation de la distinction et de son aptitude à répartir les rôles entre le juge et les parties et à délimiter le contrôle de cassation.

Autrement dit, la réponse à ce *qu'elle est* se trouve en étudiant les fondements de la distinction du fait et du droit (première partie) tandis que ce *qu'elle fait* interroge sur la distinction comme fondement (seconde partie).

PREMIERE PARTIE : LES FONDEMENTS DE LA DISTINCTION DU FAIT ET DU DROIT

SECONDE PARTIE : LA DISTINCTION DU FAIT ET DU DROIT COMME FONDEMENT

- PREMIERE PARTIE -

LES FONDEMENTS DE

LA DISTINCTION DU FAIT ET DU DROIT

23. De la distinction du fait et du droit en procédure civile, on connaît surtout l'usage. Elle apparaît comme la scission entre ce qui ressort de la compétence des juges, qu'ils soient du fond ou de cassation, et ce qui en est exclu. C'est généralement sous cet angle qu'elle est étudiée. Pourtant, avant de nous intéresser à son efficience en tant que fondement, nous nous sommes interrogé sur la consistance de ses fondements. Il n'est pas exagéré de penser que la première dépend des seconds.

Or, la distinction du fait et du droit, revêt dans l'esprit des juristes la force de l'évidence. Elle est peu remise en cause en tant que telle, les critiques étant plus généralement dirigées contre son utilité. Pourtant, si elle ne remplit pas son office, ce que nous vérifierons ultérieurement, cela peut également s'expliquer par des racines qui ne sont peut-être pas aussi solides que ce que l'on pourrait croire au premier abord.

Bien que l'opinion générale perçoive la distinction comme ancestrale, universelle et logique, aucun de ces caractères n'est généralement vérifié dans le discours des juristes. C'est pourquoi, nous avons entrepris ce travail. Il est important de savoir *ce qu'est* la distinction avant de savoir *ce qu'elle permet*. L'histoire, le droit comparé, la théorie du droit, la logique, le discours doctrinal sont un chemin vers cette connaissance.

La distinction du fait et du droit semble alors fondée à deux niveaux. D'abord, en tant que notion, elle est portée, entre autre, par l'histoire et la théorie du droit qui l'investissent de grandes qualités. Ensuite, la doctrine s'attache à fonder son utilisation en faisant notamment appel à la logique. Toutefois ces fondements ne sont pas d'égale qualité et si les premiers confèrent une grande force à la distinction, les seconds la parent de grandes fragilités.

On se rend alors compte que la distinction du fait et du droit repose sur des fondements stables (Titre 1) alors qu'au contraire son utilisation repose sur des fondements contestables (Titre 2).

TITRE 1 - LES FONDEMENTS STABLES DE LA DISTINCTION

24 . Les fondements stables de la distinction du fait et du droit sont ceux qui l'ancrent en droit. Ils se découvrent principalement en histoire et en théorie du droit et donnent une grande force à la distinction. Ils lui confèrent les qualités que l'on a coutume de lui attribuer dès l'abord : historicité, universalité, évidence. Au-delà, elle acquiert par eux un aspect intouchable qui s'oppose à toute idée de remise en cause de la notion.

Pourtant, il convient de passer outre cette première impression afin d'en retrouver les origines et de connaître ce qu'elle a été, cela pour mieux découvrir ce qu'elle est. L'étude historique répond à ces deux premières interrogations et montre que la distinction semble inhérente au droit. Sa présence dans de nombreux systèmes juridiques étrangers ou supranationaux conforte cette idée.

Ce qu'est la distinction en droit positif pose la question de sa consistance, de sa viabilité. La théorie du droit démontre qu'il est possible de séparer le fait du droit, de tracer une frontière entre les deux univers selon un critère opérant.

Même si l'étude de ces fondements dévoile une distinction multiple, car elle n'est jamais la même ni au fil des siècles ni selon les théories, ce qui est certainement une de ses faiblesses, elle rend incontestables certains de ses aspects : elle existe, elle est possible, elle est omniprésente.

Les fondements stables de la distinction du fait et du droit, que sont l'histoire et le droit comparé, conduisent au constat de l'existence de la distinction (Chapitre 1) tandis qu'un fondement théorique, tout aussi solide, permet d'en démontrer la consistance (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 - LE CONSTAT DE L'EXISTENCE DE LA DISTINCTION

25. Lorsque l'on aborde la distinction du fait et du droit, ce qui interpelle en premier lieu est sans aucun doute sa très grande présence en droit positif. Nous avons eu l'occasion de montrer qu'elle est d'usage dans de nombreuses branches du système juridique français. Rappelons-le, elle trouve sa place en droit civil au travers notamment de la notion de fait juridique, en pénal pour circonscrire le rôle du jury et en de nombreux autres endroits encore du droit privé.

Cette impression d'omniprésence se renforce encore lorsque l'on étudie les fondements de la distinction. D'abord, parce qu'elle semble inhérente au droit. On en trouve trace depuis le droit romain et, de manière quasiment continue, jusqu'à nos jours. Elle paraît avoir traversé toutes les époques pour ne parvenir qu'avec plus de force à notre droit positif car à chaque période elle a emprunté un caractère.

Surtout, ayant puisé ses racines dans l'histoire, la distinction procédurale du fait et du droit telle que nous la connaissons actuellement a connu un vif succès au-delà du droit judiciaire privé français, se retrouvant ainsi dans de nombreux systèmes juridiques étrangers. Par exemple, de nombreuses Cours suprêmes l'ont établie comme leur critère de compétence.

On ne peut alors que constater l'existence de la distinction du fait et du droit d'abord au regard de son origine historique (section 1) et ensuite de par son rayonnement actuel (section 2).

SECTION 1 - Les origines historiques de la distinction

26. Bien que nous n'ayons pas la prétention de mener une étude historique exhaustive, nous estimons indispensable le détour par l'histoire du droit qui va être entrepris ici. En effet, l'existence millénaire d'un concept juridique, confère une telle force à ce dernier, qu'elle interdit souvent toute remise en cause : il fut, est et sera.

Une des forces de la distinction du fait et du droit réside dans son caractère historique. Son existence ancestrale la rendrait certaine et incontestable. Pourtant cette présence au fil des siècles est plus souvent affirmée qu'étudiée alors que l'origine de la distinction est des plus vague. Selon le professeur Atias « partie d'une pratique assez peu déterminée, elle s'est imposée »⁸⁵.

Toutefois, il est quasi-unanimement admis que son existence remonterait au droit romain où son utilisation serait courante, notamment en procédure civile. C'est ce que nous allons montrer. Ces racines romaines existent mais dévoilent une distinction bien différente de celle que connaît le droit positif. Par la suite son utilisation s'estompe quelque peu mais elle est toujours présente.

Cette première et longue période correspond, selon nous, aux racines diffuses de la distinction du fait et du droit actuelle car s'il en est bien question, elle y revêt des aspects bien différents. Un second temps coïncide avec sa reprise et sa consécration en procédure civile, d'abord, sous l'Ancien Régime et la Révolution, pour fonder la compétence de la Cour de cassation, ensuite pour délimiter les pouvoirs du juge du fond. A son égard nous nous permettrons de mentionner les origines directes de la distinction procédurale actuelle.

Nous constaterons d'abord les racines diffuses de la distinction du fait et du droit (§1) avant d'en aborder les origines directes (§2).

⁸⁵ ATIAS (C.), *Devenir juriste...*, *op. cit.*, n°152, p.85.

§1 - Les racines diffuses de la distinction du fait et du droit

27. La distinction du fait et du droit a été originellement utilisée en droit romain et ce à des fins procédurales (A). L'ancien droit a par la suite connu une telle distinction mais selon un tout autre objectif (B).

A – Les racines romaines : une distinction pragmatique

28. Bien que l'expression « distinction du fait et du droit » ne semble pas apparaître telle quelle en droit romain, les juristes de cette époque n'en distinguaient pas moins le fait du droit.

Les romains connaissaient ainsi, outre le *factum* et le *ius*, les oppositions entre *condiciones facti* et *condiciones iuris*, l'*ignorantia facti* et *iuris* et bien d'autres que nous allons rencontrer et qui font de la procédure le domaine privilégié de la distinction du fait et du droit romaine.

Les historiens du droit ont pu envisager l'origine de cette distinction en deux endroits. La première proposition qu'ils ont faite, certainement la plus ancienne et la plus ancrée dans le monde juridique, aperçoit la distinction du fait et du droit dans la structure en deux phases du procès romain (1). Une thèse récente est cependant venue remettre en cause cette conception et tout en reconnaissant l'existence de la distinction dans la procédure romaine démontre qu'elle correspond à la distinction entre le certain et l'incertain bien plus qu'à la scission entre le l'essentiel et le secondaire, précédemment avancée. Ainsi définie, elle devient un outil de la procédure romaine (2).

1- La distinction du fait et du droit, structure du procès romain classique

29. Certains auteurs ont émis l'hypothèse que l'origine de la distinction se trouvait, dans la division en deux phases du procès romain des périodes ancienne⁸⁶ et classique.

⁸⁶ Dans le sens contraire voir M. DEKKERS, pour qui le procès de la période ancienne ne pouvait être scindé selon la distinction du fait et du droit du fait de son manque de rationalité, et ce malgré la division du procès en deux phases. DEKKERS (R.), « Le fait et le droit dans la procédure classique romaine », communication faite au Centre national de logique le 5 décembre 1959, in *Le Fait et le droit*, Etude de logique juridique, Bruxelles, Bruylant, 1961.

30. Structure du procès. Selon la procédure formulaire⁸⁷, le procès débute par une phase *in jure* menée par un magistrat et se termine par la phase *apud judicem* conduite par un juge. Le premier temps correspond à l'organisation du procès par le magistrat. Il élabore la formule qui contient principalement la désignation du juge, la prétention du demandeur, *l'intentio*, et la sanction possible, la *condamnatio*⁸⁸. Dans la seconde phase du procès, le juge, investi par le magistrat, examine les preuves et tranche le litige⁸⁹.

De cette présentation, il ressortirait que le magistrat déterminait la règle de droit applicable⁹⁰ sans trancher le litige, la phase *in jure*, signifiant « en droit ». C'est la partie du procès durant laquelle le magistrat exerce sa *iuris dictio*, d'où, probablement, l'appellation *in jure*⁹¹. Il « dit le droit »⁹². Quant au juge il « devait connaître du fait »⁹³ au travers des questions de preuve et donner ainsi une solution au litige.

31. Hypothèse d'un lien. Voir dans cette division du procès le reflet de la distinction du fait et du droit est tentant. La première phase correspondrait au traitement du droit par un magistrat professionnel et la seconde serait réservée à la résolution des questions de fait par un juge, qui à l'origine n'était qu'un particulier. Il s'agirait d'une distinction entre « l'essentiel et le secondaire », le préteur devant se consacrer au premier et abandonner le deuxième au juge⁹⁴. C'est ainsi que l'on en arrive à une distinction proche de notre conception contemporaine, le droit étant toujours distingué du fait, ce qui doit être de ce qui est⁹⁵.

Elle est également proche de notre distinction contemporaine en ce qu'elle servirait de règle de compétence, ici entre juge et magistrat et actuellement entre juge et parties ou juge du fond et juge de cassation. Cette répartition se ferait dans les deux cas par la certitude qu'il y

⁸⁷ La procédure formulaire fut la procédure ordinaire romaine du IIe s. avt. J.-C. au IIIe s. aps J.-C. Cf. PICHONNAZ (P.), *Les fondements romains du droit privé*, Paris LGDJ. Zurich Schulthess, 2008, p.55, n°185-186.

⁸⁸ CASTALDO (A.) et LEVY (J.-P.), *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd., 2010, §25, pp. 19-20.

⁸⁹ BRY (G.), *Principes de droit romain exposés dans leur développement historique*, Larose, Paris, 3^e ed., 1901, p.166, GIRARD (P.-F.), *Manuel de droit romain*, Deuxième partie, Duchemin, réimp. 1978, pp.1060 et s.

⁹⁰ VIDALIN (J.), *Le droit et le fait. Remarque sur l'articulation du procès romain*, Bordeaux, *Publications de la Faculté de droit, des sciences sociales et politiques* n°8.

⁹¹ CASTALDO (A.) et LEVY (J.P.), *op. cit.*, §12, p. 12. Dans un sens plus nuancé, la dénomination proviendrait par métonymie du lieu de déroulement du procès. cf DEKKERS (R.), « Le fait et le droit dans la procédure classique romaine », communication faite au Centre national de logique le 5 décembre 1959, in *Le Fait et le droit*, Etude de logique juridique, Bruxelles, Bruylant, 1961, p. 17.

⁹² HUMBERT (M.), *Institutions politiques et sociales de l'antiquité*, Dalloz, 9^e ed., 2007, §517, p.524.

⁹³ BRY (G.), *ibid.*

⁹⁴ VIDALIN (J.), *Le droit et le fait...*, *op. cit.*, n°2.

⁹⁵ Selon la distinction entre le *Sein* et le *Solen* unanimement admise actuellement. Voir *infra* n°92.

aurait des questions de droit et des questions de fait mises en évidence par le syllogisme judiciaire⁹⁶.

La thèse est séduisante. Elle donnerait l'origine précise de la distinction telle qu'on la connaît et la pratique de nos jours. « Le préteur fixait le droit, alors que le juge établissait les faits »⁹⁷ : la majeure du syllogisme serait établie par le préteur et la mineure serait l'apanage du juge.

Toutefois, des auteurs rappellent, à juste titre, que l'expression selon laquelle le magistrat est juge du droit et le juge juge du fait ne « doit pas être prise dans un sens trop absolu »⁹⁸. Il est reconnu que des questions de fait peuvent être traitées dans la première phase du procès et des questions de droit dans la seconde puisque le magistrat ne délivre la formule qu'après l'examen des faits tandis que le juge doit procéder à leur qualification⁹⁹. Deux explications peuvent alors être avancées : soit le critère n'était pas parfaitement opérant, soit la répartition des compétences n'avait pas lieu selon ce critère. Cette deuxième hypothèse est celle qui nous semble la plus probable au regard des travaux les plus récents sur la question¹⁰⁰.

2 - La distinction du fait et du droit, outils pragmatique de la procédure romaine

32. Si la distinction du fait et du droit n'est pas utilisée en droit romain pour scinder le procès en deux phases, elle n'est pas pour autant inexistante. Le fait que l'*actio*, la *res*, la *controversia*, la *quaestio* ou la *causa* puissent être qualifiées de *facti* ou *iuri* en atteste.

Selon la thèse récente du professeur Cornu-Thénard¹⁰¹, la distinction existerait bien et serait même essentielle à la procédure formulaire romaine. Cependant elle n'aurait ni le sens de partition entre l'être et le devoir être ni l'utilité d'une règle de compétence que nous lui reconnaissons actuellement. Elle s'établissait selon un autre critère et jouait un rôle différent.

⁹⁶ Voir *infra* n°241 et s.

⁹⁷ formule pédagogique empruntée au Professeur Pichonnaz qui s'empresse toutefois de la nuancer en rappelant que la subsomption était faite par le juge et que la procédure formulaire est difficilement comparable avec celle que connaît le droit de nos jours en raison de la nécessité d'obtenir une formule. PICHONNAZ (P.), *Les fondements...*, *op. cit.*, p.58, n°199-200.

⁹⁸ WALTER (F.), *Histoire de la procédure civile chez les Romains*, traduite de l'allemand par Édouard Laboulaye, Paris, A. Durand, Paris, Joubert, 1841, p.XIV. V. également PICHONNAZ (P.), *ibid.*

⁹⁹ PICHONNAZ (P.), *ibid.* et CORNU-THENARD (N.), *La notion de fait...*, *th. précit.*, p.144-150.

¹⁰⁰ CORNU-THÉNARD (N.), *La notion de fait...*, *th. précit.*

¹⁰¹ *Ibid.*

33. Le critère de la certitude. Selon cette distinction, pour définir le fait et le droit, les Romains les opposent selon le critère de la certitude. Le *ius* est ce qui est *certain* et le *factum* ce qui est *incertain*. Le droit est constant, alors que les faits changent. L'auteur déduit ces définitions de la distinction entre *ignorantia facti* et *ignorantia iuris*¹⁰², l'ignorance du fait et celle du droit. Le fait est insaisissable, rebelle à toute définition générale, contrairement au droit. De par son caractère incertain, le fait nécessite un traitement différent du droit. Le droit est certain, on ne peut l'ignorer et donc l'erreur sur le droit n'est pas admissible. En revanche, le fait peut-être ignoré et l'*ignorantia facti* peut être invoquée en justice¹⁰³.

Les Romains distinguaient donc *ius* et *factum* selon un critère qui leur est propre et à des fins pragmatiques. Dans la procédure formulaire cette distinction se décline au travers de l'*actio in factum* et de l'*actio in ius*, de la *res facti* et de la *res iuri*, de la *controversia facti* et de la *controversia iuris*, de la *quaestio facti* et de la *quaestio iuris* et enfin de la *causa facti* et de la *causa iuris*. Elle a alors un but méthodologique, comme l'a démontré de manière convaincante le professeur Cornu-Thénard. « Elle isole deux moyens de résoudre une controverse judiciaire » afin de garantir « au mieux la certitude de la décision de justice ». Tous les termes que nous venons de décliner selon le fait et le droit « marqu[ent] les étapes suivies dans l'étude d'un conflit »¹⁰⁴. La *res*, constituée de tous les éléments qui donnent lieu au litige, est délimitée par la *controversia*, confrontation orale des parties¹⁰⁵. De cette *controversia* sont tirées les *quaestiones*, les « interrogation [s] faisant naître des thèses opposées »¹⁰⁶, qui aboutiront à la *causa*, « formulation définitive donnée au conflit, celle qui cristallise les termes à partir desquels sera établi le jugement ». Elle « clôt l'examen du litige, en tirant parti des enseignements apportés par chacune des étapes précédentes »¹⁰⁷. Dès lors, si l'on reconnaît la « dimension factuelle d'une affaire litigieuse, on observera la même continuité entre *res facti*, *controversia facti*, *quaestio facti* et *causa facti*. La distinction entre fait et droit persiste ainsi jusqu'à l'étape ultime de définition d'un litige, jusqu'à la formule qui détermine le point à juger ».¹⁰⁸

¹⁰² CORNU-THÉNARD (N.), *th. précit.*, p.53 et s.

¹⁰³ CORNU-THÉNARD (N.) à partir d'un fragment de Paul : D.22.6.9pr. (Paul. *l.S. de iuris et facti ign.*) : *Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere (...)*. La règle est que l'ignorance du droit nuit à chacun, tandis que l'ignorance du fait ne nuit à personne. », *th. précit.*, p.42.

¹⁰⁴ CORNU-THÉNARD (N.), *th. précit.*, p.94.

¹⁰⁵ CORNU-THÉNARD (N.), *th. précit.*, p.88.

¹⁰⁶ CORNU-THÉNARD (N.), *th. précit.*, p.92.

¹⁰⁷ CORNU-THÉNARD (N.), *th. précit.*, p.97.

¹⁰⁸ CORNU-THÉNARD (N.), *th. précit.*, p.98.

34. Un rôle pragmatique. La distinction romaine du fait et du droit est cohérente mais surtout pragmatique. Elle a un objet précis et n'est employée et définie qu'à cette fin processuelle. La distinction entre *quaestio iuris* et *quaestio facti* pourrait se rapprocher de celle que nous pratiquons entre les questions de fait et les questions de droit et dont l'utilisation est également processuelle. Pourtant, la définition posée par les Romains s'éloigne d'une scission fondée sur le syllogisme judiciaire. A en croire le professeur Cornu-Thénard, la *quaestio iuris*, introduite par l'action *in ius*, est celle qui conduit à une enquête et à une solution de portée générale. Quant à la *quaestio facti*, soulevée à titre principal par l'action *in factum*, elle permet l'examen de chaque espèce en dehors des règles juridiques et sa solution sera limitée au cas d'espèce. Elle offre ainsi une plus grande marge d'appréciation à l'interprète¹⁰⁹.

On pourrait alors formuler l'hypothèse que le magistrat est en charge des *quaestio iuris* et le *iudex* des *quaestio facti*. Ainsi, même selon un critère différent, la distinction du fait et du droit serait une règle de compétence. Or ce ne semble pas être le cas puisque le magistrat pour déterminer la formule peut connaître tant d'une *quaestio facti* que d'une *quaestio iuris*. Quant au juge, il peut traiter aussi bien d'une *quaestio iuris*¹¹⁰ que d'une *quaestio facti* selon l'action qui lui est dévolue. La distinction du fait et du droit romaine, selon la thèse du professeur Cornu-Thénard à laquelle nous nous rallions, ne permet pas de répartir les compétences entre le préteur et le juge mais de choisir entre deux méthodes de résolution des conflits que peut utiliser aussi bien l'un que l'autre¹¹¹.

35. Sans aucun doute, la distinction du fait et du droit existait et était utilisée par le droit romain classique à des fins processuelles et donc pragmatiques. L'opposition entre *ius* et *factum* se déclinait en *quaestio iuris* et *quaestio facti*. Toutefois la ressemblance avec la conception moderne de la distinction cesse ici. La scission romaine n'est pas une règle de compétence, elle est une méthode afin de choisir le meilleur cadre de résolution des conflits. Elle n'est pas fondée sur un critère théorique mais sur un critère pratique, celui de la certitude du droit. Elle apparaît également simple, apte à la définition, cohérente et propre à remplir son rôle.

Il reste que, quels qu'en soient les critères, la distinction est un fait ancestral avéré ce qui explique en partie la révérence à son endroit et le caractère intangible qu'elle semble revêtir actuellement. Pourtant, l'étude de l'opposition entre *ius* et *factum* nous a permis de démontrer

¹⁰⁹ CORNU-THENARD (N.), *th. précit.*, pp.30 et 94.

¹¹⁰ Nous renvoyons une fois de plus à la thèse du professeur Cornu-Thénard qui prend l'exemple de la formula *in ius concepta* pouvant être transmise au juge. *Op. cit.*, pp. 156-157.

¹¹¹ CORNU-THENARD (N.), *th. précit.*, surtout p. 157.

le fossé qui sépare la conception romaine et la conception actuelle. Il ne semble donc pas possible de concéder à notre distinction le trait de l'immutabilité.

En effet, ces conceptions sont différentes et il apparaît nécessaire de s'interroger sur la manière dont s'est opéré le changement notamment sous l'ancien droit français.

B - L'ancien droit : une distinction dogmatique et théorique

36. L'histoire de la distinction du fait et du droit reste confuse comme a pu le déplorer un éminent auteur¹¹². Un élément paraît pourtant avéré. Il s'agit de la connaissance et de l'utilisation de celle-ci dès le droit médiéval par le biais des compilations de Justinien¹¹³. Un autre point de consensus semble exister chez les auteurs, peu nombreux, s'étant intéressés à la question, celui de la reprise et de l'appropriation de la distinction par le droit canon qui contribua ensuite largement à sa diffusion. Il faut donc remonter un peu dans le temps et envisager la distinction médiévale. Celle-ci apparaît sous les traits d'une distinction dogmatique à double titre : parce qu'elle est fondée sur des certitudes¹¹⁴ et parce qu'elle se lie au dogme catholique (1). Puis à la Renaissance, c'est dans le discours des théoriciens du droit qu'elle commencera à apparaître. Elle y puisera les racines de son aspect théorique (2).

1 - Une distinction dogmatique en droit médiéval

37. Très peu d'auteurs se sont intéressés à l'histoire de la distinction du fait et du droit durant cette période. Toutefois, la thèse récente de M. Pennec est venue éclairer en partie la question¹¹⁵. Il relève deux origines médiévales probables, et complémentaires.

Tout d'abord, ce sont les canonistes qui vont s'approprier la distinction. Dans un premier temps, leur volonté d'harmoniser la procédure va les conduire à une conception du *libelle*, qui est l'acte d'ouverture de l'instance fondée sur le syllogisme. Cet acte est dispensé du nom des

¹¹² ATIAS (C.), *Devenir juriste...*, op. cit., p.85.

¹¹³ Cf. notamment CORNU-THENARD (N.), *th. précit.*, p.9.

¹¹⁴ LITTRE (E.), *Dictionnaire de la langue française*, Librairies Hachette et Cie, T. 4, 1874, p.1206.

¹¹⁵ PENNEC (L.), *L'adage jura novit curia...*, th. précit.

actions, c'est-à-dire de l'allégation du droit. La décrétale « *dilecti filii* » d'Alexandre III¹¹⁶, de 1159, aurait posé de manière indirecte, en distinguant l'allégation du fait de celle du droit, les jalons d'une distinction du fait et du droit¹¹⁷. En effet, selon M. Pennec, « la lettre de celle-ci invite à penser que les faits doivent être énoncés clairement afin que le juge puisse rechercher et mettre en œuvre la règle applicable au litige »¹¹⁸.

Dans un second temps, et de manière essentielle pour la distinction, les canonistes vont chercher à asseoir la suprématie du Pape. Deux textes vont servir leur projet. Le premier fondement est romain, il s'agit du titre « *De iuris et facti ignorantia* »¹¹⁹ du Digeste. Le second est de droit canonique, puisqu'il s'agit de la constitution « *Licet Romanus Pontifex* » de 1298, de Boniface VIII¹²⁰, qui pose le principe selon lequel *lex posterior derogat priori* et distingue à cet effet entre le *ius commune* auquel il s'applique et les *iura propria*¹²¹.

Le premier fragment avait permis aux romanistes de réaffirmer, à l'instar des Romains, que seul le droit ne pouvait être ignoré puisqu'il est certain. Les canonistes, quant à eux, ont affirmé par la mise en perspective des deux textes que le Pape pouvait ignorer les coutumes ainsi que les statuts des villes puisqu'il ne s'agissait que de faits. Le Pape se trouvait dès lors confirmé en tant que source du droit et affirmait son pouvoir d'interprétation du droit¹²².

38. Par la suite, Bartole et Balde sont allés plus loin en en déduisant que le Prince n'ayant pas à prouver le droit, le juge n'était pas non plus tenu d'une telle obligation. En revanche, les statuts des villes et les coutumes devaient quant à eux être prouvés.

M. Pennec voit ici l'origine de la distinction du fait et du droit qui s'est invitée dans notre procédure. Il s'agit d'une distinction stricte et « dogmatique » pour reprendre les mots de l'auteur, et qui aura donc du mal à s'adapter au caractère dynamique de la procédure. Pourtant cela ne l'empêchera pas de se diffuser à travers de nombreux pays d'Europe et de donner

¹¹⁶ Et associée par les commentateurs à la constitution « *Licet Romanus* » de Boniface VIII (VI 1, 2, 1). PENNEC (L.), *op. cit.*, pp. 48 et s.

¹¹⁷ PENNEC (L.), *th. précit.*, n°109, p. 124.

¹¹⁸ PENNEC (L.), *th. précit.*, n°38, p. 46.

¹¹⁹ Plus précisément sur le fragment (D.22, 6, 2), cf. *op. cit.*, n°95, p.106.

¹²⁰ *Liber Sextus* (VI, 2, 1), PENNEC (L.), *th. précit.*, n°97, p. 109.

¹²¹ Qui reposent sur des *facta infinita* et non sur le *jus finitum*, cf. CONDORELLI (O.), « *Quum sint facti et in facto consistant* ». *Note su consuetudini e statuti in margine a una costituzione di Bonifacio VIII* ("Licet Romanus Pontifex", VI, 1.2.1), *RIDC*, 10, 1999, pp.205-295. V. également PENNEC (L.), *th. précit.*, n°97 p109.

¹²² PENNEC (L.), *L'adage jura novit curia...*, *th. précit.*, pp.106-110.

naissance à deux adages fondamentaux de la procédure civile actuelle : « *jura novit curia* »¹²³ et « *Da mihi factum, dabo tibi jus* »¹²⁴ qui seront formulés en Allemagne au XIX^e siècle¹²⁵.

La procédure française résistera encore quelques siècles à cette distinction dogmatique. Toutefois, dès le XIV^e siècle, elle distinguera le fait du droit dans la pratique des « appointements ». Appointer signifiant « fixer et réduire quelque chose à un point »¹²⁶, il s'agit à l'origine d'un écrit dans lequel est rédigé « chaque point à alléguer et à prouver »¹²⁷. Ils sont nécessaires lorsque l'affaire ne peut être immédiatement jugée à l'audience et qu'elle nécessite des éclaircissements sur des points de fait ou de droit. Ainsi, les « appointements en faits contraires » soulèvent une question de fait tandis que les « appointements par manière de mémoire » répondent à une question de droit. Les premiers concernent l'établissement des faits et les seconds les conséquences juridiques qu'entraînent les faits ainsi établis¹²⁸. Dès lors, l'ordre de leur examen doit être respecté au point que la distinction des appointements en fait et en droit devient « une question de phase procédurale »¹²⁹.

Dès lors, cette distinction procédurale ne servait qu'à déterminer deux phases du procès et ne correspond pas à celle posée par le droit canon qui touchait aux problèmes de preuve ou d'allégation du droit¹³⁰.

39. Enfin, au XVII^{ème} siècle, la distinction dogmatique connaît un renouveau avec la querelle qui opposa les jansénistes, qui prônaient la « grâce efficace » selon les idées de Saint Augustin reprises dans « l'augustinus » de Jansen (la grâce divine est accordée par prédestination et donc indépendamment des actions humaines mais sans pour autant détruire la liberté humaine car elle insuffle en l'homme un attrait pour le bien), et les jésuites, favorables à la « grâce suffisante » fondée sur le thomisme (la grâce divine donne à l'homme la direction pour bien agir mais elle se conjugue avec la liberté humaine et l'homme peut donc l'accepter ou la refuser).

¹²³ « La Cour connaît le droit », *Adages du droit français*, Litec, 3^e ed. 1992, n°179, pp.369-373.

¹²⁴ « Donne-moi le fait, je te donnerai le droit », ROLAND (H.) et BOYER (H.), *Adages du droit français, op. cit.*, n°71, pp.139-142.

¹²⁵ Et ce malgré les origines romaines que certains ont prêtées à ces adages. Cf. par ex. ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, « *Da mihi factum, dabo tibi jus* », n°71, p.185. La première formulation de *Jura novit curia* serait due, selon M. Penneec, à Georg Friedrich Puchta en 1837 Cf. PENNEC (L.), *th.précit.*, n°240, p.269.

¹²⁶ FERRIERE (C. J. de), *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, T1, p.104.

¹²⁷ PENNEC (L.), *th. précit.*, n°123, p.140.

¹²⁸ PENNEC (L.), *th. précit.*, pp.152-158 et spec. n°139, p.158.

¹²⁹ PENNEC (L.), *th. précit.*, n°139, p.158.

¹³⁰ PENNEC (L.), *th. précit.*, n°132, p.157.

En 1653, le Pape Innocent X qui trancha l'affaire dans la Bulle *Cum occasione*, déclara hérétique cinq propositions attribuées à Jansenius. Antoine Arnauld permit aux évêques jansénistes d'esquiver cette condamnation en invoquant « cette vérité dogmatique, constante et retenue, comme est cette distinction du fait et du droit »¹³¹. Il admettait qu'en droit ces propos étaient hérétiques mais affirmait qu'en fait aucun n'avait jamais été tenu par Jansénius. Ainsi, il reconnaissait le caractère hérétique des cinq propositions, mais déclarait que ces dernières n'étant pas extraites directement de l'« Augustinus », nulle autorité ne pouvait le contraindre à voir dans un texte ce qui ne s'y trouvait pas¹³². Blaise Pascal le soutint en affirmant que « les questions de fait ne peuvent être matière d'hérésie »¹³³ car ce n'est que sur des points de droit, de foi, que l'on peut s'opposer à Dieu et Dieu est infallible¹³⁴.

Le professeur Atias a émis l'idée que ces œuvres jansénistes, ont préparé la consécration de la distinction telle que nous la connaissons actuellement¹³⁵. Nous sommes proche de cette pensée. D'une part, elles s'appuient sur les dimensions passées de la distinction en reprenant en partie le droit romain, notamment sur la question des erreurs de fait et de droit, et en affirmant le dogmatisme de la distinction. D'autre part, elles annoncent le caractère futur de la distinction, en y conférant un aspect théorique : en séparant ce qui relève de la nature, donc du sens, et ce qui retourne de la foi, c'est-à-dire, du dogme¹³⁶.

C'est ainsi que dès le XVI^{ème} siècle, la distinction du fait et du droit va pénétrer le champ de la théorie du droit.

2 - Une distinction théorique sous l'Ancien Régime

40. La distinction du fait et du droit, qui avait été jusque-là très liée à la procédure, quitte ce domaine afin d'intégrer les grands thèmes de la théorie du droit. Il faut attendre le XVI^{ème} siècle et les écrits de Bodin, qui n'ignorait pas l'opposition juridique entre fait et droit¹³⁷, pour voir les prémices de cette pénétration. Philosophie et théorie du droit envisageaient jusque-là le

¹³¹ ARNAUD (A.), *Second mémoire contenant la réponse aux raisons Politiques que le Père Annat allègue pour porter à poursuivre les évêques qui ont distingué le fait du droit*, 1666, p.6.

¹³² DESCOTES (D.), « Force et violence dans le discours chez Antoine Arnauld », *Antoine Arnauld philosophie du langage, et de la connaissance*, librairie philosophique J. Vrin, 1995.

¹³³ PASCAL (B.), *Les Provinciales, lettres écrites par Louis de Montalte à un provincial de ses amis et aux RR. PP. Jésuites*, Charpentier, 1862, XVII^{ème} lettre, p.341.

¹³⁴ PASCAL (B.), *Les Provinciales, lettres écrites par Louis de Montalte ...*, op. cit., XVII^{ème} lettre, p.347.

¹³⁵ ATIAS (C.), *Devenir juriste ...*, op. cit., n°152, p.85.

¹³⁶ PASCAL (B.), *Les Provinciales, lettres écrites par Louis de Montalte ...*, op. cit., XVIII^{ème} lettre, p.381

¹³⁷ BERNS (T.), « Quel modèle théologique pour le politique chez Bodin ? », *Les origines théologico-politiques de l'humanisme européen*, Bruxelles, Ousia.

droit comme un phénomène naturel. Chez Bodin a commencé à percer l'idée selon laquelle le droit n'est pas un fait mais qu'au contraire le droit se construit sur ce fait¹³⁸. Cette idée va continuer à se développer chez les Humanistes tout en se précisant. Elle se matérialise chez Althusius qui annonce comme première dichotomie fondamentale dans sa *Dicaelogue*, celle du *factum* et du *jus*¹³⁹. Les faits sont antérieurs au droit, il faut les traiter séparément. A nouveau la même pensée se fait jour chez Grotius ou le « divorce du fait et du droit [est] encore plus accusé »¹⁴⁰. Il va même plus loin en énonçant que le droit est le produit de la raison¹⁴¹. Descartes se rapproche également d'un tel mode de pensée¹⁴². Selon Michel Villey, leur objectif est de construire une science du droit expurgée des faits, le tout en rupture avec le droit naturel classique d'Aristote¹⁴³. Le droit est constitué de règles appartenant à un monde à part, un monde idéal et rationnel.

La pensée juridique moderne est l'héritière de ces humanistes. Nous ne pouvons que faire le lien entre eux et la pensée de Kant, ou bien encore avec la *Théorie pure du droit*¹⁴⁴ de Kelsen qui se nourrit de cette distinction du fait et du droit afin de revendiquer une science pure du droit.

Le XVI^{ème} siècle voit donc la distinction du fait et du droit prendre une dimension éminemment théorique voire philosophique. Au fil des siècles, elle ne fera que se renforcer jusqu'à atteindre l'autorité qu'on lui connaît actuellement.

La distinction est connue et formulée dès le droit romain. Elle est ensuite modelée et utilisée par le droit canon avant d'être reprise pour les besoins de la théorie. La distinction procédurale que nous connaissons actuellement est forte de tout ce cheminement.

¹³⁸ BODIN (J.), *Œuvres philosophiques*, pp.72 et s. cité in VILLEY (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003 (ed. origin. Paris, Montchrétien, 1968), p.477.

¹³⁹ VILLEY (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p.477 et p.523.

¹⁴⁰ VILLEY (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p.477.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² VILLEY (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p.511.

¹⁴³ VILLEY (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p.523.

¹⁴⁴ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Paris, L.G.D.J, 1999. Pour un développement de la conception de la distinction du fait et du droit chez Kelsen, v. *infra* n°98.

§ 2 - Les origines directes de la distinction du fait et du droit

41. Présente depuis le droit romain mais sous une forme bien éloignée de celle que nous lui connaissons aujourd'hui, la distinction du fait et du droit a achevé son évolution par les utilisations qu'en a faites la procédure civile. D'abord introduite dans le but de limiter les pouvoirs des juges de cassation puis dans l'espoir de délimiter le rôle respectif des parties et du juge, la distinction achève sa métamorphose en ces deux domaines.

La distinction façonnée par l'histoire, achève son évolution conceptuelle avec son apparition dans la technique de cassation (A) puis avec son importation dans le domaine de l'office du juge (B).

A - L'apparition de la distinction dans la technique de cassation

42. La distinction du fait et du droit n'est pas inhérente à la cassation. Elle est née, comme nous venons de le montrer, bien avant le mécanisme en question. De plus, lors de son apparition, cette voie de recours n'est pas immédiatement et exclusivement régie par la distinction. Au contraire, elle a d'abord connu deux limites. La distinction des erreurs de droit et de fait est venue délimiter son champ de compétence par rapport aux autres voies de recours extraordinaires alors que la distinction du fond et de la forme a conditionné ses attributions par rapport aux juridictions ordinaires. Il faut attendre la Révolution, et même après, pour que la juridiction de cassation, Tribunal puis Cour, soit définitivement et uniquement associée à la distinction du fait et du droit sous sa forme actuelle.

La pratique, pour délimiter cette nouvelle voie de recours qu'était la cassation, a donc construit deux distinctions (1) avant de consacrer la distinction du fait et du droit (2).

1 - La construction originelle de deux distinctions

43. La cassation est née de la pratique et s'est installée dans un paysage procédural français qui comptait d'autres voies de recours extraordinaires. Pour la spécifier et la délimiter on a fait appel à deux distinctions, celle des erreurs de fait et de droit et celle du fond et de la forme.

44. L'apparition de la cassation. Le droit romain ne connaissait pas la cassation comme voie de recours. Malgré quelques rares formes pouvant s'y apparenter, visibles dans les capitulaires carolingiens¹⁴⁵, la cassation n'était pas non plus présente au Moyen Âge. Toutefois, c'est à cette période que se mettent en place les éléments indispensables au développement de l'idée de cassation que sont la rationalité du procès et l'appel.

Saint-Louis, par l'abolition du duel judiciaire¹⁴⁶, a souhaité soustraire le procès au jugement de Dieu pour le soumettre à « la faillibilité logique de la raison humaine »¹⁴⁷. Cependant, avec l'introduction de la rationalité dans le procès, la possibilité de rendre une sentence judiciaire entachée d'une erreur a également fait son apparition. L'appel est alors mis en place, d'abord fondé sur la hiérarchie médiévale puis confié au Parlement de Paris qui devient la seule Cour souveraine, par l'ordonnance du 23 mars 1303¹⁴⁸. Les conseillers pouvant également « errer », une voie de recours extraordinaire est alors créée. Dans un premier temps, dénommée « lettres de dire contre arrêt », elle devient, par les ordonnances de 1330 et 1334, « proposition d'erreur »¹⁴⁹. Concurrencée dès le XIV^e siècle par la requête civile, moins contraignante, elle fut délaissée en pratique avant d'être abrogée par l'ordonnance de 1667 sur la procédure civile¹⁵⁰.

Si la proposition d'erreur et la requête civile sont bien des voies de recours extraordinaires, et si, comme nous allons le voir, elles ont contribué à l'utilisation de la distinction du fait et du droit pour délimiter le recours en cassation, elles ne constituent pas pour autant les origines de ce dernier. En effet, il s'agissait de voie de rétractation portées devant le Parlement de Paris qui avait lui-même rendu l'arrêt en cause et le conduisant à juger l'affaire¹⁵¹.

¹⁴⁵ Constitution générale de Clotaire Ier, citée par M. Chenon et qui prévoyait un recours contre le « fausement jugé », mais sans renvoi et sans correction du jugement. CHENON (E.), *Origines, conditions et effets de la cassation*, Larose et Forcel, 1882, Paris, pp.9-10.

¹⁴⁶ Ordonnance de 1258 ou 1260, cf. Adhémar Esmein qui pour le débat sur la date renvoie à M. Tardif ; TARDIF (J.), *Nouvelle revue historique de droit*, XI, 1887, p.163 cité in EISMEIN (A.), *Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année*, Paris, Sirey, 11^e ed., 1912, note 3, p.468.

¹⁴⁷ BOULET-SAUTEL (M.), « La cassation sous l'Ancien régime », *Le Tribunal et la Cour de cassation, 1790-1990. Volume Jubilaire*, Litec, 1990, p. 1.

¹⁴⁸ DAUCHY (S.), *Les voies de recours extraordinaire : proposition d'erreur et requête civile*, PUF, 1988, pp.14-16.

¹⁴⁹ Citées in DAUCHY (S.), *op. cit.*, p.18.

¹⁵⁰ DAUCHY (S.), *op. cit.*, pp.31-32 et p.69.

¹⁵¹ Selon la distinction actuelle les voies de rétractation conduisent à un réexamen de la décision par le même juge et s'opposent ainsi aux voies de réformation qui portent l'affaire devant une juridiction hiérarchiquement supérieure. Le recours en cassation n'entre dans aucune de ces catégories puisque bien que porté devant une juridiction supérieure, il ne remet pas en cause la chose jugée. Cf. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, Litec, 8^e ed, 2013, n°13, n°801-804, pp. 616-617 ; GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile....*, *op. cit.*, n°1152, pp.806-807.

45. La cassation puise ses origines dans le mécanisme de *l'évocation* du XVe siècle. Ce pouvoir appartenait au Conseil du roi et était le complément du pouvoir législatif. Ainsi une *autre juridiction* que celle ayant statué pouvait examiner le recours. De cette possibilité et de la nécessité de régler les conflits nés de la création des parlements souverains de province, la cassation est apparue en pratique. Elle fut consacrée, d'abord implicitement, par les ordonnances de Blois de 1579 et de 1667, puis explicitement par le règlement du Conseil de 1738¹⁵². Cette possibilité de casser les arrêts rendus par les Parlements appartenait au Conseil des parties, formation du Conseil du roi à laquelle a été attribuée en partie la fonction juridictionnelle¹⁵³. Néanmoins, aucun de ces textes législatifs ne précisait les ouvertures à cassation. Deux distinctions, complémentaires, ont été développées à ce sujet par la doctrine.

46. Erreur de fait et erreur de droit. Dans un premier temps la doctrine a commencé par distinguer les erreurs de fait des erreurs de droit, cela étant rendu nécessaire par la coexistence entre la cassation et les deux autres voies de recours extraordinaires qu'étaient la proposition d'erreur et la requête civile. Afin de les délimiter, les juristes ont eu recours à cette distinction à partir de la fin du XVIe siècle¹⁵⁴. Progressivement, suite aux édits de 1539, 1566 et 1576, la proposition d'erreur fut dite ouverte pour les erreurs dues à la prévention ou à l'ignorance du juge tandis que la requête civile ne concernait que les erreurs induites par le dol des parties.

L'ordonnance de Blois leur opposa la cassation en tant que recours pour *violation de la forme* prescrite par les ordonnances : « ...déclarant les jugements, sentences et arrêts qui seront donnez contre la forme et teneurs d'icelles ordonnances, nuls et de nul effet et valeur... »¹⁵⁵. Les juristes ont vu dans la voie de la cassation un recours contre les erreurs de droit commises par les Cours souveraines.

La distinction entre erreurs de fait et erreurs de droit fut donc introduite dans la technique procédurale afin de délimiter la compétence de chacune des trois voies de recours extraordinaires présentes sous l'Ancien régime. Les erreurs de fait pouvaient être corrigées par le biais de la proposition d'erreur, du moins jusqu'à son abolition, ou de la requête civile tandis

¹⁵² HALPERIN (J.-L.), *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la révolution (1790-1799)*, Paris II 1985, LGDJ, Paris, 1987, p.24.

¹⁵³ Du moins depuis le règlement du 11 août 1578 qui entérina la division du Conseil du roi et Conseil d'Etat, cf. CHENON (E.), *Op. cit.*, p.31.

¹⁵⁴ On a pu soutenir que ces voies de recours sont nées de la distinction des erreurs, voir notamment CHENON (E.), *Op. cit.*, p.26. Nous préférons suivre l'idée admirablement défendue par le professeur Dauchy selon laquelle cette distinction des erreurs ne s'est faite qu'*a posteriori*. DAUCHY (S.), *op. cit.*, pp.24-27 et p.66.

¹⁵⁵ Art. 208 de l'Ordonnance de Blois, cité in BOULET-SAUTEL (M.), *op. cit.*, p.6. Voir également l'article 92 de la même ordonnance, cité in *ibid.*

que la cassation ne sanctionnait que les erreurs de droit en assurant le respect de la législation royale. Il ne s'agissait donc pas, selon nous, de la distinction actuellement appliquée pour la délimitation des pouvoirs du juge de cassation même si l'idée n'en est pas éloignée.

47. Le fond et la forme. Parallèlement, et sans que soit remise en cause la distinction des erreurs, une autre distinction est venue compléter peu à peu la théorie naissante des ouvertures à cassation. Elle opposait la forme et le fond, ne soumettant à cassation que la première. C'est d'ailleurs le mépris de la forme qui conduit à la nullité selon les ordonnances de 1579 et 1667, la forme étant alors l'essentiel du droit contenu dans les ordonnances¹⁵⁶. D'Aguesseau, auteur du règlement de 1738, évoque à plusieurs reprises cette idée. Lors d'une affaire il affirme ainsi qu'il n'est pas instruit « du fond de l'affaire [...]. Les arrêts du Parlement de... n'[ayant] été détruits que sur des moyens de forme dont le principal était le défaut de pouvoir des juges »¹⁵⁷. Pour Jean-François Tolozan, commentateur du même règlement, c'est également le respect de la forme de l'arrêt qui doit être respecté et sanctionné¹⁵⁸. Gilbert des Voisins, à l'occasion du mémoire commandé par Louis XV, semble reprendre cette distinction : « Dans la cassation, il s'agit de juger l'arrêt et non le mérite du fond, qui n'est à juger de nouveau que lorsqu'il s'agit de l'appel d'une sentence »¹⁵⁹. Ainsi « La voie de cassation [...] n'engage pas le jugement du fond »¹⁶⁰. Cette fois, cette distinction semble née d'une nécessité différente, celle d'affirmer le caractère extraordinaire de la cassation et de la différencier ainsi de l'appel.

A la fin de l'Ancien Régime, la cassation paraît délimitée par deux distinctions différentes. La première, distinguant les erreurs de droit et de fait, la différencie des autres voies

¹⁵⁶ « La plupart des lois du roi se réfèrent au droit public. Et, d'abord, à l'exercice de la justice, devoir essentiel du roi », OLIVIER-MARTIN (Fr.), *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, C.N.R.S., 2010, 3^{ème} éd., p. 395 s. et . *Les lois du roi*, th., Paris, éd. Loysel, 1988. Egalement, le Professeur Carbasse souligne que ce n'est qu'au XVIII^e siècle et avec de nombreuses précautions que le roi de France intervient en matière de droit privé : « jusqu'au seuil du XVIII^e siècle les ordonnances qui touchent directement à une question de droit privé *stricto sensu* sont rares ; et celles qui sont intervenues n'ont été appliquées que dans la mesure où elles ne heurtaient pas le droit coutumier [...]. Cependant, par le biais de la notion d'ordre public certaines lois ont modifié indirectement des points de droit privé, tout particulièrement dans le domaine du droit des personnes et de la famille », CARBASSE (J.-M.), *Manuel d'introduction historique au droit*, P.U.F., coll. « droit fondamental », 2009, 3^{ème} éd., p. 195. De même, selon Ellul, « En principe les ordonnances ne devaient régler que les questions de droit public (justice, économie, finances) : le droit privé est réglé par la coutume, et le Roi doit respecter les coutumes », Ellul (J.), *Histoire des institutions*, XVI-XVII, P.U.F., coll. « quadrige », 1999, p. 160 s. Dans le même sens, TIMBAL (P.-C.) et CASTALDO (A.), *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Dalloz, 2000, 10^{ème} éd., pp. 319-320.

¹⁵⁷ D'AGUESSEAU, *Œuvres...*, éd. de l'Abbé André, Paris, 1759-1789 t. VIII, Lettre CCXIV (1730), p.253-254, cité in BOULET-SAUTEL (M.), *op. cit.*, p. 22.

¹⁵⁸ Cf. BOULET-SAUTEL (M.), *op. cit.*, p. 13.

¹⁵⁹ M. ANTOINE, « Le mémoire de Gilbert des Voisins sur les cassations, un épisode des querelles entre Louis XV et les Parlements (1767) », *Revue historique de droit français et étranger* 1958, p.24.

¹⁶⁰ *Ibid*, p.30.

de recours extraordinaire et la seconde, séparant le fond et la forme, la détache des voies de recours ordinaires pour en faire « un acte de supériorité du roi »¹⁶¹.

Il faut cependant attendre la Révolution pour que la cassation prenne sa forme actuelle et que la distinction y tienne le sens, la place et le rôle prédominant que nous lui connaissons.

2 - La consécration tardive de la distinction du fait et du droit

48. La Révolution maintient¹⁶² puis confirme la cassation comme voie de recours extraordinaire. Ce recours n'était guère critiqué que par les Parlements, l'opinion publique y étant plutôt favorable. La seule réserve qu'elle émettait concernait la pratique des évocations¹⁶³ consistant pour le Conseil des parties, qui connaissait de la cassation sous l'Ancien régime, à retenir le fond des affaires et ainsi à les juger dans leur entier¹⁶⁴.

Les débats parlementaires aboutissent à la loi du 27 novembre – 1^{er} décembre 1790 qui donne un nouveau visage à la cassation, notamment en la confiant à un tribunal placé « auprès du Corps Législatif ». Malgré tout, une certaine continuité avec le mécanisme d'Ancien Régime perdure, le recours en cassation conservant nombre des traits acquis durant cette période.

Toutefois, nous ne pensons pas qu'en consacrant la cassation les juristes révolutionnaires en ont fait de même pour la distinction du fait et du droit. Il ne nous semble pas qu'ils aient affirmé, ou même souhaité, la distinction du fait et du droit comme fondement du recours en cassation.

Nous tenterons d'appuyer notre opinion par plusieurs arguments tirés principalement des débats parlementaires¹⁶⁵. D'abord, les débats sur l'instauration du jury fondés sur la distinction (a) ont conduit à l'abandon de ce projet au civil. Ensuite, les débats sur l'institution de cassation ont ignoré la distinction (b). Enfin, il faut attendre le XX^e siècle pour que la doctrine consacre la distinction (c) en matière de cassation.

¹⁶¹ HALPÉRIN (J.-L.), *op. cit.*, p.30.

¹⁶² Dans un premier temps, le 17 octobre 1790, l'Assemblée constituante vote le maintien provisoire du recours en cassation devant le Conseil du roi. Cf. HALPÉRIN (J.-L.), *op. cit.*, p.44.

¹⁶³ HALPÉRIN (J.-L.), *op. cit.*, pp.38-42. V. également ROYER (J.-P.), *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 3^e ed., 2001, p.32, n°11.

¹⁶⁴ « Evoquer une affaire – écrit M. Antoine – c'est en ôter la connaissance aux juges à qui elle appartient (...) et donner à d'autres juges le pouvoir de la juger », ROYER (J.-P.), *Histoire de la justice en France*, *op. cit.*, p.105, n°67.

¹⁶⁵ MAVIDAL (J.) et LAURENT (E.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, première série (1789 à 1800, Tomes XII à XX, Paris, Paul Dupont, 1881-1885.

a - Le débat sur le jury centré sur la distinction

49. Il apparaît dans les débats que les parlementaires révolutionnaires connaissent et discutent la distinction du fait et du droit. Elle sert d'argument pour instaurer l'institution du jury avant de devenir la raison de son abandon au civil.

50. Discussion sur l'instauration du jury. Le député Duport introduit la distinction dans les débats à l'occasion de la présentation de son projet de réforme judiciaire présenté le 29 mars 1790 devant l'assemblée¹⁶⁶. Son souhait premier est la création de jurys tant au criminel qu'au civil et c'est par la distinction du fait et du droit qu'il fonde et justifie cette institution. Il rattache l'existence de la distinction au droit romain et fait une allusion à la technique française des appointements¹⁶⁷ qu'il juge n'être pas allée assez loin. Toutefois sa véritable inspiration réside dans les droits anglais et américains et le système de jury qu'ils ont mis en place. Sa principale référence est le juriste londonien Blackstone¹⁶⁸. Ainsi influencé, il prône une division, fondée sur le syllogisme¹⁶⁹, entre la mineure qui consiste en la constatation d'un fait, et la majeure en l'application de la loi et qui constituerait alors le véritable jugement. Il affirme que ces « deux opérations ne doivent pas être confiées aux mêmes personnes » pour des questions d'impartialité, la première devant relever du jury et la seconde du juge¹⁷⁰.

Dans un tel système, l'appel n'existe pas mais la cassation vient corriger les erreurs commises par le juge dans l'application de la loi. Il est incontestable que ce système porte en germe la définition et l'utilisation de la distinction du fait et du droit telle que nous l'appréhendons de nos jours lors du contrôle de cassation. Cependant ce projet n'a pas été adopté au civil.

51. Décision de l'abandon du jury au civil. Ce qui nous permet d'estimer que la distinction du fait et du droit ne fonde pas dans la pensée révolutionnaire le recours en cassation, réside dans le fait que les projets souhaitant l'instauration du jury au civil, notamment ceux de Duport et de Chabroud¹⁷¹, n'ont pas été suivis justement à cause de cette distinction. Par exemple, un

¹⁶⁶ MAVIDAL (J.) et LAURENT (E.), *op. cit.*, Tome XII, 29 mars 1790, pp.408-432.

¹⁶⁷ Cf. *supra* n°38.

¹⁶⁸ MAVIDAL (J.) et LAURENT (E.), *op. cit.*, Tome XII, 29 mars 1790, p.428.

¹⁶⁹ La théorie du syllogisme a été énoncée par Beccaria, avant d'être reprise par Montesquieu et de devenir une « véritable doctrine sous la Révolution française ». Voir TROPER (M.) « Le pouvoir judiciaire et la démocratie », *Liberté, justice, tolérance, Mélanges en Hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, 2004, II, p.1570 et *infra* n°230.

¹⁷⁰ MAVIDAL (J.) et LAURENT (E.), *op. cit.*, p.413.

¹⁷¹ MAVIDAL (J.) et LAURENT (E.), *op. cit.*, 30 mars 1790, p.453.

parlementaire a pu affirmer que « la procédure par jurés en matière civile aurait principalement pour objet de séparer le fait du droit », or « le fait et le droit ont, en matière civile, une telle tendance, une connexité si intime, si rapprochée, qu'il est impossible de les en séparer, et de pouvoir distendre la chaîne, le fil qui les unit, sans donner lieu à des jugements bizarres, à des longueurs, à des injustices »¹⁷². Cette impossibilité de séparer le fait du droit au civil, relevée à de nombreuses reprises¹⁷³, a conduit l'Assemblée à ne retenir le jury qu'en matière criminelle et à décréter « qu'on n'établira de jurés en matière civile »¹⁷⁴.

b - Le débat sur la cassation ignorant la distinction

52. *Lors des débats parlementaires sur la juridiction de cassation, il n'est pas question de la distinction du fait et du droit. Au contraire, c'est celle de la forme et du fond qui y est préférée. La loi, censée adopter cette dernière adopte pourtant une formule ambiguë.*

53. Préférence pour la distinction forme-fond. Une fois clos le débat sur l'instauration des jurés au civil, les discussions sur la cassation ne mentionnent plus jamais de manière explicite la distinction du fait et du droit, ni une séparation entre les questions de fait et les questions de droit. Les constituants sont plus pragmatiques. L'objet d'une telle institution est d'assurer l'unité de la jurisprudence¹⁷⁵ et, surtout, le respect des lois. Elle est la « sentinelle établie pour le maintien des lois »¹⁷⁶. Afin d'assurer une telle mission, il sera confié à la juridiction de cassation le pouvoir de casser tout arrêt rendu en violation de la loi et des formes prescrites. Cela conduit les parlementaires à mentionner lors de leurs débats, non une séparation entre le fait et le droit, mais une scission entre le *fond* et la *forme*¹⁷⁷. André a ainsi déclaré que « le tribunal de cassation ne s'occupera jamais du fond ; il jugera uniquement la forme : cette

¹⁷² Mougins de Roquefort, *op. cit.*, 6 avril 1790, p.548.

¹⁷³ Dont l'abbé Sieyès qui propose un jury chargé de répondre à toutes questions, *op. cit.*, 19 mars 1790, pp.249-258, Mougins de Roquefort, *op. cit.*, 6 avril 1790, p.547, Tronchet, *op. cit.*, T. XV, 29 avril 1790, pp. 328-329 et p.332.

¹⁷⁴ Le 30 avril 1790, « l'Assemblée décrète qu'on n'établira de jurés en matière civile », MAVIDAL (J.) et LAURENT (E.), *op. cit.*, T. XV, p.343.

¹⁷⁵ Cette idée est formulée lors de la discussion sur la nécessité d'un tribunal de cassation puis reprise de nombreuses fois lors de la discussion sur l'ambulance du tribunal de cassation, MAVIDAL (J.) et LAURENT (E.), *op. cit.*, T.XV et XVII. Voir aussi HALPERIN (J.-L.), *op. cit.*, pp.53-60.

¹⁷⁶ Selon Prieur. MAVIDAL (J.) et LAURENT (E.), *op. cit.*, T.XX, 10 novembre 1790, p.352.

¹⁷⁷ Dont le Comte Stanislas de Clermont-Tonnerre : « des juges chargés uniquement d'examiner les formes », *ibid.*, 25 mai 1790, p.674 ; Nicolas Anthoine, : « on casse un jugement à raison des défaut de forme qui s'y trouvent », *op. cit.*, TXX, 25 octobre 1790, p.34. Toutefois Chabroud semble rester attaché à la distinction du fait et du droit, *Arch. Parl.*, *op. cit.*, T.XII, 30 mars 1790, p.454

différence est essentielle »¹⁷⁸. Robespierre a exprimé la même idée en affirmant que le tribunal de cassation « n'est point destiné à appliquer les lois aux différends des particuliers, ni à prononcer sur le *fond* des procès, mais à défendre les *formes* et les principes de Constitution et de la législation contre les atteintes que les tribunaux pourraient leur porter »¹⁷⁹.

54. Formulation ambiguë de la compétence. Dès lors, l'Assemblée parlementaire décrète le 10 novembre 1790 que « le tribunal de cassation ne pourra jamais connaître du *fond* d'aucune affaire ; qu'il sera tenu d'annuler tout jugement dans lequel les *formes* auront été violées, ou qui contiendront une contravention expresse au texte de la loi »¹⁸⁰.

En tout état de cause, la loi du 27 novembre – 1^{er} décembre 1790 qui institue le Tribunal de cassation et édicte sa compétence ne mentionne pas de distinction entre le fait et le droit¹⁸¹ mais la distinction entre fond et forme y apparaît plus ambiguë. Elle dispose dans son article 3 que le Tribunal de cassation « annulera toutes procédures dans lesquelles les formes ont été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi (...) Sous aucun prétexte et en aucun cas, le Tribunal ne pourra connaître du fond des affaires. (...) ». Le Sénatus-consulte du 28 floréal an XII¹⁸², qui transforma le tribunal en Cour de cassation, et ultérieurement la loi de 1810¹⁸³, portant nouvelle réforme de l'Institution, n'en font pas plus état.

c - La distinction consacrée par la doctrine

55. A notre avis, et bien que connue des révolutionnaires, la distinction du fait et du droit n'a donc pas été consacrée de manière concomitante à la cassation. Les révolutionnaires reprennent finalement la distinction avancée par le Chancelier d'Aguesseau et par Gilbert des Voisins à la fin de l'Ancien Régime entre *le fond et la forme*. Toutefois, la forme ne recouvre plus seulement la loi procédurale, elle comprend aussi la loi « civile ». Les formes de l'arrêt invoquées par les révolutionnaires semblent correspondre aux lois et le fond de l'arrêt à

¹⁷⁸ *Arch. Parl., op. cit.*, T.XV, 8 mai 1790, p.432.

¹⁷⁹ *Arch. Parl., op. cit.*, T.XV, 25 mai 1790, p.670.

¹⁸⁰ *Arch. Parl., op. cit.*, T.XX, 10 nov. 1790, p.351.

¹⁸¹ Article 3 qui reprend l'article décrété le 10 novembre 1790. Cf. Décret des 27 novembre-1^{er} décembre 1790 sur l'organisation du Tribunal de cassation, Séance du 27 novembre 1790, *Archives parlementaires*, op. cit., t. VIII, pp. 38-41.

¹⁸² Article 136 du Sénatus-consulte organique du 28 Floréal en XII, reproduit in TARBE (A.-P.), *Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, Paris, 1840, p.301.

¹⁸³ Loi sur l'organisation judiciaire et l'administration de la justice du 20 avril 1810, articles 7 et 10, *Bulletin des lois*, IV, CCLXXXII, n° 5351, *Moniteur* du 21 avril 1810.

l'affaire. Cependant, l'article 3, précité, de la loi du 27 novembre – 1^{er} décembre 1790 reprend cette distinction tout en la rendant confuse. La forme procédurale et la loi substantielle sont séparées et le fond de l'arrêt devient le fond de l'affaire. La compétence de l'institution, ainsi formulée par Duport, d'ailleurs défenseur de la distinction du fait et du droit¹⁸⁴, ne pouvait conduire qu'à une disparition de la distinction du fond et de la forme.

56. Les parlementaires de la Révolution ont également décidé de conserver le règlement de d'Aguesseau, en ce qui concerne la « forme de procéder »¹⁸⁵. Il n'est donc pas étonnant que concernant la délimitation du contrôle de cassation la distinction des erreurs de fait et de droit soit conservée. C'est pourquoi de nombreux auteurs du XIX^e siècle continuent de présenter cette voie extraordinaire au travers de la théorie de la séparation des erreurs¹⁸⁶.

Il faut attendre, à notre sens, la fin du XIX^{ème} siècle et le début du XX^{ème} siècle pour voir les pouvoirs des juges de la Haute Cour appréhendés par le biais de la distinction du fait et du droit. La séparation des erreurs de fait et des erreurs de droit va peu à peu laisser la place à celle de la distinction du fait et du droit, dans les manuels et les thèses ayant traités à la cassation¹⁸⁷. Le déclin de la requête n'y est certainement pas étranger. Ainsi au début des années 1900, il en est explicitement fait mention dans le traité d'organisation judiciaire de Bonfils¹⁸⁸, dans l'ouvrage sur la cassation d'Ernest Faye¹⁸⁹, dans l'ouvrage plus général de Jean Ray¹⁹⁰ puis dans la thèse de Pierre de Chauveron¹⁹¹, pour ne citer que quelques exemples.

¹⁸⁴ Oserions-nous avancer qu'il s'agit de la part de Duport d'une réintroduction déguisée de la distinction du fait et du droit ? En tous cas, tel en fut la conséquence.

¹⁸⁵ Cf. intervention de Le Chapelier, le 10 novembre 1790, in MAVIDAL (J.) et LAURENT (E.), *op. cit.*, T.XX, p.352.

¹⁸⁶ Notamment GLASSON (E.), *Précis théorique et pratique de procédure civile*, 1908 ; TARBE (A.-P.), *op. cit.*, pp.49 et s. ; GARSONNET (E.), *Traité théorique et pratique de procédure*, T.VI, Paris, 2^e ed, 1902 revue et corrigée par Charles CESAR-BRU, p.538, §2297 et §2335, p.423. La distinction semble commencer à apparaître implicitement chez M. ++ qui continue toutefois à parler d'erreur de droit. BIOCHE (J.), *Dictionnaire de procédure civile et commerciale*, Tome 1^{er}, Paris, Videcoq, 2^e ed., 1839, p.533, §1, 7 et p.738.

¹⁸⁷ A la fin du XIX^e s., la distinction des erreurs de fait et de droit et celle du fait et du droit actuelle commence à apparaître concurremment dans les ouvrages de procédure. Cf. par ex. AUBERT (H.), *Des Causes d'ouverture à cassation en matière civile*, thèse, 1884, Paris, reproduite in *Droit romain : de l'Inintegrum restitutio*, envisagée comme voie de recours contre les jugements. *Droit français : des Causes d'ouverture à cassation en matière civile*, Paris, E. Thorin, 1884, notamment pp.87-88.

¹⁸⁸ BONFILS (H.), *Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale*, Paris, Arthur Rousseau, 3^e ed., 1901, entièrement refondue par Ludovic Beauchet, p.11, §23.

¹⁸⁹ FAYE (E.), *La Cour de Cassation*, Paris, 1903, La Mémoire du droit, 1999, §149, p165.

¹⁹⁰ RAY (J.), *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1926, pp.111-112.

¹⁹¹ CHAUVERON (P. de), *Du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur la qualification criminelle*, Arthur Rousseau, Paris, 1908, pp.1-3.

57. La cassation aura donc été régie par la distinction des erreurs de fait et des erreurs de droit et par celle du fond et de la forme, toutes deux développées sous l'Ancien Régime et conservées, semble-t-il, par la Révolution, avant de se voir consacrer comme scission répartitrice celle du fait et du droit que nous connaissons actuellement. La double distinction correspondait à une double délimitation entre cassation et requête civile et cassation et appel. Le déclin de la requête civile et la rédaction de l'article fondant la compétence du Tribunal de cassation, ont, selon nous, laissé la place au développement de la distinction du fait et du droit en la matière. Elle ne nous semble donc pas inhérente à la cassation comme certains auteurs ont pu l'affirmer¹⁹². Au contraire, elle a existé avant la cassation, comme nous l'avons montré, mais n'a été utilisée dans ce cadre que bien après la naissance de ce recours extraordinaire.

Bien implantée dans la théorie de la cassation, la distinction du fait et du droit a ensuite connu un vif succès, au point d'être importée dans la délimitation des pouvoirs du juge du fond.

B - L'importation de la distinction dans la délimitation de l'office du juge

58. La distinction du fait et du droit n'a été utilisée que bien plus tard pour délimiter les rôles respectifs des parties et du juge. Cela s'est fait sous l'influence d'Henri Motulsky. L'approuvant comme critère de délimitation des pouvoirs du juge de cassation¹⁹³, il souhaitait la transposer devant les juges du fond afin de mettre un terme au débat sur la cause de la demande qui agissait alors la doctrine. L'adoption du nouveau code de procédure civile consacra la vision motulskienne du procès et ainsi la distinction du fait et du droit comme règle de répartition des rôles entre le juge et les parties.

59. Le débat sur la cause de la demande. La Révolution, pas plus qu'elle n'avait touché au règlement du conseil de d'Aguesseau et aux règles de la cassation, n'est revenue sur l'Ordonnance de 1667 sur la procédure civile. Seules les institutions ont changé. C'est ainsi que le Code de procédure civile de 1806 a seulement consisté en une reprise de la fameuse ordonnance édictée sous l'Ancien Régime.

¹⁹² Notamment RAY (J.), *op. cit.*, p.111.

¹⁹³ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation ...*, *op. cit.*, p.156.

Perçu comme un « code de praticien »¹⁹⁴, ce Code fut rapidement dépassé et complété par les décisions jurisprudentielles et les théories doctrinales sur de nombreux points, notamment sur la cause de la demande¹⁹⁵ qui jouait un rôle central dans la délimitation de l'office du juge civil. Le procès civil étant conçu comme la chose des parties, la Cour de cassation avait affirmé à de nombreuses reprises que le juge ne pouvait modifier la cause de la demande formulée par celles-ci¹⁹⁶. La doctrine, au vu d'une jurisprudence incertaine, eut à s'interroger sur cette notion afin d'en connaître précisément les contours et de pouvoir en déduire les pouvoirs exacts du juge civil. Il en résulta un riche débat qui atteignit son paroxysme dans les années 1950.

Trois courants s'opposaient alors¹⁹⁷. Le premier voyait dans la cause, seulement la règle de droit et était représenté notamment par Pierre Azard¹⁹⁸, Pierre Mimin¹⁹⁹, Paul Esmein²⁰⁰, Jean Savatier²⁰¹ et Jean-Paul Gilli²⁰². Le second courant, avait une conception mixte de la cause dans laquelle fait et droit se mêlent. La cause n'est autre que « le fait concret, juridiquement qualifié » selon Hébraud²⁰³. Fait et droit ne peuvent selon cette vision être séparés. Le fait n'est avancé qu'au vu d'une catégorie juridique. Enfin un dernier courant de pensée, avait une conception purement factuelle de la cause. Cette théorie fut développée par Henri Motulsky à l'occasion de sa thèse²⁰⁴ et de nombreux articles ultérieurs. Il justifiait cette conception par la distinction du fait et du droit qu'il empruntait officiellement au droit de la cassation et inconsciemment au droit allemand²⁰⁵. Le droit est l'apanage du juge, le fait celui des parties. Seule la modification des faits est interdite au juge. Pouvoirs de qualification et de substitution de la règle de droit invoquée par les parties lui sont ici offerts à la condition de respecter les faits, les droits de la défense et le principe dispositif.

¹⁹⁴ HALPERIN (J.-L.), « Le Code de procédure civile de 1806 : un code de praticien ? », *1806-2006...*, *op. cit.*, 2006, p.23.

¹⁹⁵ La Cause de la demande se différencie, notamment, de la notion de cause utilisée en matière d'autorité de la chose jugée dont les contours ont également suscités la controverse. Sur ce point cf. GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile...*, *op. cit.*, pp.755-758, n°1096.

¹⁹⁶ NORMAND (J.), *Le juge et le litige*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 65, 1965, p.135, n°146.

¹⁹⁷ NORMAND (J.), *op. cit.*, n°146, pp.136-137.

¹⁹⁸ AZARD (P.), *L'immutabilité de la demande en Droit judiciaire français*, thèse, Paris 1936.

¹⁹⁹ V. notamment MIMIN (P.), note ss Cass. Req. 29 oct. 1934, *D.*, 1935 I, pp. 17-19.

²⁰⁰ ESMEIN (P.), obs. ss Cass. civ. 1, 10 oct. 1960, *JCP G.*, 1961, II, 11980.

²⁰¹ Par ex. SAVATIER (J.), obs. ss Cass. civ. 1, 10 mars 1953, *JCP G.*, 1953, II, 7601.

²⁰² Pour donner l'exemple d'un auteur publiciste. GILLI (J.-P.), *La cause juridique de la demande en justice...*, *th. précit.*, v. surtout pp. 76 et s.

²⁰³ HEBRAUD (P.), *RTD civ.*, 1960, p.709. Dans le même sens v. CORNU (G.), FOYER (J.), *Procédure civile. Mise à jour 1960. Commentaire de la réforme judiciaire*, 1958, Paris, PUF, 1960, pp. 405-406. Cette conception était également défendue par Aubry et Rau, Perrot, Glasson..., cf. NORMAND (J.), *op. cit.*, *ibid.*

²⁰⁴ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation ...*, *op. cit.*.

²⁰⁵ FERRAND (Fr.), « L'influence de la procédure civile allemande... », *op. cit.*, pp.36-47.

L'enjeu du débat allait au-delà de la sémantique car, suivant la conception adoptée, les pouvoirs du juge s'en trouveraient accrus ou restreints. D'abord, si l'on retenait que la cause de la demande était factuelle, alors le juge pouvait modifier la qualification juridique et la règle de droit choisies par les parties. Ensuite, si l'on considérait qu'elle était assimilable à la notion de fait qualifié, le juge ne pouvait toucher qu'à la règle de droit proposée. Enfin, si l'on admettait qu'elle correspondait à la fois aux faits et au droit proposé par les parties, alors le juge devenait un simple arbitre à qui l'on interdisait de modifier les prétentions des parties. Ainsi, le nécessaire rôle d'arbitre du juge ou la suprématie de l'intérêt public qu'il sert étaient tour à tour mis en avant. Ce choix était donc tout aussi politique que juridique.

Chaque courant justifiait sa position par la jurisprudence. Cependant, celle-ci était tellement absconse qu'elle permettait d'adopter et de soutenir chacune des conceptions présentées. Finalement, le débat fut axé sur la possibilité qu'il y avait de séparer le fait du droit et c'est cet argument qui emporta la conviction des rédacteurs du Code de procédure civile.

60. Le nouveau Code de procédure civile. De manière unanime²⁰⁶ la doctrine reconnaît dans l'adoption du nouveau code de procédure civile, institué par décret²⁰⁷ le 5 décembre 1975²⁰⁸, l'influence de Motulsky²⁰⁹ et la consécration de nombre de ses idées²¹⁰ et de sa vision du procès²¹¹.

Si l'introduction de la distinction du fait et du droit dans le nouveau code de procédure à ce stade du procès est indubitablement due à l'influence qu'a pu avoir Henri Motulsky, le contexte a aussi favorisé le choix de cette thèse parmi toutes celles en présence.

En effet, nous pouvons supposer que la méthode de codification utilisée n'est pas étrangère à cela. Au terme d'une codification « globale », « réelle » et faisant « œuvre de cohérence »²¹², est né un code « de professeur », beaucoup plus dogmatique et fondé « sur le

²⁰⁶ Ainsi le professeur Cadiet parle de Code « motulskien », cf. CADIET (L.), « Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky ? », *op. cit.*, p10, n°4, et Mme KAMARA de « textes pétris de la pensée de Motulsky », in « La preuve en procédure civile », Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky ..., *op. cit.*, pp.15-16, n°4.

²⁰⁷ Décret n°75-1123.

²⁰⁸ L'adoption du nouveau code de procédure civile est le travail de commissions réunies par Jean Foyer et présidées par Gérard Cornu à partir de 1963 et fait suite à quatre décrets : 1971, 1972 et 1973. Voir, notamment, à ce propos CORNU (G.), « L'élaboration du Code de procédure civile », *op. cit.*, note 11, p.75.

²⁰⁹ Henri Motulsky a de plus fait partie, en 1963, de la première commission réunie et présidée par Jean Foyer aux côtés des professeurs Cornu, Giverdon, Perrot et Terré.

²¹⁰ Dont le principe du contradictoire, consacré à l'article 16 C.p.c.

²¹¹ Selon G. BOLARD : « rédigé par le doyen Gérard Cornu, le code repose sur l'analyse du procès retenue par Henri Motulsky », in « Motulsky », *Dictionnaire de la Justice*, *op. cit.*, p.917.

²¹² CORNU (G.), « La codification de la procédure civile en France », *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p.385 .

postulat qu'il existe un procès type »²¹³ dont chaque livre respecte la chronologie²¹⁴ et permettant de mieux saisir l'office du juge civil. Or Motulsky, principalement dans sa thèse, a su mettre en place un raisonnement type faisant preuve d'une abstraction certaine.

Ensuite, d'un point de vue plus politique, ce code réalise principalement un renforcement des pouvoirs du juge civil, dont le rôle est accru tant dans la conduite de l'instance que sur la matière litigieuse. Pour emprunter les mots de son principal auteur : « l'une des tendances majeures du code est d'exalter l'office du juge »²¹⁵. Cette idée de redonner une place centrale au juge, s'inscrit dans la droite ligne de la « fonction sociale » du procès civil développé par Franz Klein au XIXe siècle (ou encore Albert Tissier en France²¹⁶) et déjà adopté par les procédures civiles autrichienne et allemande²¹⁷. Les thèses de Motulsky portaient la même idée en refusant que le procès civil soit « un combat singulier et que le rôle essentiel du juge [soit] de l'arbitrer »²¹⁸ et en faisant de la justice « la vocation »²¹⁹ du juge. C'est d'ailleurs pour cela qu'il souhaitait que « le droit soit son domaine »²²⁰.

Fondée sur la volonté de rendre au juge sa pleine juridiction et sur un schéma logique et précis du procès, la répartition des rôles à l'intérieur du procès développée par Motulsky trouva alors facilement sa place dans le nouveau Code de procédure civile.

61. La distinction du fait et du droit, critère répartiteur, est ainsi consacrée et entraîne la suppression de la notion de « cause » puisque « sans nommer la cause du litige, le code commande de la reconnaître, à charge pour les parties de les alléguer, dans les faits propres à fonder leur prétentions (...) »²²¹. Il s'agit comme le souligne Gérard Cornu, de « la consécration de la thèse d'Henri Motulsky »²²². Le nouveau Code sonne la fin de la controverse sur la nature de la cause et l'avènement du « fondement des prétentions » découlant de la distinction du fait et du droit.

²¹³ CORNU (G.), « L'élaboration du Code de procédure civile », *op. cit.*, p.75.

²¹⁴ CADIET (L.), « L'avènement du nouveau de procédure civile – le code », *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la cour de cassation, La documentation française, Paris 1998, p.48.

²¹⁵ CORNU (G.), « L'élaboration du Code de procédure civile », *op. cit.*, p.78.

²¹⁶ CADIET (L.), « D'un code à l'autre : de fondation en refondation », *1806-2006...op. cit.*, p.11.

²¹⁷ FERRAND (F.), « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine Henri Motulsky », *op. cit.*, pp.37-38, n°3.

²¹⁸ MOTULSKY (H.), « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *op. cit.*, p.59, §33.

²¹⁹ MOTULSKY (H.), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *Dalloz*, 1964, reproduit in *Ecrits. Etudes et notes de procédure civile*, *op. cit.*, p.126.

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ CORNU (G.), « L'élaboration du Code de procédure civile », *La codification*, *op. cit.*, p.78.

²²² *Ibid.*

Même si, à l'instar des principes directeurs du procès civil, fruits de cette même codification et au milieu desquels elle prend place, la distinction n'est pas explicitement nommée dans le code, pour la doctrine unanime, approuvant ou rejetant²²³ ce nouveau critère, son adoption ne fait aucun doute. L'un des principaux rédacteurs du nouveau code affirmait : « Les principes directeurs eux-mêmes sont fondés sur des divisions majeures qui en sont les ressorts essentiels : la distinction de l'instance et de la matière du litige (a.4), la distinction du fait et du droit »²²⁴.

La distinction prend place au sein de la matière litigieuse et vient définir précisément le principe dispositif. Elle distribue les rôles sur les faits et sur le droit. Les parties peuvent choisir les faits qu'ils désirent soumettre au juge, afin de fonder leurs prétentions, sans que celui-ci ne puissent en prendre d'autres en considérations. L'objet du litige, autre fait, doit également être respecté par le juge sous peine de statuer *infra* ou *ultra petita*. En revanche, et c'est là l'apport de la distinction du fait et du droit, le juge est libre de modifier le droit, qu'il a d'ailleurs le devoir d'appliquer aux faits. Pour cela, il peut relever d'office un moyen de droit ou requalifier les faits, avec cependant une intensité variable.

C'est sur ce dernier point que la thèse d'Henri Motulsky n'a pas été entièrement suivie. Pour l'auteur, l'application correcte du droit par le juge, entraînait pour lui l'obligation de relever d'office les moyens de droit. Or l'article 12 alinéa 3 NCPC, n'en faisait qu'une faculté²²⁵. C'est là la victoire de l'économie du procès sur l'idéal de justice²²⁶. La distinction du fait et du droit, telle que la souhaitait Motulsky a été à la fois consacrée et affaiblie par le Nouveau Code de procédure civile. Bien que cet alinéa ait aujourd'hui disparu²²⁷, l'atteinte, à laquelle est venue s'ajouter la confusion, demeure entière.

62. Certes l'étude historique conforte l'existence et la solidité de la distinction du fait et du droit, puisque celle-ci est présente dès l'époque romaine et de manière quasi continue dans notre système juridique, mais elle nous révèle également que cette distinction a eu des emplois bien différents au cours des siècles ainsi que de multiples visages. Elle fut tour à tour pragmatique, dogmatique, théorique et procédurale pour enfin devenir tout cela à la fois. En

²²³ MARTIN (R.), « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP*, 1974, I, 2625.

²²⁴ CORNU (G.), *Ibid.*

²²⁵ Article tel qu'il résultait du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975.

²²⁶ Cf. *infra* n°421.

²²⁷ Conseil d'Etat 1875, 1905, 1948 à 1951 1979-10-12, Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres, *JCP* 1980, II, 19288. Voir également *infra* n°330.

effet, la distinction du fait et du droit n'est utilisée que de manière relativement récente dans notre procédure civile et elle est le fruit de l'histoire. Une histoire qui constitue sa force mais aussi une de ses faiblesses en la rendant multiple et complexe, entravant ainsi son utilisation procédurale.

L'existence séculaire de la distinction du fait et du droit n'est pas un simple constat. Elle explique également pourquoi la distinction paraît actuellement peu contestable. L'évidence de la distinction se renforce encore lorsque l'on se rend compte qu'elle a été adoptée par de nombreux systèmes juridiques étrangers. Alors, comme nous allons le montrer, la distinction n'est plus seulement intemporelle, elle devient universelle.

SECTION 2 - Le rayonnement actuel de la distinction

La dimension historique de la distinction que nous venons d'étudier se double d'une dimension « spatiale ». En effet, le caractère incontestable de la distinction que lui confère son origine millénaire est renforcé par son existence au-delà de la frontière droit privé-droit public et surtout par-delà les frontières françaises. Sa présence dans d'autres systèmes juridiques, qu'elle soit due à l'influence sur eux du droit français ou à sa préexistence chez eux, rend indubitable son existence en tant que mécanisme du droit processuel, sans que cela ne la rende toutefois exempte de critiques sur le plan fonctionnel.

De nombreux pays connaissent la distinction du fait et du droit dans leur droit judiciaire privé, beaucoup afin de délimiter le champ d'intervention de leur Cour Suprême (§1) et certains (parfois les mêmes) afin de délimiter les rôles des parties et du juge (§2).

§1 - La délimitation du contrôle de cassation devant la plupart des Cours Suprêmes

63. Le modèle que constitue la Cour de cassation française a connu un vif succès dans de nombreux pays européens qui en adoptant l'institution, ont conservé les règles qui la régissent au nombre desquelles la distinction du fait et du droit.

La distinction est alors très répandue : elle a été adoptée par de nombreuses Cours suprêmes de l'ordre judiciaire (A), avant d'avoir été proposée pour certaines Cours suprêmes de l'ordre administratif (B) puis choisie par quelques Cours supranationales (C).

A - La distinction adoptée par des Cours suprêmes de l'ordre judiciaire

64. La distinction du fait et du droit est liée à la nature de la Cour suprême. Les Cours de cassation d'influence française la connaissent tandis que celle de *common law* et des pays de droit scandinave²²⁸ l'ignorent, ce qui permet une intéressante comparaison.

65. Les Cours d'influence française. La Cour de Cassation doit son succès au-delà de nos frontières aux conquêtes napoléoniennes. Certains pays, ayant fait un temps partie de l'empire français, ont adopté une cour suprême copiée sur le modèle français de la cassation. Il en est ainsi de la *Hoge Raad* des Pays Bas²²⁹ et de la Cour de cassation belge²³⁰. L'origine de la Cour de cassation italienne, et avant elle des Cours des Etats d'avant l'unification, telles les Cours de cassation de Turin et Florence, se sont également inspirées de l'institution française²³¹. De même, le Tribunal fédéral Suisse relève de la logique de la cassation française, du moins dans sa compétence en matière civile²³², tout comme la Haute juridiction grecque, l'*Areios Pagos*²³³. Enfin, l'influence française s'est fait sentir au-delà de l'Europe continentale puisqu'on retrouve au Liban une Cour suprême empruntée à notre modèle²³⁴.

²²⁸ Nous choisissons, à l'instar de certains auteurs, de séparer les pays de droits scandinaves du groupe de la famille des droits de tradition romano-germanique auquel on les associe classiquement. En ce sens v. par ex. HERTEL (C.), « Systèmes juridiques dans le monde », *Notarius International*, UINL, 1-2/2009, p.153.

²²⁹ CORSTENS (G.), Présentation, *le juge de cassation en Europe*, Actes du colloque du 10 mars 2011 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Dalloz, 2012, p.17 ; WIARDA (C.J.), « Le « Hoge Raad » des Pays-Bas », *R.I.D.C.*, Vol. 30 N°1, Janvier-mars 1978, pp.275-276.

²³⁰ STORCK (Ch.), Présentation, *le juge de cassation en Europe*, Actes du colloque du 10 mars 2011 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Dalloz, 2012, p.63 ; RUTSAERT (J.) et MEEUS (A.), « La Cour de cassation de Belgique », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 30 N°1, Janvier-mars 1978, pp. 248.

²³¹ SGROI (V.), « La Cour de cassation d'Italie », *R.I.D.C.*, Vol. 30 N°1, Janvier-mars 1978. p. 293.

²³² En matière administrative, le Tribunal fédéral suisse connaît de l'affaire dans son intégralité, il « vérifie le fait ». Cf. CAVIN (P.), « Le Tribunal fédéral suisse », *R.I.D.C.*, Vol. 30 N°1, Janvier-mars 1978. p. 350.

²³³ DELICOSTOPOULOS (Y. S.), « L'influence du droit européen quant aux pouvoirs du juge judiciaire national sur le fait et le droit », *Chronique, Revue : Justices*, 1997, n° 6, p. 117.

²³⁴ GHANEM (Gh.), « Le rôle normatif de la Cour de cassation, observations générales nourries de l'exemple libanais », *le juge de cassation en Europe*, Actes du colloque du 10 mars 2011 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Dalloz, 2012, p.20.

Le XIX^{ème} siècle a donc vu fleurir sur le modèle français, de nombreuses Cours de cassation dont la fonction principale et essentielle est la censure des « violations de la loi »²³⁵ par les Cours inférieures en vue de maintenir une application uniforme du droit. Cette compétence est reconnue en ces termes dans la plupart des pays que nous venons de citer : en Italie par l'article 111 al.7 de la Constitution: « Le pourvoi en cassation pour violation de la loi est toujours admis contre les arrêts et contre les mesures concernant la liberté de la personne, prononcés par les organes juridictionnels ou spéciaux. » et par l'article 360 3^o du Code de procédure italien : « 3) *per violazione o falsa applicazione di norme di diritto* »; en Belgique par l'article 608 du Code judiciaire belge : « La Cour de cassation connaît des décisions rendues en dernier ressort qui lui sont déférées pour contravention à la loi ou pour violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité » ; aux Pays-Bas par l'article 112 2. de la Constitution : « La Cour suprême est chargée, dans les cas et les limites prévus par la loi, de la cassation des décisions judiciaires pour violation du droit »²³⁶. De même en Suisse, l'article 189 de la Constitution dispose que « Le Tribunal fédéral connaît des contestations pour violation: a. du droit fédéral; b. du droit international; c. du droit intercantonal; d. des droits constitutionnels cantonaux; e. de l'autonomie des communes et des autres garanties accordées par les cantons aux corporations de droit public; f. des dispositions fédérales et cantonales sur les droits politiques »²³⁷.

66. Cette disposition commune aux juridictions de cassation, reçoit une même interprétation de la part des différentes doctrines nationales. Couplée avec l'interdiction de « connaître du fond des affaires »²³⁸, sans toutefois que cela soit systématique puisque certaines Cours jugent le fond²³⁹, elle est explicitée comme la limitation du contrôle de cassation aux questions, ou erreurs, de droit. En Italie, Piero Calamandrei, dans son ouvrage de référence sur

²³⁵ Par ex. art. 703 du Code de procédure civile libanais pour la Cour de cassation du Liban.

²³⁶ selon la traduction du ministère de l'intérieur : <http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/brochures/2008/10/20/la-constitution-du-royaume-des-pays-bas-2008/07br2008g108.pdf>;

²³⁷ V. également les articles 95 et 96 de la loi sur le tribunal fédéral du 17 juin 2005.

²³⁸ Voir par exemple l'article 147 al.2 de la Constitution belge : « Cette Cour ne connaît pas du fond des affaires » ou encore l'article 384 du Code de procédure civile italienne qui énonce le *principio di diritto e decisione della causa nel merito*.

²³⁹ Certains pays ne lient pas l'absence de connaissance du fond (et l'obligation de renvoi qui en découle) et la distinction du fait et du droit : c'est le cas pour le Liban dont la Haute Cour après cassation juge le fond selon l'article 734 du code de procédure civile. La distinction du fait et du droit est alors limitée au contrôle de la Cour. cf. HADATI (H.), « Le pouvoir unificateur de la cour de cassation libanaise : Mythe ou réalité ? », Les Cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe", *Actes du colloque de Beyrouth*, éditions Bruylant Bruxelles, 1999. Il semble qu'il en soit de même en Suisse selon l'article 107 al.2 de la loi sur le tribunal fédéral de 2005.

la cassation italienne datant de 1920²⁴⁰, a introduit cette interprétation et ainsi la distinction du fait et du droit. Un autre auteur italien explique encore que la Cour de cassation de son pays n'a pas la possibilité de « connaître des faits du litige »²⁴¹. En Belgique, M. Van Drooghenbroeck explique dans sa thèse que l'institution du juge de cassation « constitue la consécration paradigmatique de cette distinction en droit positif. La norme écrite et fondamentale qui interdit au juge de « connaître du fond des affaires » renvoie nécessairement, fût-ce au prix d'importantes nuances, à la distinction du fait et du droit. »²⁴². De même, selon M. Wiarda, la restriction de compétence de la cour néerlandaise « se fonde sur la présomption qu'il est possible, en jurisprudence, d'établir une délimitation très nette entre la détermination des faits et l'application du droit »²⁴³. Enfin, nous n'oublierons pas d'évoquer un auteur suisse pour lequel « la juridiction du Tribunal fédéral ne se distingue guère de celle de toute cour de cassation : limitée à la pure *revisio in jure* »²⁴⁴.

Ainsi la distinction du fait et du droit comme règle de compétence du juge de cassation connaît, au-delà des frontières françaises, un vif succès comme ce fut le cas pour la juridiction. La réception de la théorie de cassation fut ainsi complète dans la plupart des pays de droit écrit et même, comme cela a pu être souligné, s'il existe des différences selon les conceptions nationales « le dogme absolu et commun à tous est la stricte séparation entre le fait et le droit »²⁴⁵.

67. Les Cours de *common law*. La distinction du fait et du droit s'est donc révélée par ce biais indissociable de la juridiction de cassation. Les Cours suprêmes qui répondent à cette règle se différencient de celles qui ne la connaissent pas et constituent alors de véritables degrés de juridiction supplémentaires. C'est le cas des Cours suprêmes de la plupart des pays de *common law* dont la mission est moins le maintien d'une jurisprudence uniforme que celle du

²⁴⁰ CALAMANDREI (P.), *La cassazione civile*, V.1 : Storia e legislazioni, et V. 2: Disegno generale dell'Istituto, Fratelli Bocca, 1920.

²⁴¹ SGROI (V.), *op. cit.*, p. 293 et p.307. Mais pour une critique de l'application de la distinction du fait et du droit à la Cour de cassation italienne voir par ex. ASCARELLI (T.), « Le fait et le droit devant la Cour de cassation italienne », communication faite au Centre national de logique le 7 novembre 1959, in *Le Fait et le droit. Etude de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, pp. 113-129.

²⁴² VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr.), *Cassation et juridiction. Iura dicit Curia*, Louvain 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, p.23. Pour une interprétation contraire en droit belge, voir la thèse de M. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p.23.

²⁴³ WIARDA (C.J.), « Le « Hoge Raad » des Pays-Bas », *R.I.D.C.*, Vol. 30 N°1, Janvier-mars 1978, p. 290.

²⁴⁴ CAVIN (P.), « Le Tribunal fédéral suisse », *R.I.D.C.*, Vol. 30 N°1, Janvier-mars 1978. p. 350.

²⁴⁵ GROSS (N.), « Le juge de cassation en Europe – L'Allemagne, « Le rôle normatif de la Cour de cassation, observations générales nourries de l'exemple libanais », *le juge de cassation en Europe*, Actes du colloque du 10 mars 2011 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Dalloz, 2012, p.27.

développement du droit. La Cour suprême du Royaume-Uni, malgré la réforme de 2005²⁴⁶, reste une juridiction d'appel de dernier ressort qui a la possibilité d'examiner « en appel l'ensemble des points de droit et des points de fait que soulève une affaire »²⁴⁷. Aux Etats-Unis, chaque Etat à sa propre Cour suprême. Elles correspondent à « des cours d'appels suprêmes »²⁴⁸. Quant à la Cour suprême des Etats-Unis, elle est également juge d'appel en dernier ressort du droit fédéral²⁴⁹.

Droit de pays scandinaves. La Norvège et la Suède ont également des Cours suprêmes qui sont de véritables troisièmes degrés de juridiction auxquels la connaissance du fait n'est pas interdite. Tant la Cour de Norvège²⁵⁰, qui est restée hermétique à la conception française de la cassation²⁵¹, que la Cour de Suède²⁵² jugent des questions de fait aussi bien que des questions de droit.

Ces pays retiennent une conception qui peut se qualifier de plus « aristocratique » du recours à leur Cour suprême. Il n'est pas ouvert à tout justiciable car il ne sera jugé recevable que s'il a un intérêt pour l'évolution de la jurisprudence, et donc du droit²⁵³ alors qu'une conception plus « démocratique » admet tous les pourvois dans lesquels se pose une simple question de droit.

68. Comparaison. Un clivage semble se dessiner entre les Cours suprêmes des pays de *Common Law*, desquelles on peut rapprocher celles des pays scandinaves, et les Hautes Cours des pays de tradition romano-germanique. Les premières constituent des troisièmes degrés de juridiction auxquels l'accès est limité tandis que les secondes, juridictions de cassation, ont

²⁴⁶ Le *Constitutional Reform Act* promulgué le 24 mars 2005 qui a transféré les pouvoirs de la Chambre des Lords en matière d'appel en dernier ressort à une « *superior court of record* », selon les termes de la section 40 de la réforme. Sur ce point voir DUFFY-MEUNIER (A.), « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act* 2005 : Une juridiction hors norme », *R.I.D.C.*, 3-2012, pp. 681-734.

²⁴⁷ Dans le même sens WILBERFORCE, « La Chambre des Lords », *R.I.D.C.*, Vol. 30 N°1, Janvier-mars 1978, p.93.

²⁴⁸ GRISWOLD (E. N.), « La Cour Suprême des Etats-Unis », *R.I.D.C.*, Vol. 30 N°1, Janvier-mars 1978, p.99 ; LEVASSEUR (A.), *Droit des Etats-Unis*, Dalloz, 2^e édition, 1994, n°248, p.111.

²⁴⁹ GRISWOLD (E. N.), *Op. cit.*, p.98 et ZOLER (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Dalloz, 1^{ère} édition, 2010, p.V.

²⁵⁰ RYSSDAL (R.), « La Cour Suprême de Norvège », *R.I.D.C.*, Vol. 30 N°1, Janvier-mars 1978, p.188.

²⁵¹ Par trois lois du 13 août 1915 il était prévu « qu'un pourvoi à la Cour Suprême n'était admissible qu'en cas d'irrégularité de procédure ou de fausse application de la loi. Ces dispositions, qui auraient donné à la Cour Suprême, pour les affaires civiles également, le caractère d'une Cour de cassation n'ont pourtant jamais été mises en vigueur », RYSSDAL (R.), *Op. cit.*, p.185.

²⁵² DUFWA (G.), « La Cour Suprême de Suède », *R.I.D.C.*, Vol. 30 N°1, janvier-mars 1978, p.173.

²⁵³ En ce sens V. FERRAND (Fr.), « Autorité et juridictions de cassation. De l'autorité des arrêts à l'autorité des cours », *le juge de cassation en Europe*, Actes du colloque du 10 mars 2011 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Dalloz, 2012, p.91.

pour rôle principal le maintien de l'unité du droit et de la jurisprudence, ce qui conduit à une plus large admission des pourvois.

Pourtant, du fait de l'encombrement généralisé des Hautes juridictions continentales, la frontière se fait plus incertaine. L'Allemagne, qui pour son recours en révision auprès du *Bundesgerichtshof* applique la distinction du fait et du droit²⁵⁴, a introduit préalablement une demande en admission qui sera accueillie si l'affaire soulève une question de principe, de développement du droit ou un besoin d'harmonisation²⁵⁵. La violation du droit par une Cour inférieure, ouverture à cassation sous-tendant la distinction du fait et du droit, n'est examinée qu'ensuite et devient ainsi un *critère secondaire*. Un auteur allemand en déduit le recul de la fonction disciplinaire face à la fonction normative²⁵⁶.

Malgré ce léger recul de la distinction du fait et du droit en Allemagne, son succès auprès des divers pays européens est indéniable. La doctrine, en dépit de certaines critiques qu'elle émet parfois, en a définitivement fait le critère de compétence des Cours de cassation et la frontière délimitant le domaine de liberté des juges du fond. Dans tous les pays que nous venons d'envisager, elle est liée à sa fonction de gardienne de l'unité du droit et à la règle selon laquelle son rôle est de censurer les violations de la loi commises par les juges des juridictions inférieures. Peu importe finalement que la cassation donne lieu à renvoi ou non, pour que la distinction soit consacrée.

Nous venons de le constater, la distinction du fait et du droit est consubstantielle à la juridiction de cassation de telle sorte que chaque fois que l'institution suprême a été adoptée dans un pays, il en a été de même pour la distinction. De même, nous aurons l'occasion de montrer que les Cours supranationales qui ont décidé de ne pas fonctionner comme un simple degré de juridiction supplémentaire ont pu choisir ce critère. Plus étonnant peut-être, nous allons voir que certains Conseils d'Etat se le sont vu proposer et, parfois, se le sont approprié.

²⁵⁴ GROSS (N.), « Le juge de cassation en Europe – L'Allemagne », *Le juge de cassation en Europe, op.cit.*, p.27.

²⁵⁵ GROSS (N.), *Op. cit.*, p.28.

²⁵⁶ GROSS (N.), *Ibid.*

B - Une distinction proposée pour certaines cours suprêmes de l'ordre administratif

69. Avec sans doute moins de succès que lorsqu'elle a franchi les frontières nationales, la distinction du fait et du droit a pénétré le droit public. Elle est ainsi loin d'être inconnue devant les Conseils d'Etat français et belge.

70. Conseil d'Etat français. Dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, la Haute juridiction administrative française, a toujours connu de la cassation même si cela était de manière très marginale. Au XIXe siècle, Laferrière distinguait déjà le recours en excès de pouvoir et le recours en cassation devant le Conseil²⁵⁷. Pourtant ce n'est qu'avec la loi du 31 décembre 1987²⁵⁸ qui créa les Cours administratives d'appel que le Conseil d'Etat devint véritablement et principalement²⁵⁹ une juridiction de cassation. Sa nouvelle mission lui est alors confiée « moins dans l'intérêt des parties que pour assurer l'uniformité d'application et d'interprétation de la loi »²⁶⁰.

De ce fait, est apparue la question de la délimitation entre le recours en annulation, ou pour excès de pouvoir, qui est toujours en partie de la compétence du Conseil d'Etat, et le recours en cassation. Pourtant, leur fonction semble différente. A l'occasion du premier, le juge « examine la conformité de la décision administrative au droit »²⁶¹ alors que lors du second « il contrôle la régularité de décisions d'autres juridictions administratives »²⁶². Quand il est saisi d'un recours en excès de pouvoir, le juge est limité au contrôle de légalité et doit se garder de se prononcer sur l'opportunité de l'acte. On peut remarquer que le professeur Rivero semblait opérer un rapprochement entre cette distinction et celle du fait et du droit²⁶³. Pourtant, lors de ce recours, il est permis au juge administratif d'examiner les faits afin de rendre son contrôle plus efficient.

²⁵⁷ LAFERRIERE (E.), *Traité de juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e ed., 1896, p. 316 cité in BUCH (H.), « Le droit et le fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat de Belgique », communication faite au Centre national de logique le 13 décembre 1958, in *Le Fait et le droit. Etude de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, p.155 ou V. encore CHRETIEN (P.) et CHIFFLOT (N.), *Droit administratif*, Sirey, 13^e ed., 2012, p.685, n°831.

²⁵⁸ Loi n°87-1127 du 31 décembre 1987, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989.

²⁵⁹ Plus de la moitié des recours que connaît le Conseil d'Etat sont des recours en cassation cf. DELVOLVE (P.), « Le Conseil d'Etat », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, juin 2012, n°329.

²⁶⁰ CHALANDON (A.), *J.O.R.F.-Débats Assemblée Nationale*, séance du 6 octobre 1987, pp. 3949-3950.

²⁶¹ RIVERO (J.), « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du conseil d'Etat français », in *Le Fait et le droit*, op. cit., p. 132. Dans le même sens V. WALINE (J.), *Droit administratif*, Dalloz, 24^e ed., 2012, p.664, n°638.

²⁶² BUCH (H.), *Op. cit.*, p.157.

²⁶³ RIVERO (J.), *Op. cit.*, p.148.

En revanche, lorsque le législateur est venu lui confier ce rôle de cassation, il n'a pas expressément précisé l'objet ni les limites d'un tel contrôle. L'article L111-1 CJA dispose simplement que « le Conseil d'Etat est la juridiction administrative suprême. Il statue souverainement sur les recours en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort par les diverses juridictions administratives (...) ». Il semble donc y avoir renvoi au modèle traditionnel de la cassation. C'est sans doute pourquoi certains auteurs souhaitent étendre l'application de la distinction du fait et du droit au Conseil d'Etat, juge de cassation. Par exemple, Madame Boussard émet une telle proposition dans sa thèse²⁶⁴, en s'appuyant notamment sur le modèle judiciaire et à la condition toutefois que les recours en excès de pouvoir ou en cassation soient dorénavant nettement distingués. Nous nous permettons d'avancer une seconde réserve qui tient à la vérification du caractère réellement opérant de notre règle en procédure civile²⁶⁵.

D'autres auteurs ne semblent pas hésiter à limiter au droit le contrôle des conseillers, lorsqu'ils connaissent d'un recours en cassation, selon la distinction chère à la Cour de cassation. Cela ne semble faire aucun doute chez les juristes privatistes qui affirment ainsi que « le Conseil d'Etat, comme toute juridiction, ne peut connaître que des moyens de droit : sur ce point, on retrouve un principe identique à celui qui régit le pourvoi devant la Cour de cassation, à cette nuance près toutefois que les moyens de cassation devant le Conseil d'Etat s'apparentent souvent à ceux pour excès de pouvoir »²⁶⁶ ou encore que : « La Cour suprême ne rejuge pas l'affaire mais juge le droit »²⁶⁷. Cette idée se retrouve également chez quelques auteurs publicistes qui peuvent affirmer que le Conseil « ne rejuge pas l'affaire mais examine seulement les questions de droit »²⁶⁸.

71. Cependant, la plupart des juristes de droit public, tout en reconnaissant un rôle de Cour de cassation au Conseil d'Etat, semblent sceptiques quant à une application stricte de la distinction du fait et du droit en ce domaine. La principale objection tient à la nature singulière de la juridiction suprême administrative qui est tout à la fois juridiction de premier et dernier ressort, d'appel et de cassation. Son histoire et ses compétences, acquises au fil du temps, font

²⁶⁴ BOUSSARD (S.), *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'Etat. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Paris II, 2000, Paris, Dalloz, 2002.

²⁶⁵ D'autant plus que Mme Boussard s'appuie sur la thèse du Doyen Marty qui pourtant récuse la distinction du fait et du droit, lui préférant celle entre fonctions juridique et disciplinaire. Cf. BOUSSARD (S.), *op. cit.* p. 369.

²⁶⁶ PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2012, n°291, p.232.

²⁶⁷ JEULAND (E.), *Droit processuel*, L.G.D.J., 2007, p.457, n° 491.

²⁶⁸ DEL PRETE (D.) et FISCHER (E.), *Institutions juridictionnelles*, Hachette Supérieur, 2006, p.259, n°600. V. aussi la thèse de PODRAZA-SCRIPZAC (E.), *La fonction de jurisprudence du Conseil d'Etat*, Université d'Artois, 2007.

du Conseil d'Etat une juridiction qui juge aussi bien le fait que le droit selon les cas²⁶⁹. Les magistrats qui parviennent au titre de conseiller ne se départissent pas de leur capacité à connaître de l'affaire concrète, au contraire des juges de cassation auxquels on demande d'oublier qu'ils ont été juges du fait.

D'une part, le Conseil d'Etat prend certaines libertés en ce qui concerne la délimitation de son contrôle, notamment sur la qualification juridique des faits²⁷⁰. Cependant, on ne peut nier que la Cour de cassation agisse de même²⁷¹. D'autre part, le législateur a autorisé, du fait de cette nature hybride, la cassation sans renvoi « si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie » selon l'art. 821-2 c.j.a. et c'est principalement cette faculté qui fait dire à de nombreux auteurs que le recours en cassation devant le Conseil s'éloigne, sans toutefois s'en détacher complètement, de la distinction du fait et du droit si chère à l'ordre judiciaire²⁷².

72. Conseil d'Etat belge. Cette nature particulière a également été prise en compte en Belgique lorsque le législateur a souhaité distinguer de manière plus nette recours en excès de pouvoir et recours en cassation devant le Conseil d'Etat belge. La distinction du fait et du droit avait été avancée afin de limiter le recours en cassation au seul « point de droit »²⁷³ puis évincée du fait des particularités de la Haute juridiction administrative, de sa capacité à juger le fait et du peu de confiance accordé à la distinction du fait et du droit²⁷⁴. La disposition retenue par les parlementaires afin de délimiter le recours en cassation administratif l'a alors été en ces termes : « La section statue par voie d'arrêts sur les recours en cassation formés contre les décisions contentieuses rendues en dernier ressort par les juridictions administratives pour contravention à la loi ou pour violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité. Dans ce cas, elle ne connaît pas du fond des affaires »²⁷⁵. L'interdiction de connaître du fond des affaires a ainsi été préférée à la limitation au point de droit ce qui, pour certains, est une

²⁶⁹ DELVOLVE (P.), *Op. cit.*, n°68 et n°247.

²⁷⁰ PODRAZA-SCRIPZAC (E.), *Op. cit.*, p.169.

²⁷¹ Cf. *infra* n° 487 s.

²⁷² DELVOLVE (P.), *Op. cit.*, n°231 et 232 ; RIVERO (J.), *op. cit.*, p.135 ; PODRAZA-SCRIPZAC (E.), *op. cit.*, p.246.

²⁷³ Doc. Parl., Chambre, session ordinaire 1998-1999, n°1960/1-98-99, pp18-19.

²⁷⁴ Outre les raisons tenant à la singularité de la juridiction suprême administrative, les parlementaires belges semblent sceptiques quant à la distinction du fait et du droit, se rattachant expressément à la thèse du Professeur Rigaux selon laquelle on « ne saurait, par la distinction du fait et du droit, fixer les limites du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juridictions de fond. », cf. RIGAUX (F.), *Op. cit.*, n° 51, pp. 77 et 78. Pour une lecture contraire de ces débats parlementaires V. VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr.), *Op. cit.*, pp.83-89.

²⁷⁵ Art.14 §2 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

consécration de la distinction du fait et du droit²⁷⁶ mais qui nous semble davantage s'apparenter à un rejet de cette dernière.

La distinction du fait et du droit a pénétré la sphère de la cassation administrative mais son influence y demeure modeste, malgré le souhait de certains auteurs. La nature du Conseil d'Etat en fait une juridiction peu encline à respecter une telle règle de compétence et pourtant elle ne saurait l'ignorer complètement.

Au contraire, la nature de certaines Cours supranationales a favorisé l'adoption de la distinction du fait et du droit afin de limiter leur compétence.

C - La distinction choisie par certaines Cours supranationales

73. Deux Cours supranationales, fonctionnent en partie sur le modèle des juridictions de cassation et connaissent à ce titre de la distinction du fait et du droit. Il s'agit en Europe de la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) et en Afrique de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA).

74. La CJUE. Les deux Cours européennes ont choisi deux modes de fonctionnement différents. La Cour européenne des droits de l'homme, dont la mission, selon l'article 32 de la Convention²⁷⁷, est de sanctionner les violations du droit européen commises par les Etats signataires, ne semble pas avoir choisi comme guide de compétence la distinction du fait et du droit. Au contraire, elle se rapproche des cours de *common law* qui ne s'interdisent pas un examen des faits dans le but, le plus souvent, de faire évoluer le droit²⁷⁸. La Cour fait ainsi de la convention un instrument vivant.

²⁷⁶ VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr.), *Ibid.*

²⁷⁷ Art. 32 1. C.E.D.H. : « 1. La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34, 46 et 47 ».

²⁷⁸ Cf. art 35, 3. C.E.D.H. qui énoncent les conditions de recevabilités : « La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime : a que la requête est incompatible avec les dispositions de la Convention ou de ses Protocoles, manifestement mal fondée ou abusive ; ou b que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne ».

Le système judiciaire communautaire est différent. Dans le cadre de sa fonction, assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités »²⁷⁹, la CJUE, comprenant le tribunal et la Cour de justice, connaît à cet effet de plusieurs recours. Les principaux sont le renvoi préjudiciel et le recours direct. Ce dernier peut, selon la matière, être porté devant le tribunal de première instance créée en 1988 dans le but de désengorger la Cour. Toujours dans le cadre de sa mission, l'application uniforme du droit communautaire, la Cour pourra être saisie d'un « pourvoi » contre la décision de première instance. Ce pourvoi, qui n'est pas expressément qualifié de « pourvoi en cassation » bien qu'il s'y apparente fortement, est strictement limité au droit par l'article 58 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne qui prévoit que « le pourvoi devant la Cour de justice est limité aux questions de droit. Il peut être fondé sur des moyens tirés de l'incompétence du Tribunal, d'irrégularités de procédure devant le Tribunal portant atteinte aux intérêts de la partie requérante ainsi que de la violation du droit de l'Union par le Tribunal ». Le professeur F. Picod y voit bien une délimitation passant par la distinction entre question de fait et question de droit, qu'il juge d'ailleurs difficile à mettre en œuvre²⁸⁰. D'ailleurs la commission des communautés européennes avait elle-même admis que la distinction du fait et du droit, utilisée dans le système de la cassation française, était « malaisée »²⁸¹. Pourtant la Cour semble bien avoir adopté un tel critère puisqu'à l'instar de la Cour de cassation française elle juge recevable les moyens fondés sur une mauvaise interprétation²⁸² ou application²⁸³ du droit communautaire ou une qualification juridique erronée²⁸⁴.

Le tribunal, qui à juste titre a perdu son qualificatif de « première instance » depuis le traité de Lisbonne, connaît également des pourvois dirigés contre les décisions des tribunaux spécialisés, dont le seul existant est celui de la fonction publique. Tout comme la Cour de justice, l'article 257 al. 3 TFUE stipule que ce recours est « limité aux questions de droit ou,

²⁷⁹ Art. 19 T.U.E.

²⁸⁰ « La difficulté consiste à faire le départ entre les questions de fait et les questions de droit. À cet égard, l'énoncé des moyens figurant à l'article 58 du statut est d'un faible secours », PICOD (F.), « Cour de justice (Procédure) », *Répertoire de droit communautaire*, Dalloz, janvier 2009, n°229. V. dans le même sens DARMON (M.) et VAHDAT (Ch.), « Cour de justice », *Répertoire de droit communautaire*, Dalloz, 2007, n°93 ; PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, op. cit., n°325 ; DEL PRETE (D.) ET FISCHER (E.), *Institutions juridictionnelles*, Hachette Supérieur, 2006, p.259 n°600 : « Elle joue ici le rôle d'un juge de cassation chargé de réformer les jugements de première instance. Il convient de rappeler qu'elle ne rejuge pas l'affaire mais examine mais examine seulement les questions de droit ».

²⁸¹ CJCE, « Ingfried Hochbaum contre Commission des communautés européennes », 17 janvier 1992, aff. C-107/90 P, *Rec. p. I-157*.

²⁸² CJCE, « Schwedler c/ Parlement », 28 nov. 1991, aff. C-132/90 P, *Rec. I. 5745*, point 13.

²⁸³ CJCE, « Burbán c/ Parlement », 31 mars 1992, aff. C-255/90 P, *Rec. I. 2253*, point 5.

²⁸⁴ CJCE, « Biegi Nahrungsmittel et Commonfood c/ Commission », 3 mars 2005, aff. C-499/03 P, *Rec.p. I. 1751*, point 41.

lorsque le règlement portant création du tribunal spécialisé le prévoit, d'un appel portant également sur les questions de fait, devant le Tribunal ». Cette possibilité d'appel laissée par le traité n'a encore aucune application. Mais il est intéressant de noter que pour le droit communautaire, la différence entre l'appel et le pourvoi est bien la nature des questions qui vont être posées à la juridiction, tel que le prévoit la distinction du fait et du droit. La seule particularité ici réside dans le fait que les décisions rendues à l'occasion d'un pourvoi par le tribunal peut faire l'objet d'un « réexamen », en cas de « risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union »²⁸⁵, par la Cour qui liera ainsi le tribunal et maintiendra une jurisprudence, et donc une interprétation, uniforme.

75. La CCJA. Le modèle français de la cassation a franchi les frontières du continent européen pour être repris sur le continent africain. Outre les juridictions civiles suprêmes de certains de ces pays, une Cour supranationale a fait sien ce recours. Il s'agit de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA)²⁸⁶. Cette Cour a compétence pour connaître des pourvois portant sur des questions de droit communautaire²⁸⁷, tandis que les Cours de cassations des pays signataires jugent des questions de droit national. Si la répartition entre la CCJA et les Hautes juridictions nationales se fait selon une délimitation entre les questions de droit en jeu²⁸⁸, la délimitation des pouvoirs des juges de cassation a lieu selon la distinction du fait et du droit. C'est en tous cas ce que déduisent certains auteurs à la lecture des articles 14 al.3 du Traité, qui donne mission à la Cour de trancher les « questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements » et l'article 28 du règlement de procédure de la CCJA, qui oblige à viser le droit mis en cause ²⁸⁹ : « le pourvoi en cassation qui saisit la CCJA doit être fondé sur un moyen de pur droit, comme

²⁸⁵ Art. 62 du statut de la cour de justice de l'union européenne.

²⁸⁶ Organisation instituée par le Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, Adopté le 17 octobre 1993 à Port-Louis, modifié le 17 octobre 2008, et comprenant 17 pays (Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Cote d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, RD Congo, Sénégal, Tchad, Togo), tous pourvus d'une cours de cassation nationale, cf Préambule du traité : <http://www.ohada.com/traite.html>.

²⁸⁷ Art. 14 al. 3 du traité : « Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'Appel des Etats Parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales ».

²⁸⁸ FOMETEU (J.), « Le clair obscur de la répartition des compétences entre la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation », in *Les mutation juridiques dans le système OHADA*, L'Harmattan, 2009, pp.39-40, n°4.

²⁸⁹ Art. 28 du règlement : « Le recours indique les actes uniformes ou les Règlements prévus par le Traité dont l'application dans l'affaire justifie la saisine de la Cour » <http://www.ohada.com/reglements/670/680/chapitre-ii-de-la-procedure-ecrite.html>.

tous les pourvois destinés aux cours suprêmes de tradition francophone »²⁹⁰. Ainsi comme le souligne M. Assi, « la CCJA est donc, en principe, uniquement un juge du droit »²⁹¹. La Cour elle-même semble également interpréter en ce sens la compétence que lui donne ces textes puisqu'elle rejette les moyens mélangés de fait et de droit²⁹².

Toutefois, le droit d'évocation, que confère l'art. 14 al.5²⁹³ à la CCJA, a pu remettre en cause cette conception. En effet, cassation et distinction du fait et du droit paraissent liées à deux règles, la compétence en cas de violation du droit et l'interdiction de connaître du fond. Or, la CCJA connaît du fond des affaires qu'elle juge après cassation. Pourtant, cela n'entraîne nullement l'abandon du critère de la distinction du fait et du droit. Le raisonnement adopté, proche d'ailleurs de celui tenu par les auteurs suisses et libanais²⁹⁴ qui connaissent dans leur propre pays d'une conception similaire de la cassation, scinde le recours à la Haute juridiction en deux temps : « l'arrêt de cassation de la CCJA comporte, au plan formel, deux parties bien distinctes : la première porte sur l'analyse juridique du moyen de cassation (...); la seconde est consacrée à l'évocation. En un mot, la CCJA est juge du droit dans un premier temps pour prononcer l'annulation de la décision en litige et juge du droit et du fait dans un second temps lorsqu'elle statue sur le fond de l'affaire »²⁹⁵. De cette manière, la distinction du fait et du droit semble bien plus liée à la règle selon laquelle la mission des Cours de cassation est de censurer les violations du droit que l'interdiction qui leur est faite de juger au fond. On s'éloigne ainsi du modèle originel français.

76. Si la distinction du fait et du droit a connu un grand succès en tant que critère de délimitation de la cassation au-delà du droit privé français, nous allons nous rendre compte de ce qu'il en est de même en tant que règle de répartition des rôles des parties et du juge du fond.

²⁹⁰ FOMETEU (J.), *Op. Cit.*, p.40, n°4.

²⁹¹ ASSI (E. A.), « La cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : un troisième degré de juridiction ? », *Revue Internationale de Droit Comparé*, n°4, 2005, p.949.

²⁹² CCJA, arrêt n°32/2004 du 04 nov. 2004, *Penant* n°854/2006, p.98, obs. B. Diallo et A.F. Tjouen cité in FOMETEU (J.), *Ibid.*

²⁹³ Art. 14 al.5 du Traité : « En cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond ».

²⁹⁴ V. note 221.

²⁹⁵ ASSI (E. A.), *Ibid.* Dans le même sens V. FOMETEU (J.), *Op. cit.*, p60-61, n°38.

§2 - La répartition des rôles dans certains pays européens

77. Le modèle de la cassation française a connu une large diffusion, comme nous venons de le voir, dans les pays européens ayant une tradition de droit écrit. Cette influence persiste encore de nos jours. Plus largement, la procédure civile française a également inspiré les autres pays européens grâce au code de procédure civile de 1806. Depuis, elle a à son tour subi l'influence de ces mêmes pays. La convergence de certaines règles procédurales, dont la distinction du fait et du droit comme règle de *répartition* des pouvoirs du juge et des parties, en atteste. Au-delà de ces pays européens qui utilisent la distinction du fait et du droit comme critère répartiteur, on retrouve dans de nombreux autres modèles procéduraux une *présentation* des pouvoirs du juge et des parties selon le fait et le droit, tendant à renforcer une l'idée d'universalité de la distinction.

La plupart des pays européens utilisent donc la distinction soit pour déterminer les rôles dans le procès civil (A) soit pour présenter ces mêmes rôles (B).

A - La détermination des rôles selon la distinction du fait et du droit

78. Les législations des différents pays que nous avons étudiés, reconnaissent toutes le principe dispositif²⁹⁶, interdisant au juge de modifier la « matière du litige ». Mais pour nombre de ces systèmes juridiques, s'est posé le problème de la définition, et donc de la nature des « termes du litige » qui doivent demeurer intouchables. Deux grands axes semblent se dessiner. D'un côté le domaine du fait borne les pouvoirs du juge, de l'autre la notion de cause assume cette tâche ce qui crée des controverses.

79. La distinction comme limite. Au fil des siècles, les pays européens, en tout cas de tradition romano-germanique, se sont influencés les uns les autres. Pour s'en tenir à une histoire récente, le Code de procédure civile français de 1806 a influencé de nombreux pays, cela étant dû en

²⁹⁶ Sur ce point V. STÜRNER (R.), « Procédure civile et culture juridique », *R.I.D.C.*, 2004, n°4, p. 800 ; ou encore DE VITA (A.), « Aperçu comparatif », in *R.I.D.C.*, Vol. 50 N°3. Juillet-septembre. pp. 809- 810 . Voir également le commentaire P.10.A des principes ALI-UNIDROIT sur le site qui leur est consacré : <http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-f.pdf> : « Tous les systèmes juridiques modernes reconnaissent le principe selon lequel ce sont les parties qui définissent le champ du litige et ses éléments factuels. C'est dans le cadre défini par les parties que le tribunal exerce sa responsabilité de statuer correctement sur le litige ». Il est à noter que ce principe fait également partie des principes ALI-UNIDROIT. Il s'agit du principe 10 mais il semble se borner, ici à la lecture du commentaire, aux seuls éléments factuels.

grande partie aux conquêtes Napoléoniennes. Ainsi en fut-il pour l'Allemagne²⁹⁷, l'Italie²⁹⁸, la Belgique ou la Suisse.

Cependant le Code de 1806 n'étant que la reprise de l'ordonnance de 1667, il fut vite éclipsé par le code de procédure civile autrichien de 1895, œuvre de Franz Klein, porteur de l'idée de la « fonction sociale » du procès et donnant plus de pouvoir au juge²⁹⁹. La procédure civile allemande reprit ces idées au cours du XX^{ème} siècle et influença à son tour ses voisins, et notamment la France en ce qui concerne la question des pouvoirs du juge, par le biais des thèses développées par Motulsky³⁰⁰. La Suisse et l'Italie s'en inspirèrent également.

Du fait de ces influences croisées, il n'est guère surprenant de retrouver des points d'accords entre ces procédures nationales.

L'origine de l'utilisation de la distinction du fait et du droit afin de répartir les rôles des protagonistes du procès se trouve en Allemagne. L'adage *da mihi factum, dabo tibi jus*³⁰¹, formulé en Allemagne au XIX^{ème} siècle semble-t-il, porte cette distinction. Ainsi, en Allemagne, les parties ont la maîtrise de la matière factuelle du litige et le juge recherche et applique le droit³⁰². Tout comme le modèle français qu'elle a en partie inspiré, la procédure allemande décline le guide que constitue la distinction en plusieurs principes. La maîtrise des faits par les parties est régie par la *Verhandlungsmaxime*³⁰³, qui leur confère l'apport des faits, et la *Dispositionsmaxime*, qui leur laisse la disposition de l'objet du litige conformément au § 308 ZPO³⁰⁴. Le juge a quant à lui tout pouvoir dans le droit. Il recherche et choisit la norme applicable dans le respect de la matière factuelle, selon le principe *jura novit curia*³⁰⁵ qui se retrouve dans la combinaison des §253 alinéa 2 et 137 alinéa 2 du ZPO³⁰⁶.

²⁹⁷ Influence visible dans le code de procédure civile adopté le 30 janvier 1877, cf. FERRAND (F.), « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine Henri Motulsky », *op. cit.*, n°3, p.37.

²⁹⁸ CARPI (F.), « Quelques remarques sur les réformes du procès civil en Italie, 1806-2006... », *op. cit.*, p. 301; PENNEC (L.), *L'adage jura novit curia...*, *th. précit.*, n°297, 323.

²⁹⁹ Code entrée en vigueur en 1898, cf FERRAND (F.), *ibid.*

³⁰⁰ Cf. *supra* p. n°58.

³⁰¹ Selon la thèse de M. Penec, *op. cit.*, 1^{ère} partie.

³⁰² « Sur ce point demeure valable l'antique adage inhérent à la conception du citoyen capable : *da mihi facta, dabo tibi ius* », SCHMIDT-SCHONDORF (S.), « La réunion par le juge allemand des éléments de fait nécessaires à la décision », in *R.I.D.C.*, Vol. 50 N°3, Juillet-septembre 1998, pp. 765-766

³⁰³ Ces principes ressortent du ZPO sans y être expressément inscrits (cf. PENNEC (L.), *th. précit.*, n°281, 308) mais sont régulièrement rappelés par « la Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*) et par la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*) allemandes », FERRAND (F.), *op. cit.*, n°7.

³⁰⁴ §308 al1 ZPO : « *Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Dies gilt insbesondere von Früchten, Zinsen und anderen Nebenforderungen* », « Le tribunal n'est pas autorisé à attribuer à une partie ce qui n'a pas été demandé », traduit in. PENNEC (L.), *th. précit.*, n°466, p.489.

³⁰⁵ FERRAND (F.), *op. cit.*, n°18, p.43.

³⁰⁶ PENNEC (L.), *th. précit.*, n°282, p308.

Le Code de procédure civile suisse, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, est venu unifier les procédures cantonales en suivant, semble-t-il, le schéma allemand. Les nouvelles dispositions réservent aux parties l'allégation des faits et leur preuve au travers de la maxime des débats (article 55 du code de procédure civile suisse³⁰⁷), ainsi que le monopole de l'objet du litige selon le principe de disposition et la maxime d'office énoncée à l'article 58³⁰⁸ de ce code. Quant au juge, il « applique le droit d'office » selon l'article 57 du même code et la jurisprudence qui fait à cet égard application de l'adage *jura novit curia*³⁰⁹. La doctrine suisse voit dans ses dispositions l'illustration de l'adage *Da mihi factum, dabo tibi jus*³¹⁰.

80. La procédure belge, qui était restée à l'écart de l'influence germanique, demeure attachée au modèle français. Pourtant, elle est restée hermétique à l'adoption du nouveau code de procédure civile français, continuant à régler la question des pouvoirs du juge en fonction des notions d'objet et de cause du litige³¹¹. Tout comme en France, la notion de cause a pourtant créé des incertitudes quant à l'étendue des pouvoirs du juge au vu de la jurisprudence et des discussions doctrinales. Dans un premier temps, doctrine et jurisprudence semblaient en faveur de la nature juridique de la cause avant de pencher ses dernières années pour son caractère factuel. En 2003, la thèse de M. Van Drooghenbroeck est venue renforcer ce courant en s'appuyant sur l'efficacité (pourtant souvent critiquée en Belgique³¹²) de la distinction du fait et du droit pour circonscrire le contrôle de cassation³¹³. A cet effet, ses travaux s'appuient sur le droit comparé franco-belge afin de mieux démontrer la réalité³¹⁴, l'existence normative³¹⁵ et

³⁰⁷ Art. 55 c.p.c. suisse : « 1 Les parties allèguent les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et produisent les preuves qui s'y rapportent. 2 Les dispositions prévoyant l'établissement des faits et l'administration des preuves d'office sont réservées ».

³⁰⁸ Art. 58 c.p.c. suisse : « 1 Le tribunal ne peut accorder à une partie ni plus ni autre chose que ce qui est demandé, ni moins que ce qui est reconnu par la partie adverse. 2 Les dispositions prévoyant que le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties sont réservées ».

³⁰⁹ « Le Tribunal fédéral suisse a eu l'occasion de définir à de multiples reprises *jura novit curia* en tant que principe général de procédure civile. Cette reconnaissance jurisprudentielle confèrait à l'adage la valeur de règle fédérale », PENNEC (L.), *th. précit.*, n°392, p.410.

³¹⁰ Cf. par exemple M. Meier : « *iura novit curia* », entendu de façon similaire à « *da mihi factum, dabo tibi jus* », est analysé avec la *Dispositionmaxime* et la *Verhandlungsmaxime* comme l'un des trois principes les plus importants de la procédure civile suisse », cité in PENNEC (L.), *th. précit.*, n°286, p313.

³¹¹ Il suffit, pour s'en persuader de regarder le plan du code de procédure civile belge, qui bien loin d'avoir consacré un chapitre au principe directeur du procès, innovation du NCPC français de 1975, se rapproche du plan du code de procédure civile napoléonien de 1804.

³¹² Voir notamment la thèse très critique de M. Rigaux à l'égard de la distinction du fait et du droit : RIGAUX (F.), *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966.

³¹³ VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr.), *Op. cit.*, pp.90-171.

³¹⁴ A condition, selon l'auteur, de ne pas voir la distinction comme dichotomique, d'en avoir une vision « magmatique » à l'instar de ce qui la critique. Voir notamment, *Op. cit.*, pp. 57-61.

³¹⁵ VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr.), *Op. cit.*, pp. 62-89.

les vertus répartitrices de la distinction en tant que règle « principielle » mais « politique »³¹⁶. Finalement, il souhaitait, tel Motulsky avant lui, étendre la distinction du fait et du droit à la délimitation de l'office du juge. La Cour de cassation, sensible à ce courant majoritaire, est venue préciser le principe dispositif en affirmant la nature factuelle de la cause. Elle consacre ainsi la distinction du fait et du droit en ce domaine³¹⁷. En cela elle a suivi le cheminement effectué des décennies plus tôt par la France, où la nature factuelle de la cause a été reconnue par le NCPC, tout en évitant les faux pas puisque la Haute Cour belge a affirmé par la même occasion l'obligation pour le juge de relever d'office les moyens de droit³¹⁸.

81. La distinction comme limite controversée. Certains pays ne sont pas hermétiques à la distinction du fait et du droit comme limite du pouvoir du juge du fond mais hésitent à l'adopter expressément. Si la procédure italienne, bien qu'ayant été influencée par la distinction du fait et du droit allemande, semble s'être éloignée de ce modèle en ayant recours à la notion de *causa*³¹⁹, l'Espagne ne paraît pas encore s'être décidée.

Ainsi, l'Espagne connaît encore du débat sur la définition du « *principio dispositivo* » et l'étendue des pouvoirs du juge qui en découle. Ici aussi partisans de la distinction du fait et du droit et tenants de la cause comme faits qualifiés s'opposent. La *ley de Enjuiciamiento Civil* du 7 janvier 2000 n'a pas mis fin à la controverse. En effet, elle dispose dans son article 216 : « Les tribunaux décideront les questions en vertu des apports de faits, preuves et prétention des parties, sauf lorsque la loi dispose autrement dans des cas particuliers »³²⁰, tout en ajoutant à l'article 218 2° alinéa 2, de cette même loi que « Le tribunal, sans s'écarter de la cause de la demande en recourant à des fondements de fait ou de droit différents de ceux que les parties ont cherché à faire valoir, statuera conformément aux normes applicables à l'espèce, bien que celles-ci n'aient pas été formellement citées ou alléguées par les litigants »³²¹. Le législateur

³¹⁶ VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr.), *Op. cit.*, pp. 61- 62.

³¹⁷ Cf. VAN COMPERNOLLE (J.), « Le rôle actif du juge dans l'application de la règle de droit : la consécration par la jurisprudence belge de la conception factuelle de la cause de la demande », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron, LGDJ*, 2009, n°9, p. 482 : « *Da mihi factum, dabo tibi jus*. Tel est bien l'adage que consacre la Cour de cassation dans cet arrêt de principe qui a mis un terme à une controverse créant, depuis de longues années, la plus grande insécurité juridique en ce qui concerne la délimitation des pouvoirs du juge dans l'application du droit aux faits ».

³¹⁸ Point sur lequel le débat reste ouvert en France. Cf. *infra* n° 330.

³¹⁹ Sur la notion de cause cf. *supra* n°59.

³²⁰ « *Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales* ». La traduction française est celle de M. PENNEC, *th. précit.*, n°487, p.509.

³²¹ « *El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes* ». Traduction française de M. PENNEC, *th. précit.*, n°418, p.430-431.

espagnol n'a donc pas choisi de remplacer expressément la cause par les fondements de fait, comme cela a été fait en France, mais il a opté pour une combinaison des deux notions sans préciser par ailleurs ce que signifiait la notion de cause. La rédaction de l'article 399 1° LEC, qui prévoit que dans la demande « on énumérera les faits et les fondements juridiques, numérotés et séparément, et on fixera avec clarté et précision les prétentions »³²², semble renforcer cette impression de confusion et d'absence de choix du législateur³²³.

Le tour d'horizon de ces quelques pays européens, tous il est vrai de tradition romano-germanique, permet d'affirmer qu'ils connaissent de la distinction du fait et du droit dans la délimitation des rôles entre les parties et le juge sur la matière litigieuse, soit parce qu'ils l'ont adoptée, et tel est le cas de la majorité des pays que l'on vient de présenter, soit parce qu'une partie de la doctrine aimerait que ce soit le cas afin de mettre un terme à la controverse sur la cause.

82. Pour tous ces pays que nous venons d'aborder, qu'ils aient ou non adopté expressément la distinction, un point commun se dessine, celui de la présentation des pouvoirs du juge et des parties au regard du fait et du droit puisque, en définitive, même la recherche d'une définition de la cause passe par ces deux notions. Toutefois, nous ne saurions ignorer l'émergence, depuis il est vrai quelques années déjà, du principe de coopération qui semble avoir les faveurs de la doctrine de certains pays européens³²⁴ comme la France³²⁵ ou l'Italie³²⁶. Cependant, il est remarquable que ce principe, qui apparait une fois la définition de la matière litigieuse fixée, s'appuie sur la distinction entre le fait et le droit³²⁷.

³²² Art. 399 1° LEC : « *El juicio principiará por demanda, en la que, consignados de conformidad con lo que se establece en el artículo 155 los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida* ».

³²³ Dans un sens contraire voir PENNEC (L.), *th. précit.*, n°422, p. 433 : « La causa petendi (causa de pedir) est prévue expressément dans l'article 218 alinéa 1^{er}, 2° LEC. Son contenu est quant à lui énoncé de façon générale à l'article 399 alinéa 1^{er} LEC, lequel vise « les faits et fondements de droit ».

³²⁴ DELICOSTOPOULOS (Y. S.), « L'influence du droit européen quant aux pouvoirs du juge judiciaire nationale sur le fait et le droit », *Justices*, n°6, avril/juin, 1997, p.120.

³²⁵ Sous l'impulsion du Professeur Cadiet, V. notamment CADIET (L.), « Construire des débats utiles... », *Mélanges Jean Buffet*, Petites affiches, 2005, p.99 et s. ; « D'un code a l'autre : de fondation en refondation », *1806-2006...*, *op. cit.*, pp. 3-17 CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°523 et s. ou encore, et promu ensuite par de nombreux auteurs dont M. Pennec à l'occasion de sa thèse, *th. précit.*.

³²⁶ CARPI (F.), *Op. cit.*, p. 307.

³²⁷ Pour un développement plus complet de ces idées v. *infra* n° 379 et s.

D'autres Etats, plus éloignés de la tradition romano-germanique et n'ayant pas choisi de répartir les rôles selon la distinction du fait et du droit, adoptent toutefois une présentation selon le fait et le droit.

B - La présentation des rôles selon le fait et le droit

83. Les pays de *common law* n'ignorent pas la distinction du fait et du droit. Au contraire, nous ne devons pas oublier que la conception anglaise du jury, dont le pouvoir est limité au fait selon le critère offert par la distinction, a influencé les révolutionnaires français du XVIIIème siècle et nourri les débats parlementaires de cette même époque³²⁸. Cependant, du fait même de l'existence du jury dans le procès civil anglais, la distinction du fait et du droit délimitant les rôles du juge et des jurés ne pouvait servir de surcroît de guide à la détermination des rôles entre les parties et le juge. Toutefois, la disparition du jury au civil en 1965³²⁹ a également entraîné celle de la distinction. Le rôle passif du juge promu par le modèle *adversarial*, accusatoire dirions-nous, la procédure de *discovery*³³⁰ et la place prépondérante laissée à l'oral dans le procès de *common law* étaient incompatibles avec une répartition des rôles du juge et des parties selon le fait et le droit, et ce même si « *The Court is presumed to know law* ». Mais le modèle *adversarial*, qui faisait du juge un simple arbitre³³¹ n'ayant ni la maîtrise des faits ni celle du droit³³², ayant montré ses limites, de nombreux auteurs, suivis par le rapport Wolf, ont souhaité un rapprochement avec le système français et son juge actif³³³. Une réforme ayant suivi, depuis 1999 le système procédural anglais est désormais doté de *Civil Procedure Rules*³³⁴ vecteurs d'une nouvelle philosophie du procès anglais. Cependant, bien que des principes aient été adoptés et un rôle plus actif du juge consacré, cela ne s'est pas fait par

³²⁸ Voir *supra* n°50.

³²⁹ ROTH (P.), « Les éléments de fait réunis par le juge : le système anglais », *R.I.D.C.*, Vol. 50 N°3, p. 775 ainsi que le *Supreme Court Act 1981, section 69*.

³³⁰ Le *discovery* « impose la communication préalable de tous les documents susceptibles d'intéresser la solution du litige » alors que « les communication de pièces en droit français, ne portent que sur ce qui est précisément désigné comme utile à la procédure », CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, PUF, 2013, 2^e ed. n°183, p.650.

³³¹ Cf. HARAVON (M.), « Dix années de réforme de la procédure Civile anglaise : révolte ou révolution ? », *R.I.D.C.*, 4-2004, p.829 : « les parties contrôlent entièrement l'instance ; le juge est un arbitre ».

³³² « Eclairé par les prétentions respectives des parties et leurs prétentions seulement, à l'exclusion de toute autre information qu'il souhaiterait solliciter, le juge préférera telle thèse à une autre et dira que celle qu'il a retenue se rapproche le plus des faits de l'espèce et du droit », HARAVON (M.), *ibid*.

³³³ ROTH (P.), *op. cit.*, pp.776-777.

³³⁴ <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/3132/contents/made> et pour les modifications ultérieures voir : <http://www.legislation.gov.uk/changes/affected/uksi/1998/3132>.

le biais de la distinction du fait et du droit comme ce fut le cas en France. En revanche, une certaine idée de coopération semble se dessiner.

Quant aux Etats-Unis, ils ont conservé l'usage du jury³³⁵ au civil et donc la distinction entre les questions de fait, dont la résolution lui échoit, et les questions de droit sur lesquelles se prononce le juge³³⁶. Cependant, cette scission entre le verdict de fait et le verdict de droit et la passivité imposée au juge ne permettent pas d'utiliser à nouveau la distinction pour délimiter les rôles entre les parties et le juge.

84. La distinction du fait et du droit semble ainsi réservée aux pays de tradition romano-germanique, tout au moins à ceux qui connaissaient du principe dispositif et qui ont choisi de l'explicitier par son biais. Toutefois, il est frappant de constater que même si la distinction *stricto sensu* n'est pas connue comme critère répartiteur des rôles entre les parties et le juge dans les pays de *common law*, ainsi que dans certains pays de procédure romano-germanique, la *présentation* des pouvoirs du juge se fait souvent en fonction du fait et du droit. Ainsi, la passivité, ou au contraire l'activisme du juge, et par là même le caractère plus ou moins accusatoire de la procédure, est fonction des pouvoirs qui lui sont octroyés dans le fait et dans le droit. Si le juge n'a pas de pouvoirs dans le fait et peu dans le droit, tel le juge anglo-saxon, alors il est considéré comme un simple arbitre. Au contraire, plus le curseur indiquant les pouvoirs du juge se déplace dans les faits, plus le juge a un rôle actif.

Le caractère universel d'une telle *présentation* est alors un véritable outil pour les comparatistes qui peuvent ainsi mettre en corrélation les pouvoirs des juges nationaux.

85. La présentation des rôles des parties et du juge se fait donc dans la plupart des pays en fonction du fait et du droit, même si la distinction du fait et du droit n'est pas consacrée en tant que règle. On se demande ainsi, tant en Angleterre qu'en Italie, si le juge est lié par les règles de droit avancées par les parties et leurs avocats ou si le juge allemand doit se contenter des faits allégués par les parties. Il semble universel de s'interroger sur les pouvoirs du juge en termes de fait et de droit. Cela est finalement permis par un procès guidé dans la plupart des

³³⁵ Il s'agit d'une possibilité laissée par le VII^{ème} amendement à la Constitution : « Dans les procès de droit commun où la valeur en litige excédera vingt dollars, le droit au jugement par un jury sera observé, et aucun fait jugé par un jury ne sera examiné de nouveau dans une cour des États-Unis autrement que selon les règles du droit commun ».

³³⁶ LEVASSEUR (A.), *Droit des Etats-Unis*, Dalloz, 2^e édition, 1994, n°243, p.109.

pays, y compris ceux de *common law*³³⁷, par une même conception du raisonnement judiciaire. Ce raisonnement permet l'application du droit au fait en suivant la forme du syllogisme judiciaire³³⁸. Le fait et le droit sont donc la matière première de tout procès, quel que soit le pays.

86. Le fait et le droit en tant qu'éléments fondamentaux et universels de tout procès expliquent certainement le succès de la distinction du fait et du droit et sa diffusion dans de nombreux de pays.

D'abord, en tant que règle de compétence des Cours de cassation et par opposition aux autres Cours suprêmes qui constituent seulement un troisième degré de juridiction. Toutes les juridictions de cassation, qu'elles soient nationales, fédérales, supranationales ou, dans une moindre mesure, qu'elles appartiennent à l'ordre administratif, ont en commun la mission d'uniformiser l'application du droit et donc la jurisprudence. Dans ce but elles doivent sanctionner toutes « violation du droit » commises par les juridictions inférieures. Et c'est à cette disposition que se rattache la distinction du fait et du droit. Certains pays la font dépendre également de l'obligation de renvoi après cassation découlant de l'interdiction de connaître du fond des affaires. Pourtant cela ne semble pas être le critère essentiel au regard du nombre de pays qui dispensent leur juridiction suprême d'une telle procédure.

Ensuite, en tant que critère de répartition des rôles entre les parties et le juge. Sous cette facette, elle est également employée dans de nombreux pays qui y ont eu recours afin de définir de manière plus précise le principe dispositif.

Enfin, d'un point de vue comparatiste. En effet, elle permet d'une part de découvrir les pays doté d'une véritable juridiction de cassation, dont la compétence se limite au droit, et, d'autre part, de déterminer le degré d'action laissé aux différents juges nationaux, le juge actif mais non inquisitorial étant celui qui a tout pouvoir dans le droit.

La distinction du fait et du droit puise alors ses forces, sa solidité dans ce caractère universel.

³³⁷ SEDLEY (St.), « La prise de décision par le juge anglais », In *R.I.D.C.*, Vol. 50 N°3, Juillet-septembre. p. 817.

³³⁸ Le syllogisme judiciaire est même, selon certains auteurs, porteur de la distinction du fait et du droit, *cf. infra* n°241s.

CONCLUSION CHAPITRE 1.

87. La distinction du fait et du droit est présente depuis le droit romain dans la pensée juridique. Au cours des différentes périodes ultérieures elle a acquis de nombreux caractères qui font ce qu'elle est aujourd'hui. Elle est plurielle car après avoir été pragmatique, dogmatique, théorique et procédurale, elle est désormais tout cela à la fois. Cependant, elle semble surtout pérenne.

Ces multiples facettes, qui peuvent aujourd'hui engendrer des difficultés, ne l'ont pas empêchée d'être adoptée par de nombreux pays tant pour délimiter l'office du juge du fond que celui des Hauts magistrats des cours suprêmes. Elle paraît universelle.

Universalité et intemporalité donnent toute sa force à la distinction : on ne saurait semble-t-il remettre en cause son existence. Nous allons renforcer ce constat en montrant sa consistance.

CHAPITRE 2 - LA DÉMONSTRATION DE LA CONSISTANCE DE LA DISTINCTION

88. Le caractère évident de la distinction du fait et du droit que nous venons d'expliquer par le biais de son existence historique et universelle se renforce encore lorsque l'on aborde la question de sa définition. Cette certitude ressort des écrits des processualistes, et paradoxalement, du fait que la plupart de ces auteurs n'en donnent aucune définition. Elle s'impose à leur esprit. Quelques juristes intéressés à la procédure civile ne suivent pas ce mouvement et, au contraire, remettent en cause la possibilité de séparer le fait du droit, aboutissant par conséquent au constat de l'inexistence de la distinction.

La recherche d'une définition de la distinction du fait et du droit permettra d'affirmer sa réalité théorique. Pour cela, nous nous proposons d'entreprendre une étude épistémologique qui montrera que les théoriciens du droit proposent des définitions alors que les processualistes les suggèrent. C'est ainsi que la théorie du droit permet de parvenir à une définition qui est, malheureusement, malmenée en procédure civile.

La distinction du fait et du droit théoriquement fondée (section 1) est malheureusement une distinction déformée en pratique (section 2).

SECTION 1 - Une distinction théoriquement fondée

89. Le regard théorique nous apparaît essentiel à ce stade. En effet, la distinction du fait et du droit n'est quasiment jamais définie dans les ouvrages de droit processuel et quand elle l'est, c'est généralement par le biais de la théorie sur le droit. En prenant ainsi un degré d'abstraction supplémentaire, il est possible d'affirmer que droit et fait sont distincts. C'est également cette voie qu'ont choisie les auteurs qui se sont intéressés à la théorie en procédure civile.

L'existence de la distinction a été affirmée par la théorie du droit (§1) et cette conception a été reprise par la théorie en droit processuel (§2).

§1 - L'existence de la distinction affirmée par la théorie du droit

90. Existence et définition de la distinction sont intimement liées. Pour certains auteurs l'impossibilité de définir cette distinction est le signe de son inexistence. Or, on se propose de montrer qu'une séparation entre fait et droit est possible (A) et peut aboutir à une définition fiable de la distinction du fait et du droit (B).

A - Une scission entre le fait et le droit

91. Une distinction entre deux éléments ne peut se faire que par le biais d'un critère permettant de les séparer et de les classer dans deux univers différents. Fait et droit s'opposent selon un critère de juridicité (1) mais le juridique se distingue du monde factuel, selon un choix qui est loin d'être neutre. Le droit extrait du concret acquiert une certaine supériorité. La distinction aboutit alors à une hiérarchie (2).

1 - L'opposition entre droit et fait

92. La distinction oppose le droit au fait. Son acception première s'entend comme l'action « d'analyser et de spécifier, de différencier, séparer, lever une équivoque ou dissiper

une confusion »³³⁹ ou de « séparer nettement un être ou une chose, d'un autre être ou d'une autre chose »³⁴⁰ et inclut le résultat de celle-ci. La distinction va avoir pour objet(s), le fait et le droit qu'elle va séparer à partir d'un critère. Pour être réelle et pertinente, elle doit être nette et tout élément doit être compris dans au moins une, et seulement une, des classes qui en résultent³⁴¹. C'est ce qu'il conviendra de vérifier par la suite.

Reste à identifier ce qui sépare l'univers factuel de l'univers juridique. L'opposition entre droit et fait n'est pas nouvelle³⁴². Les auteurs de la Renaissance, influencés par Platon, séparaient ainsi un monde idéal³⁴³ de celui des choses³⁴⁴. L'idée aujourd'hui la plus répandue ne s'éloigne guère de cette conception. Inspiré par Kant³⁴⁵, Hans Kelsen, a ainsi soutenu la thèse d'une scission fondée sur l'antinomie entre le *sein*, ce qui est, et le *sollen*, ce qui doit être, autrement dit entre « l'indicatif et le normatif »³⁴⁶. Le fait appartient à la première catégorie et le droit à la seconde, le critère distinctif étant celui de la normativité dans le sens où l'entend cet auteur. Pour Kelsen, il n'est nul besoin d'explicitier davantage l'opposition³⁴⁷, puisque « la différence entre *Sein* et *Sollen*, « être » et « devoir » ou « devoir être » (...) est donnée à notre conscience de façon immédiate »³⁴⁸. Il entend démontrer qu'est possible une démarche strictement scientifique de l'étude du droit, délivrée de tout jugement de valeur. Le courant normativiste, duquel il est sans doute le représentant le plus emblématique, fonde sa méthode sur la distinction du fait et du droit ainsi définie. Cette conception, est toujours portée par la majorité de la doctrine normativiste dont les tenants défendent cette séparation³⁴⁹ entre l'univers

³³⁹ CORNU (G.), *op. cit.*, V° Distinction, p.355.

³⁴⁰ TLFi.

³⁴¹ MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *Le raisonnement juridique, op. cit.*, pp.34 s.

³⁴² Voir *supra*, n°46s.

³⁴³ Selon une conception et un vocabulaire qui différaient d'ailleurs considérablement de ce que nous connaissons puisque la conception médiévale de l'idéalisme consistait à considérer les idées comme des réalités, au sens platonicien, ce qui le faisait qualifier de réalisme. Sur cette évolution du vocabulaire philosophique à front renversé v. par exemple GILSON (E.), *Réalisme thomiste et critique de la connaissance*, Paris, Vrin, 1939, p. 229.

³⁴⁴ VILLEY (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003 (ed. origin. Paris, Montchrétien, 1968), p.387.

³⁴⁵ V. par exemple OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, Précis, 1999, p.61.

³⁴⁶ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Paris, L.G.D.J, 1999, p.15.

³⁴⁷ Le professeur AMSELEK décrit d'ailleurs la présentation de Kelsen de l'opposition entre le *Sein* et le *Sollen* comme étant « obscure ». AMSELEK (P.), « Les fonctions normatives ou catégories modales », *Philosophiques*, vol. 33, n° 2, 2006, p.397.

³⁴⁸ On reconnaît ici clairement l'influence du Kant de la *Critique de la Raison pure*.

³⁴⁹ V. notamment PFERSMANN (O.), « Fait », *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, pp. 695-698. D'autres courants en revanche rejettent cette distinction et ne voient dans le droit que du fait. Il s'agit principalement de ceux influencés par la théorie réaliste du droit, v. notamment ALVARO D'ORS, *Principe pour une théorie réaliste du droit*, trad. A. Seriaux, RRJ, 1981, pp. 339 et s., et surtout par le réalisme scandinave, v. l'ouvrage d'un de ces principaux représentants : OLIVECRONA (K.), *Law as fact*, Londres, Stevens, 2^e ed., 1971. En ce sens v. STRÖMHOLM (S.) et VOGEL (H.-H.), *Le « réalisme scandinave » dans la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, bibliothèque de philosophie du droit, vol. XIX, 1975 ; MAGNON (X.), *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, p.136, n°253.

de l'idéal, objet de leur étude qui est régi par le principe d'imputation, et celui de la réalité observable qui répond au principe de causalité³⁵⁰.

Toutefois elle a aussi influencé les juristes ne se revendiquant pourtant pas d'un tel courant au point de se généraliser dans la pensée juridique. On la retrouve au-delà de la théorie sur le droit et par-delà la frontière entre droit public et droit privé. D'une part, de nombreux auteurs, à l'instar de Kelsen, affirment l'évidence de l'opposition. Ainsi le professeur Atias observe que « La distinction du fait et du droit semble inhérente au droit »³⁵¹ et que « toute confusion est exclue. Entre les deux mondes, celui du droit et celui du fait, la porte est définitivement fermée »³⁵². De même pour le doyen Carbonnier, « Le fait forme avec le droit l'antithèse la plus spontanée, la plus élémentaire...de la science du droit »³⁵³. Malheureusement lors de ces constats, aucun critère n'est précisé.

D'autre part, certains auteurs, à commencer par Henri Motulsky pour lequel « le Droit implique une création consciente (et ne saurait donc s'identifier avec le fait) »³⁵⁴, reprennent, peut-être de manière plus implicite³⁵⁵, la théorie kelsenienne, affirmant que la distinction du fait et du droit n'est autre que celle du concret et de l'abstrait³⁵⁶. D'autres enfin l'envisagent avec plus de nuances. Le professeur Bergel, emploie le conditionnel pour présenter « l'antithèse entre le fait et le droit » comme « celle de l'être au devoir être ou, pour employer le langage de Kelsen, du « *Sein* » et du « *Sollen* » »³⁵⁷. Il prend encore ses distances en ajoutant que « les juristes opposent trop hâtivement le fait et le droit car la mission du droit est justement de régir les faits »³⁵⁸. Il nous semble, toutefois, qu'il ressort de ses écrits l'idée selon laquelle il est commun pour les juristes de présenter l'opposition entre fait et droit par la représentation kelsénienne.

93. Une fois admis le principe de la distinction de deux univers par le biais du critère de normativité, celui du droit, de ce qui doit être, et celui du fait, de ce qui est, la question se pose des rapports entre ces deux mondes. Il serait tentant de penser que, s'ils ne sont pas clos, s'il existe un rapport entre les deux, alors c'est que la distinction n'est pas opérante. Pourtant, pour

³⁵⁰ MAGNON (X.), *op. cit.*, n°60, p.38.

³⁵¹ ATIAS (C.), *Devenir juriste...*, *op. cit.*, 2011, n°152 p.81.

³⁵² ATIAS (C.), *Questions et réponses en droit*, *op. cit.*, p.21.

³⁵³ CARBONNIER (J.), *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF, coll. « Thémis. Droit privé », 27^e ed., 2002, p.21.

³⁵⁴ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation...*, *op. cit.*, p.12.

³⁵⁵ A l'égard des influences qu'aurait pu exercer Kelsen sur la pensée de Motulsky voir l'article du Professeur Thierry LE BARS, « Henri Motulsky était-il kelsénien ? », Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky..., *op. cit.*, pp.48-50.

³⁵⁶ BLONDEL (Ph.), « Le fait source de droit », *Le juge entre deux millénaires...*, *op. cit.*, pp.203-224, spec. p.205.

³⁵⁷ BERGEL (J.-L.), *Théorie Générale du droit*, *op. cit.*, p.337, n°267.

³⁵⁸ BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, p.328, n°257.

une majorité d'auteurs, peu importe l'hermétisme total ou non des deux mondes, cela ne les empêche pas d'être distincts et nous rejoignons à ce titre le point de vue de Michel Virally, pour lequel « c'est donc se tromper que de les confondre ou de ne pas tenir compte de ce qui les oppose. Mais on ne peut les tenir comme définitivement séparés »³⁵⁹. L'opinion du professeur Bergel selon laquelle « tout en opposant le droit et le fait, on ne peut nier ce qui les lie »³⁶⁰ est identique.

Quant aux normativistes, bien qu'ils affirment en présentant leur théorie du droit, et surtout leur « théorie statique du droit »³⁶¹, qu'il s'agit de deux univers clos³⁶², leurs développements subséquents renvoient à l'existence de rapport entre le fait et le droit³⁶³. Kelsen lui-même reconnaissait que « ce dualisme de l'« être » et du « devoir être » (...) n'implique cependant en aucune façon qu'il n'y ait aucune relation entre *Sein* et *Sollen*, qu'ils existent simplement côte à côte comme deux mondes absolument séparés »³⁶⁴.

Ainsi pour la plupart des juristes, même pour les normativistes lorsqu'ils abordent la « théorie dynamique du droit » qui a pour objet la création et l'application du droit³⁶⁵, il existe des rapports entre fait et droit. Un « rapport de création »³⁶⁶ d'abord, « *Ex factor oritur ius* », rapport le plus controversé comme nous venons de le voir puisqu'il soulève la question de l'influence du fait sur l'élaboration du droit. Il touche aux origines du droit, question irrésolue s'il en est. Un « rapport d'application »³⁶⁷, ensuite, qui finalement est majoritairement admis.

Le droit a pour vocation de régir les faits, de leur faire produire des effets lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit au fait³⁶⁸. Le droit a pour objet le fait³⁶⁹. Si cela n'implique pas qu'il soit

³⁵⁹ VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, Ed. Panthéon-Assas, 1998. L'auteur, sans remettre en question la distinction entre le fait et le droit, tente d'expliquer le passage de l'un à l'autre.

³⁶⁰ BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, p.327, n°256 et *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2001, p.379.

³⁶¹ « La « théorie statique du droit » envisage le droit à l'état de repos, comme un système de normes en vigueur », cf. KELSEN (H.), *Op. cit.*, p.78, 15.

³⁶² PFERSMANN (O.), « Fait », *Op. cit.*, p.696 : « Les conceptions normativistes entendent développer une stricte distinction entre les faits régis par les lois causales de la nature d'une part, et les normes et valeurs constituant la signification de certains actes d'autre part ».

³⁶³ PFERSMANN (O.), « Norme », *Op. cit.* : « L'on pourrait alors être tenté par l'extrême opposé et considérer que les normes existent dans un univers entièrement séparément des faits et l'on a pu interpréter certains textes de Kelsen comme proposant un tel dualisme ontologique fort peu plausible et difficilement justiciable », pp.1080-1081.

³⁶⁴ KELSEN (H.), *Op. cit.*, p.14.

³⁶⁵ « la « théorie dynamique du droit », elle, a pour objet le droit en mouvement, le processus juridique par lequel le droit est créé et appliqué. Il faut cependant observer que ce processus est lui-même réglé par le droit », KELSEN (H.), *Op. cit.*, p.78, 15.

³⁶⁶ BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, p.327, n°256.

³⁶⁷ BERGEL (J.-L.), *Ibid.*

³⁶⁸ En ce sens notamment : ATIAS (C.), *Devenir juriste...*, *op. cit.*, 157, p.87; BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, p.337, n°267; DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, L.G.D.J., PARIS, 2011, 97, p103.

³⁶⁹ Dans le même sens PFERSMANN (O.), « Fait », *Op. cit.*, p.695.

distinct puisque le droit peut également avoir pour objet le droit, ce simple énoncé permet de résumer les rapports entre les deux entités. Droit et fait sont liés, ils sont en contact. Que le fait soit l'objet du droit ne remet pas en cause la distinction, au contraire, nous sommes bien en présence de deux catégories dont l'une est l'objet de l'autre. Nous allons voir que la distinction entraîne ainsi une hiérarchie.

2 - La hiérarchie entre le fait et le droit

94. Une des conséquences de la distinction est de créer une hiérarchie entre le fait et le droit. La distinction est alors marque honorifique, marque de qualité³⁷⁰. Le droit se distingue du fait, son objet ; « il le domine et le régit »³⁷¹. Pour reprendre les mots d'un éminent auteur « le propre de la distinction du fait et du droit est d'instaurer une hiérarchie ou, plus exactement, des hiérarchies »³⁷². C'est le gage de la scientificité, et ainsi de la supériorité de leur théorie, que les kelséniens recherchent par ce biais.

C'est la supériorité de la juridiction de cassation qu'elle affirme tout en délimitant la compétence. On ne peut nier que le droit, distingué de cette façon, se voit conférer une certaine noblesse, une sorte de grandeur et finalement de supériorité qui se communique aux Hauts magistrats. La fonction des juges du droit se distingue ainsi de celle des juges communs dans une perspective hiérarchique car « Ce qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond est, en effet, instinctivement classé dans une rubrique inférieure »³⁷³.

C'est la spécificité du travail du juge qu'elle met en exergue, en lui donnant l'apanage du droit tandis que les parties lui apportent les faits. Sa connaissance du droit, discipline souvent absconse pour le commun des mortels, est ainsi mise en valeur.

La distinction du fait et du droit est loin d'être neutre ou purement scientifique. Elle découle du choix de renforcer le pouvoir de ceux qui sont associés au domaine du droit, de valoriser leur mission. Sous la Révolution, les parlementaires l'ont envisagée, car, tout en souhaitant soumettre la Cour suprême au pouvoir législatif, ils appelaient de leurs vœux une juridiction spécifique ayant pour vocation le contrôle des tribunaux inférieurs. De même, lors de la rédaction du nouveau Code de procédure civile, elle a été adoptée pour donner davantage

³⁷⁰ MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « Réflexion sur la distinction », *op. cit.*, pp. 52-68.

³⁷¹ ATIAS (C.), *Devenir juriste...*, *op. cit.*, p.85, 152.

³⁷² ATIAS (C.), *op. cit.*, n°168., p.93.

³⁷³ ATIAS (C.) *Epistémologie juridique*, *op. cit.*, p. 128

de pouvoir au juge du fond afin qu'il ne se contente plus du rôle d'arbitre. Une hiérarchie s'établit entre la Cour de cassation et les juges du fond, puis une autre entre ces mêmes juges et les parties.

L'idée sous-jacente d'une supériorité du droit, qui est pensé, créé, réfléchi en vue de contrôler le phénomène spontané qu'est le fait, permet ce processus. Pour ce faire, le droit crée des catégories correspondant aux faits. Il classe le fait dans le but de le discipliner, de le régir et le cas échéant de lui faire produire des effets juridiques.

Si fait et droit s'opposent donc selon le critère de *normativité* et se rangent dans deux catégories distinctes, le droit, à son tour, crée des catégories afin de classer les faits. Distinguer le fait et le droit revient donc à les séparer, mais aussi à les hiérarchiser et les mettre en rapport.

Bien qu'il soit alors possible de différencier le fait du droit, les conséquences que cela induit amènent certains auteurs à rejeter la distinction. Pourtant, nous le réaffirmons, droit et fait appartiennent à deux univers différents, ils sont distincts bien que liés. La définition du droit puis du fait renforce cette affirmation.

B - Une définition de la distinction du fait et du droit

95. La définition de la distinction du fait et du droit passe par celle de ses éléments constitutifs. Le critère de normativité retenu précédemment impose de revenir d'abord sur la définition du droit (1) avant de pouvoir dire ce qu'est le fait (2).

1 - La définition du droit

96. A l'évidence, rappeler que la définition du droit est certainement une des questions les plus débattues en théorie du droit relève du truisme mais, pour autant, nous ne pouvons en faire l'économie. Sans en revenir à la définition proposée par Ulpien dans le digeste, selon laquelle « le droit est l'art du bon et de l'équitable »³⁷⁴, et en laissant de côté les autres définitions philosophiques, tout comme celles des sociologues qui appréhendent le droit comme un simple fait social, nous nous devons de rechercher la définition la plus opérante pour notre

³⁷⁴ « *Jus est ars boni et aequi* », *Digeste*, I, 1,1. Définition que Ulpien emprunte lui-même à Celse. En ce sens v. ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, *op. cit.*, pp.373-378, n°195.

distinction. Cependant, même en excluant ces significations, le problème reste entier. Il n'est, pour s'en persuader, qu'à se référer au *Vocabulaire juridique* de l'association Capitant³⁷⁵ qui en recense sept sens ou aux études diligentées sur le sujet qui aboutissent à autant de définitions qu'il y a d'auteurs³⁷⁶.

La distinction actuelle du fait et du droit puisant en partie ses racines dans la théorie normativiste, nous pourrions considérer que l'acception à retenir est celle que ces juristes en donnent lorsqu'ils assimilent le droit à un ensemble de normes³⁷⁷, Kelsen y voyant « un système de normes qui règlent la conduite d'êtres humains »³⁷⁸. Néanmoins, l'acception retenue de la norme nous éloigne d'une définition opérante de la distinction du fait et du droit puisqu'il s'agit de « la signification d'un énoncé prescriptif ayant pour objet de rendre pour autrui obligatoire, interdit, permis ou habilité un certain comportement »³⁷⁹. Cependant, et comme le font parfois eux même les tenants de la théorie de Kelsen, en faisant abstraction de la norme comme « signification » et en se concentrant sur la norme comme « énoncé prescriptif », on se rapproche d'une définition plus classique et plus largement admise, celle du droit comme « règle de droit »³⁸⁰.

Le droit est ainsi appréhendé comme « un ensemble de règles de conduite »³⁸¹. On se rapproche alors de la vision révolutionnaire, source de la « représentation commune » actuelle³⁸², qui réduisait le droit à la loi, mais sans aller toutefois jusqu'à cette extrémité. Définir le droit reviendrait donc à définir sa composante, la règle de droit. Le problème est alors simplement déplacé, la définition de la règle de droit étant tout aussi difficile³⁸³ et donnant tout autant matière à controverse³⁸⁴ que celle du droit.

Tout d'abord, il convient de souligner la différence que nous faisons entre loi, règle de droit et norme. La loi revêt bien sur un sens plus étroit que la règle de droit. Au sens formel,

³⁷⁵ CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V° Droit, pp. 370-371.

³⁷⁶ La revue *Droits* avait ainsi demandé à une cinquantaine d'auteurs leur définition du droit et obtint autant de définitions différentes. Cf. « Définir le Droit I », *Droits*, 1989, n°10 et II, 1990, n°11.

³⁷⁷ TROPER (M.), « Normativisme », *Dictionnaire de la culture juridique...*, pp. 1074-1079.

³⁷⁸ KELSEN (H.), *Op. cit.*, p.1.

³⁷⁹ MAGNON (X.), *Op. cit.*, p.33, n°47. Il s'agit là d'une référence à la définition kelsenienne de la norme comme signification d'un acte de volonté, définition issue de la seconde et dernière période de Kelsen, celle notamment de la *Théorie générale des normes* v. KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, pp. 2-3.

³⁸⁰ Cf. BERGEL (J.-L.), *op. cit.*, p. 17, n°13, selon lequel malgré l'hétérogénéité des conceptions et définitions du droit, pour les juristes il se réduit aux règles de droit.

³⁸¹ DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, L.G.D.J., PARIS, 2011, p.18 ; V. également *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 1995, p.469

³⁸² BECHILLON (D. de), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Editions Odile Jacobs, 1997, pp.20 et s.

³⁸³ Il est « difficile de donner de la règle de droit une définition satisfaisante », DABIN (J.), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 3e éd., 1969, p. 17.

³⁸⁴ ROBERT-WANG (L.), « Règle de droit », *Dictionnaire de la culture juridique...*, pp. 1326-1329.

elle se réduit au texte édicté par le pouvoir législatif. La règle de droit, elle, englobe d'autres formes du droit telles que les principes découverts par la jurisprudence ou les textes réglementaires. La question peut en revanche faire débat concernant la coutume et les usages. Quant à la norme, elle serait selon certains, une notion encore plus accueillante que la règle de droit³⁸⁵, puisque comprenant les principes.

97. Pour deux raisons, et nonobstant cette réserve de certains auteurs relativement aux principes, nous préférons pour notre part nous ranger à l'opinion la plus courante qui tend à assimiler norme et règle de droit³⁸⁶. La première est étymologique, *regula* et *norma* étant synonymes et désignant des instruments permettant de tracer les lignes droites³⁸⁷. La seconde tient au fait que la notion de norme a suivi le même sort que la distinction du fait et du droit qui est sortie du champ du normativisme et s'est généralisée en s'écartant de son sens premier. On la retrouve ainsi utilisée par de nombreux juristes comme synonyme de règle de droit. Finalement en faisant de la loi une composante des règles de droit et de la norme un synonyme de cette même règle, nous rejoignons l'évolution de la pensée d'une majorité de juristes depuis la Révolution, pensée qui se concrétise d'ailleurs dans l'évolution de la compétence de la Cour de cassation dont le contrôle a progressivement glissé, au fil des modifications législatives, de la violation des textes de loi³⁸⁸ à celle de la loi³⁸⁹ pour en venir à celle des règles de droit³⁹⁰.

Certes la règle de droit se confond avec la norme mais pas avec la loi, cependant la définition n'en est pas encore donnée. Nous avons admis, avec certains auteurs, qu'il s'agissait d'une règle de conduite, mais cela ne nous éclaire en rien sur sa spécificité, sa juridicité, qui la distingue du domaine des faits. Il convient donc d'examiner ce qui en fait une règle juridique.

³⁸⁵ DEUMIER (P.), *Op. cit.*, p.19, n°8 ; MAGNON (X.), *Op. cit.*, p.31 n°46.

³⁸⁶ Dans le même sens AMSELEK (P.), « Les fonctions normatives ou catégories modales », *op. cit.*, p.391.

³⁸⁷ ROBERT-WANG (L.), « Règle de droit », *Dictionnaire de la culture juridique...*, p.1326 ; PFERSMANN (O.), « Norme », *Op. Cit.*, p.1079 ; PERRIN (J.-Fr.), « Règle », in *Vocabulaire fondamental du droit, Archives de philosophie du droit*, Sirey, T. 35, 1990, p.246.

³⁸⁸ Art. 3 du décret des 27 novembre-1^{er} décembre 1790.

³⁸⁹ Art. 7 de la loi du 20 avril 1810.

³⁹⁰ Art. 604 CPC et désormais art.1020 CPC modifié par le décret n°2008-484 du 22 mai 2008 - art. 14 et qui dispose désormais que « L'arrêt vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée. » et non plus « sur le texte de loi ».

Dans un premier temps, la règle, comme toute règle, est générale et abstraite³⁹¹ : « elle concerne chacun et ne désigne personne »³⁹² sans pour autant être obligatoirement universelle puisqu'elle peut ne s'adresser qu'à une catégorie de personne³⁹³. Ce caractère, s'il permet d'identifier en partie la règle de droit, ne suffit pas à la singulariser.

Dans un second temps, cette règle doit appartenir au monde juridique et se distinguer en cela des règles morales ou religieuses qui, elles, resteraient dans le domaine des faits. La règle de droit possède donc une caractéristique bien spécifique. Selon un consensus doctrinal³⁹⁴ ou une « représentation commune », en plus d'être générale et abstraite, elle est, contraignante car sanctionnée par l'autorité publique³⁹⁵. Ce serait la contrainte étatique qui ferait la juridicité d'une règle, au-delà de la généralité et de l'abstraction d'ailleurs souvent remises en cause notamment du fait de la multiplication des règles destinées à des groupes restreints d'individus³⁹⁶. Ainsi, pour les professeurs Aubert et Savaux, cette coercion étatique est « la caractéristique décisive de la règle de droit »³⁹⁷. On se rapproche, sans toutefois l'adopter entièrement, de la vision plus radicale du professeur de Béchillon, que nous résumerons en ces termes : est droit ce que l'Etat considère comme droit³⁹⁸.

Bien sûr, pour l'étude de la distinction du fait et droit, nous ne pouvons nous satisfaire d'un tel critère, bien qu'ultérieurement nous relèverons que la même idée se rencontre chez nombre de processualistes selon lesquels est droit ce que la Cour de cassation déclare comme tel. Pour que notre distinction soit efficiente, il faut selon nous et malgré ses imperfections, s'en

³⁹¹ En ce sens, v. DEUMIER (P.), *Op. cit.*, pp.21-23, n°9-15 ; MALINVAUD (Ph.), *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Lexis Nexis, 15^e ed., 2015, p.33, n°36, MALAURIE (Ph.) et MORVAN (P.), *Introduction au droit*, Paris, LGDJ, 5^e ed., 2015, p.47, n°47. *Contra*, sur le caractère « douteux » de cette qualité prêtée à la règle de droit v. AYNES (A.) et LARROUMET. (Ch.), *Introduction au droit*, T. 1, Paris, Economica, Coll. Corpus droit privé, 6^e ed., 2013, pp.12-16, n°22 et s. Sur me caractère relatif de la généralité v. également AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thème fondamentaux du droit civil*, Paris, Sirey, 15^e ed., 2015, p.10, n°8.

³⁹² AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *op. cit.*, p.9, n°8.

³⁹³ DEUMIER (P.), *Op. cit.*, p.22, n°12 ; MALAURIE (Ph.) et MORVAN (P.), *op. cit.*, *ibid.*

³⁹⁴ Certes des opinions contraires existent en doctrine. Par exemple, le professeur Jeammaud a tenté de « convaincre de rejeter cette définition. Elle pêche par simplisme et irréalisme à la fois » car les normes « ne constituent pas toutes, tant s'en faut, des règles de conduite ». Il rejette surtout la sanction que l'on dit attachée aux règles de droit, notamment du fait de leur diversité. JEAMMAUD (A.), « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, chron., p.199, n°22-25. Le professeur Jestaz a également tenté de renouveler cette analyse, cf. JESTAZ (Ph.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*, 1986, chron., p.197.

³⁹⁵ Cette « représentation commune » de la règle de droit a été propagée, notamment et en premier lieu, par Paul Roubier. Cf ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Recueil Sirey, 1951, p.25, n°4.

³⁹⁶ AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *op. cit.*, p.10, n°9.

³⁹⁷ AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *op. cit.*, p.17, n°18. Dans le même sens v. MALINVAUD (Ph.), *op. cit.*, p.33, n°36.

³⁹⁸ Pour lequel, après avoir remis en cause généralité et sanction, la seule caractéristique qui fait d'une règle une règle de droit serait la volonté de l'Etat de la considérer comme telle. BECHILLON (D. de), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Editions Odile Jacobs, 1997, notamment. pp. 95s.

tenir à la vision commune de la règle de droit, générale, abstraite et « contraignante ». Notre choix n'est certainement pas exempt de critique. En effet, il peut sembler que nous restreignons le droit à la règle de droit afin de justifier l'existence de la distinction du fait et du droit. Or, il nous faut choisir une définition du droit et nous nous rattachons à la plus communément présente dans l'esprit des juristes suivant en cela une démarche empruntée à la sociologie du droit.

Ce choix se justifie par deux raisons. La première tient à ce que la distinction du fait et du droit n'est que très rarement explicitée car elle se présente avec la force de l'évidence à l'esprit des juristes. Si elle est évidente, c'est que les éléments qui la composent le sont aussi. Le droit prend donc ici son sens le plus commun, celui de règle de droit, générale, abstraite et contraignante. La seconde se découvre dans les fonctions données à la distinction du fait et du droit. Qu'elle soit appréhendée, par les théoriciens, dans la formation du droit ou dans sa réalisation³⁹⁹, il ne peut s'agir que de la règle de droit : comment le fait influence-t-il la formation de la règle de droit et comment induit-il son application ?

2 - La définition du fait

98. Si la règle de droit est une règle de conduite générale, abstraite et susceptible de sanction, il reste à définir ce qu'est le fait. Puisque nous avons retenu comme critère permettant de distinguer le fait du droit celui de la normativité, tout ce qui n'est pas normatif devrait être du fait. Ainsi la règle de conduite qui n'est ni générale et abstraite ni contraignante, telle que la règle morale ou religieuse, devrait être du fait et est certainement une règle de fait mais peut-on affirmer qu'au sens de la distinction, tout ce qui n'est pas droit est fait ?

Nous ne le croyons pas. Le fait est un objet du droit et le droit prend le plus souvent pour objet des comportements, des conduites, des événements qui vont correspondre à une ou plusieurs de ses hypothèses. Les faits visés par la distinction du fait et du droit sont ces événements. Il s'agit d'ailleurs de la définition retenue par le professeur Pfersmann selon lequel « le fait, au sens où le retient le juriste, n'est toutefois pas limité aux données instantanées, mais comprend les événements qui lient plusieurs états de choses par la causalité à travers le temps »⁴⁰⁰. De même, Michel Virally y inclut tous les événements ou phénomènes « qui font

³⁹⁹ Formule que nous empruntons bien sûr à Henri Motulsky. Cf. MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation...*, *op. cit.*.

⁴⁰⁰ PFERSMANN (O.), « Fait », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 695-698.

l'histoire : d'abord les actes humains eux-mêmes, mais aussi tout ce qui survient par suite de causes physiques ou autrement, et qui intéresse l'homme »⁴⁰¹. Une définition identique se retrouve dans le dictionnaire d'Emile Littré, qui résume finalement l'idée commune que s'en font les juristes : « terme de jurisprudence, il se dit par opposition à droit [...] le fait consiste dans ce qui est arrivé »⁴⁰².

Le fait, présenté dans l'antithèse qu'il crée avec le droit, est l'objet d'une définition restrictive⁴⁰³. Bien que le domaine factuel soit normalement, dans la conception première que nous en avons donnée, ce qui est observable et qui répond aux lois de la nature, il ne saurait être tout cela dans la définition de la distinction du fait et du droit. Tout comme il ne saurait prendre l'amplitude que lui confère le langage commun⁴⁰⁴.

Dans notre distinction, le fait se définit par rapport au droit, la nature factuelle des choses, leur nature observable, étant un élément déterminant mais insuffisant. C'est aux événements que les règles de droit s'intéressent et font produire des conséquences, c'est à eux que se réfère la distinction du fait et du droit.

La distinction est donc conçue comme celle des normes et des événements et c'est ainsi qu'elle a été reprise par les théoriciens du droit processuel.

§2 - La conception de la distinction reprise en théorie du droit processuel

99. Outre que la définition que nous venons de donner de la distinction du fait et du droit permet d'en démontrer la consistance, elle a pour autre intérêt d'être reprise par certains auteurs de droit processuel qui envisagent ce critère sous un angle plus théorique, avant d'aborder l'aspect pratique. Par ce biais, ils affirment à leur tour la possibilité de distinguer le fait du droit (A) et confortent cette analyse en se fondant sur la structure de la règle de droit (B).

⁴⁰¹ VIRALLY (M.), *op. cit.*, p. 11.

⁴⁰² P.-E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, t. 2, réimp. de l'édition de 1880 par Encyclopaedia Britannica Inc., Donnelly & Sons Company, Chicago, p. 2391.

⁴⁰³ Bien que ce fait puisse être brut, historique, constaté, établi, allégué, prouvé, juridique...comme nous aurons l'occasion de le constater.

⁴⁰⁴ En ce sens V. LEVENEUR (L.), « Le Fait », *in* Vocabulaire fondamental du droit, *Archives de philosophie du droit*, Sirey, T. 35, 1990, p.144.

A - La continuité de la théorie en droit processuel: la reprise de la définition théorique

100. Tout d'abord il convient de délimiter plus précisément l'objet des lignes qui vont suivre. Les opinions relevées ici sont celles, en premier lieu, des universitaires spécialisés en droit judiciaire privé mais également des magistrats et avocats qui pratiquent quotidiennement la distinction du fait et du droit et qui se sont prononcés à son sujet à l'occasion d'ouvrages spécialisés ou d'articles⁴⁰⁵.

Que ce soit lors de l'étude de l'office du juge ou lors de celle du contrôle de cassation, les recherches amènent à constater que seul certains auteurs proposent un critère de distinction entre le fait et le droit. Selon nous, dans le domaine du juge du fond, cette absence trouve notamment une explication dans le fait que la distinction n'est pas expressément mentionnée. Telle est l'attitude adoptée, par exemple, par le professeur Strickler qui pourtant présente la répartition des rôles en fonction du fait et du droit⁴⁰⁶. Le recours à la distinction est alors indirect, elle fonctionne comme un guide présent dans l'inconscient collectif. Dans le domaine de la cassation, elle n'est quasiment jamais ignorée. La plupart des auteurs admettent que la Cour de cassation limite son contrôle au droit ou encore que le juge de cassation est « juge du droit et non du fait »⁴⁰⁷. Cependant, elle n'est pas toujours nommée ce qui a pour conséquence de limiter le recours à la notion proprement dite.

Quant aux auteurs qui font ouvertement cas de la distinction, qu'ils la défendent⁴⁰⁸ ou qu'ils la critiquent⁴⁰⁹, ils ne la définissent pas systématiquement. Parfois la raison se trouve dans l'évidence de la distinction : nul n'est besoin de la définir puisque son nom porte en lui sa signification. Ainsi en est-il de la position des professeurs Cornu et Foyer qui, tout en la

⁴⁰⁵ Les thèses et manuels de procédure civile constitueront donc le domaine privilégié de cette étude mais pas de manière exclusive. En revanche nous avons tâché d'exclure ici les opinions des auteurs ponctuellement intéressés par la distinction du fait et du droit, notamment à l'occasion des manuels d'introduction au droit puisque leur approche, beaucoup plus théorique a été traitée précédemment, V. *supra* n° 92.

⁴⁰⁶ Ce qui se conçoit aisément puisqu'il s'agit de suivre le plan du code de procédure civile. cf. STRICKLER (Y.), *Procédure civile*, Paradigme, 2^e ed., 2008, pp. 147-163. De manière plus nuancée (limitée aux pouvoirs du juge), et jusqu'à récemment, les professeurs Couchez et Lagarde adoptaient cette présentation avant de l'abandonner. Cf. COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile*, Sirey, 16^e ed., 2010, pp.272-273 et 17^e ed., 2014, pp.257s.

⁴⁰⁷ Expression courante que l'on retrouve dans la plupart des manuels de procédure dont CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°873, p.664; CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN(O.) *Procédure civile*, op. cit., p.84, n°248, LEFORT (C.), *Procédure civile*, Dalloz (cours), 3^e ed., 2009, p. 493, n°221 ; PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, op. cit., n°221, p. 176 ; DEL PRETE (D.) et FISCHER (E.), *Institutions...s*, op. cit..., n°357, p. 157.

⁴⁰⁸ V. par ex. qu'il s'agit d'une distinction « fondamentale » pour le professeur Jeuland et d'un « critère essentiel » chez le professeur Croze, bien que ce dernier reste plus nuancé par la suite. Cf. JEULAND (E.), *Droit processuel*, op. cit., p.234 ou de manière plus mitigé CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN(O.), *Procédure civile*, op. cit., p.122.

⁴⁰⁹ Parmi les auteurs qui prennent, ou prenaient, leur distance avec la distinction du fait et du droit nous pouvons citer les professeurs Guinchard, Héron et Normand. Cf. GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile...s*, op. cit., n°464, p.381 ; HERON (J.) ET LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 1^{ère} ed. 1991, et 5^e ed., 2012, n°279, p.227; NORMAND (J.), *Le juge et le litige*, Bibliothèque de droit privé, 1965.

mentionnant et en s'y opposant, n'estiment point nécessaire d'en préciser le sens⁴¹⁰. Le président Chartier, conseiller honoraire, y consacre un paragraphe sans toutefois en proposer de définition⁴¹¹. D'autres au contraire vont expressément alléguer l'impossibilité d'en donner une définition précise, expliquant que la distinction est « fuyante »⁴¹², « délicate »⁴¹³, « trompeuse »⁴¹⁴, « variable »⁴¹⁵. Pour ceux qui la critiquent, le fait de ne pas pouvoir donner de définition est un argument supplémentaire : cela démontre que le fait et le droit ne sauraient être séparés, ce qui leur permet de conclure à l'inexistence de la distinction. Pourtant, la distinction de deux objets précède généralement leurs définitions⁴¹⁶.

101. Toutefois, quelques auteurs se sont employés à rechercher cette définition et l'approche retenue à cette fin est généralement abstraite. La plupart de ces auteurs vont, nous semble-t-il, se rattacher, ouvertement ou implicitement, à la distinction mise en lumière par Kelsen et que nous avons précédemment explicitée. L'exemple le plus visible est la démarche suivie dans sa thèse par le professeur Le Bars⁴¹⁷ qui, à la recherche du sens de la distinction, revendique une approche « d'inspiration radicalement normativiste »⁴¹⁸. Il reconnaît deux définitions à la distinction, une abstraite et une concrète, les deux se rattachant à la thèse kelsenienne. Dans un sens théorique, il décrit le fait comme « ce qui est, tandis que le droit est un ensemble de normes, c'est-à-dire de commandements portant sur ce qui doit être », rattachant le premier au domaine de l'être, du *Sein*, et le second à celui du devoir être, du *Sollen*⁴¹⁹. De manière plus concrète, c'est-à-dire dans le cadre du procès, il propose de voir dans les faits « des éléments réels, matériels ou immatériels, qui s'articulent entre eux selon des rapports de cause à effet » et dans le droit, le contenu des normes juridiques, « le fait étant ce qui leur est extérieur »⁴²⁰. Il nous semble, toutefois, que les définitions concrètes et abstraites

⁴¹⁰ CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, Thémis, PUF, 1996, pp. 457-458.

⁴¹¹ CHARTIER (Y.), *La Cour de cassation*, Dalloz, 2^e ed., 2003, p.63-64.

⁴¹² TUNC (A.), « Conclusions : La Cour suprême idéale », *RIDC*, 1978, vol. 30, N°1, p. 434.

⁴¹³ JEULAND (E.), *Droit processuel*, *op. cit.*, p.234 ; JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BACHELLIER (X.) et BUK LAMENT (J.), *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile*, Paris, Dalloz, 8^e ed, 2013, p.59.

⁴¹⁴ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile...*, *op. cit.*, p.378.

⁴¹⁵ AUBERT (J.-L.), « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en matière civile », *D.* 2005, chron., p.1115.

⁴¹⁶ En ce sens v. MATHIEU (M.L.), *Logique et raisonnement juridique*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2015, pp.22-24.

⁴¹⁷ V. également Mme Bléry qui à l'occasion de sa thèse reprend la définition de la norme proposée par le professeur Le Bars, BLÉRY (C.), *L'efficacité substantielle des jugements civils*, th. Caen, 1994, LGDJ, 2000, bibliothèque de droit privé, n°328, n°97, p.72.

⁴¹⁸ LE BARS (Th.), *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Caen 1994, LGDJ, Paris, 1997, p.119, n°156.

⁴¹⁹ LE BARS (Th.), *thèse prec.*, p.110, n°145. Il s'écarte toutefois de Kelsen sur la notion de « commandement », *op. cit.*, 117-118, n°155.

⁴²⁰ LE BARS (Th.), *thèse prec.*, p.117, n°154.

proposées sont très proches si ce n'est que le droit n'est plus la norme juridique (ou l'ensemble des normes juridiques) mais le contenu de celle-ci, voire le contenu de la règle de droit⁴²¹.

Sans se réclamer d'une appartenance à l'école normativiste, mais davantage en suivant le cheminement théorique que nous avons précédemment rappelé⁴²², bien des processualistes adoptent une définition qui en est proche. Ainsi le professeur Croze, tout en admettant qu'il s'agit peut-être d'« une belle illusion philosophique »⁴²³, conçoit le droit comme la règle de droit et les faits comme les éléments factuels de l'espèce. Jacques Boré décrit la distinction comme la frontière entre « l'événement »⁴²⁴ (également « comportement humain »⁴²⁵ ou « fait matériel ») et « la norme juridique plus ou moins abstraite », la différence entre les deux entités étant de nature⁴²⁶. Louis Boré le rejoint pour affirmer que ce « n'est qu'au fond la distinction des éléments concrets propres à l'espèce (...) et de la norme juridique »⁴²⁷. Avec plus de circonspection, le professeur Aubert admet que le droit correspond à la règle de droit et le fait à l'ensemble des événements, ces termes restant selon lui équivoques⁴²⁸. Le doyen Normand et Madame Bléry sans s'arrêter sur la notion de droit mais en laissant entendre qu'il s'agit de la règle de droit⁴²⁹, voient dans les faits les événements de la vie des parties⁴³⁰. Le professeur Roger Perrot, en s'abstenant de formuler une définition, laisse entendre son rattachement à cette même acception puisqu'il oppose, sous la forme du syllogisme, la règle de droit et l'ensemble des faits⁴³¹. Le professeur Kernaleguen reconnaît pour sa part que « la distinction du fait et du droit paraît claire, évidente au niveau conceptuel : le droit est le donné intangible à l'aune duquel se mesure le fait, élément infiniment variable d'une espèce à l'autre »⁴³².

⁴²¹ Lors de son analyse structurale de la norme, il nous semble que le professeur Le Bars se concentre sur la règle de droit excluant de son champ d'investigation la décision juridique qu'il compte pourtant au nombre des normes.

⁴²¹ LE BARS (Th.), *thèse prec.*, n°160-161, pp.123-124.

⁴²² V. *supra* n°97.

⁴²³ CROZE (H.), *Le procès civil*, Dalloz, Paris, 2^e ed., 2004, p.15.

⁴²⁴ BORE (J.) et BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°278.

⁴²⁵ BORE (J.) et BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°280.

⁴²⁶ BORE (J.), « La Cour de cassation juge du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1996, la documentation française, p.54.

⁴²⁷ BORE (J.) et BORE (L.), *La cassation en matière civile*, *op. cit.*, n°60.03, p.248.

⁴²⁸ AUBERT (J.-L.), *ibid.*

⁴²⁹ NORMAND (J.) et BLÉRY (C.), « Principes directeurs du procès », *JCl. procédure civile*, 2010, Fasc. 152, n°1 et n°5.

⁴³⁰ NORMAND (J.) et BLÉRY (C.), *op. cit.*, n°11.

⁴³¹ PERROT (R.), *op. cit.*, n°222, p.270.

⁴³² KERNALEGUEN (Fr.), *L'extension du rôle ..., th. précit.*, n°144, p.336.

102. Enfin, nous clorons l'inventaire par le premier processualiste à avoir élevé le débat à ce niveau d'abstraction : Henri Motulsky⁴³³. Sa démarche et ses écrits, qui ont conduit à l'adoption de la distinction du fait et du droit comme guide de répartition des rôles entre le juge et les parties, ont un caractère hautement théorique. Bien qu'affirmant tout au long de ses travaux le caractère technique de son approche⁴³⁴, la dimension théorique en est incontestable⁴³⁵ car ce qu'il cherche, principalement à l'occasion de sa thèse, c'est une « méthode », « une manière de conduire la pensée »⁴³⁶. L'éminent auteur décrit la distinction du fait et du droit, d'« une pureté conceptuelle (...) indéniable »⁴³⁷, comme une évidence. C'est certainement pourquoi il n'en donnera aucune définition formelle. Cependant, ses écrits laissent apparaître des conceptions du droit et du fait proches de celle que nous venons de relever chez les théoriciens du droit.

Dans un premier temps, bien qu'il préfère exclure de sa thèse l'étude du concept de Droit et de son fondement pour ne se consacrer qu'à sa réalisation, il est aisé de relever dans celle-ci, puis à l'occasion de ses travaux ultérieurs, la définition qu'il retient du droit. Il laisse de côté le Droit objectif, communément admis comme l'ensemble des normes, pour ne s'intéresser qu'au droit subjectif « pierre angulaire de tout système de réalisation du droit »⁴³⁸ et à la règle de droit. Pour cette dernière, il ne s'écarte point de la vision de Roubier⁴³⁹, en la décrivant comme générale, abstraite, coercitive et en y ajoutant le qualificatif de normative ayant lui-même pour conséquence son caractère impératif⁴⁴⁰. Quant au droit subjectif, il abandonne la conception technique, et controversée⁴⁴¹, que l'on peut avoir de la notion, lui préférant une conception « structurale », « formelle »⁴⁴². Il en ressort qu'« avoir un droit subjectif ne signifie rien d'autre que d'être habilité par l'ordre juridique positif à faire jouer « l'effet juridique » d'une règle de Droit »⁴⁴³ et que ce droit subjectif « existe dès lors qu'un cas

⁴³³ Nous nous permettons cette assertion puisque dans les travaux antérieurs consacrés à la question la définition de la distinction reste introuvable ou éminemment pragmatique. Tel est le cas de la thèse du doyen Marty, cf. MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit...*, *op. cit.* ou encore de l'ouvrage consacré par Ernest Faye à la Cour de cassation, v. FAYE (E.), *La Cour de Cassation*, Paris, 1903, La Mémoire du droit, 1999.

⁴³⁴ V. notamment l'introduction de sa thèse où il définit son domaine de recherche comme celui « de la « technique », voire de la « pratique » », MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation...*, *op. cit.* n°3 p.3, et également n°2, p.2.

⁴³⁵ Dans le même sens V. FRISON-ROCHE (M.-A.), « avant-propos », in MOTULSKY (H.), *op. cit.*

⁴³⁶ MOTULSKY (H.), *op. cit.*, n°3, p.4.

⁴³⁷ MOTULSKY (H.), *Ecrits. Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz, Paris, 2^e ed., 2009, p.116, note 63.

⁴³⁸ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation...*, *op. cit.*, n°23, p.26.

⁴³⁹ ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit...*, *op. cit.*, *ibid.*

⁴⁴⁰ MOTULSKY (H.), *op. cit.*, n°9-15, pp.13-17.

⁴⁴¹ GUTMANN (D.), « Droit subjectif », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 529-533.

⁴⁴² MOTULSKY (H.), *op. cit.*, n°27, p.30.

⁴⁴³ *Ibid.*

particulier est contenu dans une règle de Droit »⁴⁴⁴. La frontière est mince entre droit subjectif et règle de droit, et cela est d'autant plus visible lorsque l'éminent auteur s'attache à faire l'analyse « structurale » du droit subjectif qui n'est autre que celle de la règle de droit⁴⁴⁵. Il le reconnaît lui-même en précisant qu'il n'est possible de « dégager la nature du droit subjectif (...) qu'en rapprochant cette notion d'une autre, dont la valeur technique est d'ores et déjà acquise : celle de règle de Droit »⁴⁴⁶. C'est d'ailleurs à la structure de la règle de droit qu'il consacre un chapitre⁴⁴⁷.

Si ce recensement ne fait apparaître qu'une courte liste d'auteurs s'étant essayés à l'exercice, c'est que la tâche se révèle ardue. Les auteurs belges se sont heurtés à la même difficulté. Le professeur Van Drooghenbroeck, dont la thèse s'articule autour de la défense de la distinction du fait et du droit dans le but de la substituer au concept de cause, a résolument opté pour une conception « tautologique » et « politique » qui finalement se plie à toute démonstration et permet d'aboutir aux fins souhaitées pour peu que l'on en accepte le postulat⁴⁴⁸.

Toutefois, pour les auteurs qui s'y essaient et y réussissent par le biais de la définition abstraite que nous avons mise en évidence, l'objectif est de la défendre en en démontrant l'existence. Le recours à la théorie est alors précieux en ce qu'il permet d'atteindre ce but. Afin d'asseoir définitivement la distinction, certains processualistes sont allés plus loin en décomposant la notion de droit par le biais de l'analyse structurale de la règle de droit.

B - L'apport de la théorie en droit processuel : l'argument de l'analyse structurale de la règle de droit

103. Afin de conforter la distinction du fait et du droit, plusieurs auteurs se sont appuyés sur la structure de la règle de droit. Une fois encore, Henri Motulsky⁴⁴⁹ semble avoir lancé le

⁴⁴⁴ MOTULSKY (H.), *op. cit.*, n°48, p.47.

⁴⁴⁵ V. en ce sens l'article, dont le titre est révélateur, du Pr. Grimaldi qui ne parle plus d'analyse structurale du droit subjectif mais d'analyse structurale de la règle de droit. GRIMALDI (C.), « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1448.

⁴⁴⁶ MOTULSKY (H.), *op. cit.*, n°26, p.29. Il convient toutefois de noter que sa définition du droit subjectif n'est pas tout à fait claire ni constante puisque plus loin il assimile le droit subjectif à l'effet juridique de la règle de droit : « le droit subjectif « structural » n'est, de son côté, rien d'autre que l'expression de ce même effet juridique », *op. cit.*, n°75, p.73. Ceci nous conduit à penser que la clé de voûte de la théorie motulskienne est la règle de droit.

⁴⁴⁷ MOTULSKY (H.), *op. cit.*, chapitre III « structure de la règle de droit », n°16-17, pp.18-20.

⁴⁴⁸ Les adjectifs « tautologique » et « politique » sont de l'auteur même. Cf. VAN DROOGHENBROECK (Jean-François), *Cassation et juridiction. Iura dicit Curia*, Louvain 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004.

⁴⁴⁹ Lui-même s'inspirant des théoriciens allemands dont Rudolf Stammler et peut être de manière plus implicite de Emmanuel Kant.

mouvement en droit processuel français. Cette analyse structurale reflète la pensée qu'il a de la distinction du fait et du droit. La règle de droit est pensée selon une « structure logique », puisqu'elle comprend « une présupposition suivie d'un effet juridique »⁴⁵⁰. Pour mieux comprendre cette structure, il faut souligner que la règle de droit ne se confond pas avec les articles de loi puisque ces deux éléments se trouvent parfois dans deux textes distincts.

La présupposition est le reflet dans le monde abstrait qu'est le domaine juridique, du cas concret. Elle correspond à l'hypothèse dans laquelle la règle produira son effet juridique, autrement dit aux conditions à réunir⁴⁵¹. Quant à l'effet de droit contenu dans la règle, on le dénomme également « prescription »⁴⁵². De la sorte, si les faits correspondent à la présupposition contenue dans la règle de droit alors l'effet juridique suivra⁴⁵³. Selon un vocable différent employé par le même auteur, la réunion des éléments générateurs entraîne la naissance du droit subjectif⁴⁵⁴, et ainsi « tout conflit juridique se résout par l'application d'une règle de droit à des circonstances et éléments de fait (les éléments générateurs du droit) »⁴⁵⁵. Dans la conception motulskienne, qui a grandement influencé la procédure civile actuelle, règle de droit et fait sont distincts tout en étant en relation, puisque la première contient le second et que l'on passe de celui-ci à celle-là. C'est d'ailleurs là l'essentiel du travail du juge selon lui.

Ainsi sa théorie des éléments générateurs du droit subjectif, dont la vocation est de servir de guide à la pratique judiciaire, a pour clé de voûte la règle de droit qui ne peut se concevoir qu'en fonction des éléments de fait. Cela explique que ses analyses procédurales postérieures se fondent principalement sur le fait et le droit. Motulsky tient pour évidente et fondamentale⁴⁵⁶ la distinction du fait et du droit et dénonce « l'erreur consistant à nier cette antithèse »⁴⁵⁷.

Le professeur Kernaleguen reprend cette conception structurale et la complète. Il l'utilise à son tour dans le débat qui agite alors la doctrine sur l'incertitude de la frontière entre droit et fait née de la complexité de l'opération de qualification. Pour connaître la nature d'une notion, il décompose la règle de droit en présupposés et effets juridiques ce qui le conduit à

⁴⁵⁰ Il reprend la formule de Stammer qui distingue *Voraussetzung* et *Rechtsfolge*, STAMMLER (R.), *Théorie de la Science juridique*, Halle, 2^e ed., 1923, p.190 cité in MOTULSKY (H.), *op. cit.*, n°16, p.18.

⁴⁵¹ GRIMALDI (C.), « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *Recueil Dalloz*, 2007, p.1448.

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ MOTULSKY (H.), *op. cit.*, n°44, p.45 : « réaliser le droit, c'est donc rechercher si le fait social à examiner donne ou non lieu à un droit subjectif, s'intègre ou non dans une règle de Droit ».

⁴⁵⁴ MOTULSKY (H.), *op. cit.*, n°74, p.76.

⁴⁵⁵ MOTULSKY (H.), *Droit processuel*, Montchrestien, Paris, 1973. Cours recueilli et mis en corrélation avec la réforme de la procédure civile par Mme CAPEL, p.197.

⁴⁵⁶ MOTULSKY (H.), « L'office du juge et la loi étrangère », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz, 1960, t.2, p.339.

⁴⁵⁷ MOTULSKY (H.), « La cause de la demande... », *op.cit.*, p.116, note 63.

affirmer, en faisant siens les mots de Motulsky, que « si le concept en cause (...) exprime et traduit les circonstances d'une réalité, il est évidemment du domaine du fait » mais que si « un concept « provient de la décomposition de la présupposition d'une règle de droit en constitue l'énoncé, l'analyse ou l'interprétation « il est sans aucun doute matière de droit » »⁴⁵⁸. Il en conclut que « un même terme peut, suivant les cas, constituer une appréciation des faits ou une notion juridique, selon qu'il sert à décrire les circonstances de l'espèce sous une forme plus ou moins conceptualisée, ou à exprimer les éléments résultant de la décomposition de la règle »⁴⁵⁹.

104. Par la suite, le professeur Le Bars suit un raisonnement identique mais pour aboutir à un résultat sensiblement différent. Lui qui a adopté l'approche normativiste, affirme la structure hypothétique des règles de droit⁴⁶⁰ qui en tant que « commandements généraux et abstraits (...) sont composées d'un ensemble de conditions et d'une conséquence normative qui est attachée par la loi, à la réunion de ces conditions »⁴⁶¹. L'auteur rejoint également la conception motulskienne en indiquant qu'il existe une identité entre « condition d'application » et « présupposition » ou « hypothèse » et entre « conséquence normative » et « effet juridique »⁴⁶². Présupposé et effet de la règle sont unis par un lien d'imputation et non de causalité puisqu'ils appartiennent au domaine du normatif. La réalisation de l'hypothèse implique la conséquence normative.

Cette analyse structurale lui permet non seulement d'affirmer l'existence de la distinction du fait et du droit mais également de proposer une frontière précise entre les deux notions. Il établit ainsi « qu'est droit toute notion incluse dans le présupposé d'une norme hypothétique relevant de l'ordre juridique. Il en va de même de l'effet de la norme (...) [car] il est au cœur du devoir-être que forme la norme de droit ». En revanche « les concepts de fait sont donc tous ceux qui ne font partie ni du présupposé, ni de l'effet d'une norme juridique »⁴⁶³.

105. Il convient de souligner que si cette analyse structurale, désormais courante en procédure civile, sert à conforter la distinction du fait et du droit, elle a également pu être utilisée

⁴⁵⁸ KERNALÉGUEN (Fr.), *L'extension du rôle ...*, th. précit., p.337.

⁴⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰ Après avoir énoncé que la distinction du fait et du droit était brouillée par les deux structures que peuvent revêtir les normes juridiques (règle de droit et décision juridique), hypothétique ou catégorique, le Professeur Le Bars semble plutôt privilégier les règles de droit qui, elles, ne peuvent être qu'hypothétiques.

⁴⁶¹ LE BARS (Th.), th. précit., p.120, n°160.

⁴⁶² LE BARS (Th.), th. précit., pp.121-1220, n°160.

⁴⁶³ LE BARS (Th.), th. précit., p.124.

dans un dessein contraire. Ainsi, Maître Raymond Martin, opposant acharné de Henri Motulsky en ce qui concerne le recours à la distinction du fait et du droit dans la délimitation de l'office du juge, approuve et utilise cette conception structurale. Il en diffère légèrement en énonçant une composition ternaire de la règle de droit : « elle comprend une hypothèse, un foncteur de devoir-être et une conséquence »⁴⁶⁴. Présupposé et effet juridique sont ici remplacés par hypothèse et conséquences que l'auteur lie par le foncteur de devoir-être. Cependant les conséquences qu'il en tire ont pour objet de démontrer « l'inanité des concepts de fait et de droit » par suite de la confrontation du cas et de l'hypothèse⁴⁶⁵ qui s'entremêlent ainsi. Pourtant, à la différence de cet auteur, nous nous permettons de penser que correspondance n'est pas confusion.

Les caractéristiques que nous avons reconnues à la règle de droit, générale abstraite et contraignante, induisent une structure qui lui est propre. C'est là le point de départ de l'analyse structurale introduite en France par Motulsky et qui se rapproche, là encore, de l'analyse de la norme défendue par Hans Kelsen. Cette conception structurale repose sur les définitions du droit et du fait que nous avons dégagées des discours des théoriciens et que nous avons retrouvées chez bon nombre de processualistes. Cette analyse porte en elle la distinction du fait et du droit et la justifie en partie.

106. Nous venons de mettre en lumière que par le choix d'un critère et de définitions, il est possible de concevoir le fait et le droit comme deux notions distinctes, séparables. Cependant, cela nous amène à reconnaître qu'il faut s'en tenir à des définitions strictes et parfois théoriques de chacun des éléments qui composent la distinction. Il s'agit d'opposer la règle de droit aux événements qui surviennent dans le monde factuel, celui de la réalité observable. La distinction du fait et du droit existe, chacune de ses composantes pouvant être classée, par le biais des définitions proposées, dans la catégorie qui lui est propre. Toutefois l'affirmer ne revient pas à nier les rapports qui les lient. Le fait ne peut se comprendre dans cette distinction que comme l'objet du droit. Rapport d'opposition et rapport d'application se confondent dans la distinction du fait et du droit sans que l'un ne vienne nier l'existence de l'autre. Pourtant la coexistence des deux est à l'origine de nombreuses critiques sur la possibilité de séparer fait et droit.

⁴⁶⁴ MARTIN (R.) « retour sur la distinction du fait et du droit », *D.*1987, chron., n°10, p.273.

⁴⁶⁵ MARTIN (R.) « retour sur la distinction du fait et du droit », *op. cit.*, n°11, p.273.

Le passage de l'étude de la distinction en elle-même à son analyse dans le cadre de la procédure en est la cause principale. Le passage de l'abstrait au concret ne se produit jamais sans difficulté.

SECTION 2 - Une distinction pratiquement déformée

107. Au fil de l'examen, la distinction du fait et du droit s'est révélée à nos yeux. Le fait est distinct du droit, le critère de normativité les sépare. Confronté à des critiques portant sur l'existence de la distinction, la majorité des auteurs de droit judiciaire a adhéré à la définition proposée par les théoriciens. Simplement, la scission étant désormais incontestable, il ne restait plus qu'à l'adapter à la procédure civile. Pour ce faire, ces mêmes auteurs ont alors choisi de changer l'objet de leur discours. La distinction en cause n'est plus la même. D'autres conceptions apparaissent et les définitions se multiplient faisant oublier la première. Il en résulte une multitude de frontières entre fait et droit qui va ternir l'image de la scission et poser à nouveau la question de son existence. Pourtant derrière cette nuée de nouvelles lignes de séparations, la distinction première, classique et théorique demeure inébranlable.

Dès lors, si la distinction est fondée en théorie, elle est malmenée en pratique par la multiplication de ses définitions (A) et par la profusion des frontières ainsi créées entre le droit et le fait (B).

§1 - La multiplication des définitions de la distinction du fait et du droit

108. L'adoption par la majorité des auteurs de droit processuel de la définition théorique de la distinction du fait et du droit n'a pas mis un terme à toutes les critiques. Au contraire, les adversaires de la distinction se sont appuyés sur les notions ainsi définies pour tenter de démontrer qu'il existe une continuité entre fait et droit. Le procès serait le cadre privilégié de cette confusion et entraînerait une remise en cause de la scission répartitrice. Ainsi la distinction, que nous qualifierons de classique, ne s'adapterait pas à la dynamique procédurale, et les processualistes, souvent de manière pour ainsi dire inconsciente, en viennent à opter pour

de nouvelles définitions qui, plus souples, seraient mieux adaptées à la pratique. On passe alors d'une conception statique, ne prenant en compte de chaque côté de la frontière qu'elle trace que des éléments fixes, fait et règle de droit, à des définitions dynamiques qui concernent davantage que ces deux notions.

La confrontation de la distinction avec la réalité processuelle conduit certains auteurs à remettre en cause la distinction (A) et à mettre en avant une distinction dynamique (B).

A - La mise en cause de la définition classique

109. La confrontation de la définition théorique à la réalité pratique a amené certains auteurs de droit processuel à remettre en cause la distinction de l'événement et de la norme. Leurs reproches se focalisent sur un point qui avait déjà cristallisé la plupart des critiques lorsqu'il s'était agi de séparer fait et droit de manière abstraite, celui de la qualification. Cette fois-ci les critiques se développent, principalement, dans le cadre concret de la répartition des rôles entre juge et parties. Fait et droit seraient inséparables car le fait serait toujours coloré de droit .

Après avoir exposé le contenu de cette critique (1), nous nous permettrons d'en donner notre appréciation (2).

1 - L'exposé de la critique : le fait inséparable du droit

110. La difficulté est grande de « détacher le fait du droit »⁴⁶⁶. Pour les tenants de cette critique, dont l'objectif était de dénier tout caractère factuel à la cause, la distinction ne saurait être puisque le fait brut n'existe pas. Il a toujours une coloration juridique. Si le fait est appréhendé par tout individu à l'état brut, sa restitution par la même personne change sa nature. Le langage est la cause de cette modification. Il n'est jamais neutre. Or « une notion de droit ne se distingue d'une notion de fait que par son rattachement au langage juridique »⁴⁶⁷.

Ainsi, pour le professeur Le Bars, le fait qui est conceptualisé du moment qu'il est exprimé « peut être également *juridicisé*, c'est-à-dire que les concepts qui le désignent peuvent

⁴⁶⁶ PERDRIAU (A.), « Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de Cassation », *JCP G.*, 1991, I, 3538, n°36, p. 364.

⁴⁶⁷ LE BARS (Th.), *th. précit.*, n°146, p.111.

avoir une signification juridique. Car toute allégation faite par un avocat, toute affirmation factuelle avancée par un magistrat, le sera en fonction de la règle de droit qui leur semble devoir être appliquée »⁴⁶⁸. Si l'impossibilité de trouver le fait brut, non qualifié, reste ici nuancée, elle l'est beaucoup moins chez d'autres auteurs. M^e Raymond Martin affirme que « l'existence du « fait pur » suppose la possibilité d'existence d'une réalité objective, antérieure à toute conceptualisation, autrement dit au langage »⁴⁶⁹ et en conclut l'impossibilité de « donner au « concept de fait » une existence séparée de celle de « concept de droit » »⁴⁷⁰. Il ne nie pas la réalité du fait en tant qu'événement mais il conteste qu'il soit dénommé « fait » à partir du moment où il est relaté. Nous ne sommes plus en présence du « fait » mais de ses « avatars »⁴⁷¹. Alors, le fait qui parvient au juge n'est jamais brut, il ne peut être que « construit »⁴⁷². Le fait pur est allégué, prouvé puis qualifié, il s'éloigne du concret pour devenir « fait-droit »⁴⁷³. La catégorie factuelle ne serait que résiduelle.

111. Le langage oriente et juridicise le fait, il le transformerait en droit. Cette thèse est certainement radicale mais elle s'est pourtant développée, de manière parallèle dans la doctrine belge. Chez certains auteurs, le langage y est également décrit comme un obstacle à la réception du fait brut par le juge. Pour François Rigaux, qui a grandement contribué à développer ce courant, ce n'est pas le fait brut qui parvient au juge mais « des notations abstraites »⁴⁷⁴ car le fait se construit avant de lui parvenir. Nous retrouvons ici aussi l'idée selon laquelle langage et preuve accomplissent la transformation de l'événement brut. De plus lorsque ces faits « construits » parviennent au magistrat, lui-même les appréhende avec son vécu et ses connaissances juridiques⁴⁷⁵. Le rapport entre fait et droit est alors symbiotique et rend impossible leur dissociation⁴⁷⁶.

⁴⁶⁸ LE BARS (Th.), *th. précit.*, n°145, p.111.

⁴⁶⁹ MARTIN (R.), « le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP*, 1974, I 2625, n°39.

⁴⁷⁰ MARTIN (R.), *op. cit.*, n°41.

⁴⁷¹ MARTIN (R.), « retour sur la distinction du fait et du droit », *D.*, 1987, chron., n°10, p. 273.

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ Expression empruntée à la sociologie juridique et plus particulièrement au doyen Carbonnier, cf. CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique. Le procès et le jugement. Rédigé d'après la sténotypie du cours et avec l'autorisation de M. J. Carbonnier*, p.138, Association corporative des étudiants en droit, Paris, 1961-1962 et que l'on retrouve notamment sous la plume de HAUSER (J.), « Domicile du mineur : du fait et du droit », *RTD civ.*, 1992, p.48.

⁴⁷⁴ RIGAUX (Fr.), *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, pp. 69-70, 78-82, 84 et 90.

⁴⁷⁵ RIGAUX (Fr.), « L'opacité du fait face à l'illusoire limpidité du droit », *Droit et société*, L.G.D.J., Paris, 1999, n°41, p.86.

⁴⁷⁶ RIGAUX (Fr.), « L'opacité du fait face à l'illusoire limpidité du droit », *op. cit.*, p.97.

112 . Cette idée persiste encore dans la doctrine française actuelle bien que l'existence de la distinction du fait et du droit soit désormais rarement remise en question. Le fait brut est peut-être nié mais plus la distinction. Déjà le professeur Kernaleguen dans sa thèse, tout en se montrant partisan d'une distinction souple, n'hésitait pas à affirmer que « le fait pur n'est qu'un instrument de la pensée, sans véritable réalité pratique : à ce niveau en effet, le fait n'affleure à l'existence qu'autant qu'il est situé par rapport à une norme juridique »⁴⁷⁷. Comme nous l'avons vu, le professeur Le Bars ne pensait pas autrement. A son tour, le professeur Croze qui relève, le paradoxe qu'il y a à s'interroger sur l'existence du fait, exprime sa perplexité quant au fait brut sans renier l'utilité de la distinction. Se demandant si le fait sans qualification existe, il aboutit à la conclusion selon laquelle « le « fait pur » n'existe pas, pas plus, sans doute que le « pur droit », sinon dans le royaume des idées qui n'est pas de ce monde »⁴⁷⁸. Cette pensée, défense de la distinction mais scepticisme sur la notion de fait, a pu dépasser le débat sur la cause afin de déterminer la nature de la qualification des faits.⁴⁷⁹

Ce courant de pensée affirme que le fait est un construit. Il n'est ni brut, ni pur, ni concret, ni « matériel[s] »⁴⁸⁰. Il est, dès son prononcé abstrait et juridique. Nous ne partageons pas ce point de vue dans la mesure où si le fait juridique est construit, c'est à partir de l'existence du fait brut.

2 - l'appréciation de la critique : le fait séparé du droit

113. Nous commencerons par rappeler ce que nous avons déjà indiqué lors de l'étude des notions de droit et de fait, à savoir que ces deux éléments sont distincts mais que cela ne leur interdit pas d'entrer en contact⁴⁸¹. Leur interaction paraît d'ailleurs inévitable puisque le fait est l'objet du droit.

⁴⁷⁷ KERNALEGUEN (Fr.), *L'extension du rôle...*, th. précit., n°138, p.319.

⁴⁷⁸ CROZE (H.), *Le procès civil*, Dalloz, Paris, 2^e ed., 2004, p.15.

⁴⁷⁹ XAVIER (C.), « La qualification des faits est-elle une question de fait ou de droit ? », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p.518. Cet auteur met toutefois en garde contre un excès d'herméneutique qui « ferait éclater le cadre légal où s'opère la distinction du fait et du droit », cf *op. cit.*, p. 531.

⁴⁸⁰ Xavier Charles, en s'intéressant à l'herméneutique, a pu affirmer que « les faits « matériels » ne sont, à vrai dire, que le gisement fossile du travail de la conscience, lorsque, une fois ce dernier achevé, on s'applique à les décrire » tout en mettant en garde contre un excès d'herméneutique qui « ferait éclater le cadre légal où s'opère la distinction du fait et du droit », XAVIER (C.), « La qualification des faits est-elle une question de fait ou de droit ? », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, pp.518 et 531.

⁴⁸¹ *Supra* n°93.

Reste le cœur de la critique faite à la distinction statique du fait et du droit : l'inexistence du fait pur. L'appréciation que nous nous permettons de formuler à son encontre est dictée par plusieurs éléments qui, nous semble-t-il, conduisent à réfuter cette assertion.

114. Tout d'abord, la reconnaissance de l'existence d'un langage juridique et la défiance qu'il suscite permettent de relativiser l'affirmation selon laquelle le fait allégué par une partie lors d'un procès serait automatiquement qualifié. Le fossé entre langage courant et langage juridique est assez souvent relevé⁴⁸² et critiqué⁴⁸³ pour que l'on ne mette pas en doute leur distinction. Les critiques s'élèvent déjà suffisamment à l'encontre de la technicité du droit et des décisions de justice qui les rend incompréhensibles pour le non initié pour que l'on ne l'assimile au langage courant. M^e Raymond Martin, avocat et fervent opposant à la distinction du fait et du droit, ayant maintes fois dénoncé « l'inanité du concept »⁴⁸⁴, reconnaissait le caractère indispensable de sa profession afin d'aiguiller le simple mortel dans le monde si particulier du palais⁴⁸⁵. La majorité des dictionnaires juridiques⁴⁸⁶, parmi lesquels celui de l'association Capitant, dirigé par le doyen Cornu, plaide une nouvelle fois en faveur de la spécificité du langage juridique et donc de l'infime possibilité de ce que le fait apporté par le particulier soit coloré de droit. Certes, dans certains cas langage juridique et langage courant sont identiques et le droit emprunte au vocabulaire du fait⁴⁸⁷ mais cela est souvent trompeur car souvent il s'agit de faux-amis et il appartient alors au juge de rendre le bon vêtement juridique aux faits ainsi travestis⁴⁸⁸.

⁴⁸² Par ex. le professeur Jestaz remarque à la fois la spécificité et l'autonomie du langage juridique. JESTAZ (Ph.), « Le langage et la force contraignante du droit (ou « Des bœufs et des hommes ») », *Le langage du droit*, Ingbert (L.) et Vassart (P.) (Dir.), Bruxelles, Nemesis, 1991, spec. pp. 72-76.

⁴⁸³ V. notamment BATIFFOL (H.), « Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p.35.

⁴⁸⁴ MARTIN (R.), « retour sur la distinction du fait et du droit », *D.*, 1987, chron. p.273.

⁴⁸⁵ Sur le rôle de traducteur de l'avocat qui doit à la fois être compris du magistrat et des parties v. également SILANCE (L.), « Langage juridique et langue usuelle », *Le langage du droit*, Ingbert (L.) et Vassart (P.) (Dir.), Bruxelles, Nemesis, 1991, p.161.

⁴⁸⁶ Auxquels nous pouvons ajouter bon nombre d'articles et d'ouvrages sur le sujet : CORNU (G.), *Linguistique Juridique*, Montchrestien, Domat droit privé, 3^e ed., 2005 ; Coll., « Le langage du droit », *Archives de philosophie du droit*, Tome XIX, Sirey, 1974, WIEDERKEHR (G.), « Le droit et le sens des mots », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, 2009, pp.571-578 ; BATIFFOL (H.), « Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique », *op.cit.*, 1978, pp.35-44.

⁴⁸⁷ La Belgique fournit un exemple intéressant puisque la Cour de cassation et le Conseil d'Etat belges estime qu'« à défaut de définition légale, les mots ont, en droit, leur sens courant et usuel », SILANCE (L.), « Langage juridique et langue usuelle », *op. cit.*, p.143.

⁴⁸⁸ Ex : ce que d'aucun appelleront « possession » en langage courant ne sera peut-être que « simple détention » en langage juridique. Cf BATIFFOL (H.), « Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique », *op.cit.*, 1978, p.38. V. également les exemples de confusions proposés par M. Silance, par exemple sur la notion d'obligation naturelle, in « Langage juridique et langue usuelle », *op. cit.*, pp.145-146.

115. Ensuite, même s'il est vrai que les parties, afin de présenter l'affaire selon un jour qui leur est favorable, ne relatent que rarement les faits de manière objective, cela ne remet pas en cause, nous semble-t-il, l'existence du fait en tant qu'entité distincte du droit⁴⁸⁹. Objectivité et abstraction ne sont pas synonymes. Or c'est la nature abstraite qui confère, en partie, la juridicité et non le caractère objectif. Le fait n'est peut-être pas brut, c'est-à-dire énoncé exactement tel qu'il s'est produit, mais il n'en est pas pour autant devenu droit. Il est simplement soit présenté de manière à aiguiller le juge vers la qualification favorable à la partie soit accompagné d'une proposition de qualification. Il s'agit d'une simple orientation destinée à séduire le juge. C'est là le jeu de tout combat judiciaire. Si à cet effet, il peut parfois sembler que le fait ne parvient que construit au juge et qu'il a donc perdu son caractère brut pour devenir technique, il n'en demeure pas moins fait. En effet, la technicité n'est pas l'apanage du droit⁴⁹⁰.

116. Enfin, le fait présenté avec sa qualification n'empêche pas que l'on retrouve le fait premier. Sinon comment expliquer les pouvoirs de qualification et de requalification reconnus au juge ? On retrouve ici une des principales contradictions auxquelles se heurtent ceux qui affirment que le fait brut n'existe pas⁴⁹¹. Pour la plupart d'entre eux, le fait ne se perçoit que qualifié mais, par ailleurs, ils reconnaissent au juge le devoir de qualifier quand les parties ne se sont pas prononcées sur ce point. C'est donc que le fait, certes subjectif, existe en dehors de toute qualification. Le fait matériel perce toujours sous le fait qualifié.

En substance, nous partageons, à une nuance près, l'opinion du professeur Le Bars selon laquelle « la distinction du fait et du droit ne paraît guère poser de problème *in abstracto* » tandis qu'elle se complique dès lors qu'elle est envisagée *in concreto* » car « le fait existe indépendamment de toute règle et de toute interprétation juridique. Il est à l'état brut et son existence n'est perturbée ni par les qualifications que l'on veut bien lui attribuer, ni même par les interprétations que l'on en fait »⁴⁹². La nuance tient à ce qu'en nous éloignant un peu de la

⁴⁸⁹ Madame Robin relève d'ailleurs que les parties, qui doivent en principe énoncer les faits dans la langue commune, utilise le « langage juridique commun » ce qui « ne facilite pas toujours le rôle de l'avocat ou du juge ». ROBIN (C.), *La langue du procès*, th. Bordeaux IV, 1995, PU Faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2000, pp.127-128.

⁴⁹⁰ Nous donnerons pour exemples la preuve de certains faits qui nécessitent l'avis d'un expert du fait de leur technicité.

⁴⁹¹ Dans le même sens V. MOTULSKY (H.), « La cause de la demande... », *op. cit.*, p.107; VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr.), *Cassation et juridiction...*, *op. cit.*, p.33.

⁴⁹² LE BARS (Th.), *Le défaut de base légale*, *op. cit.*, n°145, p.110.

question du fait pur, il ne nous semble pas que la distinction soit plus réalisable en pratique qu'en théorie. Simplement, sa conception binaire ne permet pas d'englober intégralement le procès civil. Le changement de définition que nous allons constater n'y peut rien. La définition existe car fait et droit sont distincts mais elle ne peut être absolue, elle se limite à des définitions strictes du fait et du droit. Par ailleurs, nous ajouterons cette précision que le fait même qualifié ne devient pas une règle de droit au regard des caractères et de la structure que nous avons reconnus à cette dernière. Peut-être se rapproche-t-il de la présupposition de la règle de droit jusqu'à en prendre la forme mais est-il pour autant du droit ? A notre sens, et cela n'est nullement contradictoire avec les propos du doyens Le Bars, le fait qualifié est simplement un fait marqué du sceau de la comparaison.

117. La remise en cause de la distinction par la critique de l'existence du fait brut est aujourd'hui beaucoup plus rare. Ce débat conserve toutefois un grand intérêt théorique et fait ressortir l'idée doctrinale, que nous rejoignons, selon laquelle il existe un hiatus entre la distinction théorique et la réalité du procès. C'est pourquoi, de nouvelles définitions vont être proposées ce qui aura pour conséquence une modification de l'objet du discours de ceux qui étudient la distinction.

B - La mise en mouvement de la définition statique

118. A peine affirmée la définition de la distinction du fait et du droit, d'autres apparaissent. La nécessité procédurale conduit à cette substitution. La définition première de la distinction, nous l'avons déjà relevé, se compose de deux catégories très restreintes, elles-mêmes composées d'éléments statiques. Or le procès est un mouvement. Il conduit d'un événement à une solution par un cheminement complexe. La doctrine, qui avait affirmé jusque-là la possibilité de séparer le fait du droit par une définition théorique, abandonne cet instrument. Son objectif étant de parvenir à une distinction en adéquation avec la procédure civile, elle en vient à changer, imperceptiblement, l'objet de son discours. Deux définitions, que nous qualifieront de dynamiques, sont proposées. La distinction du fait et du droit devient celle des questions de fait et des questions de droit dans le cadre du contrôle de cassation (1) et celle des domaines du fait et du droit dans celui de l'office du juge du fond (2).

1- De la théorie au contrôle de cassation : du droit à la question de droit

119. La doctrine, lorsqu'elle s'exprime au sujet de la délimitation du contrôle de cassation, parle plus volontiers de question de droit que de fait. En adoptant une distinction des questions (a), elle remet, pour des raisons qui nous semblent évidentes, la distinction en question (b).

a - La distinction des questions

120. La plupart des auteurs, après avoir affirmé l'existence de la distinction de manière théorique, la corrigent, délibérément ou non, en parlant désormais de questions de droit et de fait et créent ainsi une certaine polysémie. Messieurs Boré en donnent l'exemple le plus marquant. Dans leur ouvrage de référence sur la cassation en matière civile, ils indiquent que « ainsi corrigée, la distinction du fait et du droit prend, en droit judiciaire de la cassation, un sens et une portée sensiblement différents de la simple distinction du fait matériel et de la norme juridique »⁴⁹³. Ainsi, la distinction des questions de fait et de droit se substitue à celle du fait et du droit. Cette pratique ne semble pas nouvelle.

121. Substitution des distinctions. De manière plus ou moins explicite selon les auteurs, la distinction de la norme et de l'événement devient celle des questions de droit et des questions de fait. Ces deux distinctions, quand on les découvre dans les écrits des juristes, marquent à n'en pas douter la présence de la distinction du fait et du droit ; mais chacune a un sens qui lui est propre. Selon nous, elles ne sont pas interchangeables et c'est pourtant le sort qu'il leur est réservé.

Ainsi Messieurs Boré ont expressément opté pour la scission entre questions de droit et questions de fait⁴⁹⁴. Le professeur Le Bars, qui a pris grand soin dans sa thèse de définir la distinction du fait et du droit aux travers des notions de droit et de fait, se concentre ensuite sur celle des questions de droit et de fait. En effet, la première se révèle à ses yeux incomplète car pour délimiter l'étendue du contrôle de cassation « il ne suffit donc pas de savoir reconnaître une notion de droit d'une notion factuelle. Il faut également déterminer le caractère juridique ou non juridique des questions que le juge du fond a tranchées »⁴⁹⁵. Certes, il semble que pour

⁴⁹³ BORE (J.) et BORE (L.), *La cassation en matière civile*, *op. cit.*, n°60.04, p.250 ; V. également BORE (J.) et BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°280.

⁴⁹⁴ BORE (J.) et BORE (L.), *Ibid.*

⁴⁹⁵ LE BARS (Th.), *th. précit.*, n°153, p.117 et n°165-170, pp.126-129.

l'auteur les deux distinctions se complètent. Pourtant dans le manuel de référence des professeurs Héron et Le Bars, si l'on retrouve les mêmes notions, la seconde distinction semble prévaloir puisque on peut y lire que « le pourvoi en cassation ne fait pas monter à la Cour suprême le procès tel qu'il s'est présenté devant les premiers juges avec toutes ses questions de fait et de droit. La Cour de cassation ne peut exercer sa censure que sur les questions de droit »⁴⁹⁶. Auparavant, Henri Motulsky adoptait une telle démarche. Après avoir soigneusement démontré dans la première partie de sa thèse que le fait et le droit, en tant que règle et faits matériels, se distinguaient aisément et sans aucun doute possible, l'auteur évoluait vers une distinction des questions de fait et des questions de droit dans son titre consacré à l'étude de la cassation⁴⁹⁷ mais également au fil de ses différents articles sur ce même sujet⁴⁹⁸. De même le professeur Kernaleguen, qui s'est interrogé à l'occasion de sa thèse sur les pouvoirs des juges de cassation, soutient que pour « la distinction, si fondamentale dans la technique de cassation, entre le fait et le droit (...) les notions contrôlées sont dites « question de droit », et les appréciations souveraines « question de fait » »⁴⁹⁹ et en use lui-même par la suite.

De manière plus discrète, la majorité de la doctrine, une fois qu'elle a dépeint le juge de cassation sous les traits du juge du droit et non du fait, explicite le propos par la formule traditionnelle selon laquelle il ne connaît pas des « questions de fait »⁵⁰⁰. Il est également remarquable que les auteurs belges, qui ont eu à se confronter à la même problématique, ont adopté sensiblement la même démarche⁵⁰¹.

122. Ancienneté de la substitution. Cependant, cette distinction des questions n'est pas nouvelle, bien au contraire. Gabriel Marty relevait déjà qu'il est classique de formuler « le principe directeur en cette matière en disant que la Cour de cassation ne peut connaître que des

⁴⁹⁶ LE BARS (Th.) et HERON (J.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^e ed., 2012, n°1318, p.908.

⁴⁹⁷ MOTULSKY (H.), *Principes...*, *op. cit.*, p.152 et s. Pour donner plus de souplesse aux notions de fait et de droit Motulsky parle également de « matière de droit » ou de « domaine du droit ». Egalement, dans un article il s'interroge sur le fait de savoir si la loi étrangère soulève une question de fait, « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz 1965, p.681 ou *Ecrits, études et notes de droit international privé*, Dalloz, 1978, pp.125-153.

⁴⁹⁸ Il s'interroge sur le fait de savoir si la loi étrangère soulève une question de fait, MOTULSKY (H.), « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », *Ecrits...*, *op. cit.*, n°6, p.135 et p. 141 et s.

⁴⁹⁹ KERNALEGUEN (Fr.), *L'extension du rôle...*, *th. précit.*, p.335.

⁵⁰⁰ V. notamment COUCHEZ (G.), *Procédure civile*, Sirey, 17^e ed., 2014, n°448, p.480; KERNALEGUEN (Fr.), *Institutions judiciaires*, Litec, Paris, 2008, 4^e ed., n°254, p.154.

⁵⁰¹ Nous renvoyons aux thèses de MM. Rigaux et Van Drooghenbroeck dont les démonstrations, le premier pour condamner la distinction, le second pour la sauver, passe de manière continu des notions de événement et règle de droit à celles de question de fait et question de droit. RIGAUX (Fr.), *La nature du ...*, *op. cit.*, notamment pp.75 et s. et 392 et s ; VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr.), *Cassation et juridiction...*, *op. cit.*, notamment pp.57 et s. et pp.127-128.

questions de droit et que les questions de fait sont soustraites à son examen »⁵⁰². Dans sa thèse de référence sur le sujet, il mentionne les deux expressions indifféremment. Il annonce d'ailleurs la distinction des questions de fait et des questions de droit comme étant l'objet de son étude après avoir donné pour titre à sa thèse « la distinction du fait et du droit »⁵⁰³. Pour lui les deux distinctions ne font qu'une et finalement, la première équivaldrait à un début de définition de la seconde. L'explication de cette position nous paraît simple. L'auteur ne souhaite pas s'interroger sur la réalité de la distinction, sur la possibilité de séparer le fait du droit et donc sur sa définition. Il ne l'envisage que dans un aspect pratique : elle est donnée comme le « critérium fondamental » du pourvoi en cassation et seule la détermination de ce qu'elle permet à la Cour de cassation de contrôler anime sa recherche⁵⁰⁴. Droit et fait se définissent comme question de droit et question de fait et non comme règle de droit et événements. Dans son travail de thèse, historique à plus d'un titre, la définition théorique n'a pas encore trouvé sa place auprès de la définition concrète.

Le même raisonnement se remarque d'ailleurs dans une thèse pénaliste du début du XX^e siècle. L'auteur, Pierre de Chauveron, s'étonnait que personne n'ait proposé de définition de la distinction du fait et du droit alors que celle-ci était bien « simple » et « indiscutable ». Il la formule donc en donnant une définition à la question de droit puis à la question de fait⁵⁰⁵. A l'époque personne ne contestait la distinction du fait et du droit et, par conséquent, le recours à la théorie n'était pas nécessaire⁵⁰⁶. Aujourd'hui, ce n'est plus le cas et la démonstration de l'existence de la distinction passe nécessairement par un certain degré d'abstraction. Voilà pourquoi, nous semble-t-il, la variation dont nous faisons état ici ne fait pas partie du discours de ces auteurs pionniers, d'une certaine manière, de la distinction.

123. Enfin, pour être tout à fait précis, nous devons relever la présence dans la littérature processualiste d'autres expressions venant remplacer celles de règle de droit et de fait matériel. Ainsi se découvrent les distinctions de l'erreur de droit et de l'erreur de fait, autrefois en usage

⁵⁰² MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit...*, *op. cit.*, n°4, p.14.

⁵⁰³ « Aussi avons-nous cantonné nos recherches sur le terrain spécial de ce que l'on nomme d'ordinaire la « distinction des questions de fait et des questions de droit », MARTY (G.), *La distinction ...*, *op. cit.*, n°1, p.11.

⁵⁰⁴ Le doyen Marty formule en ces termes la problématique de sa thèse : « le problème de la distinction du fait et du droit que nous nous proposons d'examiner, consiste donc en réalité à déterminer quelles sont, parmi les erreurs commises par les juges inférieurs, celles que la Cour suprême peut rechercher et censurer, en tenant compte des deux règles que nous avons énoncées », ces deux règles étant l'obligation de censurer les jugements contenant une violation de la loi et l'interdiction de connaître du fond des affaires. MARTY (G.), *La distinction ...*, *op. cit.*, n°12, p.23.

⁵⁰⁵ CHAUVERON (P. de), *Du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur la qualification criminelle*, Arthur Rousseau, Paris, 1908, p.3.

⁵⁰⁶ CHAUVERON (P. de), *ibid.*

pour délimiter requête civile et pourvoi en cassation⁵⁰⁷. La doctrine parle également de « point de droit » et de « point de fait », expressions moins éloignées de notre distinction théorique encore que peut-être un peu plus hermétiques, mais aussi de « jugement de droit » et « jugement de fait »⁵⁰⁸. Ces formules sont, à n'en pas douter, des manifestations de la distinction du fait et du droit : point, erreur et jugement de fait échappent au contrôle de cassation. Elles confèrent, tout autant que la scission entre questions de fait et de droit, une latitude aux usagers de la règle répartitrice. Elles sont aussi révélatrices de ce qui nous paraît être une certaine altération de la distinction originelle mais elles nous semblent moins fréquentes et moins évocatrices que la distinction des questions. Nonobstant, toutes dérivées de la distinction statique, elles se rejoignent et peuvent être tenues pour synonymes.

b - La distinction en question

124. Répétons-le, la scission entre la règle de droit et les faits nous paraît indiscutable. Bien que le droit prenne pour objet le fait, chacune des deux notions appartient à une catégorie différente. Cependant, confrontée à la réalité procédurale, cette démonstration, qui emportait jusque-là l'adhésion d'une grande partie de la doctrine, s'essouffle. La nécessité d'un recours à d'autres définitions se fait jour. C'est ainsi que sous la plume du professeur Le Bars, nous pouvons lire qu'il existe deux significations à l'objet de notre étude, un « sens abstrait » que nous avons déjà examiné et un « sens concret »⁵⁰⁹ duquel il est maintenant question. Le doublement de la définition est pareillement justifié par deux perspectives envisageables, l'une « statique » et l'autre « dynamique »⁵¹⁰. En affirmant ainsi l'existence de deux acceptions, l'une relevant de la « nature des choses », l'autre plus « politique », il est possible tout à la fois d'affirmer l'existence de la distinction et de l'adapter à la réalité du contrôle de cassation afin qu'elle soit opérationnelle.

125. De plus, le point de départ de ce changement d'objet du discours est simple. En affirmant que la Cour de cassation est juge du droit et non du fait, ce qui est la traduction de la distinction du fait et du droit dans le cadre du contrôle de cassation, finalement on ne dit que

⁵⁰⁷ Pour une listes des erreurs de droit V. GARSONNET (E.), *Traité théorique et pratique de procédure*, T6, Paris, 2e ed, 1898 revue et corrigée par Charles CESAR-BRU, §2317-2359, pp.396-464

⁵⁰⁸ Pour un exemple de définition des jugements de fait et de droit V. KERNALEGUEN (Fr.), *L'extension du rôle ...*, th. précit., 1979, p.343

⁵⁰⁹ LE BARS (Th.), *thèse cit.*, n°145, p.110.

⁵¹⁰ AUBERT (J.-L.), « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en matière civile », *op. cit.*, p.1115.

peu de chose. Il est difficile d'en extraire un critère opérant. Si l'on se contente de remplacer le terme droit par celui de règle de droit, qui en est l'acception théorique, le juge de cassation devient juge de la règle de droit. Or, en vertu même des textes, les magistrats ne jugent pas la loi, ils l'appliquent et les Hauts magistrats veillent à son respect⁵¹¹. La juridiction de cassation, depuis sa création, est gardienne de la loi, des règles de droit, du droit. Il nous semble alors, au regard des dispositions du Code de procédure civile relatives à sa compétence, qu'il n'est pas totalement exact de dire qu'elle juge les règles de droit⁵¹². Il en est de même de l'expression selon laquelle la Cour « contrôle le droit » et non le fait que l'on trouve notamment sous la plume du professeur Guinchard⁵¹³. Opérer la substitution reviendrait à écrire que la juridiction suprême contrôle la règle de droit⁵¹⁴. C'est pourquoi il nous semble difficile d'admettre que dans l'expression couramment employée, le droit corresponde à la règle de droit⁵¹⁵. Certes, l'image a des vertus pédagogiques mais elle n'en risque pas moins de créer une certaine confusion. De plus, si ce que nous venons de souligner peut s'apparenter à un truisme, « juge du droit » et « contrôle du droit » n'étant que des figures de style esthétiques et commodes⁵¹⁶, il apparaît que *c'est là la clef du changement de définition entrepris par les processualistes* qui s'étaient donné la peine de définir la distinction théoriquement afin d'en prouver l'existence.

126. La distinction du fait et du droit serait donc celle des questions de fait et des questions de droit. Nous venons d'expliquer le pourquoi d'une telle variation, mais nous pouvons également tenter d'en déceler les facteurs. Ainsi, comme nous l'avons observé lors de l'approche historique de cette étude, la distinction du fait et du droit a connu deux déclinaisons⁵¹⁷. La première, renvoyant à une stricte séparation entre le fait et le droit, déterminait les textes qui méritaient la protection de la Cour. La seconde, entendue comme

⁵¹¹ Nous renvoyons à l'article 604 c.p.c. qui définit la fonction de la Cour de cassation.

⁵¹² Du moins s'il est question du contrôle de cassation au sens strict. Le propos est bien sûr à nuancer au regard du contrôle de conventionnalité qu'elle peut exercer ou encore de son rôle de filtre en matière de QPC. Pour des développements plus importants sur ces points cf. *infra* n°444 et s.

⁵¹³ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (FR.), *Procédure civile...*, *op. cit.*, p.888.

⁵¹⁴ Les révolutionnaires refusaient que les magistrats puissent faire œuvre de législateur, d'où l'instauration du référé législatif et la conception syllogistique de la décision judiciaire. Cf. TROPER (M.), « La question du pouvoir judiciaire en l'an III », *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Bruylant, LGDJ, 2001, pp.117-136. Bien sûr, la jurisprudence est aujourd'hui envisagée comme source du droit mais il nous semble toutefois difficile d'admettre qu'elle contrôle le droit au sens strict de l'expression.

⁵¹⁵ C'est ce que faisait remarquer le professeur belge François Rigaux en énonçant que « s'il est exact que la Cour de cassation est juge du droit, encore faut-il entendre par là qu'elle contrôle l'application du droit au fait », RIGAUX (FR.), *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p.30.

⁵¹⁶ Au sujet des belles formules elliptiques nous rejoignons la pensée, déjà ancienne, de Berriat-Saint-Prix selon laquelle « le désir d'abrégé nuit encore à l'expression complète des arguments », cf. BERRIAT-SAINT-PRIX (F.), *Guide pour les thèses. Manuel de logique judiciaire à l'usage des candidats de concours, des avocats, des magistrats, de tous ceux qui traitent des questions de droit*, Paris, Cotillon, 1855, p.III.

⁵¹⁷ Voir *supra* n°49 s.

scission entre erreurs de fait et erreurs de droit, permettait de délimiter contrôle de cassation et requête civile. Nous ne serions pas loin de penser que ce sont ces deux distinctions, l'une statique et l'autre dynamique, qui ont aujourd'hui fusionné dans le discours de la doctrine processualiste. La Cour n'est pas juge du droit, elle ne contrôle pas que le droit. Elle veille au respect du droit en contrôlant (ce qui est encore à vérifier)⁵¹⁸ les questions de droit mais encore faut-il pouvoir déterminer ce qu'est une telle question.

Cet élargissement des notions de fait et de droit se retrouvent tout autant lorsqu'il s'agit de délimiter les rôles entre les parties et le juge qu'en matière de contrôle de cassation.

2 - De la théorie à l'office du juge : du droit au domaine du droit

127. Henry Motulsky lui-même, qui avait soigneusement défini les deux termes afin de rendre incontestable leur distinction, s'est trouvé contraint de recourir à des acceptions plus larges. Toutefois, ce changement de définition ne se fait pas ouvertement. Bien qu'il se soit servi de la distinction théorique pour affirmer que la cause n'était « ni la règle de droit, ni le fait invoqué qualifié mais le fait invoqué »⁵¹⁹, au fil de ses écrits le droit, prend un autre sens. Le lexique employé traduit cette modification. Le premier indice de cette mutation nous est fourni par l'expression « le juge a l'apanage du droit » maintes fois employée par Motulsky⁵²⁰ et qu'il considère comme un axiome⁵²¹. Le juge n'a pas l'exclusivité de « la règle de droit », mais de son « application » comme le répète l'auteur en se référant à l'article 12 c.p.c.. Le second indice se décèle dans les expressions « domaines »⁵²² et « matière de droit ». Bien qu'ayant affirmé dans un premier temps que la matière litigieuse se composait d'éléments de fait et de droit⁵²³, le droit devient ensuite un domaine qui contient bien plus que ces derniers. Cela est très explicite dans la thèse du doyen Normand, dont les idées s'opposent à celles de Motulsky et qui va consacrer une partie de son étude à la formule « le fait est le domaine des parties, le droit est le

⁵¹⁸ Voir Chapitre 1, Titre 2, 2^e Partie.

⁵¹⁹ MOTULSKY (H.), *Droit processuel*, op. cit., p.206.

⁵²⁰ MOTULSKY (H.), *Principes...*, op. cit., p.82 ; *Droit processuel*, op. cit., p.198, p.199 ; « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », op. cit., p.41 ; « L'office du juge et la loi étrangère », op. cit., p.339 ; « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *Ecrits. Etudes et notes de procédure civile*, Vol. 1, Paris, Dalloz, 2^e ed., 2009, p.294 et p.302.

⁵²¹ MOTULSKY (H.), « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », op. cit., n°14, p.134.

⁵²² L'expression « domaine du droit » se retrouve maintes reprises sous sa plume : MOTULSKY (H.), « l'office du juge et la loi étrangère », op. cit., p.343 et p.353.

⁵²³ MOTULSKY (H.), « Prolégomènes... », *Ecrits. Etudes et notes de procédure civile*, op. cit., p. 290.

domaine du juge », opposition « qui a le mérite de la clarté »⁵²⁴. La solution à laquelle il aboutit est ainsi énoncée : « les faits apparaissent comme le domaine privilégié des parties » et « le droit apparaît comme le domaine privilégié du juge »⁵²⁵. Ici encore, on s'éloigne de la notion de règle de droit.

128. Par la suite, l'aphorisme « le droit est l'apanage du juge » a été assimilé avec une grande facilité, par le droit processuel français, malgré quelques critiques⁵²⁶, et y est quasiment devenu un adage⁵²⁷. Il y rejoint « *Da mihi factum, Dabo tibi jus* », traditionnellement traduit par « donne-moi le fait, je te donnerai le droit »⁵²⁸. On les découvre, tous les deux, synthétisés et simplifiés sous la formule « aux parties le fait, au juge le droit »⁵²⁹. Cependant, ici encore, le droit ne revêt plus le sens de règle de droit. Ainsi à la lecture des professeurs Héron et Le Bars, on découvre dans un premier temps que le droit est une « *res communis* » et on peut encore supposer qu'il est question ici de la règle juridique. Toutefois, dans un second temps, ils indiquent que « le principe justement posé par le Code de procédure civile est donc que le juge dispose des plus larges pouvoirs pour ce qui est de l'application du droit ». Il ne s'agit donc plus de la règle de droit, mais d'un domaine plus vaste, celui de l'application du droit. De même, le professeur Guinchard soutient que « le domaine des *faits* serait celui des *parties*; le domaine du *droit* serait celui du *juge* »⁵³⁰.

Tel est également le cheminement suivi par la très grande majorité des manuels de procédure qui commencent par annoncer la « maîtrise de parties sur le fait » et celle « du juge sur le droit »⁵³¹. Ils exposent généralement la répartition des rôles sur la matière litigieuse en étudiant d'un côté le pouvoir des parties quant aux faits et le pouvoir du juge quant au droit de l'autre. Cependant, les paragraphes intitulés « droit » ou « fait » évoquent plus sûrement des domaines que les notions auxquelles ils renvoient car les processualistes y évoquent toutes les opérations que parties et juges effectuent sur eux.

⁵²⁴ NORMAND (J.), *Le juge et le litige*, op. cit., p.176.

⁵²⁵ NORMAND (J.), *Le juge et le litige*, op. cit., p.216.

⁵²⁶ V. notamment LE BARS (Th.) ET HERON (J.), *Droit judiciaire privé*, op. cit., p.222.

⁵²⁷ Du moins un adage qui soutient le droit plus qu'il ne le contient selon la classification du doyen CORNU, cf. Cornu (G.), *Linguistique Juridique*, op. cit., n°108, p.366 et n°109, p.370.

⁵²⁸ ROLAND (H.) et BOYER (L.), « *Da mihi factum, dabo tibi jus* », *Adages du droit français*, op. cit., n°71.

⁵²⁹ Expression attribuée par certains auteurs à Motulsky. V. par ex. HERON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°279, p.227 ; LE GALLOU (A.), « Le Juge et le Droit : présentation de l'article 12 NCPC », *Revue juridique de l'Ouest*, 1995, Vol.8, n°4, pp. 477-499.

⁵³⁰ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile...*, op. cit., n°464, p.381.

⁵³¹ CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN(O.) *Procédure civile*, op. cit., p.,122; GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (FR.), *Procédure civile...*, op. cit., n°464, pp.381 et s. et n°499 et s., pp. 405s.; LEFORT (C.), *Procédure civile*, op.cit., p. 194; NORMAND (J.) et BLERY (C.), « Principes directeurs du procès », op. cit., n° 7, STAES (O.), *Droit judiciaire privé*, Ellipses, 2006, p.128 ; VERGES (E.), *Procédure civile*, PUG, 2007, p.35.

Les notions de règle de droit et de circonstances factuelles semblent trop restrictives pour s'adapter aux exigences du procès civil. La doctrine a donc été contrainte de s'adapter en la matière en substituant à la distinction du fait et du droit celle de domaine factuel et de domaine juridique, ce dernier étant celui de l'application du droit.

Le passage de la distinction du fait et du droit aux distinctions dynamiques ne se résume pas à une simple question de vocabulaire. La multiplication des définitions de la distinction conduit à l'apparition de nouvelles frontières entre les univers factuel et juridique.

§2 - La profusion des frontières entre le fait et le droit

129. Conçue pour étayer la distinction du fait et du droit, la modification de sa définition classique paraît courir le risque de la déstabiliser. Les définitions dynamiques retenues ne la remplacent pas ni ne la complètent mais, en engendrant une multiplicité de frontières, elles proposent des critères de scission supplémentaires. Or, paradoxalement, l'accumulation de lignes de séparation entre fait et droit peut conduire à rendre moins visible la frontière qui passe entre les deux. De plus, si ces nouvelles frontières apparaissent plus proches de la réalité du procès ce n'est pas pour autant qu'elles permettent de régler le problème posé par la qualification, qu'elles ne justifient pas de ranger dans le fait ou dans le droit, que l'ont force afin de la faire entrer dans la classification souhaitée. Les frontières ont été multipliées principalement afin de classer tout le procès en fait et en droit ce qui ne signifie pas que cet objectif soit atteint, la nature de la qualification restant, à nos yeux, délicate à justifier. De ce fait, sans réellement remettre en cause l'existence d'une distinction entre fait et droit, l'image que l'on peut en avoir risque d'être troublée.

Ainsi la profusion des frontières a pour effet regrettable de rendre introuvable la frontière entre fait et droit (A) sans pour autant atteindre son objectif qui est de justifier la nature de la qualification (B).

A - L'effet regrettable de la profusion : l'introuvable frontière entre fait et droit

130. Nous l'avons vu, aucun domaine n'échappe à la multiplication des distinctions. Dans le cadre de l'office du juge, en passant de la notion de règle de droit à celle de domaine du droit, on crée inévitablement une nouvelle frontière à côté de la première. Il s'agit de la ligne de séparation entre activités de fait et de droit. Différemment, en matière de cassation, il a donné lieu à une substitution de frontière au fil des débats sur la qualification mais ce remplacement, n'ayant pas porté ses fruits, a engendré de nouveaux critères de répartition. Si la plupart n'ont pas été retenus, ils donnent pourtant l'image d'une lisière instable et fluctuante entre le fait et le droit du seul fait d'avoir été proposés et multipliés,.

La frontière entre fait et droit devient introuvable, dissimulée par l'adjonction de la frontière entre activité de fait et de droit (1) et la multiplication des frontières entre questions de fait et de droit (2).

1 - L'adjonction de la frontière entre activité de fait et de droit

131. Nous avons vu que Motulsky, lorsqu'il étudie la distinction dans le cadre concret du procès, parle plus volontiers de domaine du droit et de domaine du fait que de règle de droit et d'événement ce qui, loin d'être anecdotique, a des conséquences. Il donne par ce biais un nouveau sens à la scission, créant même, selon nous, une distinction supplémentaire.

La matière du litige se compose, selon l'auteur, « des éléments de fait et de droit dont l'ensemble constitue l'édifice du procès ». Sont compris dans les éléments de fait, l'objet du litige et les faits qui fondent la prétention. Les éléments de droit correspondent alors aux faits empreints d'une coloration juridique, c'est-à-dire qualifiés, et à la règle de droit (sous forme ou non de moyen de droit). On retrouve ici la définition classique de la distinction qui a permis d'affirmer la nature factuelle de la cause.

Néanmoins, Motulsky sépare également certaines activités en fait et en droit. Ainsi, l'activité de droit est celle qui « concerne *l'élaboration et l'analyse* de la règle de droit ainsi que *la mise en contact* de cette dernière et des concepts de fait, laquelle s'opère par la qualification du fait et par la tentative d'application de la norme »⁵³². Les autres relèvent alors du fait.

⁵³² MOTULSKY (H.), « La cause de la demande... », *op. cit.*, note 63, p.116.

Par ce raisonnement, il enferme dans le « domaine du droit » à la fois les règles de droit et toutes les activités qui les mettent en jeu. Est du droit toute opération portant sur une règle de droit. C'est pourquoi ce domaine, affirmé comme l'apanage du juge, recouvre en réalité tout ce qui est nécessaire à l'application de la règle de droit, c'est-à-dire aussi bien la règle elle-même que les activités sur celle-ci. C'est ainsi que Motulsky soutenait déjà, lorsqu'il étudiait le contrôle de cassation, que « tout ce qui est énoncé, analyse et interprétation de la règle de Droit est, sans aucun doute, matière de Droit ; tout ce qui est reconnaissance des faits constants ou vérifiés après contestation est, tout aussi évidemment, du domaine du fait »⁵³³.

De la même manière, nombre de manuels de droit judiciaire privé, recensent d'une part, sous un intitulé « droit », toutes les activités portant sur le droit et d'autre part, sous l'intitulé « fait » celles mettant en jeu les faits⁵³⁴. De cette façon, de manière subtile, entrent dans le droit non seulement la règle de droit mais également toutes les activités qui la mettent en jeu : choix, interprétation et application au sens strict. Symétriquement, le fait regroupe allégation et preuve du fait.

Cet élargissement des notions de fait et de droit trouve certainement son explication dans la composition du débat qui ne se limite pas aux seules règles de droit et faits du cas. C'est pourquoi comme l'écrit le professeur Croze, « il faut non seulement distinguer entre éléments de fait et de droit servant de fondement au raisonnement, mais aussi entre raisonnement en droit et raisonnement en fait »⁵³⁵. La séparation doit donc passer entre règle de droit et fait mais également entre actions portant sur le fait et actions portant sur le droit.

132. La frontière est désormais double et la difficulté d'opérer la scission entre le juridique et le factuel s'en trouve renforcée. Les critiques ne pouvaient alors que fleurir sur un tel terreau. Selon nous, pour que la distinction soit opérante il faut que toutes les activités portant sur le droit soient de la compétence du juge, ce que nous vérifierons ultérieurement. Auparavant, il nous faut relever que pour que la distinction existe, pour que l'on puisse tracer une frontière entre domaine du fait et domaine du droit, toutes les activités juridiques doivent

⁵³³ MOTULSKY (H.), *Principes...*, p.156.

⁵³⁴ V. par ex. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, pp.423 et s. ; GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile ...*, op. cit., pp.392 et 405 ; NORMAND (J.) et BLERY (C.), « Principes directeurs du procès », *JCl. procédure civile*, 2010, Fasc. 152. De même, et en adoptant plus de nuances dans le plan de son manuel, le professeur Douchy-Oudot écrit que « Le traitement du litige pose la question de la maîtrise de la matière du litige, en fait et en droit », DOUCHY-LOUDOT (M.), *Procédure civile*, Paris, Gualino, Lextenso éditions, 6^e éd., 2014, p.207, n°362.

⁵³⁵ CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN(O.) *Procédure civile, op. cit.*, p.123.

porter sur le droit et toutes les activités qualifiées de factuelles doivent avoir pour objet le fait. Si une telle proposition paraît relever du truisme, une rapide réflexion amène au constat inverse. La preuve vient déjà ébranler cette symétrie mais surtout la question du classement de la qualification la bouleverse totalement. Elle s'effectue en effet tant sur le fait que sur le droit, puisqu'elle consiste en une comparaison des deux éléments.

Cette première distinction dynamique tente de se couler dans le moule du procès civil en permettant d'inclure dans le droit autre chose que la règle de droit et dans le fait, plus que le simple événement. La distinction des domaines juridique et factuel conduit à tracer une frontière entre les activités de fait et de droit. La ligne de démarcation due à la distinction des questions la recoupe en partie.

2 - La multiplication des frontières entre questions de fait et de droit

133. La distinction des questions est très proche de celle séparant les activités en fait et en droit car toutes deux tirent leur origine de la nécessité pour le juge d'appliquer le droit. Cependant, si le tracé de la ligne de démarcation entre activités de fait et de droit était quasi unanimement admise par la doctrine, c'est loin d'être le cas de celle entre question factuelle et juridiques. Plusieurs délimitations sont ainsi avancées qui au final donnent l'impression d'une frontière mouvante.

134. La frontière première. Toujours dans l'optique de donner plus de souplesse à la distinction du fait et du droit et de l'adapter à la dynamique de la cassation, la doctrine s'est orientée vers une nouvelle distinction, celle des questions de fait et des questions de droit. Il convient donc de donner sens à ce nouveau critère, en recherchant la signification dans les écrits des processualistes.

Ce travail n'est pas aisé car on a beau lire que les questions de fait sont hors de la préoccupation du juge de cassation, on en découvre difficilement la définition. Nous en avons tout de même mis à jour quelques-unes qui, associées aux propos tenus par les processualistes sur ce sujet, permettent de déceler ce que sont ces notions.

Le premier point à relever est que cette distinction puise ses racines à la même source que celle des activités. Toutes deux partent du constat que pour appliquer le droit, le juge a diverses tâches à effectuer lors du procès afin de parvenir au jugement : appréciation des faits,

qualification, choix, interprétation et application de la règle de droit. De plus elles semblent provenir de la confusion soulignée précédemment entre les deux distinctions (du fait et du droit *stricto sensu* et des erreurs) jadis utilisées pour délimiter le contrôle de cassation⁵³⁶.

Ainsi, les distinctions des activités et des questions semblent se confondre. La seconde catégorie consiste à voir dans la question de fait celle qui porte sur des faits et dans la question de droit celle qui interroge sur la règle de droit. A l'instar de ce qui se produit dans la première, le droit paraît évoluer en un « champ du droit » qui comprend la règle de droit et les actes que l'on fait sur cette règle de droit : question de droit et erreur de droit. Le fait prend, de la même manière, de l'ampleur en devenant « univers du fait ». Les difficultés qui résultent de cette vision globale, et en quelque sorte monolithique, du droit et du fait sont sans doute dues à l'existence de certaines questions qui imposent la manipulation d'éléments de droit et d'éléments de fait. La qualification va ainsi poser problème et susciter d'autres approches de la distinction des questions.

Cette conception, que l'on peut qualifier de monolithique, se révélant encore trop abstraite, a conduit à tracer d'autres frontières sans être pour autant abandonnée.

135. Les frontières subséquentes. Deux autres conceptions de la distinction des questions se peuvent déceler dans les écrits de la doctrine processualiste.

La première de ces approches est structurale au sens où elle repose sur l'analyse de l'architecture de la règle de droit que nous avons déjà examinée⁵³⁷. Elle s'écarte de la première opinion grâce à une vision plus parcellaire du fait et du droit et, afin de résoudre l'épineux problème de classification de la qualification, elle s'appuie sur la structure de la règle de droit, sur sa décomposition en présupposition et effet juridique. Ainsi, à suivre la thèse du professeur Kernaleguen, « si le concept en cause (...) exprime et traduit les circonstances d'une réalité, il est évidemment du domaine du fait » mais si un concept « provient de la décomposition de la présupposition d'une règle de droit en constitue l'énoncé, l'analyse ou l'interprétation « il est sans aucun doute matière de droit » »⁵³⁸. Dans le même sens, le professeur Le Bars affirme que « constitue une question de fait l'identification d'une situation de fait à un terme non juridique, c'est-à-dire un concept qui ne se trouve pas inclus dans une norme de droit ». *A contrario*, chaque fois qu'il y a identification avec un terme juridique, contenu dans la présupposition, la

⁵³⁶ *Supra* n°57.

⁵³⁷ *Cf. supra* n°103.

⁵³⁸ KERNALEGUEN (Fr.), *L'extension du rôle..., th. précit.*, p.338.

question est de droit. Sont alors qualifiées de question de droit par cet auteur : « les questions d'imputation d'un effet juridique à un présupposé normatif », « la subsomption d'un complexe de fait sous une norme »⁵³⁹. Il y ajoute « la légalité d'une preuve et la détermination de la valeur probante des preuves parfaites »⁵⁴⁰. Il s'éloigne ici du critère choisi par le professeur Kernaleguen. En effet, le professeur Le Bars écrit que « l'utilisation d'une notion de fait par le juge ne pose, en elle-même, aucune question de droit » mais qu'« en revanche, l'utilisation d'une notion de droit pose des questions de fait comme de droit »⁵⁴¹. En dépit de ses avantages, il faut avouer que ce critérium n'a pas totalement emporté notre conviction dans la mesure où il est assez peu opérant. En effet, à le suivre, on ne peut plus affirmer que dès qu'une règle de droit est en jeu il y a question de droit. On peut seulement soutenir que quand il n'y a que des éléments de fait en jeu, il y a question de fait mais que si notions de droit et de fait sont en cause alors la question est soit juridique soit factuelle.

Cette conception présente pourtant plusieurs attraits. D'un côté, elle affine les concepts pouvant être qualifiés de juridiques ou factuels leur réservant des sorts différents et s'approche ainsi plus de la réalité. De l'autre, elle propose une justification à la classification de la qualification dans le domaine du droit. Pourtant, nous nous permettrons de regretter d'une part qu'elle réduise la catégorie « question de fait » à peu de chose et d'autre part, qu'elle aboutisse, à partir d'un même point de départ, l'analyse structurale, au tracé de plusieurs frontières. Elle contribue donc à donner une image fluctuante de la distinction qui va s'amplifier avec l'ajout d'une troisième conception.

136. La dernière conception de la distinction des questions, que nous qualifierons de purement procédurale, apparaît comme celle qui prête le plus le flanc à la critique. Faute de pouvoir déterminer une frontière nette entre les questions factuelles et juridiques qui corresponde en tout point à la réalité procédurale, ses défenseurs recourent à une définition calquée sur la pratique. Le choix du contrôle, ou de son absence, détermine alors la frontière entre fait et droit. C'est pourquoi il n'est pas rare de trouver sous la plume de processualistes que le droit est ce que la Haute juridiction contrôle autrement dit que « le droit est ce que [la Cour de cassation] décide de soumettre à son examen, le fait tout le reste »⁵⁴². Il est ainsi préféré

⁵³⁹ LE BARS (Th.), *Le défaut de base ...*, th. précit., n°169, p.128.

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ LE BARS (Th.), *Le défaut de base légale...*, th. précit., n°165, p.126.

⁵⁴² BELLET, « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », conférence prononcée le 19 décembre 1979 lors de l'Assemblée générale de la Société de législation comparée, cité in BUFFET (J.), « Le contrôle de la cour de

une définition fonctionnelle à la conception notionnelle de la distinction. Nous serions alors en présence d'une notion pour laquelle « la définition fonctionnelle est plus productive que la définition classique »⁵⁴³. Cependant, alors que la doctrine soutient dans un premier temps que la distinction se fonde sur une différence de nature, des auteurs affirment à juste titre qu'il ne paraît pas envisageable que la seule volonté de la Haute Cour suffise à déplacer la frontière entre fait et droit. Autrement dit « la Haute Juridiction n'a pas plus le pouvoir de transformer le droit en fait que celui de muer l'eau en vin »⁵⁴⁴. Dans la conception fonctionnelle, les natures factuelle ou juridique ne sont plus conférées par les qualités intrinsèques des éléments concernés mais par la Cour de cassation qui, à son gré, semble pouvoir changer le fait en droit, et inversement, lors du contrôle de l'opération de qualification. Plus que fonctionnelle la définition de la distinction devient tautologique⁵⁴⁵ et son existence, fondée sur la réalité et la stabilité de la frontière qu'elle crée, en est fragilisée. Cette frontière en s'ajoutant aux autres propositions ne fait pas que créer une impression de d'instabilité, elle est réellement mouvante.

137. Dans le même esprit, Messieurs Boré après avoir utilisé la distinction du fait, événement, et du droit, règle de droit, pour affirmer son existence et déterminer les normes que la Haute Cour se doit de protéger, se tournent vers une distinction des questions assez proche de celle-ci en appelant « question de droit », celle sur laquelle la Cour de cassation accepte d'exercer son contrôle complet, et « question de fait », celle sur laquelle elle n'exerce que son contrôle minimal de la motivation »⁵⁴⁶. La frontière entre ce que la Cour suprême censure ou non est déplacée en fonction de l'intensité de son action : elle contrôle fait et droit mais de manière plus ou moins exhaustive. Reste que la définition de la distinction se fonde ici aussi sur les agissements de la Cour suprême à laquelle on donne la compétence de sa propre compétence grâce au flou qu'induit le problème de définition de la distinction du fait et du droit. La conséquence en est à nouveau une frontière fluctuante.

L'étude de ces deux nouvelles distinctions nous conduit à un constat. Sous des appellations différentes, « question » ou « domaine », il s'agit seulement d'inclure les activités

cassation et le pouvoir souverain », *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, 2004, p. 116.

⁵⁴³ RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris II, 1978, Paris, LGDJ, 1980, p. 49.

⁵⁴⁴ Formule citée in BUFFET (J.), *op. cit.*, *ibid.*

⁵⁴⁵ En ce sens le droit ne serait qu'une tautologie « étant une question de droit toute question susceptible d'être tranché par la cour », RIGAUX (F.), *La nature du contrôle de cassation*, *op. cit.*, n°51, p.78.

⁵⁴⁶ BORE (J.) et BORE (L), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°280.

du juge dans le « droit » et celle des parties dans le « fait ». Cependant, ce changement d'objet du discours des auteurs de droit processuel n'atteint pas pleinement son but. Si la distinction ainsi doublement définie est plus maniable et se plie davantage aux contraintes de la procédure civile, elle achoppe sur un point bien précis, celui de la qualification.

B - L'objectif inatteignable par la profusion: la justification de la nature de la qualification

138. Nous avons déjà abordé les problèmes que pouvait soulever la qualification dans la conception purement abstraite de la distinction. Nous en avons conclu qu'elle mettait en contact fait et droit sans conduire à une confusion entre les deux⁵⁴⁷. Le fait est l'objet du droit et la qualification est le vecteur de cette relation.

Cependant la question est loin d'être épuisée. Les distinctions dynamiques que nous avons découvertes à la lecture de la doctrine processualiste, distinctions (quasiment équivalentes) des questions de droit et de fait et des activités de droit et de fait, relancent le débat. En élargissant l'univers du droit par-delà la règle de droit, les processualistes ont engendré une nouvelle difficulté. Puisque les activités effectuées par le juge du fond doivent appartenir soit au domaine juridique soit au domaine factuel, la qualification doit être classée. Il est donc nécessaire de découvrir sa nature. Dans la vision binaire que crée la distinction dynamique, elle ne peut appartenir qu'à l'un ou l'autre de ces univers⁵⁴⁸.

Semblant relever à la fois du fait et du droit, la qualification interroge sur sa nature, ce qui a donné lieu à de nombreuses théories. La plupart tentent de la classer dans la seconde catégorie afin de conforter l'existence d'une séparation stricte entre le fait et le droit. Cependant cette introduction artificielle dans le domaine juridique remet plus en cause la question de l'existence de la distinction qu'elle ne lui apporte une solution. Aussi, nous proposons-nous d'aborder le problème d'une autre manière en estimant possible de considérer la qualification autrement qu'à travers ce prisme sans pour autant nier toute existence à la distinction théorique.

⁵⁴⁷ V. *supra* n°142.

⁵⁴⁸ Certes des exceptions peuvent être admises, mais on découvre une réelle volonté de classer la plupart des éléments et activités selon le fait et le droit.

Nous entendons démontrer que les distinctions dynamiques affirment la nature de la qualification sans emporter totalement la conviction (1) alors qu'il est possible de la justifier par la distinction classique (2).

1 - La nature de la qualification affirmée par les distinctions dynamiques

139. Le débat sur la nature de la qualification a pris sa source dans la question de la délimitation du contrôle de cassation et a depuis agité la doctrine. A l'inverse des autres activités effectuées au cours du procès, elle ne porte pas exclusivement sur le fait ou sur le droit mais sur les deux. Elle les met en relation afin que, en cas de coïncidence, le juge puisse faire produire ses effets juridiques à la règle de droit. Les questions et les activités de droit ne devant porter que sur des éléments de droit, la qualification entre-t-elle dans cette catégorie ? A l'inverse, puisqu'elle touche au fait, ne serait-elle pas encore du domaine du fait ? Ne serait-elle ni une question juridique ni une question factuelle remettant ainsi en cause l'existence de la distinction ? Peu d'auteurs approuvent cette position mais on en trouve tout de même quelques expressions. Ainsi on a pu lire que « la qualification dépasse l'ordre des constatations matérielles »⁵⁴⁹ mais « ce n'est pas encore la question de droit »⁵⁵⁰. Dans sa thèse, François Rigaux estime que puisque le fait (pur) n'existe pas, la qualification ne peut-être factuelle. Mais pour le maître de Louvain elle n'est pas pour autant juridique car « si la qualification n'est pas « passage du concret à l'abstrait », elle n'est pas d'avantage classification d'un rapport de droit sous une catégorie juridique »⁵⁵¹. Dans le même sens, M^e Martin, va jusqu'à s'interroger sur l'existence de la qualification puisque pour lui il n'y a ni « concept de fait » ni « concept de droit »⁵⁵². Pourtant, il se ralliera à une position plus modérée en refusant de voir dans la qualification un phénomène de droit ou de fait mais « une charnière »⁵⁵³. Pour lui il n'y aura jamais scission entre fait et droit mais une confusion entre les deux notions due à la qualification. Pour tous ces auteurs, il semble que la qualification interdit la distinction.

140. A l'opposé, la majorité de la doctrine affirme la nature juridique de la qualification mais loin de lever le doute sur l'existence de la distinction elle ne fait, nous semble-t-il que le renforcer. Dans un premier temps maintes théories ont été proposées afin d'expliquer les aléas

⁵⁴⁹ HUSSON (L.), *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, Dalloz, 1974, p. 156.

⁵⁵⁰ BUCH (H.) repris in HUSSON (L.), *op. cit.*, pp.156-157.

⁵⁵¹ RIGAUX (Fr.), *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p.86.

⁵⁵² MARTIN (R.), « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP*, 1974, I 2625, n°41.

⁵⁵³ MARTIN (R.), « Retour sur la distinction du fait et du droit », *D.*,1987, chron., N°12, p.274.

du contrôle de la Cour suprême sur la qualification. Nombre de ces thèses, loin d'expliciter la distinction au regard de la qualification n'ont fait, à notre sens, que la compliquer en ajoutant un critère supplémentaire : celui des définitions légales du président Bary, celui de l'appréciation juridique du procureur général Dupin⁵⁵⁴ ou encore une combinaison des deux proposée par Faye⁵⁵⁵. D'autres ont préféré affirmer, à la suite de Désiré Dalloz et avec le succès que l'on connaît, que toute qualification portait un problème de droit. A son tour, Motulsky a apporté tout son crédit à l'idée du contrôle général liée à la nature purement et exclusivement juridique de la qualification en affirmant que « l'idée d'après laquelle toute qualification soulève une question de Droit exprime, par contre, une vérité »⁵⁵⁶. En effet, « il s'agit là, à [son] avis, d'activités dont le caractère juridique est indéniable » car elles mettent « la réalité sociale en contact avec des notions qui, résultant de l'analyse et de l'interprétation de cette règle, sont forcément demeurées juridiques »⁵⁵⁷. Si l'on peut admettre la solution, on peut en revanche nourrir des doutes sur le raisonnement qui y conduit et qui semble tenir davantage de la logique d'autorité que de la réelle démonstration. Finalement, Motulsky avance un nouveau critère : dès que la règle de droit est concernée par une opération, celle-ci relève du domaine juridique même si le fait est concerné. Cela permet à la qualification d'intégrer le « droit » et la distinction est sauve : tout est fait ou droit dans le procès.

Malgré une justification prêtant le flanc à la critique, la nature juridique de la qualification a été reconnue dans la doctrine processualiste⁵⁵⁸ et si elle est encore contestée c'est surtout de manière anecdotique. Le dictionnaire de l'association Capitant confirme cette assimilation en la définissant comme l'« opération intellectuelle consistant dans l'analyse juridique d'un fait ou d'un acte qui constitue une question de droit (non de fait) »⁵⁵⁹. Les professeurs Kernaleguen et Le Bars, attachés à la distinction du fait et du droit, ont entendu renforcer la preuve de cette qualité à l'aide de l'analyse structurale de la règle de droit⁵⁶⁰. Le domaine du droit s'en trouve encore élargi puisque le professeur Kernaleguen affirme que tout ce qui résulte de la décomposition de la règle de droit est droit ou question de droit tandis que

⁵⁵⁴Pour un exposé détaillé de ces théories nous renvoyons à divers ouvrages : MOTULSKY (H.), *Principes...*, *op. cit.*, n°132-137, pp.152-155 ; KERNALEGUEN (Fr.), *L'extension du rôle ..., th. précit.*, n°126-128, pp.285-293 ; LE BARS (Th.), *Le défaut de base légale ..., op. cit.*, n°148-151, pp.112-115 ; BORE (J.) et BORE (L.), *La cassation en matière civile, op. cit.*, n°65.11 à 65.91, pp. 308-315.

⁵⁵⁵FAYE (Er.), *La Cour de Cassation*, Paris, 1903, La Mémoire du droit, 1999, n°157et s. p.173 et s.

⁵⁵⁶MOTULSKY (H.), *Principes...*, *op. cit.*, p.137, p.155.

⁵⁵⁷MOTULSKY (H.), *Principes...*, *op. cit.*, n°138, p.156.

⁵⁵⁸En ce sens, KERNALEGUEN (Fr.), *L'extension du rôle ..., th. précit.*, n°129, p.293.

⁵⁵⁹CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V° Qualification, pp. 826-828.

⁵⁶⁰KERNALEGUEN (Fr.), *th. précit.*, n°129, pp.293-294 ; LE BARS (Th.), *th. précit.*, n°162-164, pp.124-126. V. également *supra* n°103.

le doyen Le Bars soutient que « la subsumption d'un complexe de fait sous une norme constitue également une question de droit »⁵⁶¹. Cependant, il affirme que « le caractère juridique de la qualification ne peut découler que de la nature de l'un des concepts sur lesquels elle porte » et que comme l'on parle d'opération juridique et que le premier élément est de fait, le second élément ne peut être que de droit⁵⁶². Il apparaît que le caractère juridique de la qualification justifie la nature normative du second élément de la comparaison qui, lui-même, fonde l'appartenance au droit de la qualification.

141. Ainsi les tentatives de prouver la nature juridique de la qualification ne tiennent pas véritablement leurs promesses à nos yeux. L'intuition de ce caractère et le pressentiment qu'elle ne peut être « fait » constituent certainement les véritables justifications. Cela conduit cependant à fragiliser la distinction du fait et du droit dans la mesure où le critère de la juridicité est modifié à chaque fois que se rencontre un obstacle. De cette façon, certains auteurs désabusés, reconnaissant les limites intrinsèques à la distinction, et forts du constat que dans quantité d'hypothèses « le droit et le fait sont tellement imbriqués (...) qu'on ne sait guère quand l'un finit et quand l'autre commence »⁵⁶³, ont fini par recourir à une définition fonctionnelle, que nous avons précédemment évoquée.

La volonté de décomposer le procès en fait et en droit contraint à multiplier les critères de distinction exposant ainsi à brouiller la frontière qu'il peut exister entre le fait et le droit, la multiplication des définitions de la distinction n'apportant pas de solution satisfaisante au problème de la nature de la qualification. Pourtant, si l'on résiste à la tentation de ne concevoir le procès que selon ces deux entités et que l'on s'en tient à la définition théorique préalablement posée de la distinction, la qualification ne peut amener la confusion entre ce qui est juridique et ce qui relève du factuel.

2 - La nature de la qualification justifiée par la distinction classique

142. La définition avancée afin de démontrer l'existence séparée du fait et du droit n'inclut pas la qualification. Le fait y est conçu comme l'événement et le droit comme la règle

⁵⁶¹ LE BARS (Th.), *Le défaut de base légale...*, *th. précit.*, n°169, p.128.

⁵⁶² « Le caractère juridique de la qualification ne peut découler que de la nature de l'un des concepts sur lesquels elle porte. Le premier étant de fait, il faut considérer que le second est de droit. Car si le rapprochement ne portait que sur des concepts de fait, on ne parlerait pas d'opération juridique », LE BARS (Th.), *th. précit.*, n°161, p.124.

⁵⁶³ PERDRIAU (A.), « Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de Cassation », *op. cit.*, p. 361.

de droit. Toutefois, que la qualification ne se fonde dans aucune catégorie ne remet pas en cause l'existence de la distinction. Elle ne l'affecte que s'il est question de la distinction dynamique : distinction des questions ou des domaines respectifs. C'est le dédoublement de la distinction qui crée le problème non la qualification en elle-même. C'est là, nous semble-t-il, une preuve supplémentaire de l'affaiblissement de la distinction du fait et du droit originelle par la modification de la définition effectuée, souvent inconsciemment, par les processualistes. Pour être une question de droit ou pour appartenir au domaine juridique, l'opération de qualification ne devrait concerner que la règle de droit. Or elle la met en perspective avec le fait. La question de droit est alors celle qui interroge sur une norme, peu importe qu'elle engage ou non des éléments factuels. Nouveau critère, nouvelle distinction, nouvel affaiblissement de la distinction. Considérée sous cet angle, la qualification n'entre pas dans le champ de la distinction du fait et du droit, elle est au-delà, elle les prend pour objet. Nous rejoignons M^e Boucard lorsqu'il écrit que « l'opération de qualification juridique des faits, qui consiste à faire entrer un fait dans une catégorie juridique préétablie, s'accommode mal de la distinction du fait et du droit. Chaque opération de qualification juridique doit donc, de manière assez artificielle, être assimilée à une question de fait (non contrôlée) ou de droit (contrôlée) »⁵⁶⁴.

Dès lors, on peut se demander si, au lieu de critiquer la possibilité de séparer le fait du droit, il ne conviendrait pas de s'interroger plutôt sur l'utilisation qui en est faite. Or cela soulève une autre question que nous réservons pour l'instant⁵⁶⁵.

143. L'opération de qualification peut également être vue comme entraînant une confusion du fait et du droit⁵⁶⁶ ou encore comme une transformation du fait en droit⁵⁶⁷ mais nous ne faisons pas nôtres ces conceptions et ne concevons pas non plus cette opération comme un « pont entre le fait et le droit »⁵⁶⁸, comme un passage. En effet, l'événement relaté, par le biais de l'opération de qualification, n'adopte pas les caractéristiques de la règle de droit. Il demeure fait. Ainsi il n'a pas vocation à devenir droit mais à déclencher un effet juridique et ce dernier se produit lorsque présupposition de la règle de droit et événement coïncident. C'est une comparaison⁵⁶⁹ et de ce fait elle agit comme un miroir entre deux mondes. Lorsque le fait

⁵⁶⁴ BOUCARD (Fr), « Pourvoi en cassation » . – Contrôle de cassation . – Contrôle de l'application de la loi », *JCl. Proc. Civ.*, Fasc. 756, 2015, n°33.

⁵⁶⁵ V. 2^e Partie.

⁵⁶⁶ Nous pensons ici aux auteurs pour lesquels le fait devant le prétoire ne peut être que juridique car emprunt d'une qualification. Cf. supra n°110 et s.

⁵⁶⁷ Ainsi, selon le professeur Dijon, « la qualification transforme en droit tout ce qui, avant elle, ne relevait que du fait », DIJON (X.), *Droit naturel, tome 1, Les questions du droit*, Paris, P.U.F., Thémis, 1998, p. 103. En ce sens également DHOQUOIS (R.), *Le droit*, Paris, Le Cavalier Bleu éditions, 2002, p.31.

⁵⁶⁸ TERRE (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, 1956, n°685.

⁵⁶⁹ Dans le même sens V. MOTULSKY (H.), *Principes...*, *op. cit.*, p.149 et pp. 156 et s.

trouve son reflet alors se déclenche un effet de l'autre côté du miroir. Cet effet, par le biais du juge, elle aura des conséquences dans le monde concret. Il nous apparaît, qu'à l'inverse d'un pont, elle ne permet pas aux faits de pénétrer le domaine du droit mais elle lui permet de rencontrer son image dans ce même monde. On parle d'ailleurs de fait qualifié et non de droit pour ceux qui ont subi le traitement qualificateur.

144. La qualification est également décrite comme la fusion d'un fait dans un concept juridique⁵⁷⁰, comme la traduction⁵⁷¹ d'un fait en termes juridique. Cette conception n'est guère éloignée de celle que nous défendons. On nous objectera certainement que traduire c'est faire passer un texte d'une langue à une autre⁵⁷². Cependant exprimer un fait dans un autre langage ne le transforme pas, il demeure à côté de la traduction, de l'expression juridique équivalente. La traduction est d'ailleurs définie comme la version d'un ouvrage dans une autre langue. Deux langages⁵⁷³, deux versions. Ainsi Henri Motulsky, que nous suivons en ce point, utilisait indifféremment les deux termes⁵⁷⁴.

145. En revanche, nous émettons plus de réserve quant à l'utilisation indifférenciée des termes comparaison, traduction, et transformation. Ces phénomènes ne sont pourtant pas identiques. L'explication paraît se trouver dans la thèse de Mme Partyka qui présente l'opération de qualification comme s'effectuant en deux étapes, la première correspondant à une comparaison entre fait et droit et la seconde à l'introduction du fait dans une catégorie juridique⁵⁷⁵. Si l'on admet tout à fait que les faits puissent se laisser ranger dans une catégorie juridique à la suite à leur confrontation avec le droit, on soutient que leur nature demeure

⁵⁷⁰ « Qualifier, fondre le fait dans un concept juridique afin de le soumettre à l'application de règles », PARTYKA (P.), *Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français*, Montpellier I, 2004, n°10, p.10.

⁵⁷¹ V. notamment MOTULSKY (H.), « La cause de la demande... », *op. cit.*, p.107; BERGEL (J.-L.), *Théorie Générale du droit*, *op. cit.*, n°265, p.334. Madame Robin adopte également cette conception, cf. ROBIN (C.), *th. précit.*, pp. 130-132, n°341-346.

⁵⁷² Cf la définition, « faire passer un ouvrage d'une langue à une autre (...). On dit de même traduire un passage, une citation un vers, etc. », et l'étymologie, « du latin *traducere*, faire passer », du terme « traduire » proposées par le dictionnaire Littré. LITTRE (E.), *Dictionnaire de la langue française*, Librairies Hachette et Cie, T. 4, 1874

⁵⁷³ « Langage « commun », » ou « langue ordinaire » et « langage juridique » selon Mme Robin. Cf. ROBIN (C.), *th. précit.*, pp.130-131, n°342.

⁵⁷⁴ V. notamment Motulsky qui parle à la fois de la qualification comme « traduction juridique du fait social » et « d'application au phénomène concret d'un terme représentant son équivalent juridique » ou encore de « comparaison » entre les termes résultant de l'analyse de la règle de droit et des événements de la cause ; Motulsky (H.), *Principes...*, *op. cit.*, pp. 24 et 149.

⁵⁷⁵ Mme Partyka déduit les deux temps de la qualification de la définition qu'en donne le dictionnaire de l'association Capitant. Elle énonce alors qu' « au terme d'une comparaison probante (...) le fait est inséré dans un cadre de réception du droit », PARTYKA (P.), *th. précit.*, p.13 .

factuelle puisque les catégories juridiques ont pour objet le rangement des faits. Au regard de ce qui précède, nous doutons que ce processus revienne à une assimilation du fait au droit⁵⁷⁶.

146. La qualification n'entache en rien l'existence de distinction du fait et du droit et les critiques qu'elle engendre ne sont pas justifiées. En revanche, elle nous semble révéler la confusion que créent les diverses définitions auxquelles la doctrine processualiste peut être amenée à faire appel. C'est là la première faiblesse qui apparaît dans les fondements de la distinction : elle crée la confusion autour de la possibilité de scinder le fait et le droit en deux catégories distinctes alors que, si l'on s'en tient à la définition première de la distinction, son existence ne fait aucun doute. Certes, cette conception peut se voir reprocher son caractère excessivement restrictif et théorique, mais les définitions subséquentes proposées, si elles s'accordent mieux avec la pratique, ce qui n'est d'ailleurs pas toujours le cas, entremêlent le fait et le droit.

⁵⁷⁶ *Ibid.*

CONCLUSION CHAPITRE 2.

147. La distinction du fait et du droit existe dans sa dimension souvent qualifiée d'abstraite ou de théorique. Sa définition en opposition entre règle de droit et événement le démontre. Elle est intuitivement retenue par le monde des juristes et la doctrine processualiste, en particulier, approuve ouvertement cette approche et l'utilise à son tour afin de prouver l'existence d'une scission entre fait et droit.

Toutefois, face à la complexité du procès civil, elle ne tarde pas à l'abandonner au profit de deux conceptions dynamiques : distinction des questions de fait et de droit et distinction des domaines du fait et du droit. L'objet de son discours change faisant perdre de sa force à la distinction. Les frontières se multiplient offrant à l'observateur le choix entre plusieurs lignes de démarcation dont certaines se révèlent fluctuantes. Pourtant aucune n'apparaît apte à justifier la nature juridique de la qualification.

Constatons seulement que cette multiplication de définitions ne remet pas en cause l'existence de la distinction du fait et du droit. Elle ne fait qu'en troubler l'image. En apparence, elle semble donc l'affaiblir, mais en réalité elle la renforce. La distinction première est en effet la seule à justifier la nature de la qualification pour peu que l'on consente à abandonner une vision binaire du procès.

CONCLUSION DU TITRE 1.

148. La distinction du fait et du droit s'appuie sur des fondements stables. Son existence historique est certaine. Du droit romain à la Révolution, en passant par l'époque médiévale et l'Ancien Régime, aucune époque ne semble l'ignorer. Toutefois, elle y revêt des aspects bien différents. Tour à tour pragmatique, dogmatique et théorique, la distinction procédurale que nous connaissons actuellement est riche de tous ces traits.

Le temps lui a conféré une force et une aura qui lui a permis de rayonner. C'est ainsi qu'on la retrouve de nos jours dans le droit procédural de nombreux pays où elle permet de délimiter la compétence de certaines Cours suprêmes et de répartir les rôles entre le juge du fond et les parties. De la sorte, elle se pare d'un caractère universel.

La consistance de la distinction, explique également son succès. Droit et fait sont distincts selon un critère de normativité qui induit des définitions strictes et restrictives de chacun de ces éléments. La distinction de l'événement et de la règle juridique est peu contestable. Or, les processualistes usent de ce critère pour justifier la distinction mais l'abandonnent quand il s'agit de la pratiquer.

La distinction, trop théorique, devient celle des questions de fait et de droit ou encore celle des domaines du fait et du droit. Ce changement d'objet du discours n'est pas sans conséquence : en multipliant les distinctions, il rend confuse la distinction initiale du fait et du droit et l'affaiblit.

Ces fondements, historicité, universalité et certitude, confèrent à la distinction une évidence ancrée dans la pensée juridique. Cependant, ils en révèlent les multiples visages qui déjà laissent deviner ses faiblesses.

Ces fragilités vont se dessiner davantage encore lors de l'étude des fondements de l'utilisation procédurale de la distinction dont nous allons voir qu'ils sont fort contestables.

TITRE 2 - LES FONDEMENTS CONTESTABLES DE L'UTILISATION DE LA DISTINCTION

149. Présence et consistance de la distinction sont indéniables : d'aussi loin qu'on remonte, dans de nombreux pays et en de nombreuses branches de la science juridique on sépare le fait du droit. Le droit judiciaire privé est un des domaines de prédilection de cette distinction qui séparait autrefois, le procès civil en deux temps et délimitait le domaine probatoire. Désormais, elle y est essentiellement utilisée pour circonscrire les pouvoirs des juges du fond ainsi que ceux des Hauts magistrats. Bien que souvent critiquée, elle demeure considérée comme le fondement permettant de délimiter l'office du juge sur la matière litigieuse ainsi que l'étendue du contrôle de cassation.

Sans qu'il soit ici question de l'efficience de la distinction⁵⁷⁷, on notera que ces utilisations ne font aucun doute tant elles sont assidûment affirmées. Cependant, il est rare que les juristes s'interrogent sur ce qui permet de les justifier et cherchent sur quoi elles reposent. Les caractères à la fois historique, universel et certain conférés à la distinction semblent apporter des réponses suffisantes à nombre de processualistes.

Pourtant, si la distinction est porteuse d'un critère dont on se sert en procédure civile, ni ses caractères intrinsèques, ni ceux dont on la pare, ne peuvent à eux-seuls fonder cette utilisation. Ces usages qui en sont fait nous semblent devoir être justifiés autrement. D'une part, la distinction doit, se matérialiser dans le Code de procédure civile ou dans celui de l'organisation judiciaire et, d'autre part, un rôle répartiteur doit lui être assigné. Or les textes normatifs, pas plus que la jurisprudence, ne mentionnent la distinction du fait et du droit ni ne lui font une place. Elle est certes utilisée mais cette utilisation ne repose pas sur les textes, pas plus que sur la logique.

⁵⁷⁷ Nous aborderons l'étude de la pertinence de l'utilisation de la distinction dans notre seconde partie (*cf. infra* n° 292 s.). A ce point-ci de notre exposé nous nous consacrerons à la question des fondements, des justifications de son utilisation en procédure civile.

En effet, probablement pour combler cette faille, certains auteurs font appel au caractère logique de la distinction et au raisonnement formel. Cependant, ils se révèlent inefficaces à remplir leur rôle car ils reposent sur un raisonnement qui nous paraît ténu.

Il nous semble ainsi important de tenter de montrer que l'utilisation qui est quotidiennement faite de la distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé repose sur des fondements textuels fuyants (chapitre 1) que ne parvient pas à combler un fondement logique insuffisant (chapitre 2).

CHAPITRE 1 - LES FONDEMENTS TEXTUELS FUYANTS

150. Utilisée comme critère processuel, qu'elle soit opérante ou non, la distinction du fait et du droit se doit d'être prévue par les normes. Or les textes n'en font pas expressément mention, on y cherche en vain l'expression, et ne semblent pas l'imposer comme la limite de la compétence des juges du fond ni comme celle du contrôle de cassation. Elle ne paraît pas non plus faire partie des principes découverts par la jurisprudence et cela bien que la doctrine cherche dans les décisions de la Haute Cour la frontière entre le fait et le droit⁵⁷⁸.

On peut alors rechercher des expressions indirectes de la distinction. Certains auteurs déduisent la distinction de ce que les termes « fait » et « droit » abondent dans les Codes de droit judiciaire privé. Il s'agit peut-être de manifestation de la distinction, mais ce constat est selon nous insuffisant à justifier la mise en œuvre d'un quelconque critère fondé sur la frontière entre fait et droit. En effet, événement factuel et règle juridique sont des éléments du procès et, à ce titre, il est normal qu'ils apparaissent dans les textes, mais cela ne fait pas pour autant de la distinction un guide normatif.

Une étude approfondie des Codes, en eux-mêmes et au regard des interprétations jurisprudentielles qui en sont données, révèle que les fondements textuels permettant d'utiliser la distinction du fait et du droit sont limités quand il s'agit de répartir les rôles sur la matière litigieuse (section 1) et inexistantes quand il est question de délimiter l'étendue du contrôle de cassation (section 2).

⁵⁷⁸ Soit pour mettre un terme à une incertitude ou une controverse, prenons l'exemple de la question du pouvoir de requalification du juge du fond (V. infra n° ??) soit pour connaître la nature d'une question soulevée dans un pourvoi, v. ainsi les notes de jurisprudence sur les arrêts apportant une réponse sur la nature d'une question. V. par ex. : MALINVAUD (Ph.), « La question de savoir si les désordres affectant l'ouvrage qui portent atteinte à sa solidité ou le rendent impropre à sa destination est-elle une question de fait qui relève de l'appréciation des juges du fond? (Cass. 3^e civ., 27 mai 1999, pourvoi n° 97-17.520) », *RDI*, 1999, p.406 ; VALLENS (J.-L.), « La défaillance d'un créancier retardataire est une question de fait laissée à l'appréciation des juges du fond. (Cass. com., 30 mai 2006, pourvoi n° 05-11.742, Sté Fornes c/ Me Robert, ès-qual., arrêt n° 713) », *RTD Com.* 2006 p.672.

SECTION 1 - Des fondements textuels limités : la répartition des rôles

151. La majorité des auteurs de droit judiciaire a salué le nouveau Code de procédure comme la consécration des idées de Motulsky et y a ainsi reconnu l'adoption de la distinction du fait et du droit⁵⁷⁹. Parallèlement, la disparition de la notion de cause dans le nouveau Code de procédure civile, son remplacement par la notion de « fondement de la prétention » et les voix qui se sont alors élevées en faveur de l'abandon de la distinction du fait et du droit⁵⁸⁰, indiquent l'adoption de la distinction comme critère de répartition des rôles entre juge et parties.

De plus, que le Code de procédure civile ne mentionne pas formellement la distinction du fait et du droit quand il est question de répartir les rôles entre les parties et le juge du fond ne constitue pas en soi un obstacle à sa présence. En effet, nombreux sont les principes et règles qui, par le biais de subtiles manifestations, ont pu être découverts dans les normes. Or, si l'expression « distinction du fait et du droit » demeure introuvable dans les textes législatifs et réglementaires, on trouve dans le C.p.c. de nombreuses occurrences des termes faits et droit et plusieurs éléments du procès sont qualifiés de factuel ou juridique. De même, le plan consacre une section aux « faits » et une autre au « droit ».

Pourtant, ces manifestations ne créent, nous semble-t-il, qu'une illusion. La présence de la distinction doit se ressentir au niveau de la matière du litige puisqu'elle est censée avoir pour rôle de répartir les rôles des protagonistes du procès sur celle-ci. Or, nous allons voir que si elle y occupe une place ce n'est que de manière extrêmement limitée. Un rôle répartiteur devrait également lui être expressément reconnu ce qui ne nous semble pas être le cas. De tout cela il résulterait que l'utilisation de la distinction ne serait fondée sur aucune norme et n'aurait par conséquent aucun caractère impératif. Ainsi, bien que son fondement textuel soit évident pour la plupart des processualistes, nous souhaitons montrer que l'on peine à le déceler.

La distinction du fait et du droit est, à première vue, apparente dans le Code de procédure civile (§1). Pourtant, plus on étudie ces textes et plus elle devient évanescence (§2)

⁵⁷⁹ Voir *supra* n°60.

⁵⁸⁰ V. notamment MARTIN (R.), « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *op. cit.*, « Le juge devant la prétention », *D.*, 1987, 35, « Retour sur la distinction du fait et du droit », *op.cit.*

§1 - L'apparence de la distinction dans les textes régissant l'office du juge

152. Il n'est pas étonnant que de nombreux auteurs aient pu affirmer que la distinction du fait et du droit a été consacrée dans le NCPC. D'abord, le fait que Motulsky a été un des inspirateurs de ce Code n'y est pas étranger. Surtout, et bien que la distinction du fait et du droit ne soit jamais expressément citée dans le Code de procédure civile, plusieurs éléments laissent penser qu'elle y figure : le plan du Code fait apparaître que des éléments de fait et des éléments de droit composent la matière du litige. Les dispositions de ce même Code, décrivent et distribuent les activités qui sont à effectuer sur ces éléments. Tout cela contribue à créer l'illusion à la fois que la distinction est présente dans le C.p.c et qu'un rôle répartiteur lui est confié.

L'apparence de l'existence et de l'efficace de la distinction du fait et du droit née du fait que le Code de procédure civile trace une frontière visible entre les éléments de fait et de droit (A) composant la matière litigieuse mais distingue également de manière plus implicite des activités portant sur ces faits et ce droit (B).

A - La visible distinction des éléments de droit et de fait

153. Répétons-le, aucun texte de procédure civile ne contient la distinction du fait et du droit. Toutefois, celle-ci paraît se matérialiser dans deux éléments du Code : le plan et les nombreux éléments auxquels on a attaché les qualificatifs de « de fait » ou « de droit ».

Dans un premier temps, le plan fait apparaître de manière séparée le fait et le droit. A partir de là, la structure du C.p.c. a pu être avancée comme porteuse de la distinction et comme fondement de son utilisation. Elle tracerait la ligne de partage entre le rôle du juge et celui des parties en fonction du fait et du droit.

Dans un second temps et de manière tout aussi apparente, les moyens de fait et de droit, déclinés au fil des articles du Code, semblent rendre la distinction inhérente à la procédure civile.

Ce double constat amène alors à penser que tout dans le procès est fait ou droit et qu'ainsi tout élément de la matière litigieuse peut venir naturellement se classer de part et d'autre d'une frontière entre les deux termes de la distinction. Il semble même suggérer que ce classement, et donc la distinction, ont un rôle répartiteur à jouer dans le procès.

Ainsi, de manière apparente, le C.p.c. distingue par son plan le fait et le droit (1), puis dans son contenu les moyens en fait et en droit (2) en laissant penser que d'autres éléments sont tout aussi distinguables selon le fait et le droit (3).

1 - Le plan distinguant le fait et le droit

154. Les fondements textuels de la distinction se trouveraient dans la structure même du Code de procédure de civile. Le plan du nouveau code de procédure civile, introduit par la réforme de 1976, serait, selon certains auteurs, le reflet et la preuve de l'adoption de la distinction du fait et du droit⁵⁸¹. En effet, il est difficilement contestable qu'en disparaissant du NCPC la cause a laissé sa place au fait. Le législateur, en consacrant une section aux faits, a affirmé l'indépendance de ce dernier par rapport au droit.

Depuis lors, dans les dispositions liminaires du Code de procédure civile, et plus précisément dans le chapitre consacré aux principes directeurs du procès⁵⁸², la section III est consacrée aux « faits » tandis que la section V s'intitule « le droit ». Ces sections, forment avec les sections « objet du litige » et « preuves » les dispositions permettant de déterminer les rôles de chaque acteur du procès sur la matière du litige. C'est donc tout naturellement à cet endroit que la distinction se dessine puisque c'est en ce domaine qu'elle est le critère fondamental selon la doctrine.

Le plan du Code suggère la séparation entre le droit et le fait au sein de la matière litigieuse et l'intérêt que cela peut avoir en procédure civile. Cette idée est renforcée par l'usage de la notion de « moyen » faite par les rédacteurs de 1975.

2 - Les moyens distingués en fait et en droit

155. La notion de moyen, et surtout sa déclinaison en fait et en droit, paraît être la preuve concrète à la fois de l'existence de la distinction du fait et du droit dans les textes et de la volonté du législateur de lui faire jouer un rôle en séparant ce qui est factuel de ce qui est juridique à l'occasion du procès civil.

⁵⁸¹ Voir notamment Motulsky pour qui « les intitulés même des autres paragraphes (§III – Les faits - §V – Le droit) montrent que la scission entre fait et droit est consommée », *Droit processuel, op. cit.*, p.199 ; BLONDEL (Ph.), « Le fait source de droit », *op. cit.*, p.208. *Contra* CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°524, p.406.

⁵⁸² Contenu dans le titre premier du livre premier relatif aux dispositions communes à toutes les juridictions.

Cependant, si la notion de moyen, - que ce dernier soit de fait, de droit ou mélangé -, est présente tout au long du Code de procédure civile, créant ainsi l'illusion d'une omniprésence de la distinction, il convient de constater qu'elle est absente des dispositions régissant la matière du litige, domaine dans lequel la distinction est pourtant censée jouer son rôle.

En effet, depuis la suppression de l'alinéa 3 de l'article 12 C.p.c.⁵⁸³, sur laquelle nous reviendrons ultérieurement, la notion de moyen ne se rencontre plus dans cette partie du C.p.c. C'est dans les dispositions propres au principe du contradictoire que l'on trouve l'emploi de ces notions.

Ainsi, l'article 15 du C.p.c oblige les parties à « 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 ». Quant à l'article 16 du même code, il limite les pouvoirs du juge en disposant qu'« il ne peut fonder sa décision sur les *moyens de droit* qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

Au regard du premier texte, si l'on devait donner un sens aux « moyens de fait », nous ne pourrions que les rapprocher des circonstances de fait soutenant la demande des parties auxquelles ils correspondent en tout point. Quant aux « moyens de droit » de l'article 16, ils ne cachent rien de plus que la règle de droit applicable au litige.

Dès lors, les articles 15 et 16 du C.p.c disposent sur des moyens qui ne sont finalement que les synonymes de « fait » et de « norme ». Les « moyen en fait et en droit », de l'art. 56 C.p.c., ou encore ceux « de fait et de droit » de l'article 954 C.p.c. procèdent de la même conception.

Une nouvelle fois, le droit, en tant que norme, et le fait, synonyme de circonstances, sont présentés comme deux entités séparés dans le Code.

Les termes moyens de fait et de droit, qui reviennent tout au long du Code de procédure civile, rendent apparente la scission entre fait et droit en procédure civile. Que l'on puisse de

⁵⁸³ Le Conseil d'Etat a annulé les dispositions indivisibles du troisième alinéa de l'article 12 et du premier alinéa de l'article 16 c.p.c, telles qu'elles résultaient du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 et qui « qui laiss[ai]ent au juge la faculté de relever d'office des moyens de pur droit en le dispensant alors de respecter le caractère contradictoire de la procédure ». Conseil n° d'Etat 1875, 1905, 1948 à 1951 du 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres, *JCP* 1980, II, 19288.

même distinguer d'autres éléments composant la matière litigieuse, bien qu'ils ne soient pas expressément qualifiés « de fait » ou « de droit », conforte cette impression.

3 - Les autres éléments distinguables en fait et en droit

156. Les qualificatifs de « fait » et « droit » attribués aux moyens laissent penser que la distinction est présente et joue un rôle dans la délimitation du rôle du juge. Bien plus, ils suggèrent qu'en la matière tout peut se décliner en fait et en droit et qu'ainsi chaque matériau nécessaire à la construction de la solution d'un litige trouverait sa place dans l'un ou l'autre domaine.

La matière du litige, notion qu'il convient de préciser, paraît pouvoir faire l'objet d'une décomposition en éléments de fait et de droit.

157. Composition de la matière litigieuse. En mettant un terme à la controverse sur la nature de la cause par la disparition de cette notion du champ de la répartition des rôles, le législateur de 1975 a consacré, semble-t-il, le fait et le droit comme composantes élémentaires du procès civil. Il a approuvé en cela l'analyse du procès proposée par Motulsky⁵⁸⁴ et a tenté de décomposer « la matière litigieuse »⁵⁸⁵ tel que l'auteur le suggérait.

Avant le décret de 1971 et l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure civile, la matière litigieuse s'entendait de la matière dont les parties avaient seules la maîtrise et qui comprenait l'objet et la cause. Désormais, cette conception unique de la cause a disparu et il convient de reconnaître que *la matière litigieuse revêt deux sens*⁵⁸⁶. Selon une première acception, qualifiée de technique par le professeur Bolard⁵⁸⁷, elle correspond aux éléments dont les parties ont la maîtrise selon le principe dispositif. Dans une seconde conception, plus large, elle comprend tous les éléments du procès, c'est-à-dire qu'elle est « constituée des éléments de fait et de droit dont l'ensemble constitue l'édifice du procès »⁵⁸⁸. La matière litigieuse au *sens du principe dispositif n'est composée que de fait*, quant à la matière litigieuse *au sens large, elle est riche de bien d'autres éléments et c'est elle qui va nous intéresser plus longuement*.

⁵⁸⁴ V. notamment MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation...*, *op. cit.*

⁵⁸⁵ CROZE (H.), *Le procès civil*, Dalloz, 2e ed., 2004, p.16.

⁵⁸⁶ En ce sens v. BOLARD (G.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droits interne et de l'Union européenne*, GUINCHARD (S.) (Dir.), Paris, Dalloz, Dalloz Action, 8^e ed., 2014, n°221.05.

⁵⁸⁷ *Ibid.*

⁵⁸⁸ MOTULSKY (H.), *Droit processuel*, *op. cit.*, p.196 et p.197 et « Prolégomènes... », *op. cit.*, p.290.

158. Avant l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure civile et selon le principe dispositif, la matière litigieuse correspondait aux éléments objectifs du procès, qu'étaient l'objet et la cause du litige, ainsi que les moyens, soutiens de la cause. Les parties proposaient l'objet et la cause sans que le juge puisse en disposer.

Désormais, la cause s'est effacée au profit de la prétention et de ses fondements. La prétention correspond à l' « affirmation en justice tendant à réclamer quelque chose, soit de la part du demandeur, soit de la part du défendeur... »⁵⁸⁹. Selon l'article 4 C.p.c., les prétentions respectives des parties déterminent l'objet du litige, c'est-à-dire « l'avantage auquel prétend une partie et que conteste l'autre »⁵⁹⁰.

La prétention, porteuse de l'objet du litige, doit être fondée et doit l'être « en fait » selon l'article 9 C.p.c. Les parties doivent donc alléguer des éléments de fait afin de démontrer le bien-fondé de leur prétention ; la preuve vient ensuite. Elles peuvent proposer des éléments de droit au soutien de leur prétention, et doivent indiquer leurs moyens de droit dans l'assignation selon l'article 56 C.p.c.⁵⁹¹.

D'après le code de procédure civile, la matière litigieuse se compose donc des prétentions, de l'objet du litige et des éléments de fait au sens strict, auxquels on peut ajouter les éléments de droit.

159. Décomposition de la matière du litige en éléments de fait et de droit. Les faits peuvent se définir comme « des événements de la vie sociale »⁵⁹². Ils comprennent tous les faits introduits par les parties dans le débat, qu'ils aient été spécialement allégués ou non. Cette définition des éléments ou points de faits recouvre également les moyens de fait au sens des articles 16 et 56 du C.p.c. Egalement, l'objet du litige, en tant que « chose demandée » dont la qualification appartient en dernier ressort au juge, entre, comme on l'a vu précédemment, dans la catégorie factuelle⁵⁹³. Tous ces éléments composent la matière litigieuse au sens strict, c'est-à-dire les faits dont seules les parties peuvent disposer.

⁵⁸⁹ CORNU (G.) (Dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Prétention, p.791.

⁵⁹⁰ CORNU (G.) (Dir.), op. cit., V° Objet, p.695.

⁵⁹¹ Selon le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile voir *infra* n°325 s.

⁵⁹² BATIFOL (H.) « Observation sur la preuve des faits », *La preuve en droit*, Bruylant, 1981, p.304.

⁵⁹³ CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, op. cit., pp. 367 et 402.

Cela nous amène à un premier constat. Le Code ne dénomme « fait » qu'une petite partie des éléments factuels du procès. En effet, l'art. 6 C.p.c. dispose qu'« à l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les *faits* propres à les fonder » qu'il leur incombe, selon l'art. 9 C.p.c.⁵⁹⁴, « de prouver conformément à la loi les *faits* nécessaires au succès de [leur] prétention ». L'art. 7 al.1 C.p.c. précise que « le juge ne peut fonder sa décision sur des *faits* qui ne sont pas dans le débat » même si, selon l'art.8 C.p.c.⁵⁹⁵, il « peut inviter les parties à fournir les explications de *fait* qu'il estime nécessaires à la solution du litige » et que selon l'art. 12 al.2 C.p.c. « il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux *faits* et actes litigieux...»⁵⁹⁶. Au vu de ces articles, on constate que le C.p.c. ne comprend dans cette notion que les événements factuels pouvant soutenir la demande, c'est-à-dire ceux qui sont à l'origine du conflit. Or, au regard de la distinction *statique* du fait et du droit, c'est-à-dire de celle qui ne concerne que le fait-événement et le droit-norme, bien d'autres éléments pourraient-être qualifiés de « faits ». L'objet du litige est factuel tout comme certains moyens⁵⁹⁷ ainsi que les prétentions. Notre constat est alors simple : le fait, en tant que catégorie distincte du droit, regroupe « les faits de l'affaire », ceux qui ont donné lieu au litige, simples événements de la vie courante, et ceux que nous qualifierons de « fait du procès », c'est-à-dire ceux qui sont formulés à l'occasion du jugement. Ainsi nous entendons par *faits de l'affaire* ceux qui ont donné naissance au litige et par *faits du procès* ceux auxquels l'ouverture d'une procédure donne obligatoirement naissance (objet du litige et prétentions).

160. La matière litigieuse au sens large se complète par les éléments de droit, autrement dénommés moyens de droit par les articles 15⁵⁹⁸, 16⁵⁹⁹ et 56⁶⁰⁰ du Code de procédure civile, et qui correspondent tout simplement aux règles de droit.

⁵⁹⁴ Art. 9 C.p.c. : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

⁵⁹⁵ Art. 8 C.p.c. : « Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige ».

⁵⁹⁶ Avec une réserve concernant cet article puisqu'il touche également à l'objet du litige.

⁵⁹⁷ Sur la polysémie de la notion de moyen v. *infra* n°171.

⁵⁹⁸ Art. 15 C.p.c. : « 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 ».

⁵⁹⁹ Art. 16 al.3C.p.c. : « Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

⁶⁰⁰ Article 56C.p.c. : « L'assignation contient à peine de nullité, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice :

1° L'indication de la juridiction devant laquelle la demande est portée ;

2° L'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit ;... ».

Les rédacteurs du nouveau Code de procédure civile de 1976 ont paru dans un premier temps restreindre la distinction du fait et du droit au débat sur la cause, en ne nommant faits que les circonstances soutenant la demande. Pourtant cette vision restrictive du fait n'empêche pas de fonder textuellement la distinction puisque les éléments du procès dont les textes font cas, entrent tous dans une des deux catégories. La matière du procès se distingue bien selon le fait et le droit. On retrouve là la reprise de l'idée de Motulsky, selon laquelle le procès se compose de matériaux factuels et juridiques. La bipartition paraît simple et opérante.

B - La perceptible distinction des activités de droit et de fait

161. Incontestablement, le C.p.c affirme que dans le procès civil, certains éléments sont de droit et d'autre de fait. La distinction du fait et du droit est latente. Avec l'apparition en filigrane d'une division des activités du procès selon qu'elles touchent au fait ou au droit le constat de sa présence se renforce. Le plan du Code de procédure civile est encore une fois le lieu privilégié de la manifestation de la distinction en prévoyant dans la section « droit » les activités portant sur le droit et dans la section « faits » celles ayant trait aux événements qui ont donné naissance au litige. De même, la section « preuves » dispose sur une activité portant sur le « fait ».

Ainsi, une nouvelle fois, le plan du Code rend perceptible la distinction des activités de fait et de droit (1) dont l'exemple même est la section consacré aux « preuves » (2).

1 - La distinction des activités perceptible dans le plan

162. Le législateur a séparé fait et droit au sein de la matière litigieuse. En faisant cela, il a également mis en exergue deux phases du procès, l'une consacré au traitement du fait, l'autre à celui du droit et cela au travers d'activités portant également sur ces deux éléments.

163. Faits et droit, phases du procès. Les principes gouvernant l'instance ayant été établis dans la section I du même chapitre, ceux répartissant les rôles sur la matière du litige sont exposés aux sections II à V. C'est là que doit se trouver la distinction du fait et du droit et c'est là qu'elle doit être annoncée comme guide répartiteur et c'est ce que semble affirmer le plan.

En effet, ces sections paraissent suivre le déroulement du procès. On expose ce que l'on souhaite obtenir (section II), on justifie cette demande par des faits (section III) qui seront vérifiés (section IV) afin que l'on puisse leur appliquer le droit (section V) et répondre favorablement ou non à la requête initiale. Les faits sont d'abord avancés avant que le droit puisse leur être appliqué, autrement dit *Da mihi factum, dabo tibi jus*. Cet adage étant pour de nombreux auteurs le synonyme de la distinction entre fait et droit, il ne paraît faire aucun doute que celle-ci se trouve dans les textes réglementant la procédure.

Ainsi, on pourrait penser que le procès se divise également en deux temps, l'un consacré aux faits et dans lequel les parties sont souveraines, et l'autre au droit, domaine dans lequel le juge est maître. Perce ici la technique des appointements connus sous l'Ancien Droit et de sa division du procès en deux phases : la première traitant les appointements en fait et la seconde les appointements en forme de droit⁶⁰¹. L'influence de cette technique procédurale ancienne n'est certainement pas à négliger mais il nous semble que le plan du nouveau Code est allé au-delà de cette scission en suggérant une division entre activité de fait et activité de droit.

164. Activité sur les faits et activité sur le droit. A la lecture des intitulés « objet du litige », « faits », « preuve » et « droit », on ne peut que constater que le Code décompose la matière du litige en divers éléments dont la nature peut être factuelle ou juridique. Chaque élément semble appartenir soit au juge soit aux parties. Cependant, au regard du contenu de ces actions, on se rend compte que ce ne sont pas les *éléments* qui sont répartis entre les protagonistes du procès mais les *activités* qui les mettent en jeu. Détermination de l'objet du litige (art. 4 C.p.c.), allégation (art. 6 C.p.c.), preuve (art. 9 et 10 C.p.c.), qualification et choix de la règle de droit (art. 12 C.p.c.), sont ainsi distribués.

On retrouve ainsi la double distinction chère à Motulsky entre les éléments factuel et normatif et les activités de fait et de droit déjà relevée⁶⁰². *Ce ne serait donc pas une, mais deux conceptions de la distinction du fait et du droit qui seraient consacrées dans le Code*. Les activités de fait, seraient celles portant sur la matière factuelle du litige et seraient alors dévolues aux parties. Il en irait inversement pour les activités juridiques.

Si cela reste à vérifier, un point est certain : le Code de procédure civile distingue entre les activités, comme le démontre l'étude de la section de ce dernier consacrée aux « preuves ».

⁶⁰¹ V. *supra* n°38.

⁶⁰² V. *supra* n°131.

2 - La distinction des activités perceptible dans « les preuves »

165. Comme nous l'avons déjà écrit, la distinction du fait et du droit, qui n'est jamais expressément formulée dans le code de procédure civile, est d'abord visible dans la structure du chapitre consacré aux principes directeurs du procès⁶⁰³. Ce chapitre, concernant plus précisément le traitement de la matière litigieuse, est divisé en quatre sections (section 2 à 5) qui sont « l'objet du litige », « le fait », « les preuves », et « le droit ». Indéniablement, le fait est ici distinct du droit. Cependant la question de la preuve s'imisce entre les deux catégories dites fondamentales et ne peut se fondre dans aucune des deux catégories qui l'entourent car elle n'est pas entendue en tant que preuve mais en tant qu'activité.

En effet, la notion de preuve revêt plusieurs sens qui peuvent en faire soit un élément soit une activité du procès. Pourtant, et malgré les apparences, la section que lui consacre le chapitre préliminaire du Code ne porte que sur la preuve en tant qu'activité dont l'objet est le fait.

166. La preuve, élément et activité du procès. La recherche d'une définition de la preuve conduit au constat qu'elle est à la fois un élément et une activité.

En effet, une des principales caractéristiques de la notion tient dans la polysémie du terme. La majorité des auteurs relèvent cette pluralité de sens⁶⁰⁴ et donnent trois acceptions au terme preuve. Nous illustrerons notre propos par les acceptions proposées par Aubry et Rau, définitions qui reflètent la pensée d'une grande majorité de la doctrine. La preuve est tout à la fois « le fait de la production d'éléments de conviction à l'aide desquels l'une des parties entend établir la vérité d'une allégation », les « éléments de conviction considérés en eux-mêmes » et le « résultat de la production de ces éléments, quant à la conviction du juge »⁶⁰⁵. On entend donc par preuve, tour à tour : la démonstration, le procédé technique utilisé (l'instrument) et le résultat⁶⁰⁶.

Chacune de ces définitions a sa place et son utilité en procédure civile car elles correspondent aux différentes questions qui se posent en la matière : qui doit prouver ? que

⁶⁰³ Dans le même sens voir Motulsky pour qui « les intitulés même des autres paragraphes (§III – Les faits - §V – Le droit) montrent que la scission entre fait et droit est consommée », *Droit processuel, op. cit.*, p.199.

⁶⁰⁴ Cf. notamment VERGES (E.), « Éléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé », in *Mélanges J.-H Robert*, Lexisnexis 2012, p. 860; TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, 9^e ed., 2012, n°559, p.479 ; FERRAND (F.), « Preuve », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2006, n°1.

⁶⁰⁵ AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *Cours de droit civil français*, Tome XII, 1922, p. 62, § 749.

⁶⁰⁶ TERRE (F.), *op. cit.*, n°559, p. 479.

doit-on prouver ? comment prouver ? Aux deux premières questions correspondent les problèmes de charge et d'objet de la preuve, tandis qu'à la suivante s'attachent les modes d'administration de la preuve. A cette dernière interrogation, on peut associer la preuve en tant qu'instrument et résultat. Ainsi, lorsqu'il est question de l'administration de la preuve, on traite des procédés techniques. Ceux-ci peuvent revêtir la forme des divers modes de preuve envisageables lors du procès civil dont les principaux sont les preuves littérale et testimoniale. Le juge appréciera ces éléments probatoires afin de les qualifier ou non de preuve. S'il donne une réponse affirmative, on obtient « une preuve », résultat de l'activité probatoire.

Ainsi le juge du fond doit, après avoir apprécié les éléments probatoires, les « qualifier » de preuve. Or il ne peut qualifier que des faits. La preuve est un fait brut, puis allégué et qualifié avant de devenir un fait prouvé, une preuve (un résultat).

167. La preuve, activité sur le fait. Dans le cadre de notre étude, il convient surtout de s'interroger sur l'acception que revêt le terme preuve dans le champ des principes directeurs du procès.

Par l'intitulé « les preuves », le Code de procédure civile présente la preuve comme un élément au même titre que l'objet du litige, les faits ou le droit laissant ainsi entendre qu'il s'agit de la preuve au sens d'« instrument » ou de « résultat ». Ainsi en tant qu'instrument elle serait un élément de fait, cela faisant peu de doute notamment au vu de la définition, plutôt large, que nous avons retenue du fait⁶⁰⁷. Tout comme « l'objet du litige », elle aurait pu rejoindre la section consacrée aux « faits » et ne constituer une entorse à la distinction qu'aux seules fins de présentation.

Cependant, les articles 9 et 11 C.p.c., dispositions régissant la répartition des pouvoirs entre les juges et les parties au regard de la preuve et constituant cette section IV, ne peuvent concerner ni la preuve en tant qu'instrument ni en tant que résultat. Ils ne traitent pas des modes de preuves. Au contraire ces articles énoncent que, de chaque partie et du juge, doit faire la démonstration de la réalité d'un fait. En effet, l'article 9 C.p.c. dispose qu'« il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ». Quant à l'article 10 C.p.c., il donne pouvoir au juge « d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles ». Il s'agit bien là de la première acception du terme, la

⁶⁰⁷ V. *supra* n°98.

preuve en tant que démonstration, nécessaire à la résolution des problèmes que posent la charge et l'objet de la preuve.

Bien plus que « les preuves », la section IV régit « la preuve ». Prouver c'est alors « établir la réalité d'un fait »⁶⁰⁸, ou encore « démon[trer] la véracité d'une prétention »⁶⁰⁹, « l'existence d'un fait ou d'un acte dans les formes admises par la loi »⁶¹⁰. Au-delà de l'établissement d'une vérité ou d'une existence, qui reste toujours relative en droit⁶¹¹, c'est le fait qu'il s'agisse d'une démonstration qui nous intéresse ici.

*A ce titre, elle ne peut entrer au vu de sa définition, ni dans la catégorie des éléments de fait, ni dans celle des éléments de droit. Au contraire, il s'agit d'une action pouvant porter aussi bien sur le fait que sur le droit*⁶¹².

Dès lors, et malgré la forte présence des termes « fait » et « droit » dans le Code de procédure civile, on commence à se rendre compte que la distinction du fait et du droit n'y est qu'apparente.

§2 - L'évanescence de la distinction dans les textes régissant l'office du juge

168. Le Code de procédure civile conçoit et proclame le fait et le droit comme deux éléments distincts et composant la matière litigieuse entendue au sens large. Il dispose même sur des activités factuelle et juridique. Cependant, cela ne suffit pas à faire de la distinction du fait et du droit le critère de répartition des rôles. Il faudrait encore que toute la matière litigieuse puisse être ainsi scindée et que les activités portent réellement sur l'une ou l'autre catégorie.

Or une étude plus poussée des dispositions du Code de procédure civile amène au constat inverse. Certains éléments, tels les moyens, ne sont classables ni dans la catégorie des faits ni dans celle du droit. Des activités, comme la preuve et la qualification, ne portent pas uniquement sur une des deux catégories proposées et se laissent alors difficilement qualifiées de factuelle ou juridique. C'est par ces arguments que nous souhaitons montrer que la

⁶⁰⁸FERRAND (F.), « Preuve », *op. cit.*, n°1.

⁶⁰⁹TERRE(F.), *op. cit.*, , n°559, p.479.

⁶¹⁰CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.* V° preuve, p.669.

⁶¹¹BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p.390 : « En matière judiciaire, la preuve a plus pour objectif de convaincre le juge que d'établir la réalité objective ».

⁶¹² La preuve de la loi étrangère renforce encore cette idée. Cf. *infra* n°343.

distinction du fait et du droit n'est qu'illusoire dans le C.p.c. que rien ne l'impose comme fondement de la répartition des rôles et qu'il sera donc, par la suite, possible de s'en détacher.

Dans les textes la distinction des éléments de fait et de droit s'efface (A) alors que s'épanouit celle des différentes activités qui ne sont ni de fait ni de droit (B).

A - L'effacement de la distinction des éléments de fait et de droit

169. Au-delà des apparences, le Code de procédure civile ne semble pas fonder la répartition des rôles sur la distinction du fait et du droit. Sans entrer dans le détail des éventuelles exceptions ou entorses à la distinction comme fondement⁶¹³, on peut toutefois relever que certains éléments du procès, les « moyens mélangés de fait et de droit », découverts par la jurisprudence, ne se plient pas à un classement entre le fait et le droit de par leur nature dynamique. Certes, ces éléments s'accordent mal avec la nature statique de la distinction, mais d'autres qui auraient pu être qualifiés de « fait » dans le Code, comme l'objet du litige, ne le sont pas.

On doute alors de la volonté du législateur de consacrer la distinction du fait et du droit comme fondement de la répartition des rôles. Au contraire, nous allons nous employer à montrer que les rédacteurs du nouveau Code de procédure civile, en séparant le fait et le droit dans un domaine tellement restreint, celui qui correspondait autrefois à la « cause », n'ont certainement pas souhaité le consacrer comme le guide de la répartition des rôles sur la matière litigieuse.

La distinction des éléments de fait et de droit s'efface lorsque l'on constate que la jurisprudence, en qualifiant certains moyens de « mélangés de fait et de droit », a mis en avant des éléments dynamiques du procès auxquels la distinction est indifférente (1) et que dans le Code de procédure civile la distinction est restreinte aux seuls éléments statiques composant ce qui était autrefois la « cause » (2).

1 - La distinction indifférente aux éléments dynamiques jurisprudentiels

170. Les différentes déclinaisons de la notion de moyens peuvent apparaître comme arguments de l'omniprésence de la distinction du fait et du droit. Les moyens seraient la preuve

⁶¹³ Cf. le Titre 1 de la seconde partie.

visible que tout dans le procès peut se décliner en fait ou en droit puisqu'il existe des moyens « de fait », des moyens « de droit » et des moyens « mélangés de fait et de droit ». Pourtant, la réalité est bien plus complexe car tous les moyens ne se laissent pas enfermer dans les catégories factuelle et juridique⁶¹⁴.

C'est l'introduction de la notion de « moyen mélangé de fait et de droit » dans le domaine de l'office du juge qui a fait apparaître en la matière des éléments qui se révèlent insensibles à la distinction du fait et du droit du fait de leur caractère dynamique.

171. Le « moyen mélangé », apparition et définition. Dans un premier temps, les moyens sont présentés comme les fondements de fait ou de droit⁶¹⁵. Cet aspect correspond à la définition générale du moyen qui est la « raison » venant appuyer la prétention⁶¹⁶. Cette dernière se fonde sur des faits ainsi que sur une disposition juridique.

Cependant, bien qu'inconnue du Code de procédure civile, la jurisprudence use d'une autre forme de moyen qu'elle qualifie de « mélangé de fait et de droit »⁶¹⁷. Dans un premier temps, cette déclinaison de la notion de moyen a été employée dans les arrêts relatifs à la délimitation du contrôle de cassation. Une fois introduite la distinction entre le fait et le droit comme guide de répartition des tâches du juge et des parties, la jurisprudence l'a transposée⁶¹⁸. Elle s'est servi de la distinction entre les moyens dit de « pur droit » et ceux « mélangés de fait et de droit » afin de trouver un critère de délimitation du champ du contradictoire. La notion de moyen mélangé est destinée à permettre « de déterminer dans quelle mesure le juge devait inviter les parties à présenter leurs observations »⁶¹⁹.

Une telle nécessité s'est fait jour au vu de l'incertitude née de la rédaction de l'article 16 C.p.c. proposée par les décrets des 5 décembre 1975 et 29 juillet 1976. Il s'agissait de déterminer si tout relevé d'office d'un moyen devait conduire le juge à interpellier les parties. La jurisprudence de la Cour de cassation a choisi de limiter l'application du contradictoire aux moyens mélangés de fait et de droit. Le décret du 12 mai 1981, a eu beau proposer une rédaction

⁶¹⁴ L'étude se limite ici à la notion de moyen utilisée devant les juridictions ordinaires. Pour une étude approfondie de la notion de moyen devant le juge de cassation et une comparaison entre les deux, voir *infra* n° 208 et s.

⁶¹⁵ *Ibid.* Voir également pour une définition quasi identique, CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V° Moyen, pp.666-667, BORE (J.) et BORE (L.), « Le pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°596.

⁶¹⁶ CORNU (G.) (Dir.), *Ibid.* Le moyen comme « raison » est une définition ancienne. Cf FERRIERE (C. J. de), *op. cit.*, p.231.

⁶¹⁷ MOURY (J.), *Les Moyens de droit à travers les articles 12 et 16 du NCPC*, Thèse, Paris II, 1986, pp. 82 et 86.

⁶¹⁸ Voir MOURY (J.), *Les Moyens de droit à travers les articles 12 et 16 du NCPC*, Thèse, Paris II, 1986, p.8, pp. 81-82 et pp.86-87.

⁶¹⁹ MOURY (J.), *op. cit.*, p.87.

sans ambiguïté, au fil des écrits doctrinaux l'utilisation de la terminologie « moyens mélangés de fait et de droit » s'est développée tant dans le domaine du contradictoire que dans celui de l'étendue du pouvoir du juge⁶²⁰.

Le moyen mélangé de fait et de droit revêt alors un sens très différent du moyen tel que nous l'avons défini précédemment. Il semble même que lui soient conférés deux sens divergents par la doctrine. Pour certains auteurs, il paraît servir à *délimiter l'étendue des pouvoirs des juges du fond sur les faits* et il correspond alors au « moyen qui se réfère à une règle de droit dont l'application à l'espèce exigerait la mise en œuvre des faits qui ne résultent pas du débat »⁶²¹ autrement dit « qui suppose l'allégation d'un nouvel élément de fait »⁶²². Selon cette conception, ils ne peuvent être relevés d'office par le juge du fond au regard de l'art. 7 c.p.c.⁶²³.

Pour d'autres auteurs, la raison d'être de la notion de moyen mélangé de fait et de droit réside dans *la détermination de l'intensité des pouvoirs du juge du fond sur le droit*. Il est alors le moyen qui conduit à prendre en considération des faits qui n'ont pas été spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions⁶²⁴, autrement dit des faits *adventices*⁶²⁵. Dès lors, selon ces auteurs, le juge a la simple faculté de relever ce moyen mélangé de fait et de droit et non l'obligation⁶²⁶.

Dans les deux cas, la définition du moyen mélangé est étroitement liée à son corollaire, le moyen de pur droit, dont il était question dans l'ancienne rédaction de l'article 16 C.p.c.. Ce moyen, également issu du champ lexical de la Cour de cassation, n'est autre que « celui qui ne nécessite pas la prise en compte d'une information de fait nouvelle ». Cette distinction entre les moyens de « pur droit » et les moyens « mélangés de fait de droit » reste importante en pratique car elle sert à contrôler que le juge n'outrepasse pas ses pouvoirs, tels que délimités par le principe dispositif. Elle permet de s'assurer qu'en relevant un moyen, le juge du fond

⁶²⁰ MOURY (J.), *op. cit.*, p.157. En revanche, la jurisprudence semble avoir abandonné cette expression (cf. MOURY (J.), *op. cit.*, p.84) et lui préférer celle de « moyen dans le débat » ou hors du débat comme le laisse penser un arrêt de la chambre commerciale en date du 12 février 2013, cf. Cass. Com., 12 fev. 2013, n°12-11.828 12-12907, inédit, *RGDA* 2013. 692, note KULLMANN (J.). En revanche, si au cours de l'année 2013 les juges ne mentionnent qu'une seule fois l'expression « moyens mélangés de fait et de droit », les pourvois ne se privent pas d'en faire usage, cf. par ex. Cass. Civ. 1, 19 déc. 2013, n°12-26.459, *Bull. civ. I*, n°253, *AJDI* 2014, p.538, obs. THIOYE (M.); *RTD civ.* 2014, p.358, obs. BARBIER (H.) ; Cass. Soc., 14 nov. 2013, 12-16.626, Inédit ; Cass. Com., 4 juin 2013, n°12-17.786, Inédit...

⁶²¹ CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, p.667.

⁶²² CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN (O.), *Procédure civile*, Litec, 4^eed., 2008, p.125, n°366.

⁶²³ *Ibid* ; CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, p.667. ;

⁶²⁴ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (Fr.), *Procédure civile...*, *op. cit.*, n°532, CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°542.

⁶²⁵ « Faits simplement apportés au juge (...) qui ne sont pas spécialement invoqués à l'appui des prétentions des parties », GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (Fr.), *Procédure civile...*, *op. cit.*, n°491.

⁶²⁶ Courant doctrinal que n'a pas suivi la jurisprudence, cf. *infra* n°330.

n'introduise pas dans le débat un nouvel élément de fait. C'est pourquoi il ne peut relever que les moyens qualifiés « de pur droit » et parfois « de droit ».

172. Le moyen, élément inclassable selon la distinction. La transposition devant le juge du fond des moyens de « pur droit » et « mélangé de fait et de droit » a affaibli, selon nous, non pas la distinction du fait et du droit, mais le fait qu'elle soit présente normativement en matière d'office du juge. En effet, cette catégorie de moyens pourrait prouver que la frontière entre le fait et le droit est floue puisque les moyens peuvent être porteurs des deux éléments et venir ainsi confirmer l'opinion de certains auteurs selon laquelle il n'est pas possible de séparer radicalement le fait et le droit. Cependant, à l'intérieur du moyen les éléments factuel et juridique sont nettement séparés.

La présence des moyens « de pur droit » et « mélangés de fait et de droit », ne nous paraît donc pas remettre en cause l'existence de la distinction entre l'événement et la norme, mais plutôt l'évidence de sa présence en droit positif. La matière du procès ne semble pas pouvoir se réduire au fait et au droit. C'est là l'idée principale que ces moyens révèlent. Il existe des éléments composant la matière litigieuse qui sont au-delà du classement binaire proposé par la distinction puisqu'ils sont porteurs de droit et de fait.

Certes, les moyens de droit et de fait ne sont généralement rien d'autre que les circonstances factuelles et la norme. De même, les moyens que l'on nomme « de pur droit » ne correspondent parfois qu'à la norme applicable au litige et sont par conséquent synonymes de « moyen de droit », et donc de « règle de droit ». Pourtant le moyen mélangé de fait et de droit, n'est réductible à aucune de ces catégories puisqu'il contient les deux. Il s'agit plutôt d'un « objet mixte », « produit d'une réalité plus riche que ce que présente usuellement la théorie »⁶²⁷.

Il convient alors de se rendre compte, avec certains auteurs⁶²⁸, de ce que sont regroupés sous la dénomination « moyens » des éléments qui n'en sont pas. En effet, les moyens de fait et les moyens de droit, ne sont rien d'autre que les faits et les normes juridiques allégués. Ce sont tout simplement les faits et le droit avancés au soutien de la prétention sous forme de « moyen »⁶²⁹. Il en va de même pour le moyen de « pur droit », qui devrait simplement être « de

⁶²⁷ MATHIEU (M.-L.), « L'objet mixte », *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p.366.

⁶²⁸ Voir notamment CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN (O.), *Procédure civile*, op. cit., p.125, §366 et MARTIN (R.), « Le relevé d'office par le juge d'un moyen de droit. Une question mal posée », *D.*, 2005, p. 1444.

⁶²⁹ En ce sens pour le moyen de fait, CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN (O.), *Ibid.*

droit », car à l'instar de certains auteurs nous ne voyons pas en quoi il pourrait-être plus pur que les autres⁶³⁰.

Ne répondraient alors à l'appellation « moyen » que ceux qui sont dits « mélangés » ce qui nous amène à conclure, comme l'a fait Maître Martin, que tous les moyens sont mélangés de fait et de droit⁶³¹. Dès lors, les moyens ne se distinguent que selon l'origine des faits sur lesquels ils s'appuient. L'étude de la notion de moyens fait apparaître une frontière qui n'est pas celle attendue puisqu'elle se dessine entre les faits : faits hors et dans le débat selon la première conception ou faits allégués et *adventices* selon la seconde.

173. Le moyen, élément dynamique du procès. Selon nous, le véritable « moyen » ne peut être conçu comme un élément de fait ou de droit. A ce titre, il ne peut se plier à la distinction du fait et du droit. Plus qu'une raison en fait ou en droit, il constitue un raisonnement mettant en œuvre le fait et le droit. Ils ne peuvent pas être fait ou droit puisqu'ils mettent en mouvement le fait et le droit.

Cette conception donne à voir un nouveau classement des éléments composant le débat. Certes, la matière litigieuse comprend le fait et le droit, mais elle se compose également de modèles de raisonnement, dénommés « moyens », proposés par les parties. Puisque les parties doivent désormais indiquer des moyens de fait et de droit pour soutenir leur prétention⁶³², il est logique qu'elles lient les deux afin de proposer au juge un raisonnement qu'il n'aura plus qu'à faire sien. Cela se réalise au travers des moyens qui « mélangent » les justifications en fait et en droit par le biais d'une qualification. Si ce n'est pas obligatoire, c'est un atout non négligeable pour emporter la conviction du juge et c'est certainement la raison pour laquelle cette notion de moyens mélangés s'est tellement développée.

Il faut donc constater la présence de composantes dynamiques dans le procès qui ne se laisse absorber ni par la distinction théorique et statique ni par ses conceptions plus dynamiques qui ne portent pas sur des éléments.

Ainsi, les moyens, à la différence des arguments⁶³³, sont des raisonnements composés de fait et de droit. En tant que supports de ces éléments statiques, ils constituent des éléments

⁶³⁰ Cf. par ex. le Professeur Moury qui relève : « il ne saurait y avoir de degrés dans sa « pureté » juridique » ; MOURY (J.), *Les Moyens de droit ...*, op. cit., p.86.

⁶³¹ MARTIN (R.), « Le relevé d'office d'un moyen de droit (suite et fin) », *D.*, 2006, p. 2201.

⁶³² Depuis 1998, art. 753 C.p.c.

⁶³³ « Tandis que le [moyen] démontre, [l'argument] ne peut prétendre que persuader » car l'argument « n'est qu'une affirmation de fait qui ne fonde son autorité que sur sa logique et son équité. Par conséquent, si le moyen

dynamiques du procès, dénomination proposée par le professeur Croze à laquelle nous adhérons. Ils marquent l'incapacité de la distinction à absorber tout le procès civil et laissent entrevoir que la distinction est en réalité restreinte à un domaine particulier : celui de la « cause ».

2 - La distinction restreinte aux éléments statiques de la « cause »

174. Si la distinction du fait et du droit est présente dans les normes relatives à l'office de juge, elle ne concerne qu'une infime partie de ce dernier : les éléments statiques de la matière litigieuse. Bien moins encore, elle ne porte que sur les éléments statiques composant la cause.

175. Limitation aux éléments statiques. Si l'on souhaite voir la distinction du fait et du droit dans la partie du Code de procédure civile consacrée à la répartition des rôles sur matière litigieuse, il est vrai que l'on peut l'y déceler. Le fait et le droit y figurent de manière indépendante comme intitulés des sections III et V. Ils se retrouvent également de façon plus détaillée à l'intérieur de ces sections. La distinction permet même d'embrasser les notions de prétentions et objet du litige, *faits du procès*. Ainsi les faits et la règle de droit sont les matériaux de base qui permettent de construire le jugement. Ce sont les particules élémentaires du procès civil.

En revanche, d'autres composantes du procès ne se laissent pas classer selon cette scission. Tel est le cas des moyens. La définition des moyens mélangés de fait et de droit a fait apparaître l'existence d'éléments « dynamiques »⁶³⁴, catégorie à laquelle ils appartiennent. Loin de s'opposer aux éléments « statiques » que constituent selon nous le fait et le droit, ils en sont les supports. Ainsi, nous souscrivons à l'opinion du professeur Croze selon laquelle les éléments statiques « ne sont que des éléments d'information à partir desquels le raisonnement peut s'édifier » et les éléments dynamiques du procès sont de « simple modèle de raisonnement »⁶³⁵.

Nous poursuivrons en constatant que les éléments dynamiques mettent en mouvement les éléments statiques que sont le fait et le droit. A ce titre, ils ne peuvent, « comme les autres,

est fondé le juge ne peut le rejeter, alors qu'il peut toujours écarter un argument », CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN(O.) *Procédure civile*, Litec, 4^e ed., 2008, n°363, p.124.

⁶³⁴Eléments mis en exergue par le professeur Croze. Cf. CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN(O.), *op. cit.*, p.123, §359.

⁶³⁵*Ibid.*

être « de fait » ou « de droit » »⁶³⁶. De ce fait, les appellations qui sont données aux moyens « de droit » et « mélangés de fait et de droit » sont impropres. Les deux renferment des éléments de fait et de droit. La seule différence entre ces deux catégories de moyens est la nature des faits en cause.

La matière du procès se compose bien de fait et de droit mais pas exclusivement. Ces matériaux sont assemblés au travers d'un raisonnement et prennent la forme d'un « moyen ». Ces moyens, « mélangés » selon la jurisprudence ou encore « sans attribut »⁶³⁷ comme les dénomme Maître Martin, sont devenus des éléments indispensables du procès, car ils proposent en plus des faits et de la norme, une qualification et ont ainsi de plus grandes chances de convaincre le juge. Ils existent donc, mais le législateur n'a pas paru s'en préoccuper et encore moins leur appliquer la distinction du fait et du droit. De même, il n'a pas souhaité appliquer cette dernière à tous les éléments statiques du procès.

176. Limitations à certains éléments statiques. La distinction du fait et du droit est présente mais ne concerne que les éléments statiques de la matière litigieuse. Bien plus, elle ne concerne qu'une partie d'entre eux.

En effet, la distinction apparaît restreinte par les termes employés par les rédacteurs du NCPC. En ce sens, si leur volonté avait réellement été de donner comme guide de répartition des rôles la distinction, tous les éléments factuels que nous avons dénombrés auraient été qualifiés de « fait ». La matière statique du litige aurait exclusivement été conçue au travers du prisme du fait et du droit. Or ce n'est pas le cas : les faits du procès (dont l'objet du litige)⁶³⁸ ne sont pas rangés dans la catégorie factuelle.

En définitive et malgré ce qui a pu être affirmé lors de l'adoption du NCPC⁶³⁹, la distinction du fait et du droit a servi simplement de justification à la nature factuelle de la cause. Une fois la décision prise en ce sens, la distinction devenait obsolète, inutile. C'est pourquoi la section « les faits » ne comprend pas « l'objet du litige » (ou tout autre fait procès) qui n'était pas concerné par la controverse. Loin de vouloir en faire un guide du procès civil, une *summa divisio*, les rédacteurs de 1975 paraissent ne pas l'avoir cantonné seulement à la matière litigieuse, pas plus qu'aux éléments statiques de cette matière, mais à l'infime partie de la

⁶³⁶ *Ibid.*

⁶³⁷ MARTIN (R.), « Le relevé d'office par le juge d'un moyen de droit. Une question mal posée », *op.cit.*, p.1444.

⁶³⁸ V. *supra* n°159.

⁶³⁹ V. *supra* n°60.

matière statique que recouvrait autrefois la notion de cause⁶⁴⁰. Par l'adoption d'un tel plan, ils ont simplement, et uniquement semble-t-il, affirmé que la cause ne comprenait rien d'autre que les faits du débat à l'exclusion du droit.

La distinction du fait et du droit a peut-être sa place dans la répartition des rôles du procès civil, mais *de manière infime*. Elle l'a parce que *fait et droit sont les matériaux de base du procès, sans être tout le procès*.

Elle doit encore être relativisée au regard du véritable guide « fil conducteur » que le Code nous semble avoir adopté, celui qui consiste à distribuer les activités nécessaires au procès civil.

B - L'épanouissement de la distinction des activités

177. Si la distinction des éléments de fait et de droit ne semble avoir servi qu'à mettre un terme à la controverse sur la cause, celle entre activité de fait et de droit ne paraît pas avoir connu plus de succès. Nous ne pensons pas que le législateur ait pu souhaiter répartir les activités entre le juge et les parties selon leur appartenance au droit ou aux faits car un tel classement est impossible, nous en voulons pour preuve l'activité probatoire et la qualification qui mettent en jeu aussi bien le fait que le droit. Au contraire, nous espérons montrer que le Code de procédure civile prend en compte chaque activité à effectuer, - apport des faits, preuve, qualification, application du droit -, et que ce sont elles qui sont importantes lorsqu'il s'agit de répartir les rôles, bien plus que le fait et le droit et sans considération de leur éventuelle nature factuelle ou juridique.

L'idée que la distinction du fait et du droit puisse être retenue comme fondement de la répartition des rôles s'efface lorsque l'on constate dans le Code de procédure civile l'absence de répartition des rôles selon les activités de fait et de droit (1) et l'épanouissement d'une distribution en fonction des activités, indifférente à un classement bipartite (2).

⁶⁴⁰ Sur la notion de cause et les débats qu'elle a pu engendrer *cf supra* n°59.

1 - L'absence de répartition des activités selon le fait et de droit

178. Malgré les apparences, le C.p.c. ne distingue pas entre activité de fait et de droit, pour la simple raison que cela est impossible, certaines activités ayant nécessairement pour objet les deux éléments. La preuve et la qualification sont ainsi deux opérations nécessaires à la résolution du litige qui nécessitent fait et droit.

179. La preuve. Pour être classée dans une des catégories, factuelle ou juridique, l'opération probatoire doit selon la doctrine, puisque le Code de procédure civile ne suggère rien de tel, porter sur le fait ou sur le droit. Cependant, si les juristes reconnaissent unanimement, sauf en matière de droit international privé, que l'objet de la preuve est le fait, cela n'a pas pour conséquence l'absence de droit lors de cette activité. Au contraire, les règles de droit permettent et encadrent la preuve d'un fait. Il y a application de règles de preuve à des faits allégués.

De ce fait, la preuve ne semble pas pouvoir être rangée dans l'une ou l'autre des catégories proposées⁶⁴¹. La preuve, qui n'est ni droit ni fait, a généralement pour objet le fait qu'elle traite au regard d'une norme. Il est alors évident que la preuve ne pouvait figurer que dans une section qui lui était propre.

Elle met alors le fait et le droit en miroir puisqu'elle nécessite une qualification.

180. La qualification. La qualification ne fait pas l'objet d'une section qui lui est propre. Elle trouve sa place dans la section « droit ». Le juge du fond a un pouvoir de qualification et de requalification. Pourtant, si la doctrine affirmait son caractère juridique et si le législateur l'a rangée dans le « droit », la qualification met en jeu tant le fait que le droit. Elle est, comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, ni de fait ni de droit⁶⁴².

D'ailleurs la doctrine ne s'y est pas trompée en ayant choisi d'élargir les notions de fait et de droit. Sachant que la dynamique du procès impose bien plus qu'une simple distinction des éléments de fait et de droit, elle y a joint une distinction des activités⁶⁴³. Cependant, les

⁶⁴¹ Nous nous éloignons ainsi de la vision du professeur Ferrand selon laquelle « le nouveau code de procédure civile consacre à la preuve, sous le titre « Les principes directeurs du procès », deux sections distinctes : l'une est consacrée aux faits, abandonnés aux parties qui doivent alléguer les faits de nature à fonder leurs prétentions (art. 6), et l'autre concerne le droit, affaire du juge (art. 12 : « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui sont applicables ; il restitue leur exacte qualification aux faits et actes litigieux »...) » car elle tend à assimiler, abusivement selon nous, allégation et preuve. FERRAND (F.), « Preuve », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2006, n°80.

⁶⁴² Cf. *supra* n°142.

⁶⁴³ Cf. *supra* n°131.

processualistes, en souhaitant classer les activités selon qu'elles relèvent du domaine factuel ou du domaine juridique, sont allés bien plus loin que ce que prévoit le Code de procédure civile. On ne retrouve pas selon ce dernier une description des activités selon qu'elles concernent le fait ou le droit. Si les sections III et V prévoient de tels types d'opérations, elles ne concernent (malheureusement) pas toutes la matière du litige. La description des activités nécessaires à l'élaboration de la solution judiciaire prend donc une place plus importante dans le Code. que la distinction du fait et du droit.

Les rédacteurs du nouveau code de procédure civile ont réparti les rôles selon les activités à effectuer et sans véritablement se préoccuper qu'elles touchent aux faits ou au droit. Les sections sur l'objet et les preuves sont là pour en attester, tout comme la qualification rangée dans la section « le droit » alors qu'elle aurait aussi bien pu trouver sa place dans « le fait ». Ce dernier classement nous permet d'ailleurs d'affirmer que l'intitulé « droit », de la même manière que celui de « preuves », n'est pas entendu en tant qu'*élément* de la matière litigieuse mais bien plus au sens d'activité : activité probatoire et activité juridique.

2 - Le choix d'une répartition des rôles selon les activités

181. La distinction n'est ni la *summa divisio* du procès, ni le critère de délimitation de l'office du juge. Le Code se contente de décrire et répartir les activités sans attacher de conséquence selon qu'elles touchent au droit ou aux faits.

182. Critique de la distinction en *summa divisio*. Le fait que la distinction du fait et du droit soit à ce point restreinte dans le Code, amène à relativiser le rôle que ce dernier pourrait lui confier. L'affirmation selon laquelle « au sein du Nouveau Code de Procédure Civile, cette distinction constitue la *summa divisio* sur laquelle se construit la fonction de juger »⁶⁴⁴ n'emporte pas l'adhésion car si l'élément de fait et l'élément de droit sont bien présents tout au long de la procédure et donc se retrouvent au fil du Code, c'est insuffisant pour faire de la distinction une telle *summa divisio*. D'autant que cette scission, qui serait fondamentale, est limitée à deux petites sections, contenant chacune trois articles, de ce Code, ces sections « faits » et « droit » étant, de surcroît, entrecoupées par une section concernant la preuve qui ne trouve pas sa place dans une distinction qui se voudrait pourtant universelle. Au vu de ce constat, il est difficilement envisageable que la distinction du fait et du droit soit, selon le Code

⁶⁴⁴VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr.), *th. précit.*, p.67.

de procédure civile, la division principale du jugement. Elle n'apparaît pas non plus comme celle de la répartition des rôles dans le procès.

183. Pourtant selon la doctrine, le Code de procédure civile attribue les rôles aux protagonistes du procès en fonction de la nature de la matière litigieuse en question : aux parties les faits, au juge le droit. La majorité des processualistes perçoit dans les textes régissant la matière la présence de la distinction sinon elle ne prendrait pas la peine de l'approuver⁶⁴⁵, ou de la critiquer⁶⁴⁶. Répétons-le, si les sections II à V distribuent bien les rôles en fonction de la matière litigieuse en confiant l'objet du litige et les faits aux parties et le droit au juge, la section « les preuves », qui ne fait référence ni au fait ni au droit, ébranle quelque peu cette harmonie. Son immixtion entre les sections « faits » et « droit » interdit de voir dans le Code la distinction du fait et du droit comme critère de répartition des tâches du procès. Certes, il pourrait s'agir d'une simple exception mais elle n'est pas isolée et est trop importante pour ne pas vider de sa teneur la distinction. L'explication contraire, selon laquelle la distinction n'est pas inscrite dans les textes régissant la matière litigieuse, ou bien elle n'y est qu'esquissée, nous semble plus convaincante.

184. Proposition de la division en activités. Une analyse plus fine des textes permet de se convaincre que la principale division ne s'opère pas au niveau des éléments de fait et de droit mais selon les activités à effectuer dans le procès.

En effet, si l'on ne peut percevoir la distinction dans le Code de procédure civile, c'est qu'il y a présence d'un autre guide. On se rend compte, que plus qu'une scission entre les éléments factuels et juridique, le Code marque, chronologiquement, les étapes du litige. Les éléments de la matière litigieuse font tour à tour leur entrée dans l'ouvrage comme ils le font dans la construction du jugement. Ils convient donc de les traiter selon cet ordre. C'est ce que le Code semble ordonner : les parties doivent formuler l'objet du litige et alléguer les faits, *stricto sensu*, justifiant cette demande ; ces faits doivent être prouvés avant que le droit substantiel ne leur soit appliqué. Ainsi, bien plus qu'un temps pour le droit et un autre pour le fait, le Code dispose pour quatre saisons, chacune ayant son élément propre à faire éclore : objet, faits, preuves et droit. Or pour y parvenir, il convient d'effectuer des opérations, et c'est

⁶⁴⁵V. par ex. JEULAND (E.), *Droit processuel*, *op. cit.*, p. 234; et de manière plus nuancée CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN(O.), *op. cit.*, p. 121.

⁶⁴⁶V. par ex. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°539, p.424 ; LE BARS (TH.) et HERON (J.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°279, p.227.

ce qui importe au regard du même Code. Il ne paraît pas octroyer aux parties la propriété du fait et les pouvoirs qu'un tel droit confère, et il en va de même pour le juge vis-à-vis du droit.

Au contraire, le Code décrit une à une les *activités* qui doivent être effectuées dans le cadre du procès : formuler un objet, alléguer des faits, prouver ces faits et leur appliquer le droit. Ce sont ces activités qui font l'objet d'appartenance et non les éléments qu'elles mettent en mouvement, fait ou droit.

Ainsi, les intitulés des sections II à V du chapitre préliminaire du Code de procédure civile ne révèlent pas la distinction du fait et du droit mais les étapes du procès qui pourraient être ainsi intitulées: « formulation de l'objet du litige », « allégation des faits », « preuve des faits », « application du droit aux faits », chacune regroupant plusieurs activités devant être effectuées.

185. Pour un professeur de Louvain familier de la procédure civile française, si l'on soutenait que cette « distinction devait être bannie, ledit Code serait rien moins qu'une coquille vide »⁶⁴⁷. Pourtant, la distinction tient davantage de la suggestion, voire de l'illusion que de la réalité du contenu du Code de procédure civile. C'est ce que nous espérons avoir démontré concernant la répartition des rôles sur la matière litigieuse entre les parties et le juge et le même constat se fait jour à l'étude des textes concernant la délimitation du contrôle de cassation.

SECTION 2 - Des fondements textuels artificiels : la délimitation du contrôle de cassation

186. La distinction du fait et du droit est unanimement admise comme étant le critère permettant de délimiter le contrôle de cassation, laissant ainsi un espace de souveraineté au juge du fond. Elle revêt une telle force dans les écrits doctrinaux, qu'elle paraît disposer d'un fondement normatif lui conférant le caractère obligatoire et contraignant reconnu aux règles de droit et cependant, c'est en vain que l'on chercherait la distinction du fait et du droit dans les Codes de procédure civile et d'organisation judiciaire. Elle ne s'y trouve pas expressément

⁶⁴⁷VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr.), *Cassation et juridiction. Iura dicit Curia, op.cit.*, p.67.

mentionnée, tout comme elle ne l'était pas dans les textes régissant les pouvoirs du juge du fond sur la matière du litige. Il est, toutefois, possible d'en rechercher une manifestation implicite et de l'y découvrir, peut-être, dans l'interdiction faite à la Haute Cour de connaître du *fond* des affaires et dans les moyens et motifs déclinés en fait et en droit.

Cependant, l'étude de cette interdiction nous permet d'affirmer que le lien entre cette règle et la distinction du fait et du droit est plus artificiel que réel. Il n'a pu être établi que de manière subjective puisque cette interdiction de connaître du *fond* ne prohibe pas la présence des *faits* devant les Hauts magistrats (§1). De la même manière, les motifs de droit et de fait ne manifestent pas la présence de la distinction dans les textes (§2).

§1 - L'interdiction de connaître du fond, fondement subjectif de l'éviction des faits

187. La distinction du fait et du droit est présentée en doctrine comme étant le critère permettant de délimiter le contrôle de cassation en lui proscrivant le domaine des faits. Sa valeur normative a même été affirmée⁶⁴⁸ et pourtant, les textes régissant la procédure civile ne comportent qu'une seule règle dont le but est de circonscrire les pouvoirs des Hauts Magistrats. L'article L411-2 al. 2 C.O.J. leur interdit de connaître du fond des affaires et pour que l'utilisation de la distinction du fait et du droit soit justifiée normativement, elle se doit de correspondre à cette prohibition. A défaut, la confusion entreprise par la doctrine entre la distinction et cette disposition apparaîtra dépourvue de fondement.

Or, nous allons montrer que l'interdiction de connaître du fond de l'affaire et la distinction du fait et du droit ne peuvent se confondre car les fonctions qui leurs sont assignées divergent (A). Dès lors, la notion de « fond des affaires » ne peut que revêtir une signification différente de celle de « fait » (B).

A - Les fonctions divergentes assignées à l'interdiction et à la distinction

188. La distinction du fait et du droit n'est pas désignée formellement par le Code de procédure comme le critère permettant de connaître l'étendue du contrôle de cassation. En

⁶⁴⁸ VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr.), *Cassation et juridiction...*, *op.cit.*, n°158-163, pp.169-171.

revanche, la doctrine la reconnaît comme le guide permettant de tracer une frontière entre ce qui est contrôlé ou non par la Cour de cassation. Cependant, les textes touchant à la procédure civile ne délimitent la compétence de la Haute Cour que par l'interdiction de connaître du fond des affaires. La doctrine, pour fonder textuellement la distinction, tend alors à la rapprocher de cette disposition. Or cette disposition n'a pas pour objet de limiter le *contrôle* de cassation mais de délimiter la *fonction* de cassation.

Autrement dit, on peut affirmer que si la *délimitation* de l'étendue du contrôle de cassation est censée s'effectuer selon la *distinction* (1) et que *l'interdiction* de connaître du fond concerne seulement la *définition* de la fonction de cassation (2), c'est de manière artificielle que la doctrine rattache l'interdiction et la distinction (3).

1- La délimitation du contrôle de cassation par la distinction

189. La doctrine reconnaît la distinction du fait et du droit comme le critère permettant de délimiter le contrôle de cassation même en l'absence de texte.

190. La distinction reconnue par la doctrine. Les avocats à la Cour de cassation font de la distinction leur spécialité. Ils savent distinguer le fait du droit et affirment le faire quotidiennement alors qu'au contraire « il ne peut y avoir dissociation du fait et du droit devant les juges du fond car un procès se gagne ou se perd à la fois en droit et en fait »⁶⁴⁹. De même, les Hauts magistrats se voient conférer la supériorité de ceux qui n'ont plus à converser avec les faits⁶⁵⁰. Les praticiens qui sont honorés par la distinction du fait et du droit ne sont pas les seuls à y être attachés⁶⁵¹. Ainsi Maître Raymond Martin, si farouchement opposé à la distinction

⁶⁴⁹ ODENT (Br.), « Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation », *Répertoire de procédure civile*, 2008, n°14. Nous remarquerons que selon cette citation il n'y a pas de distinction du fait et du droit devant le juge du fond au contraire de ce qui a pu être affirmé précédemment. L'explication d'une telle assertion se trouve dans le fait que la distinction employée pour répartir les rôles est différente de celle utilisée pour délimiter le contrôle de cassation. v. notamment *infra* n°214.

⁶⁵⁰ Nous illustrerons notre propos en citant un auteur allemand : « Mon pauvre, comment pouvez-vous supporter cette sale fouille permanente dans les faits ? ». C'est par ces mots qu'un juge des juridictions suprêmes plaignait un ami resté juge du fond avec lequel il avait fait ses études », cf. SCHMIDT-SCHONDORF (S.), « La réunion par le juge allemand des éléments de fait nécessaires à la décision » In *R.I.D.C.* Vol. 50 N°3, Juillet-sept. 1998, p.765, Dans un sens approchant nous pouvons citer le professeur Atias : « Ce qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond est, en effet, instinctivement classé dans une rubrique inférieure », ATIAS (C.) *Epistémologie juridique*, *op. cit.*, p. 128.

⁶⁵¹ Un autre exemple d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation attaché à la distinction du fait et du droit peut être donné par Maîtres Jacques et Louis Boré qui continuent de présenter les limites du pourvoi en cassation selon la distinction du fait et du droit dans l'ouvrage qu'ils consacrent à la cassation, cf. BORE (J.) et BORE (L.), « La cassation en matière civile », *op. cit.*, n°60.00 et s., pp. 247 et s.

dans la délimitation du rôle du juge fond, n'y trouvait rien à dire quand on l'avancé pour limiter l'étendue du contrôle de cassation⁶⁵².

Au-delà du cercle des gens de robe, la doctrine la reconnaît, à son tour et de manière unanime, comme la limite donnée aux juges de cassation par le législateur. Pas une étude sur le pourvoi en cassation ne s'abstient de mentionner la distinction du fait et du droit. Après que Pierre de Chauveron l'ait étudiée au criminel⁶⁵³, le doyen Marty a lancé le mouvement en procédure civile⁶⁵⁴. Motulsky y a consacré également un chapitre de sa thèse⁶⁵⁵. Les travaux de doctorat des professeurs Kernaleguen⁶⁵⁶ et Le Bars⁶⁵⁷, avec quelques réserves, la défendent. Les manuels de procédure civile, comme nous l'avons déjà indiqué, s'y réfèrent⁶⁵⁸. Également, les processualistes n'en ayant pas l'apanage, elle se retrouve dans les manuels d'introduction au droit⁶⁵⁹ et dans certains ouvrages de théorie⁶⁶⁰.

De plus, de nombreux articles s'y intéressent soit simplement pour l'affirmer, soit pour en déterminer le contenu⁶⁶¹. Encore récemment Me Xavier se demandait si « la qualification des faits [était] une question de fait ou de droit ? »⁶⁶² et le professeur Atias s'inquiétait de « l'introuvable question de droit »⁶⁶³. D'autres encore, à l'instar du professeur Guinchard⁶⁶⁴, constatent le peu de respect que lui porte la Haute-Cour⁶⁶⁵.

La distinction du fait et du droit faisant l'objet d'une littérature si abondante et d'une reconnaissance si unanime, puisque « comme chacun sait, la Cour de cassation n'est pas en

⁶⁵² « L'existence même d'un tribunal de cassation implique la distinction du fait et du droit », cf. MARTIN (R.), « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP*, 1974, I 2625, n°31.

⁶⁵³ CHAUVERON (P. de), *th. précit.*.

⁶⁵⁴ MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit. ...*, *op. cit.*

⁶⁵⁵ Chapitre premier (troisième partie, titre II) : « Le contrôle de l'exactitude des décisions judiciaires (la distinction du fait et du Droit) », cf. MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique ...*, *op.cit.*, pp.152 et s.

⁶⁵⁶ « si la distinction du fait et du droit ne suffit pas à fonder la répartition des pouvoirs entre les juges du fond et ceux de cassation, elle l'inspire très fortement », KERNALEGUEN (Fr.), *th. précit.*, n°147, p.340.

⁶⁵⁷ LE BARS (Th.), *th. précit.*, n°144 s., pp. 110 et s.

⁶⁵⁸ V. *supra* n°121.

⁶⁵⁹ V. Par ex. DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n°354, p. 349-350; « elle ne juge la décision qui lui est soumise que du point de vue du droit et non pas les faits », FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction générale au droit – Droit des personnes – Méthodologie juridique*, PUF, 1^{ère} ed., 2009, p.236.

⁶⁶⁰ Cf. par ex. BERGEL (J.-L.), *Théorie Générale du droit*, *op. cit.*, pp. 327 et s. ; ATIAS (C.), *Epistémologie juridique*, *op. cit.*, pp. 124 et s.

⁶⁶¹ AUBERT (J.-L.), « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en matière civile », *D.*, 2005, chron. p.1115 ; BORE (J.), « La Cour de cassation juge du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, la documentation française, 1994, pp. 53-62.

⁶⁶² XAVIER (Ch.), « La qualification des faits est-elle une question de fait ou de droit ? », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, pp.511-531.

⁶⁶³ ATIAS (C.), « L'introuvable question de droit », *RTD Civ*, 2010., p. 243.

⁶⁶⁴ GUINCHARD (S.), « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation », *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, 1999.

⁶⁶⁵ V. par ex. PERDRIAU (A.), « les chambres civiles jugent-elles en fait ? » *JCP*, 1993. I, 3683.

principe juge des faits du procès, mais seulement du droit »⁶⁶⁶, il paraît difficilement envisageable qu'elle ne fasse pas partie des règles régissant la Haute Instance. Pourtant, la question de sa présence textuelle mérite d'être posée. La réponse à y apporter, nous semble-t-il, ne peut-être que négative.

191. Une distinction ignorée des textes. Il n'est nulle part fait mention de la distinction du fait et du droit dans les dispositions du Code de procédure civile consacrées au pourvoi en cassation, pas plus que dans le Code de l'organisation judiciaire. On la recherchera en vain dans les articles 604 à 639 du C.p.c. composant le Chapitre consacré au pourvoi en cassation ou dans le titre VII du même Code regroupant « les dispositions particulières à la Cour de cassation ». Le livre IV que le C.o.j. réserve à « La Cour de cassation » n'en fait pas plus mention.

Cependant, pour être tout à fait précis nous pouvons mentionner une occurrence de la distinction du fait et du droit. La seule affirmation explicite de cette distinction se trouve dans un arrêté du 2 août 2000⁶⁶⁷ fixant le programme et les modalités de l'examen d'aptitude à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. L'annexe prévoit que les épreuves peuvent porter notamment sur la distinction du fait et du droit. Toutefois, il ne s'agit ici que d'une utilisation ponctuelle de l'expression. De plus, et malheureusement, la distinction n'y est pas explicitée et elle n'y gagne que la valeur conférée à un arrêté. En revanche, la mention de la distinction dans cet arrêté montre qu'elle est reconnue comme la spécificité du contrôle de cassation.

A défaut de présence explicite de la distinction du fait et du droit dans les textes régissant le contrôle de cassation, il reste à s'interroger sur sa présence implicite dans l'interdiction de connaître du fond des affaires.

2 - La définition de la fonction de cassation par l'interdiction

192. La prohibition du fait devant la Haute Cour est donc absente, toutefois celle de connaître du fond de l'affaire est bien présente. Cette interdiction n'a jamais eu pour fonction de délimiter l'étendue du contrôle de cassation. Elle a toujours été utilisée afin de différencier

⁶⁶⁶ HERON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^e ed., 2012, p.664.

⁶⁶⁷ Arrêté du 2 août 2002, *journal officiel de la République française*, 11 août 2000, p. 12456. Cet arrêté, toujours en vigueur, a été modifié par l'arrêté du 28 septembre 2005, JORF n°226, p.15535 texte n° 68, sans que cela ne touche aux annexes.

la fonction de cassation des fonctions juridictionnelles classiques. Le droit positif a conservé cette idée.

193. La fonction historique de l'interdiction. Afin de délimiter les pouvoirs des juridictions du fond et de la Cour de cassation, les parlementaires de l'époque révolutionnaire ont choisi d'interdire à cette dernière la connaissance du fond des affaires. C'était là le moyen d'éviter la pratique des évocations tant décriées sous l'Ancien Régime. Elles permettaient au Conseil des parties, alors compétent pour connaître des recours en cassation, d'attirer à lui toute l'affaire afin d'y mettre un terme en tranchant le litige existant entre les particuliers. Pour que l'évocation ne puisse avoir lieu et que l'interdiction posée à la Cour soit pleinement efficace, on obligea cette dernière à renvoyer l'affaire après cassation devant une juridiction du fond. L'article 3 loi du 27 novembre 1790 disposait ainsi que « *sous aucun prétexte et en aucun cas, le tribunal ne pourra connaître du fond des affaires : après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître* ». La juridiction de renvoi, généralement une Cour d'appel, forte de la totalité de ses pouvoirs juridictionnels met fin au litige. De ce fait, il est dénié à la Haute juridiction civile française le pouvoir de *juris dictio*, c'est-à-dire celui consistant à appliquer le droit au fait⁶⁶⁸. Il en découle l'affirmation traditionnellement selon laquelle elle n'est pas un troisième degré de juridiction, cela étant confirmé par sa fonction de gardienne de l'application de la loi conférée par les révolutionnaires et confirmé en droit positif par l'article 604 du C.p.c.

194. L'interdiction en droit positif. Il est impossible de trouver dans les Codes une mention explicite et formelle de la distinction du fait et du droit. Pourtant, elle est la règle de compétence unanimement reconnue par la doctrine pour limiter le contrôle de cassation. Il faut donc rechercher quelle est la disposition qui détermine réellement la compétence des Hauts magistrats dans les textes en vigueur. En effet, il se peut qu'elle porte implicitement la distinction du fait et du droit lui conférant ainsi sa valeur normative et rendant incontestable son utilisation en la matière.

Cette règle de compétence est établie dans le titre du C.o.j. intitulé « institution et compétence » de la Cour de cassation. Il s'agit de l'al.2 de l'article L411-2 disposant que « La

⁶⁶⁸ « découvrir (généralement à la suite d'une contestation, d'un litige, d'un procès) quelle est parmi les règles de droit préexistantes, celle dont les dispositions abstraites recouvrent les circonstances concrètes du cas (de l'espèce), de déclarer ainsi la règle de droit applicable, et d'en faire application. C'est cela qui est proprement dire le droit (*juris dictio*) », CARBONNIER (J.), *Droit civil. Introduction, op. cit.*, n°8, p.31.

Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire ». L'article L311-1 al.2 C.O.J. la complète en octroyant aux juges d'appel un pouvoir souverain sur le fond des affaires⁶⁶⁹. La compétence de la Cour de cassation est unanimement reconnue comme résultant de ces deux textes⁶⁷⁰ dont l'effectivité est assurée par l'obligation de renvoi⁶⁷¹ après cassation. Toutefois ce renvoi est assorti d'exceptions prévues par l'article L411-3 laissant à la Haute Cour la possibilité de retenir l'affaire quand « la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond », ou s'il est possible de « mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée »⁶⁷².

Enfin ces dispositions peuvent être complétées par l'article 604 CPC qui renseigne sur la fonction de la Haute Cour et selon lequel « le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque, aux règles de droits ».

Tous ces articles sont les héritiers directs des lois de 1790 et 1810 fondatrices de l'Institution de cassation⁶⁷³. Ils attribuent aux juges de première et seconde instance un pouvoir souverain sur le fond des affaires en y interdisant toute immixtion de la Haute cour.

Il ressort de tous ces textes que la fonction, et non le contrôle, de cassation s'évanouit lorsque la juridiction suprême approche le fond de l'affaire. L'objet de la disposition interdisant la connaissance du fond des affaires diffère profondément de celui de la distinction du fait et du droit. Pourtant, comme il s'agit de la seule disposition traitant de la compétence de la Haute Cour, la doctrine va parfois confondre les deux critères.

3 - Le rattachement doctrinal de l'interdiction et de la distinction

195. Malgré les fonctions différentes conférées à l'interdiction et à la distinction, la doctrine les tient pour identiques. Cette démarche se comprend aisément car pour que la distinction du fait et du droit ait un fondement textuel, il est nécessaire que la prohibition pour

⁶⁶⁹ Art. L311-2 al.2 C.O.J. : « La Cour d'appel statue souverainement sur le fond des affaires ».

⁶⁷⁰ Dont CANIVET (G.), « La procédure d'admission des pourvois en cassation. *Bilan d'un semestre d'application de l'article L 131-6 du Code de l'organisation judiciaire* », *D.*, 2002, n° 28, 25 juillet 2002, p. 2195.

⁶⁷¹ Art. 626 CPC : « En cas de cassation suivie d'un renvoi de l'affaire à une juridiction, celle-ci est désignée et statue, le cas échéant, conformément à l'article L. 431-4 du code de l'organisation judiciaire ».

⁶⁷² V. également l'art. 627 CPC : « La Cour de cassation peut casser sans renvoyer l'affaire dans les cas et conditions prévues par l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire ».

⁶⁷³ V. *supra* n°54.

la Haute Cour de connaître des questions *de fait* - puisque c'est ainsi que la doctrine définit la distinction en la matière - corresponde à l'interdiction de connaître *du fond* de l'affaire.

C'est donc ce qu'avance une partie de la doctrine pour laquelle le lien d'identité entre les deux expressions semble évident. Ainsi, selon le doyen Perdriau « si aucun texte ne vise expressément le contrôle, les limites de celui-ci sont déterminées par l'article L. 111-2⁶⁷⁴ du Code de l'organisation judiciaire aux termes duquel « *La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires...* ». Cette expression signifie qu'elle ne saurait se prononcer « en fait »⁶⁷⁵. En leur temps, Marty et Motulsky établissaient déjà le même lien mais à partir de l'article 3 de la loi du 27 novembre- 1^{er} décembre 1790 qui posait déjà cette interdiction⁶⁷⁶. Pour d'autres processualistes, l'équivalence du fond et du fait est tellement évidente que le passage de l'un à l'autre se fait sans explication. De la sorte, M. le Conseiller Charruault immédiatement après avoir expliqué pourquoi la compétence de la Cour de cassation n'atteignait pas le fond de l'affaire, s'émeut de la difficulté qu'il y a à séparer le fait du droit⁶⁷⁷.

Par cet amalgame, les juges du fond deviennent ceux du fait⁶⁷⁸, et les magistrats de la Cour de cassation sont devenus juges du droit, chacun ayant le dernier mot dans son domaine. Si l'on voit dans ces textes, la distinction du fait et du droit, alors il faut considérer que le fait correspond au fond de l'affaire et que le droit est tout le reste. Or compte tenu des rôles différents que joue l'interdiction de connaître du fond et la distinction, il existe très peu de chance qu'une telle coïncidence existe. La recherche de la signification de la notion de « fond de l'affaire » confirme l'inexistence d'un tel lien.

⁶⁷⁴ Devenu art. L.411-2 C.o.j. par l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 portant refonte du code de l'organisation judiciaire et modifiant le code de commerce, le code rural et le code de procédure pénale (partie Législative).

⁶⁷⁵ PERDRIAU (A.), « Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de Cassation », *JCP éd. générale*, 1991, I, 3538, n°12. Dans le même sens Dans le même sens v. également LUXEMBOURG (F.), « La Cour de cassation, juge du fond », *D.*, 2006, n°2, p. 2358. Cette conception dépasse les frontières du droit privé puisque selon le doyen Vedel, la notion de fond des affaires doit être identifiée à la « question de fait », VEDEL (G.), *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, université de Toulouse 1933-1934, Paris, Sirey, 1934. Dans un sens contraire V. le professeur Kernaléguen qui semble depuis toujours dissocier le fond et le fait, en affirmant notamment que « il arrive en effet que la Haute juridiction examine des questions de fait et statue au fond » cf. KERNALÉGUEN (Fr.), *Institutions judiciaires, op. cit.*, p.154, V. également du même auteur, *L'extension du rôle..., th. précit.*, p.281.

⁶⁷⁶ MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit...*, *op. cit.*, pp.19 et 23 ; MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé...*, *op. cit.*, p.152.

⁶⁷⁷ CHARRUAULT (C.), « La souveraineté du juge du fond à l'épreuve de quelques faits », *BICC*, n°702, 15 mai 2009, pp23-24. Pour un autre exemple d'amalgame implicite V. GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G), VARINARD (A.), DEBARD (Th.), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, , 12^e éd., 2013, p.684.

⁶⁷⁸ En ce sens V. les Professeurs Cadiet et Jeuland qui relèvent que « cette fonction particulière de la Cour de cassation est souvent exprimé en disant que cette dernière est *juge du droit* et non pas *juge du fait* ou *juge du fond* », CADDIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°873, p.664.

B - Les significations différentes du « fond » et du « fait »

196. Pour que la distinction se confonde avec l'article L411-2 C.p.c., le « fond de l'affaire » doit être synonyme de « fait ». Or une étude approfondie des deux notions amène au constat inverse. Ni le fait, notion issue de la distinction théorique, ni la question de fait, notion proposée dans la distinction dynamique, ne sont hors de portée de la Cour de cassation. Ce qui lui est interdit, c'est de donner une solution au litige. Cette donnée incontestable nous permettra d'affirmer que la fonction qui est interdite au juge de cassation est *l'application du droit au fait*.

Ainsi le fond de l'affaire diffère du fait (1). De plus, il se montre également inconciliable avec la question de fait (2). Cette notion de fond semble plutôt converger vers celle d'« application du droit au fait » (3).

1 - Le « fond » et le « fait »

197. La confrontation du « fait », issu de la conception théorique de la distinction, et de la notion de « fond de l'affaire » au travers de leur définition respective, montre qu'aucune synonymie n'existe entre les deux.

198. Définitions sémantiques. Pour se convaincre qu'il n'y a pas de correspondance entre le fond et le fait et donc que leur rapprochement ne peut être que subjectif il n'est qu'à comparer leur définition. La signification du fait que nous avons préalablement établie renvoie aux événements concrets survenus dans la vie courante⁶⁷⁹. Quant au sens que peut revêtir la notion de « fond de l'affaire », il est dans un premier temps, difficile à concevoir indépendamment des faits puisque pour mieux indifférencier les deux termes les auteurs s'abstiennent de le définir ou le présentent comme synonyme des faits⁶⁸⁰.

Tout comme le fait a été défini par opposition au droit, le fond peut l'être au regard de la forme. C'est ainsi que le dictionnaire de l'association Capitant le concevait comme « ce qui a trait à l'essence et à la nature intrinsèque du droit ou d'un acte juridique. Ex : fond du droit, conclure au fond, statuer sur le fond. S'oppose à la forme. »⁶⁸¹. Plus largement, Daniel

⁶⁷⁹ V. *supra* n°98.

⁶⁸⁰ Le dictionnaire juridique de l'association Capitant définit désormais le fond du litige comme les « l'ensemble des éléments de fait et de droit », CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 1987, p. 389.

⁶⁸¹ CAPITANT (H.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1936, p256.

Bardonnet voyait dans la notion de fond un « concept protéiforme » ayant trois sens distincts dont chacun ne peut se comprendre qu'en l'opposant à sa notion contraire. Ainsi la règle de fond s'oppose à la règle de forme, le fond à la recevabilité et le juge du fond au juge de cassation⁶⁸². C'est dans ce dernier binôme qu'il convient donc de rechercher la signification de « fond de l'affaire ».

199. Définition historique de la notion de « fond ». L'analyse historique aide quelque peu à expliquer la complexité de cette notion. Rappelons que sous l'Ancien Régime, la voie de la cassation se limitait déjà par le « fond »⁶⁸³. Le fond s'opposait à la forme du droit. Il s'agit de la distinction désormais classique entre règle de fond et règle de forme, autrement dit entre droit substantiel et règles de procédure. La raison de cette limite que constituait le « fond » était simple : les ordonnances des Rois de France ne contenaient que des règles de procédure, elles ne disposaient ainsi que pour la « forme du droit ». La cassation, dont le seul but était de faire respecter ses dernières, ne pouvait alors avoir lieu que pour l'atteinte portée par les juges à cette « forme » du droit.

Puis les ordonnances ont peu à peu disposé pour le fond du droit, ouvrant un champ plus grand à la cassation. Le « fond » a alors pris un autre sens, il a cessé d'être entendu comme « fond du droit » pour devenir « fond de l'arrêt ».

Lors des débats parlementaires sur le recours en cassation, les révolutionnaires s'approprient cette distinction entre « forme de l'arrêt » et « fond de l'arrêt ». Pour que le Tribunal remplisse pleinement sa fonction de gardien des lois, il doit s'intéresser aux seules formes de la décision, le fond de l'arrêt devant demeurer hors de sa portée. Le *fond* de l'arrêt correspond alors à l'affaire et les *formes* du jugement ne sont autre que le droit, constitué des lois procédurale et substantielle qui doivent être respectées par le juge du fond⁶⁸⁴.

Pourtant, l'expression retenue n'est pas celle de « fond de l'arrêt » mais celle de « *fond de l'affaire* ». La confusion vient certainement d'Adrien Duport qui, ayant vu tous ses arguments en faveur de l'adoption de la distinction du fait et du droit rejetés, a proposé la formule aujourd'hui consacré à la délimitation du contrôle : « l'interdiction de connaître du fond de l'affaire ». C'est cette disposition que les révolutionnaires ont explicitement préférée à

⁶⁸² BARDONNET (D.), *Le Tribunal des Conflits juge du fond*, Paris, 1957, LGDJ, 1959, p.5.

⁶⁸³ Cf. *supra* n°47.

⁶⁸⁴ V. *supra* n°53.

la distinction du fait et du droit et c'est donc là, selon nous, le premier indice que *le fait diffère du fond*.

Toutefois, cette formule est ambiguë, et l'on ne peut s'empêcher de penser qu'elle a permis à son auteur de réintroduire indirectement la distinction du fait et du droit⁶⁸⁵. Cette évolution historique a alors abouti à une notion qui emprunte à la fois à l'opposition entre la forme et le fond et à la scission entre fait et droit⁶⁸⁶. Là se trouve certainement l'explication de l'originalité, voire de la maladresse⁶⁸⁷, de la formule « fond de l'affaire » et de la difficulté qu'il existe à en donner une définition alors que dans l'esprit révolutionnaire le « fond » semble tout simplement correspondre à « l'affaire », c'est-à-dire au litige que les juges de première et deuxième instance sont seuls à pouvoir trancher.

200. Conception du fond au regard de la pratique actuelle de cassation. A se rapprocher des textes aujourd'hui en vigueur, et même s'ils restent muets sur la teneur de cette notion, on constate là aussi que le « fond de l'affaire » ne peut correspondre aux faits.

On peut avancer que l'article 638 C.p.c., disposant que « L'affaire est à nouveau jugée *en fait et en droit* par la juridiction de renvoi à l'exclusion des chefs non atteints par la cassation », porte la distinction du fait et du droit. Cependant, il concerne plus sûrement la liberté dont jouit la Cour d'appel après une cassation. Elle peut ne pas suivre la Haute Cour sur le point que cette dernière a jugé.

De plus, en raisonnant *a contrario* on pourrait être tenté d'affirmer que si la juridiction de renvoi juge *en fait et en droit* c'est que la Cour de cassation ne le fait pas. Elle ne jugerait qu'en droit. Or, en toute logique, on ne peut rien conclure de tel à partir de l'énoncé de l'article 638 C.p.c.⁶⁸⁸. On peut seulement affirmer que la Cour d'appel de renvoi retrouve un plein pouvoir de juridiction sur l'affaire, elle n'est pas liée par la décision de la Haute Cour, du moins textuellement. D'ailleurs, le pendant de l'article L411-2 C.o.j., celui qui définit en creux les pouvoirs des juges d'appel, n'est pas cet article 638 C.p.c. mais l'article L311-1 al.2 qui dispose que « la cour d'appel statue souverainement sur le fond des affaires ».

⁶⁸⁵ Sur cet aspect historique v. *supra* n°52-54.

⁶⁸⁶ Sur le refus d'y voir une opposition droit-fait et également fond-forme au sens traditionnel v. CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN(O.) *Procédure civile*, Litec, 4^e ed., 2008, n°248, pp.84-85.

⁶⁸⁷ Cf. JOBARD-BACHELLIER (M.-N.) et BACHELLIER (X.), BUKLAMENT (J.), *La technique de cassation...*, *op. cit.*, p.2.

⁶⁸⁸ Sur l'utilisation parfois erronée des « raisonnements » *a contrario* v. MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *Le raisonnement juridique*, *op. cit.*, pp.419 et s.

En outre, d'une assimilation entre le fond et le fait, il résulterait que les juges de cassation n'ont pas connaissance des faits du litige, c'est-à-dire des événements ayant donné naissance au procès. Or, l'article 604 du C.p.c. donne pour mission à la Cour de cassation de censurer « la non conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ». Ainsi, la Cour qui doit assurer le respect des lois ne peut le faire qu'en connaissance des circonstances de l'espèce. L'arrêt étant dévolu à la Cour de cassation afin d'être contrôlé⁶⁸⁹, les faits qu'il contient le sont aussi. Ces derniers demeurent simplement intangibles : les juges de cassation les acceptent tels qu'ils se présentent devant eux c'est-à-dire tels que les juges du fond les ont fixés⁶⁹⁰.

Le rôle de la Haute Cour faisant sur ce point l'objet d'un consensus, il est de ce fait unanimement admis que les faits sont portés devant la Haute Juridiction afin qu'elle puisse accomplir au mieux sa mission. Ainsi la plupart des auteurs de manuels de droit judiciaire privé s'accordent sur le fait que « le contrôle du droit ne peut faire complètement abstraction du fait »⁶⁹¹ car « il faut bien comprendre qu'on ne peut contrôler l'application de la règle de droit sans prendre en considération, d'une manière ou d'une autre, des éléments de fait »⁶⁹². C'est pourquoi le « fait n'est pas totalement exclu du prétoire de la Cour de cassation » selon le professeur Kernaleguen⁶⁹³.

Il est donc incontesté et incontestable que la Haute Cour connaît les circonstances de l'espèce. La Cour de cassation non seulement connaît les faits du litige mais il lui est indispensable d'y avoir accès. *Le fond n'est donc pas le fait*. Reste à envisager une hypothétique correspondance du « fond » avec « la question de fait » afin de pouvoir conclure que la distinction du fait et du droit ne trouve définitivement pas sa place dans l'interdiction de connaître du fond des affaires.

⁶⁸⁹ « ce n'est pas le procès qui est déféré à la Cour suprême, c'est seulement la solution de ce procès, contenue dans le dispositif, le pourvoi devant critiquer celui-ci et non pas les motifs ; plus précisément, la Cour de cassation ne juge la décision attaquée qu'à travers le pourvoi et ses moyens », GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile...*, *op. cit.*, n°1292, pp.889-890. Pour une discussion plus poussée sur l'effet dévolutif ou non du pourvoi en cassation v. *infra* n° 537 et s.

⁶⁹⁰ En ce sens v. notamment GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile...*, *op. cit.*, n°1292, p.890.

⁶⁹¹ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile...*, *op. cit.*, p.905.

⁶⁹² CROZE (H.), MOREL (Ch.) et FRADIN (O.) *Procédure civile*, Litec, 4^e ed., 2008, n°248, p.84. Dans le même sens V. également CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°873, p.664.

⁶⁹³ KERNALEGUEN (Fr.), *th. précit.*, p.281.

2 - Le « fond » et la « question de fait »

201. Les processualistes conçoivent la distinction du fait et du droit comme celle des questions de fait et des questions de droit lorsqu'ils l'envisagent dans le domaine du contrôle de cassation. Si la distinction théorique et restrictive que nous avons retenue n'apparaît pas dans les textes régissant la cassation, il est possible d'émettre l'hypothèse selon laquelle la distinction dynamique fondée sur la scission des questions s'y trouve. Cependant, nous allons démontrer que cette hypothèse ne se vérifie pas totalement car si la Cour ne peut rechercher et apprécier les faits, l'interdiction qui lui est posée va au-delà.

202. Interdiction de rechercher et d'apprécier les faits. En précisant que la Cour connaît des faits du litige tels que relatés par les juges du fond, la doctrine processualiste montre une fois encore qu'elle n'entend pas la distinction du fait et du droit dans le sens théorique quand elle étudie de manière pratique le pourvoi en cassation. Elle se réfère à la distinction des questions de fait et de droit⁶⁹⁴, la question de fait étant entendue comme celle qui touche à l'appréciation des faits. C'est pourquoi, généralement après avoir affirmé que la Haute Cour a une connaissance des éléments factuels du litige, les auteurs expliquent que la teneur de l'interdiction faite aux Hauts magistrats touche à l'appréciation des faits. Ainsi Le professeur Le Bars explicite la notion de fond de l'affaire en expliquant que, outre que la Haute Cour ne saurait évoquer une affaire, « elle doit se prononcer en droit sans porter d'appréciation de fait »⁶⁹⁵. De même, le professeur Perrot déduit de cette prohibition que « l'appréciation des faits relève de la souveraineté des juridictions dites du fond »⁶⁹⁶.

Les Hauts magistrats ne peuvent ni avoir une connaissance personnelle ni ordonner de nouvelles mesures d'instruction⁶⁹⁷. Les faits sont figés et constituent une « donnée intangible »⁶⁹⁸. Sur ce point, il est indiscutable que la recherche et l'appréciation des faits sont en dehors du champ de compétence de la Cour suprême française. Cependant, le domaine interdit à la Cour de cassation ne se limite pas à cela. Plusieurs textes normatifs permettent une

⁶⁹⁴ V. *supra* n°121.

⁶⁹⁵ LE BARS (Th.), *Le défaut de base légale...*, *th. précit.*, n°84, p.64.

⁶⁹⁶ PERROT (R.), *Institutions judiciaires, op. cit.*, p.177. Dans le même sens v. également KERNALEGUEN (Fr.), *th. précit.*, p.281 ; BORE (J.) et BORE (L.), *La cassation en matière civile, op. cit.*, n°60.01, p.247.

⁶⁹⁷ MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit...*, *op. cit.*, n°104 p.178, repris également in KERNALEGUEN (Fr.), *th. précit.*, p.281.

⁶⁹⁸ KERNALEGUEN (Fr.), *Ibid.*

telle affirmation : l'article L311-1 al2 délimitant le pouvoir souverain des juges du fond et ceux touchant à l'obligation de renvoi après cassation.

203. Insuffisance de l'interdiction d'apprécier les faits. L'article L311-1 al.2 C.p.c. précité semble exclure du contrôle de cassation le domaine souverain des juges du fond. Il confère à ces derniers un pouvoir souverain pour « statuer sur le fond des affaires ». Cependant, comme cette disposition est le corollaire de l'interdiction pour la Cour de cassation de connaître du fond des affaires, il ne concerne pas l'étendue du contrôle exercé par les juges suprêmes.

De plus, il serait erroné de penser que les juges du fond, dans l'exercice de leur pouvoir souverain, ne peuvent faire l'objet d'aucun contrôle de la Cour de cassation. Au contraire, ils n'échappent à ce dernier que dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire⁶⁹⁹. L'absence de contrôle est d'ailleurs avancée par les Hauts magistrats eux-mêmes comme critère de distinction de ces deux pouvoirs des juges du fond⁷⁰⁰. Le pouvoir souverain n'est donc pas celui qui est exempt de contrôle mais celui que seul les juges du fond peuvent exercer. C'est « une fonction réservée aux juges du fond »⁷⁰¹ et la spécificité de la fonction des juges du fond est d'apporter une solution au litige⁷⁰².

Statuer sur le fond des affaires, va donc au-delà de l'appréciation et de la recherche des faits du litige. Le fond correspond bien plus à « l'ensemble du litige »⁷⁰³. C'est pourquoi Henri Aubert soutenait déjà en 1884 qu'examiner le fond de l'affaire revenait à « trancher la contestation qui divise les parties et qui fait l'objet de leurs conclusions » et malgré ce qu'il pouvait ajouter cela ne se limite pas à « examiner les faits »⁷⁰⁴. Cette explication n'a pas totalement disparu de nos jours puisque Monsieur Van Drooghenbroeck, reprenant François Rigaux, l'adopte en partie⁷⁰⁵.

Nous souscrivons à cette conception du « fond ». Dès lors, s'il est interdit au juge de cassation d'appliquer le droit au fait, au sens large de l'expression, une des conséquences qui

⁶⁹⁹ Dans le même sens v. MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit...*, *op. cit.*, n°103 et s., pp.177 et s. ; v. également les définitions de pouvoirs discrétionnaires et pouvoirs souverains in CORNU (G.)(dir.), *op. cit.*, V° Discrétionnaire p.349 et V° Souverain p.974.

⁷⁰⁰ Coll., *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, Paris, Litec, 2e ed., 2003, pp.298-300.

⁷⁰¹ ATIAS (C.), « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.*, 2009, p. 744.

⁷⁰² En ce sens v. notamment DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p.91.

⁷⁰³ BARDONNET (D.), *Ibid.*

⁷⁰⁴ AUBERT (H.), *Des Causes d'ouverture à cassation en matière civile*, thèse, 1884, Paris, reproduite in *Droit romain : de l'"In integrum restitutio"*, envisagée comme voie de recours contre les jugements. *Droit français : des Causes d'ouverture à cassation en matière civile*, Paris, E. Thorin, 1884, p.137.

⁷⁰⁵ VAN DROOGHENBROECK (J-Fr.), *Cassation et juridiction. Iura dicit Curia*, *op. cit.*, n°127, p.145.

en découle est la prohibition d'apprécier et de rechercher les faits. Ces « questions de fait » lui sont interdites mais pas seulement puisqu'il ne peut pas non plus qualifier les faits et appliquer la règle de droit afin de trancher le litige. Ainsi, la *question de fait, telle que définie par la doctrine, n'est qu'une partie du « fond de l'affaire » puisque celui-ci correspond à l'application du droit au fait*. L'interdiction de connaître du fond ne correspond pas à la frontière entre les questions de fait et de droit.

Ainsi la « question de fait » ne peut se confondre avec le « fond de l'affaire »⁷⁰⁶, elle n'en est qu'une partie car comme a pu le faire remarquer un professeur de Louvain, deux interdictions semblent se cumuler celle d'apprécier les faits et celle d'appliquer le droit au fait⁷⁰⁷ (au sens strict).

Ce raisonnement nous amène, en partie, à rapprocher l'expression « fond de l'affaire » de la notion d'« affaire ».

204. L'interdiction d'appliquer le droit aux faits. Les textes régissant le renvoi après cassation permettent d'affirmer que l'interdiction posée à la Cour de cassation s'étend au-delà du domaine de la recherche et de l'appréciation des faits.

De nos jours, le principe de l'obligation de renvoi après cassation est posée par l'article L431-4 qui dispose qu'« en cas de cassation, l'affaire est renvoyée, sous réserve des dispositions de l'article L. 411-3, devant une autre juridiction de même nature que celle dont émane l'arrêt ou le jugement cassé ou devant la même juridiction composée d'autres magistrats ». L'interdiction de connaître du fond de l'affaire implique que l'affaire soit renvoyée. Cette formulation nous amène à penser que ce n'est pas seulement le fond de l'affaire qui est interdit à la Haute Cour mais l'affaire dans son entier. Elle ne peut trancher l'affaire.

205. Les exceptions octroyées depuis 1979⁷⁰⁸ à l'obligation de renvoyer vont en ce sens. Prévues à l'article L411-3, elles autorisent la juridiction à ne pas renvoyer dans deux cas.

⁷⁰⁶ Dans le même sens v. Bardonnet qui définissait le fond de l'affaire comme « «Dans un premier couple, juge du fond – juge de cassation, le mot « fond » est pris dans son sens le plus vaste, et désigne la matière du procès, l'ensemble du litige, qu'il s'agisse des questions de fait ou des questions de droit », Bardonnet (D.), *ibid.*

⁷⁰⁷ VAN DROOGHENBROECK (J-Fr.), *Cassation et juridiction. Iura dicit Curia, op. cit.*, n°149-152, pp.164-165.

⁷⁰⁸ Loi du 3 janvier 1979 ayant étendu la possibilité de cassation sans renvoi, réservé à la chambre criminelle (puis à l'assemblée plénière en 1967) à toutes les formations de la Cour de cassation, cf. PLUYETTE (G.), « La cassation, voie d'achèvement du procès ? », intervention du 24 janv. 2011 à la Cour de cassation, cycle droit et technique de la cassation.

Il lui est d'abord permis de retenir l'affaire lorsque cela « n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond ». Cette disposition recouvre les cas dans lesquels « il n'y a plus rien à juger »⁷⁰⁹. Plus qu'une exception à l'interdiction de connaître du fond des affaires, il s'agit d'une « règle de bon sens »⁷¹⁰. Comme il n'y a pas à juger, la Cour de cassation n'a pas à appliquer le droit aux faits, elle ne tranche pas le litige, elle ne connaît pas du fond. Cet alinéa nous renseigne peu sur la teneur de l'expression « fond de l'affaire ».

En revanche, l'alinéa 2 qui admet qu'« elle peut aussi, en cassant sans renvoi, mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée » constitue une véritable exception à l'interdiction faite à la Cour. Contrairement au cas prévu par le premier alinéa, les Hauts magistrats vont « mettre fin au litige ». Ils vont faire œuvre de juridiction puisqu'il reste quelque chose à juger et ainsi connaître du fond de l'affaire.

Cette possibilité leur est offerte à condition qu'ils n'aient pas à apprécier les faits de l'espèce. Or, si connaître le fond de l'affaire revenait à apprécier les faits, la cassation avec renvoi ne constituerait pas une exception à l'interdiction de connaître du fond des affaires. S'il lui était simplement interdit de rechercher les faits, la Haute Cour n'aurait pratiquement jamais l'obligation de renvoyer l'affaire puisque les moyens de cassation peuvent porter, certes sur cette recherche, mais également sur la qualification, le choix de la règle, son interprétation et son application.

3 - Le « fond de l'affaire » est l' « affaire »

206. Ce qui ressort surtout de cette obligation de renvoi après Cassation, c'est la réelle fonction de la disposition interdisant de connaître du fond des affaires. Elle paraît avoir été détournée par une partie de la doctrine afin d'affirmer que le fond correspond à la question de fait et que les Hauts magistrats ne doivent donc pas contrôler cette dernière. Or l'article L411-3al1 ne dispose rien de tel.

Dès l'époque révolutionnaire, le propos de la disposition a été de séparer les fonctions des juges du fond et des juges de cassation et non de limiter le contrôle de cassation. L'étendue du contrôle de cassation posait une toute autre question : celle de la détermination des normes

⁷⁰⁹ FABRE (M.), « La cassation sans renvoi en matière civile », *JCP G.*, n° 38, 2001, I 347, n°21.

⁷¹⁰ Propos du rapporteur du projet de loi de réforme ayant introduit cet article L411-3 C.o.j. 1979 cités in FABRE (M.), « La cassation sans renvoi en matière civile », *op. cit.*, n°21.

à protéger (comment par exemple considérer la coutume et la loi étrangère). L'article L411-2 al1 ne peut ainsi directement donner les limites du contrôle de cassation. Il ne peut qu'indiquer les différences de fonction existant entre juge de première et deuxième instance et ceux de cassation. Il dispose pour cela que les premiers sont les seuls à statuer sur le fond des affaires, c'est-à-dire à appliquer le droit au fait, cela allant de la recherche des faits à l'apport d'une solution. Cette « fonction de juridiction » est interdite à la Haute Cour. Elle ne saurait trancher un litige entre particulier, sauf dans les cas prévus pour la cassation sans renvoi.

Autrement dit *connaître du fond de l'affaire c'est trancher l'affaire* par application du droit aux faits (au sens large) et c'est cela qui est interdit à la Cour de cassation. Or l'histoire nous ayant permis de montrer que « l'affaire » a été partialement ajoutée au « fond » pour former l'expression limitant la fonction de cassation, nous nous permettons de simplifier l'expression en ne conservant que le second des deux termes. *Dire que la fonction de cassation n'a pas pour objet de statuer sur le fond de l'affaire signifie simplement que les juges de cassation n'ont pas à juger l'affaire.*

207. La distinction du fait et du droit ne pouvant correspondre à l'interdiction de connaître du fond des affaires posée à l'article L411-2al2 C.o.j., elle ne peut trouver son fondement normatif dans ce texte. La distinction, pour être de droit positif, doit donc se manifester en d'autres endroits des Codes de procédure civile et d'organisation judiciaire et plus précisément dans les notions de moyen et motif de fait et de droit. L'étude de ces deux notions permettra d'apporter une réponse négative.

§2 - Les moyens et motifs de fait et de droit, manifestations artificielles

208. L'expression « distinction du fait et du droit » n'apparaît pas dans les textes législatifs ou réglementaires régissant la Cour de cassation. La formule « distinction des questions de fait et des questions de droit » n'y a pas non plus sa place. On trouve cependant une occurrence de la notion de « question de droit » à l'article L441-1 C.o.j. qui dispose qu'« avant de statuer sur une *question de droit* nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision

non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation ». Cependant, cela ne concerne pas la fonction juridictionnelle de la Cour de cassation mais la saisine pour avis⁷¹¹.

Toutefois, il serait possible de voir dans certaines expressions utilisées par les Codes des manifestations de la distinction du fait et du droit. En effet, plusieurs textes, ainsi que la jurisprudence, semblent séparer les moyens en fait et en droit et évoquent des motifs de « pur droit ». on peut alors être tenté de voir dans l'utilisation de ces termes la présence sous-jacente de la distinction, guide certain mais invisible du mécanisme de cassation.

Malheureusement, l'étude approfondie de ces notions nous conduit au constat que la frontière ainsi posée entre le fait et du droit n'est que sémantique (A) car matériellement, les moyens de fait et de droit tracent une frontière à *l'intérieur des faits* (B).

A - La frontière sémantique entre le fait et le droit

209. A plusieurs reprises, le législateur et la jurisprudence semblent vouloir séparer les éléments du procès de cassation en fonction de leur appartenance au domaine du fait ou à celui du droit. Ces éléments paraissent devoir revêtir une qualité juridique afin d'être présentés aux Hauts magistrats. La Haute Cour n'agira pleinement que sur des motifs de pur droit. Quant aux moyens, mieux vaut qu'ils soient de droit, ou, mieux encore, de pur droit, afin d'être reçus devant un tel prétoire. Si ce n'est le cas, les magistrats auront tôt fait de les parer du qualificatif, créé spécialement pour eux, de « mélangé de fait et de droit »

210. Décision et motifs de pur droit. Le motif se distingue du moyen en ce qu'il émane d'un juge et non d'une partie⁷¹². Le juge de cassation, qui a le dernier mot sur les « points de droit »⁷¹³ semble être omnipotent en ce domaine du droit. Selon cette idée, l'article 620 C.p.c. lui octroie de larges pouvoirs sur les « motifs de pur droit ».

Selon le premier alinéa de cet article, la Cour de cassation peut ainsi sauver un arrêt, qui était normalement voué au rejet, par substitution d'un motif de pur droit ou en ignorant un motif

⁷¹¹ Dans la même optique, l'art.1015-1 C.p.c. dispose que « La chambre saisie d'un pourvoi peut solliciter l'avis d'une autre chambre saisie sur un point de droit qui relève de la compétence de celle-ci »

⁷¹² CORNU (G.)(dir.), *op. cit.*, V° Motif, pp.665-666.

⁷¹³ Art. L431-4 al.2 C.o.j. : « Lorsque le renvoi est ordonné par l'assemblée plénière, la juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de cette assemblée sur *les points de droit* jugés par celle-ci ».

de droit erroné mais surabondant⁷¹⁴. Quant à l'alinéa 2, il permet aux magistrats de pallier la défaillance des parties et de leurs conseils en relevant un motif de pur droit afin de prononcer la cassation d'une décision⁷¹⁵.

211. Recevabilité et moyens de droit. Deux articles du Code de procédure civile touchant à la recevabilité du pourvoi et des moyens se réfèrent aux notions de « moyens de droit » et « moyens de pur droit ».

D'abord, l'article 978 C.p.c. dispose qu'« à peine de déchéance constatée par ordonnance du premier président ou de son délégué, le demandeur en cassation doit, au plus tard dans le délai de quatre mois à compter du pourvoi, remettre au greffe de la Cour de cassation *un mémoire contenant les moyens de droit invoqués* contre la décision attaquée ... ». Il oblige ainsi les parties à présenter leur pourvoi sous forme d'un mémoire mentionnant, sous peine d'irrecevabilité, des moyens de droit⁷¹⁶. Si le défendeur forme un pourvoi incident, il devra se conformer aux mêmes impératifs⁷¹⁷. Le pourvoi en cassation consiste donc en l'énonciation de moyen de droit.

Dans ses alinéas suivants, il renseigne sur ce que ces moyens doivent contenir à peine d'irrecevabilité : « à peine d'être déclaré d'office irrecevable un moyen ou un élément de moyen ne doit mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture. Chaque moyen ou chaque élément de moyen doit préciser, sous la même sanction : - le cas d'ouverture invoqué ; - la partie critiquée de la décision ; - ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué ».

Au vu de cet article, le moyen de droit semble être celui qui porte un reproche à l'encontre d'une décision rendue par des juges du fond. La critique ainsi émise doit correspondre à une ouverture à cassation. Cet article tendrait à montrer que seul le droit a sa place devant la Cour de cassation qui ne saurait examiner des moyens de fait.

Toutefois, le moyen a beau être de droit, il n'est pas pour autant recevable devant la Haute Cour. Il doit surtout ne pas être nouveau à moins qu'il ne soit de « pur droit »⁷¹⁸.

⁷¹⁴ Art. 620 al1 : « La Cour de cassation peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné ; elle le peut également en faisant abstraction d'un motif de droit erroné mais surabondant ».

⁷¹⁵ Art. 620 al.2 : « Elle peut, sauf disposition contraire, casser la décision attaquée en relevant d'office un moyen de pur droit ».

⁷¹⁶ Il en est de même pour la procédure sans représentation obligatoire, cf. art. 989 C.p.c.

⁷¹⁷ Art.1010 C.p.c. : « Le pourvoi incident, même provoqué, doit, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, être fait sous forme de mémoire et contenir les mêmes indications que le mémoire du demandeur ».

⁷¹⁸ L'article 978 C.p.c. ne fait pas de la qualité de « droit » du moyen un critère d'irrecevabilité. Il ne prévoit d'ailleurs qu'un cas d'irrecevabilité touchant à la forme du mémoire. Pour un développement plus complet du rapport entre distinction du fait et du droit et recevabilité des moyens de droit, v. *infra* n°551.

212. L'article 619 al.1 C.p.c. dispose ainsi que « les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation », ces moyens étant ceux qui n'ont pas été invoqués lors des instances précédentes. Il poursuit ensuite en ces termes : « peuvent néanmoins être invoqués pour la première fois, sauf disposition contraire : 1° Les moyens de pur droit ; 2° Les moyens nés de la décision attaquée ». Dans le cas du 1°, qui nous intéresse ici, un moyen nouveau est recevable mais à condition qu'il soit plus que « de droit », il doit être « de pur droit ».

Il y aurait donc des degrés dans le droit. A première vue, cela est concevable sans remise en cause la distinction du fait et du droit. Le pur droit est toujours recevable devant la Cour de cassation, les juges apparaissent alors comme omnipotents dans le domaine du droit.

213. Irrecevabilité des moyens mélangés de fait et de droit. Le « moyen de pur droit » étant, du moins sémantiquement, différent du « moyen de droit », la Cour de cassation a choisi, plutôt que de l'opposer au moyen de fait, de créer la notion de « moyen mélangé de fait et de droit »⁷¹⁹. Les Hauts magistrats, quand il est temps de déclarer un moyen irrecevable, font invariablement usage de cette notion parfois au grand dam de la CEDH⁷²⁰. A titre d'exemple, au cours de l'année 2011, la première chambre civile est la formation de la Cour de cassation qui a déclaré le moins de moyens irrecevables, seulement dix-huit⁷²¹, car « nouveaux et mélangés de fait et de droit »⁷²².

Par l'utilisation même de ce vocable, la Haute Cour admet que fait et droit puissent être contenus dans un moyen. Cependant, et comme nous l'avons précédemment fait remarquer, que le fait et le droit soient en contact n'empêche pas leur distinction. La Cour de cassation semble ainsi ne vouloir connaître que du droit « pur ». L'expression laisserait entendre qu'il s'agit d'un droit vierge de tout fait. Le champ lexical employé renvoie bien à une distinction théorique du fait et du droit, comme ce fut le cas lorsqu'il s'est agi de répartir les rôles entre les parties et le juge.

⁷¹⁹ Comme l'a fait remarquer le professeur Mathieu, la création de « l'objet mixte », ici le moyen mélangé de fait et de droit, à côté des « objets purs », « n'a d'autre but que de protéger l'opposition usuelle... », cf. MATHIEU (M.-L.), « L'objet mixte », *op. cit.*, p.366.

⁷²⁰ La CEDH a pointé, à tort, l'absence de définition de cette notion et, à juste titre, la confusion qu'elle peut engendrer, cf. CEDH, 16 février 2012, N° 17814/10, *Tourisme d'affaires c. France*, GONZALEZ (G.), « L'avenir assuré de la notion de « moyen nouveau » à la Cour de cassation », *JCP G.*, n° 10, 5 Mars 2012, 293 ; FRICERO (N.), « Motivation des arrêts de la Cour de cassation », *Procédures*, n° 4, Avril 2012, comm. 114.

⁷²¹ Dans 721 arrêts de rejet selon le rapport annuel de la Cour de cassation, *Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation – La preuve*, La documentation française, 2013.

⁷²² Recherche effectuée à partir des arrêts de la Cour de cassation retranscrits sur Légifrance et tenant compte du fait qu'un arrêt pouvait déclarer plusieurs moyens mélangés de fait et de droit et donc irrecevables.

214. Identité de termes dans le domaine de la cassation et des juges du fond. Les termes ici rencontrés et séparés selon qu'ils sont de fait, de droit, mélangés ou de pur droit, sont les mêmes que ceux utilisés pour délimiter le rôle du juge du fond et celui des parties⁷²³ ce qui n'a rien d'étonnant puisque la distinction du fait et du droit a été exportée de l'univers de la cassation vers celui des juges du fond. Les moyens ainsi qualifiés, reconnus comme étant des attributs ou des manifestations de la distinction, ont suivi le même chemin. Seuls les motifs n'appartiennent pas aux vocabulaires du second univers puisqu'ils n'apparaissent qu'au moment de la décision des juges de pleine juridiction.

Cependant, devant les juges du fond, ces moyens ne tracent pas une frontière entre le fait et le droit comme le voudrait la distinction. C'est donc sans surprise que l'on s'aperçoit qu'il en va de même devant la Haute juridiction civile.

B - La frontière matérielle entre les faits

215. En utilisant les qualificatifs de « droit », « mélangé de fait et de droit » et de « pur droit » pour désigner les moyens ayant ou non leur place devant la Cour de cassation, les Codes de procédure civile et de l'organisation judiciaire ainsi que la jurisprudence relative à la matière paraissent offrir une place et une existence normative à la distinction du fait et du droit. Pourtant, en définissant ces notions on se rend compte qu'elles ne dépendent pas d'une frontière entre le droit et les faits mais qu'elles déterminent une frontière à l'intérieur des faits (1). De plus, examinées au regard des notions de moyens appartenant au champ lexical de l'office du juge, il appert qu'elles ne tracent pas non plus une ligne entre les questions de droit et les questions de fait, mais au sein même de ces dernières (2).

1- Une frontière entre les faits

216. Le moyen devant la Cour de cassation se rencontre sous la forme d'un raisonnement qui ne peut donc correspondre aux catégories définies selon la distinction théorique du fait et du droit. Ils ne sont ni des règles de droit ni des circonstances factuelles mais ils articulent les deux. La différence entre moyen de pur droit et mélangé de fait et de droit

⁷²³ V. *supra* n°170 s.

dépend alors des faits en cause, faits qui diffèrent de ceux permettant de séparer les deux catégories de moyens devant le juge du fond.

217. Un raisonnement mêlant fait et droit. Le moyen de droit présenté devant la Cour de cassation ne correspond pas à la seule règle de droit. L'article 978 C.p.c., qui décrit son contenu formel, exige qu'il présente un cas d'ouverture à cassation mais aussi l'explication de ce en quoi la décision correspond à cette hypothèse de cassation. Le moyen de droit avancé devant la Haute Cour revêt donc la forme d'un véritable raisonnement. Pour être accueilli, il doit opérer une démonstration : il doit indiquer la règle de droit violée par la juridiction en cause à l'occasion de son arrêt mais surtout il doit démontrer comment l'atteinte a été portée. Le moyen, bien que de pur droit, n'est pas plus formé de la seule règle de droit. Il n'est pas autre chose que le raisonnement que nous venons de décrire.

Ainsi, à l'instar du moyen rencontré devant les juridictions du fond, le moyen devant la Haute Cour ne peut être une simple norme. Il constitue un raisonnement destiné à convaincre le juge en mettant en œuvre des circonstances factuelles et des dispositions juridiques⁷²⁴. Le moyen de droit ne correspond pas au droit tel que nous l'avons défini au travers de la définition théorique.

Il convient d'être plus nuancé avec la notion de motif. Elle se réduit la plupart du temps à la simple règle de droit que, selon l'art. 620 C.p.c., le juge de cassation va pouvoir substituer à une autre ou relever d'office sans toucher à aucun autre élément de l'arrêt. Ce motif pourrait ainsi correspondre à une distinction entre les éléments factuels et juridiques.

218. Une distinction selon les faits. Puisqu'il s'agit d'un raisonnement, il est légitime de s'interroger sur ce qui détermine sa qualité factuelle ou juridique. En effet, qu'ils soient de droit, mélangés de fait ou de droit ou bien encore de pur droit, les moyens sont tous composés d'éléments de fait et d'éléments de droit. Dès lors, la frontière qui sépare ceux qui sont normatifs de ce qui ne le sont pas ne peut passer entre le fait et le droit.

A lire la définition qu'en donnent la plupart des auteurs de procédure civile, le moyen de pur droit est celui qui ne comporte que des faits déjà présents dans la décision attaquée. Pour Messieurs Boré, il s'agit de « celui qui ne met en jeu aucun fait qui ne soit constaté par la décision attaquée ». On le trouve également défini comme « celui ne nécessitant pas la prise en

⁷²⁴ En ce sens v. CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN(O.), *op.cit.*, p.24 et *supra* n°173.

compte d'une information de fait nouvelle » alors que le moyen mélangé de fait et de droit « suppose l'allégation d'un nouvel élément de fait »⁷²⁵.

Les moyens sont ainsi classés en fonction de la nature des faits qu'ils contiennent, c'est-à-dire selon qu'ils ont été établis ou non par la décision attaquée. Cela confirme une fois encore que le fait n'est pas absent devant la Haute juridiction, il est seulement *figé*. La Haute Cour a besoin du fait mais elle ne peut ni le rechercher elle-même ni l'apprécier. C'est pourquoi elle considère qu'« un moyen de cassation est de pur droit dès lors qu'il ne se réfère à aucune considération de fait qui ne résulterait pas des énonciations des juges du fond »⁷²⁶. La limite tracée entre moyens mélangés de fait et de droit et de pur droit ne tient pas compte d'un critère de normativité mais de la nature des faits en cause.

219. Une distinction selon les « moyens ». Nous avons souligné l'identité des termes utilisés devant la Cour de cassation et devant les juges du fond. Les moyens y sont pareillement déclinés en fait, en droit, comme étant mélangés de fait et de droit ou de pur droit. A première vue on suppose que ces notions, qu'elles soient utilisées à propos de la compétence des juges du fond ou de celle de la Cour de cassation, sont en tous points identiques.

Or, tout comme elles ne correspondent pas à la délimitation tracée par la distinction du fait et du droit, les frontières qu'elles dessinent parmi les faits ne coïncident pas entre elles. Devant les juridictions du fond, la limite passe entre les faits hors du débat et ceux dans le débat ou entre les faits *adventices* et les faits allégués selon la conception retenue⁷²⁷. Devant la juridiction de cassation les faits reproduits dans la décision attaquée, c'est-à-dire établis par les juges du fond, se distinguent de tous les autres. Le moyen mélangé de fait et de droit a donc un sens beaucoup plus restrictif devant la Cour de cassation où seul les faits dans le débat qui ont été retenus et constatés par les juges du fond sont admis.

Si nous considérons les moyens comme des manifestations de la distinction du fait et du droit nous serions tentés d'écrire que cette dernière n'est pas la même selon qu'on l'envisage dans la délimitation du contrôle de cassation ou dans la répartition des rôles des protagonistes du procès. Nous nous contenterons d'affirmer que les moyens mélangés de fait et de droit et ceux de pur droit, en traçant une frontière parmi les faits, ne correspondent pas à une distinction

⁷²⁵ CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN (O.) *Procédure civile, op. cit.*, p.24.

⁷²⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 16 fév. 1994, n° 91-17.270, *Bull. civ. I*, n° 68, *Defrénois*, 30 nov. 1994, n° 22, p. 1474, obs. MAZEAUD (D.).

⁷²⁷ Cf. *supra* n°132.

entre le fait et le droit pas plus qu'ils ne coïncident avec leurs homonymes employés devant les juges du fond.

220. Les moyens de pur droit et mélangés de fait et de droit ne sont pas des manifestations de la présence de la distinction du fait et du droit dans les sources juridiques. Cependant, afin d'exclure définitivement la présence d'une telle distinction dans les textes régissant le pourvoi en cassation, nous devons nous assurer de ce que ces notions ne reflètent pas celle des questions de fait et des questions de droit chères aux processualistes.

2 - Une frontière indifférente aux questions de fait

221. Même si nous avons démontré le caractère fuyant de la distinction des questions de fait et des questions de droit, nous ne pouvons nier que c'est celle qui est utilisée par la doctrine processualiste. Pour aller au bout de notre démonstration, il nous paraît important d'étudier une possible correspondance entre les deux notions. Il conviendra, toutefois, de constater que, si la distinction des questions se rapproche des guides proposés par le législateur, il ne peut y avoir correspondance.

222. La fusion envisagée entre question de fait et moyen mélangé. La question de fait est assimilée aux opérations de recherche et d'appréciation des faits, les étapes subséquentes, c'est-à-dire de la qualification à la formulation de la solution, constituant des questions de droit. Ainsi, pour que les textes régissant le contrôle de cassation esquissent cette distinction, les moyens de droit recevables devant la Haute Cour doivent être porteurs de questions de droit et les moyens mélangés de fait et de droit doivent contenir des questions de fait.

La doctrine semble l'entendre en ce sens. Déjà Ernest Faye définissait le moyen de pur droit comme celui qui « ne nécessite de sa part aucune constatation ni appréciation de faits qui n'ont pas été invoqués ou envisagés dans leurs rapports avec le chef attaqué »⁷²⁸. De nos jours les professeurs Cadiet et Jeuland reprennent la même formule⁷²⁹. On pourrait alors croire que c'est parce que le moyen pose une question de fait, parce qu'il nécessite une appréciation

⁷²⁸ FAYE (E.), *La Cour de Cassation, op. cit.*, p.143.

⁷²⁹ Ce sont les « moyens qui ne nécessitent aucune appréciation de fait », CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.* n°883, p.675. Dans le même sens V. également FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction générale au droit – Droit des personnes – Méthodologie juridique*, PUF, 1^{ère} ed., 2009, p.237 : « moyen qui ne nécessite aucune appréciation de fait qui n'ait déjà été faite par les juges du fond ».

factuelle, qu'il est mélangé de fait et de droit. Ce n'est pas nécessairement le cas. La distinction des questions montre une nouvelles fois ses limites.

223. La confusion impossible entre question de fait et moyen mélangé. La question de fait est, la plupart du temps, une question touchant à la constatation et à l'appréciation d'un fait. Le raccourci qui conduit à affirmer que le moyen mélangé, puisqu'il nécessite une appréciation des faits, constitue une question de fait est tentant. Certains auteurs ne l'ont, semble-t-il, emprunter⁷³⁰.

Dans l'absolu, il est indéniable que ces deux opérations sont identiques. Cependant, un point semble omis, *celui de l'identité de l'auteur de cette activité*. Ayant eu à franchir de nombreux obstacles afin de rendre viable le concept de question de fait, les tenants de la distinction ne se font pas apparaître cet aspect du problème. Peut-être est-ce dû au caractère évident de la réponse. En effet, il suffit de se rappeler que les questions de fait et de droit ont été définies dans le cadre strict du contrôle de cassation. Cette distinction ayant été conçue afin de déterminer ce qui doit être ou non contrôlé, il ne pouvait s'agir que des appréciations du juge du fond.

Or l'appréciation de fait dont la présence donne son caractère mélangé au moyen, n'est pas celle des juges du fond mais celle de la Cour de cassation. C'est pourquoi, en reprenant et reproduisant l'arrêt selon l'art. 978 C.p.c., le moyen de cassation qui contient obligatoirement les appréciations factuelles des juges du fond peut être de « pur droit ».

De plus, le moyen de pur droit est celui qui ne nécessite pas l'appréciation d'un nouveau fait par la Cour de cassation et non pas par les juges du fond selon la définition même de la Haute Cour.

Ainsi, le moyen mélangé de fait et de droit et la question de fait ne sauraient correspondre puisque bien que se rattachant tous les deux à la présence ou non d'une appréciation, l'auteur de cette dernière varie selon la notion en cause.

⁷³⁰ V. par ex. les propos de Me. Foussard dans lesquels il explique que « le défaut de base légale est un moyen de pur droit, en ce sens que la carence du juge peut être constatée, au seul vu de l'arrêt, sans qu'il soit besoin pour la Cour de cassation de prendre parti sur les questions de fait », FOUSSARD (D.) « Le manque de base légale », communication du 3 déc. 2009, cycle droit et technique de cassation 2009, reproduite in *B.I.C.C.*, Les éditions des journaux officiels, 2010, n°719, p.14.

224. L'explication de cette confusion se trouve certainement dans l'ampleur qui a été donnée à la distinction du fait et du droit. D'abord limitée, elle a fini par prendre dans l'esprit des juristes un caractère omnipotent, universel et elle serait ainsi devenue à la fois le fondement de la fonction de cassation et des limites du contrôle de cassation. C'est ce que nous avons déterminé lors de l'étude de la notion de fond de l'affaire et c'est cette idée qui se retrouve ici. Le moyen mélangé de fait et de droit est irrecevable parce qu'il n'entre pas dans la fonction de cassation d'apprécier les faits et non parce qu'il se rapporte à une question de fait.

La distinction des moyens mélangés et de pur droit ne porte pas la distinction dynamique des questions de fait et de droit, pas plus qu'elle ne révélait la présence d'une distinction théorique du fait et du droit.

Le fait a sa place quai de l'Horloge mais la distinction du fait et du droit ne semble pas avoir la sienne dans les sources textuelles ou jurisprudentielles.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1.

225. Les textes de procédure civile relatifs à l'office du juge sur la matière litigieuse affirment que fait et droit sont les deux éléments distincts, élémentaires et indispensables du procès. Cependant, ils n'affirment rien de plus quant à la distinction du fait et du droit. Si l'on peut la déceler dans cette partie du Code de procédure civile ce n'est que de manière extrêmement limitée et sans que ne lui soit conféré le rôle de guide de répartition des tâches. Le législateur a davantage semblé distribuer les activités aux protagonistes du procès sans se soucier qu'elles aient un caractère juridique ou factuel. Un tel caractère est d'ailleurs impossible à déterminer.

Les textes relatifs au contrôle de cassation ne mentionnent pas plus la distinction du fait et du droit. La distinction des moyens en fait et en droit ne résulte d'ailleurs pas d'une séparation entre fait et droit mais d'une scission à l'intérieur même des faits. L'utilisation qui est faite de la distinction ne résulte en somme que d'une confusion arbitraire entre l'interdiction de connaître du fond de l'affaire et de la prohibition, supposée, du fait devant la Haute Cour. Or fait et fond ne sont pas synonymes.

La distinction du fait et du droit, en tant que critère processuel, est donc dépourvue de tout fondement textuel et ainsi de tout caractère normatif. La doctrine, certainement consciente de cette faiblesse, a alors recours à un raisonnement pour justifier la distinction en tant que fondement.

CHAPITRE 2 - LE FONDEMENT LOGIQUE INSUFFISANT

226. La distinction du fait et du droit, bien qu'ayant toujours entretenu des liens avec la procédure civile, a dû y voir justifier son utilisation. Pour ce faire, il était nécessaire de la rattacher à la pratique judiciaire alors qu'elle apparaissait d'un abord plutôt théorique.

La légitimation de l'utilisation procédurale de la distinction s'est révélée indispensable dans le domaine de l'office du juge bien qu'elle figurât déjà dans les discours sur la délimitation du contrôle de cassation. Ni les textes ni la jurisprudence, ambiguë sur ce point, ne permettaient de trancher le débat sur l'étendue des pouvoirs du juge du fond. En préconisant d'introduire la distinction comme guide dans la réglementation du rôle du juge du fond, les auteurs devaient lui trouver un rattachement. Ils privilégièrent alors le lien logique en choisissant de rapprocher la *décision judiciaire* et la *distinction du fait et du droit* au travers du syllogisme, démarche déjà perceptible dans le domaine de la cassation.

La thèse d'Henri Motulsky en fournit une illustration. Après avoir expliqué la méthode permettant la réalisation du droit par le juge, il expose les rôles respectifs des parties et du juge avant de s'attacher aux limites du contrôle de cassation. Le syllogisme, raisonnement formel qui consiste à « mettre en rapport deux termes, le *majeur* (ou grand terme) et le *mineur* (petit terme) par l'intermédiaire d'un « *moyen terme* »⁷³¹, semble être le fil conducteur et le support de sa démarche et que l'on peut ainsi lire sous la plume de Monsieur Bolze que « l'on doit à Motulsky d'avoir poussé la valeur du syllogisme jusqu'à son firmament : *da mihi factum, dabo jus*. Issue de la question de l'étendue du contrôle et du pouvoir de la Cour de cassation, cette distinction s'est imposée comme la clé de voûte du procès puisque l'office du juge se déduit de la règle de droit qu'il applique »⁷³². Le professeur Ferrand exprime la même idée lorsqu'elle écrit que « pour Motulsky, la *distinction du fait et du droit*, mise en œuvre par le *syllogisme judiciaire*⁷³³, confère au juge le devoir (et non la simple faculté) de rechercher

⁷³¹ MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *Le raisonnement juridique*, op. cit., p.195 et, bien sûr, ARISTOTE, *Logique*, t. II, *Premiers analytiques*, trad. Fr. J. Barthélemy Saint-Hilaire, Paris, Ladrangé, 1839.

⁷³² BOLZE (A.), « Le délibéré ou les mystères de la fabrication du droit », *Gaz. Pal.*, 18 fév. 2003, n° 49, p. 4, n°18.

⁷³³ Souligné par nos soins.

d'office la norme juridique applicable, sans s'en tenir aux fondements juridiques ou aux qualifications proposées par les parties »⁷³⁴.

Ainsi, l'idée est devenue commune selon laquelle la distinction du fait et du droit trouve une traduction dans le syllogisme ce qui permet d'en justifier l'utilisation tant dans le domaine de la cassation que dans celui du juge du fond. Ce fondement de la distinction demeure peut-être plus implicite que les autres mais ne lui confère pas moins de force : la distinction devient un choix rationnel.

Pourtant, Chaïm Perelman s'interroge : « Est-il vrai, comme le prétendent plusieurs juristes, que le raisonnement du juge peut, d'une façon schématique, être réduit à un syllogisme, dont la majeure énoncerait la règle de droit, la mineure fournirait les éléments de fait, et la conclusion constituerait la décision judiciaire ? ». Il répond aussitôt par la négative en affirmant que « même présentée comme une simplification, cette analyse est inadmissible, car elle aurait pour effet de supprimer, comme par un coup de baguette magique, toutes les difficultés soulevées par la distinction du fait et du droit »⁷³⁵.

Suivant les pas du grand logicien, nous pensons que ce fondement logique est trop fragile. De cette fragilité découle son insuffisance, puisque, à notre sens, il ne peut permettre d'arriver à la solution souhaitée⁷³⁶, celle de la justification de l'utilisation de la distinction en procédure.

227. Après avoir constaté la place conférée à la distinction dans le raisonnement judiciaire (section 1), nous entreprendrons une appréciation critique de la place donnée à la distinction par le raisonnement juridique (section 2).

⁷³⁴ FERRAND (Fr.), « Appel », *Rép. proc. Civ.*, Dalloz, 2012 (mise à jour 2014), n°1031. Le professeur Croze, tout en étant beaucoup plus critique à l'égard du raisonnement de Motulsky, en décrit la démarche de manière similaire ; cf. CROZE (H.), *Le procès civil*, Dalloz, 2004, 2^e ed., p.13. Les propos de M^e Martin portent la même idée. Pour critiquer l'utilisation de la distinction dans la répartition des rôles entre les juges et les parties il affirme que « la distinction du fait et du droit n'apparaît pas dans le syllogisme judiciaire » avant d'en déduire plus loin, et après une étude plus poussée, qu'« il n'est pas conforme à l'observation et à l'expérience de séparer la matière du procès en fait et en droit, pour répartir les deux termes entre les parties et le juge », MARTIN (R.), « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *op. cit.*, n°35 et 38.

⁷³⁵ PERELMAN (C.), « La distinction du fait et du droit, le point de vue du logicien », *op. cit.*, pp.269-270.

⁷³⁶ Définition du terme « insuffisant » selon le *tlfi*.

SECTION 1 – Le constat de la place de la distinction dans le raisonnement judiciaire

228. Les auteurs qui ont cherché à justifier l'utilisation de la distinction par un raisonnement logique se sont servi du syllogisme à double titre. Dans un premier temps, le syllogisme judiciaire a permis de donner à la décision de justice une forme logique et à la distinction du fait et du droit un contenu concret. Dans un second temps, il a permis de rapprocher la distinction du fait et du droit et la décision de justice.

En effet, afin de convaincre de l'évidence qu'il y aurait à utiliser la distinction du fait et du droit en procédure civile, les écrits doctrinaux tendent à rapprocher *décision judiciaire*, *sylogisme judiciaire* et *distinction* celle-ci étant très souvent liée au raisonnement judiciaire. Rien d'étonnant à cela puisqu'elle intervient dans le domaine de la répartition des rôles du procès, donc au cours de la démarche conduisant à la solution du litige, et dans celui du contrôle de cette démarche. Le rapprochement de la distinction et de la décision s'effectue généralement par le biais du syllogisme, forme logique couramment utilisée pour schématiser le raisonnement du juge, autrement-dit la décision de justice tandis que la distinction permet d'aller de l'abstrait vers le concret selon un cheminement qui peut se confondre avec les étapes du syllogisme.

Le fondement logique de l'utilisation de la distinction du fait et du droit proposé par la doctrine repose donc sur le fait que le syllogisme schématise la décision de justice (§1) et que ce même syllogisme sert de support à la distinction du fait et du droit (§2).

§1 – Le syllogisme judiciaire comme schématisation de la décision de justice

229. Le procès est un « mode de résolution des conflits »⁷³⁷, un « mécanisme visant à établir ou rétablir la paix sociale par l'intervention d'un tiers légitime »⁷³⁸. Fondé sur la raison, il s'analyse en une « démarche réflexive »⁷³⁹ du juge devant conduire à une solution emportant

⁷³⁷ Définition « habituellement » donnée selon M. D. SALAS in « Procès », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir), Paris, Lamy PUF, coll. Quadrige 2003, p. 1238.

⁷³⁸ AMRANI-MEKKI (S.), « Procès », *Dictionnaire de la justice*, L. Cadet (dir.), Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2004, p. 1089.

⁷³⁹ *Tlfi*.

l'adhésion de tous, Cette démarche se doit d'être rationnelle et cette rationalité doit transparaître dans la décision de justice.

Dès lors, le syllogisme judiciaire apparaît comme la forme logique donnée à la décision de justice (A). Quelle que soit l'acception retenue de la décision judiciaire, notion polysémique, la doctrine la représente sous forme de syllogisme (B).

A – Le syllogisme judiciaire, forme logique donnée à la décision judiciaire

230. Le syllogisme est une figure logique que les juristes se sont appropriée sous la forme du désormais traditionnel « syllogisme judiciaire ». Après avoir montré que la conception syllogistique est toujours d'actualité, nous examinerons quelques-uns des syllogismes judiciaires proposés par la doctrine juridique.

231. Le syllogisme, figure logique. Connue depuis l'Antiquité, le syllogisme est un raisonnement formel déductif dont les fondements ont été posés par Aristote mais dont la conception a pu évoluer au fil des siècles.

La figure aristotélicienne imposait une forme stricte, comprenant deux prémisses, majeure et mineure, desquelles était mécaniquement déduite une conclusion. Chacune de ces prémisses devait être formulée selon une structure particulière dont un des cas est du type :

Tout A est B

La majeure a pour sujet et prédicat le *grand terme* et le *moyen terme* tandis que *moyen terme* et *petit terme* jouent ces mêmes rôles dans la mineure. L'exemple le plus classique du syllogisme d'Aristote est celui que les scolastiques ont dénommé bArbArA⁷⁴⁰ et qui se présente ainsi :

Tout A est B

Tout B est C

Donc tout A est C

⁷⁴⁰ Sur les différents noms donnés aux différentes formes de syllogismes par les scolastiques v. MATHIEU (M.-L.), *le raisonnement juridique, op. cit.*, pp.197-200.

Les contraintes formelles posées par le syllogisme originel, ont conduit les logiciens à en proposer d'autres formes notamment par le biais de la logique propositionnelle. Cette dernière, laissant de côté la structure interne des énoncés, s'intéresse davantage à leur articulation. De manière extrêmement simplifiée et incomplète, un tel raisonnement peut ainsi être représenté⁷⁴¹ :

Si p alors q
or p
donc q

Toutefois, mis à part quelques exemples isolés et éloignés de la procédure⁷⁴², les processualistes restent attachés à la forme classique du syllogisme.

232. La tradition du syllogisme judiciaire. Cette figure logique a été reprise en procédure civile, notamment, lors de la Révolution afin de limiter les pouvoirs des juges⁷⁴³. La décision de justice prenait alors la forme d'un syllogisme dont les prémisses constituaient des données pour le magistrat qui devait se contenter d'en déduire la conclusion⁷⁴⁴.

Ainsi, depuis la Révolution et sous l'influence, notamment, de Beccaria⁷⁴⁵, la forme syllogistique de la décision de justice est mise en avant. Aujourd'hui, bien qu'il ne soit plus question de faire du syllogisme un instrument de soumission du juge, afin que celui-ci ne soit que la « bouche de la loi »⁷⁴⁶, le besoin de rationalité semble croître et il reste courant de représenter la décision de justice sous cette forme logique⁷⁴⁷. Hébraud faisait remarquer que « la logicisation constitue un instrument de recherche, de contrôle, de justification »⁷⁴⁸ car il est rassurant pour les parties de voir dans la solution retenue l'aboutissement d'un raisonnement

⁷⁴¹ Pour un exposé plus complet sur la logique propositionnelle, v. MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *op. cit.*, pp.257 s.

⁷⁴² V. notamment PERELMAN (C.), « La distinction du fait et du droit, le point de vue du logicien », communication faite au Centre national de logique le 5 novembre 1960, in *Le Fait et le droit. Etude de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, pp. 270-271.

⁷⁴³ Idée émise par Beccaria et Montesquieu et qui se renforce sous la révolution. V. FRYDMAN (B.), *Les transformations du droit moderne. Introduction aux grands courants de la pensée juridique*, Story Scientia, Bruxelles, 1999, p.19.

⁷⁴⁴ TROPER (M.), « La question du pouvoir judiciaire en l'an III », *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Bruylant, LGDJ, 2001, notamment pp.128-129

⁷⁴⁵ JEULAND (E.), « Syllogisme judiciaire », *Dictionnaire de la justice*, L. Cadiet (dir.), PUF, 1^{ère} éd., 2004, p. 1270.

⁷⁴⁶ « Les juges de la nation, ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur », MONTESQUIEU (Ch.-L. de Secondat), *De l'esprit des lois. Nouvelle édition revue, corrigée & considérablement augmentée par l'auteur*, Londres, 1757, T.I, Liv.XI, Chap.VI, p.327.

⁷⁴⁷ V. *infra* n°233.

⁷⁴⁸ HEBRAUD (P.), « Rapport Introductif », *La logique judiciaire...*, *op. cit.*, 1969, p.26.

logique. La solution n'en est que mieux acceptée, elle est « légitimée »⁷⁴⁹ et semble indemne de tout « arbitraire »⁷⁵⁰.

Le syllogisme judiciaire conserve une utilité car comme l'écrivait le professeur Dross, se demandant si « la motivation en forme de syllogisme n'[était] qu'un leurre, une inutile hypocrisie ? », « la motivation, si elle est bien construite, peut apaiser la partie vaincue »⁷⁵¹. C'est pourquoi ce syllogisme occupe une place privilégiée dans les écrits doctrinaux.

233. L'actualité du syllogisme judiciaire. Comme le souligne M. Colson, le syllogisme demeure un « passage obligé »⁷⁵² bien qu'il soit continuellement remis en cause⁷⁵³, et encore aujourd'hui malgré la préférence qu'affichent notamment certains auteurs pour la rhétorique juridique⁷⁵⁴, pour le « syllogisme dialectique »⁷⁵⁵ lequel se concentre sur le bien-fondé des prémisses plutôt que sur la structure du raisonnement⁷⁵⁶, ou pour « l'image d'une interprétation-création du droit pour rendre compte de la décision judiciaire »⁷⁵⁷.

En France, Gabriel Marty a rappelé la structure syllogistique de la décision judiciaire dans sa thèse de 1929 laquelle s'inspirait des travaux d'auteurs allemands et italiens⁷⁵⁸ qui s'étaient efforcés de synthétiser ainsi l'activité du juge. Les travaux de recherche postérieurs ayant trait à la cassation, se sont également référés à cette conception tant elle demeurerait pour eux ce passage obligé. Ainsi, les thèses des professeurs Kernaleguen⁷⁵⁹, Rigaux⁷⁶⁰, Ferrand⁷⁶¹,

⁷⁴⁹ MAZERES (J.-A), « Introduction à la quatrième partie : légitimer », *Actes du colloque des 29 et 30 septembre 2006 au Palais du Luxembourg - L'office du juge*, Sénat, 2006, pp. 415-417.

⁷⁵⁰ Le syllogisme constitue la « recherche de l'universel contre l'arbitraire », CHAINAIS (C.), « Rapport de synthèse. Le destin d'une pensée visionnaire », Qu'est devenue la pensée d'Henri..., *op. cit.*, n°12, p.57.

⁷⁵¹ DROSS (W.), « Rapport de synthèse », Actes du Colloque du Laboratoire de droit privé, UM1, « La motivation », *RLDC*, Lamy, janv2012, p.100, n° 13.

⁷⁵² Passage obligé pas seulement pour les manuels d'introduction au droit, comme l'affirme l'auteur, mais dans l'esprit de la plupart des juristes et essentiellement des processualistes. COLSON (R.), *th. précit*, n°500, pp.227-228.

⁷⁵³ V. par ex., pour une présentation critique du syllogisme, DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, L.G.D.J., 2011, n°96, pp.102-103.

⁷⁵⁴ Sous l'impulsion de Chaïm Perelman, PERELMAN (C.), *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, Dalloz, 1976.

⁷⁵⁵ BURNIAT (N.) et DELFORGES (G.), « Le syllogisme dialectique: modèle pour une analyse structurelle des rapports entre fait et droit dans le cadre du raisonnement juridique en droit international public. Etude de cas : l'arrêt Gabcikovo-Nagymaros rendu le 25 septembre 1997 par la C.I.J. », *R.D.B.I.*, Bruylant, 1999, pp.435-474

⁷⁵⁶ BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, pp.303-304.

⁷⁵⁷ COLSON (R.), *th. précit*, n°500, p.228.

⁷⁵⁸ WACH, *Die That-und Rechtsfrage bei derr évision in civilprozess*, *Juristische Wochenschrift* 1881, p. 74, col.2 et CALAMANDREI (S.), *La Cassazione civile*, II, n°103; cités in MARTY (G.) *op. cit.*, p. 11.

⁷⁵⁹ KERNALEGUEN (Fr.), *L'extension du rôle...*, *th. précit*, 1979, p.280, n°123.

⁷⁶⁰ RIGAUX (Fr.), *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, pp. 36-74.

⁷⁶¹ FERRAND (Fr.), *Cassation française et révision allemande. Essai sur le contrôle exercé en matière civile par la Cour de cassation française et par la Cour fédérale de Justice de la République fédérale d'Allemagne*, Lyon, 1990, PUF, 1993, n°298-302, pp.231-234.

et, dans une moindre mesure, celles des professeurs Marraud⁷⁶² et Le Bars⁷⁶³, en font état tout comme l'ouvrage plus technique du professeur Jobard-Bachelier et de M^e Bachelier⁷⁶⁴ même lorsque ces auteurs manifestent une réserve plus ou moins explicite à son égard (ou souvent implicite)⁷⁶⁵.

En dehors du champ de la cassation, cette conception syllogistique de la décision judiciaire a été reprise par de nombreux auteurs processualistes⁷⁶⁶ à la suite de Motulsky lequel a contribué à son essor notamment en élargissant son domaine d'application au rapport entre les parties et le juge. Madame Bléry le conçoit comme un mode d'analyse critiquable mais intéressant⁷⁶⁷. Le professeur Albigès, à l'occasion de sa thèse, l'utilise pour montrer la place de l'équité dans le raisonnement du juge⁷⁶⁸. Le professeur Croze, quant à lui, est allé jusqu'à y voir plus que le « modèle global de la décision juridictionnelle »⁷⁶⁹.

Le syllogisme judiciaire est aussi très présent dans les manuels d'introduction au droit. Carbonnier écrivait que « l'élément [de l'activité juridictionnelle] est toujours le syllogisme »⁷⁷⁰. Le professeur Albigès recourt également à cette figure logique pour décrire le raisonnement du juge tout en soulignant l'usage plus courant de la forme inversée⁷⁷¹. Le professeur Rémy Cabrillac, bien que faisant primer le raisonnement dialectique, s'y arrête un instant⁷⁷². De même, les professeurs Aubert et Savaux, reconnaissent que le syllogisme

⁷⁶² MARRAUD (C.), *La notion de dénaturation en droit privé français*, th. Nancy 1972, PUG 1974, p.37-38 et p.83.

⁷⁶³ LE BARS (Th.), *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Caen 1994, LGDJ, Paris, 1997, n°148, p.112

⁷⁶⁴ JOBARD-BACHELLIER (M.-N.) et BACHELLIER (X.), BUK LAMENT (J.), *La technique de cassation...*, op. cit., pp.40-47. Cependant, cet ouvrage s'intéresse plus à la forme syllogistique des arrêts de la Haute Cour qu'à celle des juges du fond. Dans le même sens, la thèse de Mme Malhière, qui remet en cause la brièveté des décisions de justice) montre que les motifs des arrêts de la Cour de cassation prennent la forme d'un syllogisme et les conséquences qui en découlent (souvent inintelligibilité pour le justiciable et, entre autre, apparence d'autorité pour la juridiction), MALHIERE (F.), *La brièveté des décisions de justice. Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Montpellier I 2011, Dalloz, 2013.

⁷⁶⁵ Ainsi pour Rigaux « la forme du syllogisme n'est guère adaptée au mouvement naturel du raisonnement judiciaire. L'instinct du juge le pousse à partir des faits pour arriver ensuite au droit », RIGAUX (Fr.), *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, op. cit. p.72, n°40. De même, le professeur Marraud admet le syllogisme mais lui préfère le polysyllogisme pour rendre compte de la décision de justice. *Ibid.*

⁷⁶⁶ V. notamment MARTIN (R.), « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP*, 1974, I 2625, n°35 ; GRIDEL (J.-P.), « L'office du juge civil », Conférence prononcée à l'École nationale de la magistrature, Bordeaux, 26 octobre 2012, *B.I.C.C. n°775*, Les éditions des journaux officiels, 2013, pp.7 et s.

⁷⁶⁷ BLERY (C.), *L'efficacité substantielle...*, th. précit., p. 61, n°83 et p.68, n°92 et s.

⁷⁶⁸ Il se sert d'ailleurs de la forme inversée, ALBIGES (Ch.) *De l'équité en droit privé*, th. Montpellier I, 1997, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 329, 2000, p.118 et s, n°194s.

⁷⁶⁹ CROZE (H.), *Recherche sur la qualification...*, th. précit., pp. 226 et s.

⁷⁷⁰ CARBONNIER (J.), *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF, coll. « Thémis. Droit privé », 27^e éd., 2002, p.32.

⁷⁷¹ ALBIGES (Ch.), *Introduction au droit*, Paris, Larcier, coll. Paradigme, 2^e éd., 2015, p.295, n°495.

⁷⁷² CABRILLAC (R.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 10^e éd., 2013, n°38, pp.30-31.

judiciaire constitue une présentation « classique » et « acceptable » du raisonnement judiciaire bien qu'il « n'épuise pas la question » et soit parfois artificiel⁷⁷³.

Enfin les nombreux travaux relatifs à la logique judiciaire ne coupent pas à un rapprochement entre la décision de justice et le syllogisme, qualifié de ce fait de « judiciaire »⁷⁷⁴.

Le syllogisme judiciaire étant d'utilisation courante, reste à déterminer le contenu que les auteurs lui donnent.

234. Exposé de syllogismes judiciaires⁷⁷⁵. Les auteurs composent le syllogisme judiciaire de manière plus ou moins complexe. Nous ferons, du moins pour le moment, abstraction du syllogisme « épuré » proposé par certains d'entre eux qui consiste à décrire la majeure comme « le droit » et la mineure comme étant « les faits »⁷⁷⁶. Cette simplification, tout à fait louable puisqu'elle répond généralement à un souci de pédagogie, amenuise quelque peu la richesse du syllogisme judiciaire et du raisonnement du juge. Il est toutefois intéressant de souligner son existence puisqu'il fait clairement apparaître la distinction du fait et du droit, et le lien que la doctrine établit entre les deux, comme nous aurons l'occasion de le constater⁷⁷⁷. Le syllogisme judiciaire proposé par le professeur Ferrand participe de cette idée puisqu'il contient selon elle :

« Une majeure (le principe juridique)

Une mineure (les circonstances de fait de l'espèce)

Et une conclusion qui résulte de la comparaison des prémisses de droit et de fait »⁷⁷⁸

⁷⁷³ AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thème fondamentaux du droit civil*, Paris, Sirey, 14^e ed., 2012, n°71-72, pp.54-55.

⁷⁷⁴ V. par ex. Coll., *La logique judiciaire. 5^e colloque des Instituts d'Etude Judiciaires (Paris, 18-20 mai 1967)*, PUF, 1969. ; PERELMAN (Ch.), « La distinction du fait et du droit, la position du logicien », *Ethique et droit*, édition de l'Université de Bruxelles, 5^e ed, 1988, pp. 682-693.

⁷⁷⁵ La mise en forme de chaque syllogisme a été adoptée dans le souci de faciliter la comparaison et diffère de ce fait de celle initialement choisie par les auteurs.

⁷⁷⁶ V. par ex. MALINVAUD (Ph.), *introduction à l'étude du droit*, op. cit., p. 182, n°467 et 202 ; GJIDARA (S.), « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *PA*, mai 2004, n° 105, P. 3, n°12.

⁷⁷⁷ V. *infra* n°278.

⁷⁷⁸ FERRAND (Fr.), *Cassation française et révision allemande...*, op. cit, n°298, p.231. On peut également le rapprocher du syllogisme proposé par le professeur Bergel selon lequel « La majeure y est la règle de droit. La mineure consiste dans le cas individuel donné. La conclusion, issue du rapprochement de la majeure et de la mineure, y constitue le jugement », BERGEL (J.-L.), *Théorie Générale du droit*, op. cit., n°256, p.327.

Abstraction faite de ce point, il n'en reste pas moins que les prémisses du syllogisme judiciaire peuvent être plus ou moins détaillées. De manière très simple, Hébraud le décrivait de la sorte :

« la majeure est constituée par l'énoncé de la règle de droit,
la mineure par la constatation des faits de l'espèce
et la conclusion par la décision elle-même »⁷⁷⁹.

Les professeurs Aubert et Savaux précisent la mineure :

« la majeure est représentée par la règle de droit,
la mineure par les faits exprimés en considération des concepts juridiques,
la conclusion, enfin, est déduite de cette confrontation et traduit l'application
de la règle aux circonstances de fait considérées »⁷⁸⁰.

Marty y apportait encore quelques détails en affirmant que :

« La majeure est formée par la règle de droit applicable »
« La mineure est constituée par l'affirmation que les faits qui doivent en l'espèce
être tenus pour constants, remplissent les conditions nécessaires à l'application de
la règle de droit qui forme la majeure »
« Enfin la conclusion n'est autre que la déduction logique des conséquences qui
résultent de cette application de la règle de droit envisagée aux faits du procès »⁷⁸¹.

Enfin, le syllogisme judiciaire prend une forme beaucoup plus complexe pour les auteurs attachés à l'analyse structurale de la règle de droit⁷⁸². Ainsi en est-il de celui proposé par Henry Motulsky :

« Telle présupposition étant donnée, tel effet juridique en découle
Or le « cas particulier » est contenu dans cette présupposition
Donc l'effet juridique envisagé se produit dans ce cas particulier »⁷⁸³

⁷⁷⁹ HEBRAUD (P.), « Rapport Introductif », *La logique judiciaire...*, *op. cit.*, p.28.

⁷⁸⁰ AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *op. cit.*, n°71, p.54.

⁷⁸¹ MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit...*, *op. cit.*, n°2, p.12.

⁷⁸² V. *supra* n°103.

⁷⁸³ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation...*, *op. cit.*, p.49.

Forme qui, tout en se rattachant à la même analyse, devient se complexifie encore sous la plume du professeur Kernaleguen :

« Dans la majeure prend place l'analyse de la règle de droit, et plus précisément des présuppositions (P) nécessaires à la mise en œuvre de l'effet juridique qu'elle emporte : on dira que (P) implique (E) »

« La mineure quant à elle renferme à la fois une analyse de la situation de fait soumise au juge (F) et l'identification de celle-ci aux présuppositions de la règle de droit, c'est-à-dire l'affirmation que cette situation contient les éléments constitutifs des présuppositions : on dira que (F) est (P) »

« Se déduit alors la conclusion : (F) implique (E) ou, en d'autres termes, le cas particulier soumis au juge doit se voir appliquer l'effet juridique porté par la règle visée dans la majeure »⁷⁸⁴

235. On constate alors que les prémisses des syllogismes exposés sont soit d'un contenu extrêmement simple soit d'un enchevêtrement susceptible de mettre à mal la traditionnelle figure logique.

Les syllogismes que l'on peut qualifier de « simples » ne contiennent dans les prémisses que « règle de droit » et « faits » voire « énoncé du droit » et « énoncé/constatation des faits ».

Les syllogismes plus complexes tendent à noyer les éléments de fait et de droit au milieu de nombreuses opérations afin de se rapprocher de la réalité du procès ce qui les éloigne ainsi de la forme syllogistique classique.

Le syllogisme judiciaire proposé par Motulsky reste à part car bien que constitué de prémisses plus élaborées il parvient à conserver la forme simple et classique de la figure aristotélicienne.

L'exposé de ces syllogismes fait ressortir leur diversité laquelle est certainement liée à la polysémie de la notion de décision de justice qui peut amener, si l'on n'y prend garde, à quelques confusions.

⁷⁸⁴ KERNALEGUEN (Fr.), *th. précit.*, p.280, n°123.

B – Le syllogisme judiciaire, forme donnée à la notion polysémique de décision judiciaire

236. Bien que le syllogisme judiciaire reste couramment employé par la doctrine, qu'elle le cite simplement ou qu'elle l'utilise, nous avons pu constater qu'il fait l'objet de certaines critiques. La polysémie de la notion de décision judiciaire permet de résoudre cette apparente contradiction.

En effet, notion de décision de justice est susceptible, principalement, de deux acceptions⁷⁸⁵. Elle se définit communément comme l'action de décider mais également le résultat de cette action. Remarquons qu'elle peut également être entendue comme le dispositif de la solution mais que ce n'est pas le sens retenu par les auteurs qui l'assimile au syllogisme⁷⁸⁶ et, dès lors, nous ne recourons pas non plus à cette acception.

L'exposé des reproches les plus couramment formulés à l'encontre du syllogisme permettra de se rendre compte qu'ils ne concernent généralement que la décision au sens large du terme, épargnant le plus souvent son acception formelle.

237. La décision judiciaire comme action. La décision judiciaire est donc d'abord, dans un sens large, entendue comme l'action du juge, est donc comme le raisonnement, la démarche, aboutissant à la solution. Elle est ensuite l'acte dans lequel cette même démarche est formalisée et pour ainsi dire résumée. Dans les deux cas, démarche judiciaire et décision judiciaire tendent, plus ou moins, à se confondre et c'est pourquoi, lorsqu'il est question du syllogisme judiciaire, les deux acceptions semblent concernées.

La notion de décision judiciaire revêt, à n'en pas douter, une acception dynamique. En tant qu'elle est l'acte de décider, elle peut s'analyser un cheminement, un raisonnement qui conduit à la solution du litige. Jalonnée d'étapes, qui constituent autant d'opérations à effectuer pour le juge, la démarche, comme nous l'avons déjà souligné, se doit d'être rationnelle afin d'aboutir à la décision la plus acceptable pour tous.

Ces tâches, ces étapes, de la décision doivent être effectuées par le juge pour aboutir au jugement formel et le sont généralement une fois que les parties lui ont apporté le matériau premier : les faits.

⁷⁸⁵ Cf. CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V° Décision, p. 300. Dans le cadre de la description syllogistique de la décision le dispositif est généralement assimilé à la conclusion.

⁷⁸⁶ LITRE (E.), *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, 1873-1874, T. 2, p.985.

Si, cette acception de la notion de décision n'est peut-être pas la plus couramment utilisée, il convient de la souligner car c'est souvent d'elle dont il est question lorsqu'il s'agit de délimiter l'office du juge. En effet, ce sont ces tâches qu'il convient de répartir entre les parties et le juge. Dans ce cas, on s'interroge davantage sur l'élaboration de la décision tandis que lorsqu'on pénètre le champ de la cassation, on s'intéresse à la décision formelle, à l'*instrumentum*, puisque c'est elle que la Haute juridiction contrôle.

238. La décision judiciaire comme acte formel. La décision, qui comprend les arrêts, décisions émanant des Cours, revêt *a priori* un sens plus large que les jugements, perçus comme la « décision émanant d'un tribunal »⁷⁸⁷.

Il ressort de cette conception que décision et jugement, ou arrêt, peuvent être tenus pour synonymes lorsqu'il s'agit de préciser la notion de décision judiciaire. Parallèlement, on se heurte à l'épineux et traditionnel problème de la définition de l'acte juridictionnel qui sert la plupart du temps à expliciter la notion de jugement.

Sans entrer dans la controverse qui entoure l'acte juridictionnel⁷⁸⁸, il suffit de retenir que selon cette acception, la décision comprend les jugements et les arrêts, le tout correspondant aux actes émis par les juridictions de l'ordre judiciaire et tendant à « répondre en droit à une demande »⁷⁸⁹.

Un constat s'impose alors. Au cours de la résolution d'un litige, une juridiction produit plusieurs actes pouvant être qualifiés de juridictionnels. Elle décide sur plusieurs points, l'affaire étant jalonnée de jugement. Il convient pourtant de noter que la plupart du temps, la décision judiciaire dont il est question est celle aboutissant à la solution finale du litige⁷⁹⁰.

239. Cependant, toutes les décisions ne revêtent pas la même forme. En effet, puisque nous nous intéressons en partie à la Cour de cassation, il convient de noter que ces décisions, même si elles sont présentées sous la forme de syllogisme, prennent une forme légèrement différente. Le caractère exceptionnel de la juridiction la conduit à juger les arrêts et non les litiges. La Haute Cour n'a pas vocation à résoudre un conflit mais à juger une décision de

⁷⁸⁷ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile ...*, *op. cit.*, n°1000, p.686.

⁷⁸⁸ Pour un exposé de cette controverse v. notamment GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile ...*, *op. cit.*, pp.691 et s.

⁷⁸⁹ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile...*, *op. cit.*, n°1000, p.686.

⁷⁹⁰ Nous renvoyons au syllogisme que nous avons présenté et qui proposent généralement la mise en œuvre de la règle substantielle aboutissant à la solution du litige.

justice. Dès lors, si les auteurs prêtent la forme syllogistique aux arrêts de la Cour de cassation⁷⁹¹, le syllogisme obtenu sera sensiblement différent de celui contenu dans une décision des juges du fond⁷⁹². Le fait y sera remplacé par la solution des juges de dernière instance⁷⁹³.

S'il était important de signaler cette spécificité du jugement de cassation, c'est afin de *l'exclure de notre recherche*. En effet, le syllogisme qui nous intéresse est celui consécutif à l'exercice de la fonction juridictionnelle au sens strict, celle qui consiste en l'application du droit au fait. Cette exclusion du jugement des Hauts magistrats se justifie parce que la distinction du fait et du droit a pour objet l'étendue du contrôle de cassation et dans ce domaine, il n'est question *qu'indirectement* de l'arrêt de cassation. Il n'est que le résultat, la formulation du contrôle. Or, *ce qui intéresse la distinction, c'est l'objet du contrôle*, soit le jugement formel des juges du fond. Pour les développements à venir dans ce chapitre, nous nous en tiendrons donc à l'étude de la décision de justice rendue par les juges du fond.

240. Explications des critiques doctrinales. Nous l'avons vu, si le syllogisme judiciaire reste d'un emploi courant dans les écrits processualistes, il ne fait pas, toutefois, l'objet d'un consensus⁷⁹⁴. Il lui est généralement reproché de ne pas rendre compte exactement du travail du juge et de la démarche que ce dernier se doit d'entreprendre pour aboutir à la solution. En effet, il est possible, voire fréquent, que le juge inverse le raisonnement en partant, intuitivement et inductivement, à rebours, de la conclusion vers la règle de droit⁷⁹⁵. Il lui est également reproché d'être trop schématique par rapport à la réalité et à la complexité du travail du juge car juger est également « un acte d'imagination »⁷⁹⁶ empreint de « syncrétisme juridique »⁷⁹⁷

⁷⁹¹ CROZE (H.), *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, Lyon III, 1981, pp. 226 et s.

⁷⁹² BORE (J.) et BORE (L.), « pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°133.

⁷⁹³ « la majeure est la règle de droit applicable, la mineure la solution censurée et la conclusion la décision de cassation », *ibid.*

⁷⁹⁴ Le professeur Zenati va jusqu'à écrire qu'il s'agit d'une « critique unanime », ZENATI (Fr.), « Un siècle de revue trimestrielle de droit civil, *RTD civ.*, 2002, p.691.

⁷⁹⁵ ALBIGES (Ch.), *Introduction au droit*, *op. cit.*, *ibid.* ; FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction au droit*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2014, p.80.

⁷⁹⁶ CANIVET (G.) et MOLFESSIS (N.), L'imagination du juge, *La procédure dans tous ses états. Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Paris, Petites Affiches, LGDJ, 2005, p.131. Dans le même sens v. MALINVAUD (Ph.), *introduction à l'étude du droit*, *op. cit.*, p. 182, n°202.

⁷⁹⁷ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique...*, *th. précit.*, pp.50-52.

voire d'équité⁷⁹⁸. Pourtant, il demeure acceptable pour bien des auteurs⁷⁹⁹. A notre sens, si l'on parle de la démarche judiciaire, alors le syllogisme décrit une réalité bien autre que celle du juge. En revanche, lorsqu'il est question de la décision au sens formel du terme, en tant qu'*instrumentum*, alors, le syllogisme demeure satisfaisant et incontournable⁸⁰⁰. Les différents écrits doctrinaux laissent transparaître, nous semble-t-il, cette idée. Le syllogisme judiciaire n'est pas *tout* le raisonnement judiciaire mais il en est *l'aboutissement*. Selon l'image proposée par un président de Cour d'appel « le syllogisme est l'étape finale du raisonnement, la partie visible du travail de maturation. Parfois c'est un iceberg, la partie invisible peut être bien plus importante et sans commune mesure avec le texte final »⁸⁰¹.

Le syllogisme est formalisé dans la décision judiciaire au sens strict, il en apparaît comme la motivation et permet de rendre la décision acceptable pour le justiciable⁸⁰². C'est pourquoi, selon Mme Bléry, il trouve toujours des défenseurs : il est « rassurant » car « il éloigne le spectre de l'irréflexion »⁸⁰³. Si le juge a commis une erreur, elle apparaîtra dans le syllogisme tel qu'il est formulé dans le jugement, soit parce qu'elle entachera une des deux prémisses soit parce qu'elle portera sur la conclusion⁸⁰⁴. Dès lors, cette figure logique semble plus favorablement accueillie pour décrire la décision judiciaire au sens formel du terme et paraît l'être encore davantage lorsqu'il n'est plus question que d'étudier la motivation des décisions de justice.

Il demeure, que communément, le syllogisme est la forme logique conférée à la décision de justice, quelle que soit l'acception retenue de cette notion. Son intérêt ne s'arrête pas là puisque nous allons constater qu'il est d'usage de le proposer comme support de la distinction du fait et du droit

⁷⁹⁸ ALBIGÈS (Ch.), *De l'équité en droit privé*, th. Montpellier I, 1997, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 329, 2000, pp.122 et s., n°200 et s.

⁷⁹⁹ Ainsi, selon le professeur Jeuland « il mérite d'être défendu, à condition d'en montrer les limites », JEULAND (E.), « Syllogisme judiciaire », op. cit., p.1269.

⁸⁰⁰ BLÉRY (C.), *L'efficacité substantielle des jugements civils, th. précit.*, pp.68-72 ; n°92-96.

⁸⁰¹ TOURNIER (R.), « Les techniques de motivation des décisions de justice », *RLDC*, Lamy, 2012, n° 89, p.81.

⁸⁰² La justice a une fonction de maintien de la paix sociale et également des vertus pédagogiques, cf. GUILLERMET (C.-J.), *La Motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, Paris, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2006.

⁸⁰³ BLÉRY (C.), *L'efficacité substantielle des jugements civils, th. précit.*, p.68, n°93.

⁸⁰⁴ BUSSY (Fl.), « L'erreur judiciaire », *D.*, 2005, p.2552.

§2 – Le syllogisme judiciaire comme support de la distinction du fait et du droit

241. Si le syllogisme judiciaire traduit la démarche judiciaire, on remarque également que certains auteurs établissent un lien entre le syllogisme et la distinction (A). Ce lien repose sur une similitude de structure entre les deux concepts (B).

A - L'existence d'un lien entre le syllogisme et la distinction selon la doctrine

242. Selon nous, la doctrine tend à effectuer un rapprochement entre le syllogisme judiciaire et la distinction du fait et du droit. L'établissement de ce lien est ancien mais transparaît toujours dans les écrits des juristes actuels.

243. Existence historique du lien. La recherche historique que nous avons entreprise relativement à la distinction du fait et du droit nous a permis d'entrapercevoir l'existence d'un lien entre la distinction du fait et du droit et le syllogisme judiciaire. Il se dessine d'abord indirectement dans la technique romano-canoniste du *libelle*, acte d'ouverture de l'instance⁸⁰⁵, pour lequel syllogisme et distinction du fait et du droit permettent de déduire le contenu⁸⁰⁶. Le syllogisme apparaît également dans la technique des appointements⁸⁰⁷ mais n'y coïncide pas totalement avec la distinction du fait et du droit puisqu'il est simplement conseillé de rédiger les appointements en droit⁸⁰⁸ selon cette forme logique⁸⁰⁹.

Plus tard, lors des débats parlementaires faisant suite à la Révolution, le lien entre la distinction et le syllogisme sera ouvertement affirmé. Les révolutionnaires, ayant voulu soumettre le juge à la loi, souhaitaient que celui-ci devînt, en quelque sorte, un automate, « une machine à syllogisme ». Selon cette conception, les prémisses ne devaient constituer pour lui que des données. La mineure était formée des faits apportés par les parties tandis que la majeure n'était autre que la disposition juridique telle que contenue dans la loi⁸¹⁰. De ces deux données, sur lesquelles tout pouvoir lui était dénié, notamment celui d'interprétation, le juge devait

⁸⁰⁵ V. *supra* n°37.

⁸⁰⁶ « Le syllogisme appliqué au libelle peut s'exprimer ainsi : « ex factor oritur ius » ce qui démontre que « le libelle n'est pas vierge d'éléments juridiques », PENNEC (L.), *L'adage jura novit curia...*, th. précit., p.63, n°49

⁸⁰⁷ V. *supra* n°38.

⁸⁰⁸ Egalement appelés « par manière de mémoire »

⁸⁰⁹ PENNEC (L.), *L'adage jura novit curia...*, th. précit., rapprochement des développements p.150, n°132 et pp. 157-158, n°39.

⁸¹⁰ TROPER (M.), « La question du pouvoir judiciaire en l'an III », *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Bruylant, LGDJ, 2001, pp.117-136.

déduire logiquement et mécaniquement la solution. Cette même conception syllogistique de la distinction du fait et du droit se retrouve lors du débat parlementaire sur l'instauration du jury. La volonté était ici d'éviter de confier les opérations de constatation des faits et d'application du droit au seul juge⁸¹¹.

De nos jours, s'il n'est plus question de faire du juge « un esclave enchaîné par la logique au règne de droit »⁸¹² et de lui dénier tout rôle dans l'établissement des prémisses⁸¹³, nous allons constater que le lien entre distinction du fait et du droit et syllogisme perdure.

244. Permanence du lien. La majeure est conçue comme porteuse du « droit » et la mineure comme constituée des « faits », les prémisses du syllogisme pouvant également être dénommées, selon M. Ghirardi, « prémisses mineures ou de fait »⁸¹⁴ et « prémisses majeures ou normatives »⁸¹⁵. La frontière entre fait et droit coïnciderait donc avec celle entre majeure et mineure. Pierre Hébraud s'est fait l'écho de cette idée doctrinale assez largement répandue selon laquelle la distinction du fait et du droit apparaît dans le syllogisme judiciaire. Il écrivait à ce propos que « selon la conception la plus habituelle, on établit, entre la majeure et la mineure l'opposition tranchée du fait et du droit »⁸¹⁶. Ainsi, lorsque Chaïm Perelman étudie la distinction du fait et du droit, il le fait au travers du prisme du syllogisme⁸¹⁷. De même, Motulsky recherche la place de la qualification dans le syllogisme afin de déterminer s'il s'agissait d'une question de fait ou de droit⁸¹⁸.

Cette idée de lien entre syllogisme et distinction se retrouve également, de manière peut-être plus indirecte, dans les écrits de nombreux autres auteurs. Ainsi, Jacques Normand mettait-il en garde contre le syllogisme tout en reconnaissant implicitement un lien entre la décision et la distinction au travers de cette structure logique lorsqu'il affirmait que « le syllogisme judiciaire, par quoi l'on est accoutumé à caractériser la démarche intellectuelle du juge dans l'accomplissement de sa mission, ne peut avoir que valeur d'image (...). Dans ce syllogisme, les prémisses supposent toujours un jugement de valeur, il s'y glisse une irréductible part d'appréciation personnelle, et c'est par le truchement de cette appréciation personnelle que le

⁸¹¹ V. *supra* n°50.

⁸¹² CARBONNIER (J.), *Droit civil. Introduction*, *op. cit.*, p.32.

⁸¹³ CARBONNIER (J.), *Ibid.* ; DIJON (X.), *Méthodologie juridique*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1996, p.8, n°9.

⁸¹⁴ GHIRARDI (O. A.), *Le raisonnement judiciaire*, Editions Bière, Bordeaux, 1999, p.116.

⁸¹⁵ GHIRARDI (O. A.), *op. cit.*, p.120.

⁸¹⁶ HEBRAUD (P.), « Rapport Introductif », *op. cit.*, PUF, 1969, pp. 23-51.

⁸¹⁷ PERELMAN (Ch.), « La distinction du fait et du droit, le point de vue du logicien », *op. cit.*, pp.269-278 et « La distinction du fait et du droit, la position du logicien » in *Ethique et droit*, édition de l'université de Bruxelles, 5^e éd, 1988, pp. 682-693.

⁸¹⁸ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé ...*, *op. cit.*, pp.156-157.

juge assume son double rôle créateur, à l'égard du fait et l'égard du droit »⁸¹⁹. De même, M. Colson, qui en relevant les critiques faites à l'encontre de la conception syllogistique de la décision judiciaire en déduit l'affaiblissement de la distinction du fait et du droit, nous semble adopter le même raisonnement⁸²⁰.

Si la distinction du fait et du droit est liée au syllogisme, il reste à connaître la nature de ce lien. Nous allons constater que, selon une partie de la doctrine, la distinction se manifeste dans la structure du syllogisme.

B- la nature structurelle du lien entre le syllogisme et la distinction selon la doctrine

245. La doctrine établit le lien entre le syllogisme et la distinction du fait et du droit à partir de leurs structures respectives. La figure logique distingue la mineure de la majeure pour aboutir à une conclusion tandis que la distinction oppose le fait au droit afin de concrétiser ce dernier.

Cette identité structurelle invite, selon la doctrine, à fondre la distinction dans le syllogisme judiciaire celui-ci étant le reflet de la décision du juge dont les matériaux de base sont les éléments de fait et de droit.

Se dessine alors la distinction, ou plutôt *les* distinctions, du fait et du droit dans le syllogisme puisque le fait et le droit (1) tout comme les questions de fait et les questions de droit sont présentés comme étant les termes des prémisses (2).

1 - le fait et le droit, termes des prémisses

246. Le syllogisme est décrit comme portant la distinction du fait et du droit qui oppose la norme aux événements factuels. La scission entre la majeure et la mineure du syllogisme correspondrait à la bipartition entre le fait et le droit. La majeure serait la règle de droit et la

⁸¹⁹ NORMAND (J.), *Le juge et le litige, op. cit.*, p.16.

⁸²⁰ COLSON (R.), *La fonction de juger...*, th. précit., n°188, p.83. Dans le même sens v. MARTIN (R.), « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *op. cit.*, n°35. De même, le professeur Marraud suggère la même idée lorsqu'elle « refuse de prendre parti sur l'étiquette de « droit » ou de « fait » que certains auteurs accolent à ces deux catégories de prémisses », MARRAUD (C.), *La notion de dénaturation...*, th. précit., p.83.

mineure les circonstances factuelles. Chaque élément de la distinction constituerait un terme du syllogisme judiciaire.

247. La majeure et la norme. Nous avons recensé⁸²¹ plusieurs tournures du syllogisme judiciaire plus ou moins complexes mais qui ont toutes en commun de « loger la règle de droit dans la majeure et le fait qualifié dans la mineure, la conclusion constituant le dispositif de la décision »⁸²² comme le constate le professeur Croze.

La majeure, qu'elle soit décrite comme « la norme »⁸²³, « l'énoncé de la règle de droit »⁸²⁴ ou « l'analyse de la règle de droit »⁸²⁵, contient sans aucun doute du droit. Toutefois, pour un auteur elle ne contient pas la norme entière mais seulement son présupposé, l'effet juridique se trouvant dans la solution⁸²⁶, la règle de droit étant alors décomposée et distribuée. Cela est sans conséquence selon le professeur Kernaleguen qui adopte cette démarche et reste convaincu de la présence du droit dans la majeure, puisqu'un élément normatif y figure.

248. La mineure et les faits. De même tous ces syllogismes posent dans la mineure un élément de fait. Cette majeure est décrite comme contenant soit uniquement du fait, soit l'énoncé des faits, soit leur constatation, soit les faits établis et qualifiés.

Cette prémisse donne jour à beaucoup plus de divergences que la première mais laisse apparaître un point commun : toutes les mineures ainsi présentées mentionnent l'élément factuel, les événements et circonstances qui sont survenus. Il s'agit bien du « fait » au sens où le comprend la distinction stricte et théorique du fait et droit.

249. Tous les syllogismes judiciaires, qu'ils soient simples ou complexes contiennent les éléments factuels et juridiques. En revanche, seuls les plus détaillés peuvent prétendre contenir la distinction des questions de fait et de droit. Nous abandonnerons donc momentanément les syllogismes judiciaires les plus simples.

⁸²¹ V. l'exposé des syllogismes, *supra* n°234.

⁸²² CROZE (H.), *Recherche sur la qualification ...*, *op. cit.*, p.227, n°234.

⁸²³ V. par ex AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *op. cit.*, n°71, p.54 ; MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit...*, *op. cit.*, n°2, p.12 ; FERRAND (Fr.), *Cassation française et révision allemande...*, *op. cit.*, n°298, p.231.

⁸²⁴ HEBRAUD (P.), « Rapport Introductif », *La logique judiciaire...*, *op. cit.*, p.28.

⁸²⁵ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation...*, *op. cit.*, p.49.

⁸²⁶ KERNALEGUEN (Fr.), *th. précit.*, p.280, n°123

2 - *Les questions de fait et des questions de droit, énoncés des prémisses*

250. Pour se défendre d'une trop grande abstraction du syllogisme alors que le jugement est une démarche concrète, certains auteurs, nous l'avons vu, ont ajouté maints détails audit syllogisme qui au départ n'était composé que de l'énoncé de la règle de droit et de celui des faits.

Ainsi, en plus de contenir simplement les éléments factuels et juridiques, le syllogisme est apparu comme pouvant comprendre les questions de fait et les questions de droit. Cela n'a d'ailleurs rien de surprenant au vu de la démarche de certains auteurs qui ayant dans un premier temps utilisé le syllogisme pour affirmer la viabilité de la distinction du fait et du droit en procédure civile, s'en sont ensuite servi pour définir les questions de fait et les questions de droit⁸²⁷. Cette démarche peut prêter à controverse mais, en toute hypothèse, il en résulte que la mineure contient la question de fait et que la majeure contient la question de droit.

251. La majeure et la question de droit. La règle de droit n'est qu'un élément de la majeure du syllogisme. Pour de nombreux auteurs⁸²⁸, elle contient soit l'analyse de la règle de droit, soit la règle de droit interprétée. Ces éléments renvoient sans conteste au contenu de la question de droit que nous avons préalablement relevée dans le discours des processualistes⁸²⁹.

En revanche, on peut déjà relever à ce stade que cette prémisse peut correspondre à certaines questions de droit mais certainement pas à toutes les questions de droit. On peut en effet s'interroger d'ores et déjà sur le sort de la qualification et de l'application du droit aux faits au sens strict.

252. La mineure et la question de fait. Deux hypothèses ont été proposées pour la mineure. Soit on lui octroie un contenu fort simple limité aux faits ou à leur énoncé soit on l'exprime sous une forme plus complexe qui varie selon les auteurs. La prémisse est alors composée soit des faits énoncés par les parties, soit de l'établissement de ces faits, c'est-à-dire de leur preuve, soit de l'analyse complète de ces faits à laquelle peut également s'ajouter leur qualification.

Si, la mineure soulève bien des questions, constatation, preuve et qualification, il reste certain qu'elle met en jeu les circonstances factuelles et surtout les opérations qui les traitent.

⁸²⁷ KERNALEGUEN (Fr.), *th. précit.*, n°123, p.280.

⁸²⁸ Cf. *supra* n°234.

⁸²⁹ Cf. *supra* n°134.

Au vu des différentes conceptions du syllogisme que l'on vient de rappeler, on ne sait dès l'abord si la mineure contient toutes les questions de fait et seulement des questions de fait. Cependant, la définition de cette notion ayant en partie été établie à partir de cette mineure, cela devrait s'avérer.

253. Conclusion sur l'utilisation du lien. Le fait d'établir un lien entre la distinction du fait et du droit et le syllogisme n'est pas neutre. Ce lien, loin d'être sans objet, trouve une utilité doctrinale. Ainsi, puisque la décision de justice, en tant que démarche du juge, est un syllogisme et que ce même syllogisme reflète la distinction du fait et du droit, alors cela signifie qu'il est possible d'appliquer ce critère pour répartir les rôles entre le juge et les parties. De là à écrire que c'est ce critère qu'il convient effectivement d'appliquer, il n'a qu'un pas que certains auteurs semblent avoir franchi⁸³⁰. Autrement dit, parce que la décision judiciaire se sépare en fait et en droit, les rôles du juge et des parties doivent être répartis selon cette distinction. Or, selon nous, s'il est *possible* de l'appliquer, selon ce fondement logique, cela ne veut pas dire qu'il *faill*e l'appliquer.

De même, dans le domaine de la cassation, les Hauts magistrats contrôlent la décision, au sens plus étroit du terme, des juges du fond. Cette décision prenant la forme d'un syllogisme énonçant d'une part le droit, d'autre part le fait, la scission délimitant le contrôle semble évidente. Puisque les juges de cassation contrôlent la décision judiciaire qui est sous forme de syllogisme, et que l'on peut donc scinder en fait et en droit, alors ils doivent contrôler la majeure et non la mineure, le droit et non le fait.

Il est tentant de voir, comme le font de nombreux juristes⁸³¹, la distinction du fait et du droit dans le syllogisme judiciaire. Il est même intéressant de pouvoir logiquement affirmer que la distinction du fait et du droit est inhérente à la décision judiciaire et que dès lors elle trouve obligatoirement sa place en procédure civile. Il est d'ailleurs indéniable que le juge, lorsqu'il énonce ou forme un jugement manie les *éléments de fait et de droit* qui sont tout à fait séparables. Cependant, il nous semble judicieux de se poser dès maintenant la question sur laquelle s'était arrêtée un temps Chaïm Perelman : « Est-il vrai, comme le prétendent plusieurs juristes, que le raisonnement du juge peut, d'une façon schématique, être réduit à un syllogisme,

⁸³⁰ Par le biais du raisonnement de Motulsky cf. FERRAND (Fr.), « Appel », *Rép. proc. Civ.*, Dalloz, 2012 (mise à jour 2014), n°1031 ; « L'influence de la procédure... », *op. cit.*, n°23, p.44 et n°15, p.41.

⁸³¹ V. *supra* n°244.

dont la majeure énoncerait la règle de droit, la mineure fournirait les éléments de fait (...)» et cela en restant fidèle à la distinction du fait et du droit ?⁸³². Si ce n'est pas le cas, alors la justification de la place de la distinction en procédure civile par ce fondement s'en trouvera grandement fragilisée.

Il est donc temps d'apporter un regard plus critique.

SECTION 2 - Critique de la place donnée à la distinction par le raisonnement juridique

254. On l'a vu, le raisonnement judiciaire et la décision qui en découle prennent généralement chez les auteurs, et malgré quelques critiques, la forme du syllogisme judiciaire. Tout comme la décision judiciaire, le syllogisme judiciaire met en mouvement des éléments de fait et de droit pour aboutir à une conclusion. Chacune des prémisses contient des éléments droit et des éléments de fait. Il est alors tentant de penser que la scissure entre la majeure et la mineure correspond à la frontière entre le droit et le fait. Il l'est également de justifier l'utilité de la distinction par cette correspondance. La distinction appartient à la logique judiciaire ce qui commande ou du moins recommande de l'appliquer.

Cependant, une étude plus critique et plus approfondie de ce raisonnement juridique, de ce raisonnement doctrinal, permet de démontrer la fragilité de cette justification. Le lien entre la distinction est bien plus ténu qu'il n'y paraît et même s'il existait, rien ne permettrait d'en déduire que la distinction est le critère qu'il convient de mettre en œuvre dans la répartition des rôles entre les parties et le juge et dans la délimitation du contrôle de cassation.

Nous proposons une étude critique de la place de la distinction dans le syllogisme (§1) puis une critique de l'utilisation du rapprochement qui est fait entre distinction et syllogisme (§2).

⁸³² PERELMAN (C.), « La distinction du fait et du droit, le point de vue du logicien », *op. cit.*, pp.269-270.

§1 - Critique de la place de la distinction dans le syllogisme

255. Le raisonnement qui consiste à rapprocher décision judiciaire, syllogisme et distinction du fait et du droit afin de justifier l'utilisation de cette dernière nous paraît critiquable à double titre. En premier lieu, la vision syllogistique de la décision judiciaire nous semble déformée. En second lieu, si de prime abord les prémisses du syllogisme paraissent correspondre au fait et au droit, ce n'est pas le cas.

Nous essaierons de démontrer que le syllogisme est une représentation insuffisante de la décision judiciaire (A) et qu'il est un support inadéquat pour la distinction du fait et du droit (B).

A - Le syllogisme, représentation insuffisante de la décision judiciaire

256. Nous avons pu constater que l'affirmation selon laquelle toute décision judiciaire est un syllogisme judiciaire, bien qu'aujourd'hui très nuancée, trouve encore des défenseurs. Certes, nous concédons sans conteste au syllogisme des vertus pédagogiques. Pourtant, nous adhérons à l'idée selon laquelle la décision judiciaire, au sens large mais aussi au sens plus étroit du terme, est plus qu'un syllogisme.

D'une part, en tant que raisonnement du juge aboutissant à la décision au sens strict, elle n'est pas uniquement un syllogisme puisqu'elle nécessite d'autres formes de raisonnement afin, notamment, de poser les prémisses. D'autre part, la décision judiciaire en tant qu'*instrumentum*, n'est pas un syllogisme unique, celui-ci se révélant inapte à la comprendre tout entière. Il faut la mise en œuvre de plusieurs syllogismes afin d'aboutir à la solution d'un litige, le syllogisme final dissimulant ceux qui l'ont précédé.

Ainsi, pour représenter plus exactement la décision judiciaire, il est nécessaire de recourir à un polysyllogisme judiciaire (1), le syllogisme judiciaire se révélant insuffisant (2).

1 - La nécessité du polysyllogisme judiciaire

257. La conception syllogistique de la décision judiciaire est largement admise malgré les critiques avancées par les auteurs mêmes qui la défendent. La plus répandue d'entre-elles

consiste à dire que la décision n'est pas formée d'un seul syllogisme mais d'une suite de syllogismes. Elle est un polysyllogisme, « une chaîne de syllogismes que le juge doit forger »⁸³³.

La décision est bien plus qu'un syllogisme car l'activité du juge ne se limite pas à faire jouer l'effet juridique de la règle de droit. D'une part, il doit « traiter » les faits par le biais de plusieurs syllogismes et d'autre part il doit s'interroger sur le choix de la règle de droit, lors du syllogisme final.

258. Traitement des faits et pluralité de syllogismes. Si les parties apportent les faits au juge par, celui-ci ne peut leur appliquer directement la règle de droit. Il doit les « traiter ». En effet les faits doivent faire l'objet de deux opérations : la preuve et la qualification. C'est pourquoi les auteurs proposent de comprendre dans la mineure les faits constatés ou prouvés ou encore analysés. Très peu s'aventurent à parler de faits qualifiés, car l'opération de qualification, est ici aussi un sujet de controverse⁸³⁴.

La mineure ainsi entendue dissimule donc une grande part de la décision judiciaire : les opérations de preuve et qualification. Chacune de ces opérations fait alors l'objet d'un syllogisme qui lui est propre et dont la conclusion servira de prémisses au syllogisme suivant⁸³⁵. Ce processus peut-être schématisé de la manière suivante :

Si tel mode de preuve est apporté, tel fait est prouvé

Or Tel mode de preuve est apporté

Donc le fait est prouvé

Notons que ce premier syllogisme peut être lui-même le résultat de nombreux autres syllogismes puisqu'il y aura autant de syllogisme que de règles de preuve à mettre en œuvre. C'est pourquoi le polysyllogisme s'explique, en grande partie, par le fait que la décision judiciaire doit prendre en considération diverses règles de droit, et pas uniquement la règle substantielle.

⁸³³ GAUDEMET (Y.), « Méthodes du juge », *Dictionnaire de la culture juridique*, ... p.1019. Dans le même sens V. notamment Carbonnier selon lequel « un syllogisme n'y suffira pas, il en faudra une chaîne. Mais l'élément est toujours le syllogisme » ; CARBONNIER (J.), *Droit civil. Introduction, op. cit.*, p.32. V. également MARRAUD (C.), *La notion de dénaturation en droit privé français, th. précit.*, p.83.

⁸³⁴ Pour de plus amples développements sur cette question v. *supra* n°138s.

⁸³⁵ Dans le même sens v. MARRAUD (C.), *La notion de dénaturation en droit privé français, th. précit.*, p.37.

La conclusion de ce syllogisme ainsi schématisée sert de petit terme au syllogisme suivant :

Telle qualification correspond à telles conditions
Or les faits prouvés remplissent ces conditions
Donc tel fait est qualifié

Ce dernier syllogisme représente l'opération de qualification que doit effectuer le juge du fond avant d'appliquer le droit aux faits, c'est-à-dire de déduire les conséquences juridiques de la règle de droit.

259. Effet juridique et syllogisme final. La décision judiciaire est constituée d'une succession de syllogismes et non d'un seul. Une fois de plus, la conclusion du syllogisme précédent, en l'occurrence celui servant de support à l'opération de qualification, va servir de petit terme au syllogisme suivant.

Ce dernier syllogisme correspond à celui qui est généralement présenté comme étant la décision judiciaire⁸³⁶. L'exemple que nous exposons se rapproche d'ailleurs du syllogisme judiciaire proposé par Motulsky :

Tel présumé entraîne tel effet juridique
Or tel fait qualifié correspond à tel présumé
Donc tel fait qualifié entraîne tel effet juridique

Ainsi, le logicien Chaïm Perelman⁸³⁷ relève-il que la structure de la mineure est elle-même bien plus complexe qu'il n'y paraît. La mineure suppose en effet deux choses, la première étant que les faits soient établis, établissement qui suppose le respect de certaines règles procédurales par les juges du fond. Ensuite seulement il est affirmé que le fait répond aux conditions. La décision ne peut correspondre à un simple syllogisme, elle se rapproche bien plus du polysyllogisme

⁸³⁶ Toutefois, certains auteurs présentent le syllogisme judiciaire comme étant celui de la qualification, cf. notamment FERRAND (Fr.), *Cassation française et révision allemande, op. cit.*, n°298, p.231, TERRE (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris 1955, LGDJ, 1957, n°3.

⁸³⁷ PERELMAN (Ch.), « La distinction du fait et du droit, la position du logicien » in *Ethique et droit*, édition de l'université de Bruxelles, 5^e éd, 1988, pp. 682-693.

260. Règle de droit et autres syllogismes. Si la mineure se décompose en plusieurs syllogismes, ce peut être également le cas pour la règle de droit qui fait elle-même l'objet de diverses opérations. Le juge ne la reçoit pas. Il doit la choisir, parfois même l'interpréter et enfin faire jouer son effet juridique. De ce fait, la règle de droit déstructurée dans la majeure est également le fruit de plusieurs autres syllogismes.

Le choix de la règle de droit va s'effectuer par la construction de syllogismes dont beaucoup ne seront pas concluants du fait d'un défaut de correspondance entre les prédicats de la majeure et de la mineure et seront par conséquent écartés. Ces syllogismes n'apparaissent donc pas dans la chaîne de syllogisme formant la décision judiciaire car ils appartiennent bien plus à la démarche personnelle et syncrétique du juge⁸³⁸.

Quant à l'opération d'interprétation de la règle de droit, elle peut être perçue comme faisant l'objet d'un syllogisme, qualifié de « secondaire » par le professeur Troper, consistant à rapprocher une règle d'interprétation de la règle de droit applicable⁸³⁹. Toutefois, elle peut également sortir du cadre de la logique déductive pour rejoindre celui de la logique argumentative⁸⁴⁰. L'herméneutique constitue un choix entre diverses significations qui se détache généralement du raisonnement formel. Elle permet à une démonstration d'apparaître plus persuasive sur le fond et dévoile l'insuffisance du syllogisme judiciaire.

2 - L'insuffisance du syllogisme judiciaire

261. L'activité du juge ne peut se réduire, comme cela fut souhaité un temps par les révolutionnaires, à articuler deux données dans un syllogisme afin d'en tirer mécaniquement la conclusion. L'énoncé des syllogismes judiciaires que nous avons qualifiés de simples, en atteste. Ils ne donnent pas à la mineure la structure formelle que nécessite tout syllogisme. Les éléments indispensables que sont le « moyen » et le « petit » termes n'y apparaissent pas⁸⁴¹.

La mineure telle que l'entend Hébraud en constitue un bon exemple. Elle est selon lui « la constatation des faits ». Même si l'on considère les faits constatés comme le premier terme,

⁸³⁸ En ce sens v. MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé ...*, op. cit., pp.50-57

⁸³⁹ TROPER (M.), « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisemann*, Editions Cujas, 1975, p. 147.

⁸⁴⁰ La recherche dirigée par le professeur Deumier a ainsi mis en exergue les divers arguments pouvant emporter la conviction des juges de cassation sur une question d'interprétation, *Le raisonnement juridique*, DEUMIER (P.) (Dir.), Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013.

⁸⁴¹ Pour un rappel de la forme exigée par le syllogisme v. supra n°231.

on y cherche en vain le deuxième terme permettant de faire le lien entre cette prémisse et la majeure et par conséquent la conclusion.

Dans les syllogismes plus complexes, moyen et petit termes sont décelables. Par exemple, selon Marty, « la mineure est constituée par l'affirmation que les faits, qui doivent en l'espèce être tenus pour constants, remplissent les conditions nécessaires à l'application de la règle de droit qui forme la majeure ». Le moyen terme serait visible dans les conditions de la règle de droit et le petit terme se montrerait dans les faits affirmés et tenus pour constants. Cependant, dans ce cas, c'est la majeure qui est dépourvue du moyen terme car elle est énoncée comme étant « la règle de droit ». Il faut alors pour se rapprocher de la forme du syllogisme décomposer la règle de droit. C'est ce qu'ont fait les tenants de l'analyse structurale de la règle de droit.

Les syllogismes complexes fondés sur l'analyse structurale de la règle de droit comprennent les éléments indispensables à la forme syllogistique ainsi qu'une des structures imposées par ce mode de raisonnement logique. Tels sont ceux proposés par Motulsky et le professeur Kernaleguen.

Ces deux dernières propositions soulèvent pourtant chacune une difficulté. Celle de Motulsky adopte en tout point la forme du syllogisme classique mais reste très épurée par rapport à la réalité procédurale. Celle du professeur Kernaleguen conduit soit à s'attacher à la forme littérale⁸⁴² soit à ne retenir qu'une forme schématique :

P (présupposition) implique E (effet juridique),
or F (fait) est P,
donc F implique E.

Cette forme schématique présente, tout comme le syllogisme judiciaire motulskien, une grande abstraction tandis que la forme littérale si elle se rapproche de la réalité, s'éloigne de la structure syllogistique.

Ainsi, à vouloir à tout prix décrire la décision judiciaire de la sorte, ces auteurs en sont venus à proposer soit une mineure tellement détaillée qu'elle ne revêt plus la forme imposée pour un tel raisonnement soit des prémisses tellement simplifiées qu'elles ne correspondent plus à la réalité⁸⁴³.

⁸⁴² Cf. *supra* n° 234.

⁸⁴³ Cf. *infra* n°268.

La décision judiciaire ne peut donc être un simple syllogisme car il reste insuffisant pour en donner une représentation exacte et, selon nous, efficiente. En revanche, elle peut se décomposer en plusieurs de ces raisonnements.

De même, nous allons voir que le syllogisme judiciaire n'est pas un support adéquat à la distinction du fait et du droit.

B - Le syllogisme, support inadéquat de la distinction du fait et du droit

262. D'après le raisonnement adopté par certains processualistes pour justifier l'usage procédural du critère distinctif, la structure du syllogisme judiciaire reflète la distinction du fait et du droit. Chacune de ses prémisses en porte un élément : la majeure contient le droit, la mineure n'est autre que le fait.

Pourtant, selon nous, si l'on compare le syllogisme judiciaire et la distinction théorique du fait et du droit on s'aperçoit que le droit ne se trouve pas entièrement dans la majeure de ce syllogisme. De la même manière, la distinction des questions de fait et des questions de droit ne se fonde pas dans le syllogisme car la mineure contient bien plus que des questions de fait.

Ainsi le droit se trouve au-delà de la majeure du syllogisme judiciaire (1) et la mineure de celui-ci se construit par-delà la question de fait (2)

1- Le droit, au-delà de la majeure du syllogisme judiciaire

263. De tous les syllogismes proposés, nous n'avons retenu que ceux qu'il était formellement possible d'identifier comme tels, c'est-à-dire ceux formés d'un grand, d'un moyen et d'un petit terme. Il s'agit, généralement, de ceux qui se fondent sur l'analyse structurale de la règle de droit et dont nous retiendrons comme modèle celui proposé par Motulsky que nous nous permettons de rappeler ici :

« Telle présupposition étant donnée, tel effet juridique en découle
Or le « cas particulier » est contenu dans cette présupposition
Donc l'effet juridique envisagé se produit dans ce cas particulier »⁸⁴⁴

Dans de tels syllogismes, les éléments factuels et juridiques sont répartis entre les prémisses. La majeure contient bien la règle de droit et la mineure des éléments de fait, cependant, nous allons voir que le droit ne se limite pas à la majeure. Des éléments de la norme se trouvent tant dans la mineure que dans la majeure.

264. Si l'on part de ce syllogisme, il est vrai que la majeure contient la règle de droit mais de manière décomposée. Elle est séparée en présumé et effet juridique, le premier composant l'antécédent et le second le conséquent. Généralement, on la présente sous la forme « si p alors q ». La prémisses majeure contient alors exclusivement du droit puisque la réunion de deux termes qui la composent forme la règle de droit.

En revanche, la mineure ne contient pas exclusivement du fait. Cette prémisses contenant obligatoirement le moyen terme, on y retrouve une partie de la règle de droit:-

Mineure : tel fait correspond au *présupposé de la règle de droit*

Même s'il ne s'agit pas de la norme au sens strict, le moyen terme, en tant que partie de la règle de droit, est forcément un élément normatif. Il est au moins la condition nécessaire à la mise en œuvre la disposition.

Par conséquent, la mineure contient du fait et du droit et la distinction majeure-mineure du syllogisme judiciaire ne peut pas correspondre à la frontière entre le fait et le droit. Il en va de même pour tous les syllogismes formant le polysyllogisme judiciaire.

2 - La mineure du syllogisme judiciaire par-delà la question de fait.

265. Les éléments de fait et de droit figurent bien de manière distincte dans le syllogisme, mais ils n'y sont pas répartis selon les prémisses. L'interrogation se déplace alors vers la distribution des questions de droit et des questions de fait à l'intérieur de ce même syllogisme.

⁸⁴⁴ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique...*, op. cit., p.49.

Malgré son caractère plus souple, cette distinction ne se plie pas plus que la première à la structure syllogistique. Selon les tenants de cette distinction, est question de fait toute interrogation portant sur la constatation et l'appréciation d'un fait et seulement celle-là⁸⁴⁵. *A contrario*, la question de droit se trouve dans les opérations de qualification, choix et interprétation de la règle de droit ainsi que déduction de l'effet juridique. Or *la majeure ne contient aucune question de droit, tandis que la mineure peut en contenir*. En revanche, chaque syllogisme appartenant à la chaîne précédemment mise en évidence pose une de ces questions.

266. Absence de question de droit dans la majeure. Que l'on prenne en compte la formulation simple ou complexe du syllogisme judiciaire, aucune question de droit n'apparaît dans la majeure. Elle peut contenir du droit mais certainement pas une question de droit. Au mieux, la majeure dissimule la question de l'interprétation de la norme. Plus certainement, elle n'est que l'énoncé de la règle de droit ou la règle de droit décomposée ce qui ne constitue pas une *question de droit* au sens où les défenseurs de cette distinction l'ont définie.

Ce qui est sûr, c'est qu'elle ne contient pas la qualification qui, elle, est une question de droit.

267. Présence de questions de droit dans la mineure. Plus le syllogisme est détaillé, plus il apparaît que sa mineure peut être porteuse de questions. Ces questions ne devraient normalement toucher qu'à l'appréciation et à la constatation des faits. La mineure pourra simplement être conçue comme contenant la constatation des faits, ce qui est, à n'en pas douter, une question de fait.

Pourtant, la plupart du temps, cette prémisse sera décrite comme contenant l'analyse des faits mais aussi leur correspondance avec les conditions imposées par la règle de droit⁸⁴⁶, ou encore l'identification de la situation de fait à la présupposition⁸⁴⁷ un peu difficile de dire « la plupart du temps » en citant deux auteurs. Ces périphrases permettent d'éviter de prononcer le terme de qualification. Or, celle-ci, selon la conception retenue par la majorité de la doctrine, appartient à la catégorie des questions de droit. La mineure n'est donc pas seulement constituée de questions de fait.

⁸⁴⁵ Sur la distinction des questions de fait et de droit, v. *supra* n°134.

⁸⁴⁶ MARTY (G.), *ibid*

⁸⁴⁷ KERNALEGUEN (Fr.), *th. précit.*, p.280, n°123.

La présence de la qualification dans la mineure est d'ailleurs explicitement reconnue par certains auteurs. Le professeur Deumier définit la mineure comme la prémisse comprenant «les faits établis et qualifiés »⁸⁴⁸. Déjà, Gabriel Marty, affirmait cette idée en découvrant que la mineure pouvait être porteuse d'une « erreur dans la qualification »⁸⁴⁹ et le professeur Croze reconnaît un point commun à toutes les formulations du syllogisme judiciaire, en affirmant que « dans tous les cas, on s'entend pour loger la règle de droit dans la majeure et le fait qualifié dans la mineure, la conclusion constituant le dispositif de la décision »⁸⁵⁰.

Le syllogisme proposé par Motulsky comporte tout autant la qualification dans sa mineure car selon les indications données dans sa thèse, on peut l'expliciter de la manière suivante :

Telle présupposition étant donnée, tel effet juridique en découle
= question de droit = solution de droit
Or le « cas particulier » est contenu dans cette présupposition
= fait
Donc l'effet juridique envisagé se produit dans ce cas particulier

Ici, la mineure contient bien, par le biais du « cas particulier », un « magma de faits »⁸⁵¹, mais elle constitue dans son entier la traduction de l'opération de qualification car qualifier, c'est constater qu'un fait est contenu dans une présupposition.

268. Une question, un syllogisme. Dans les conceptions les plus complexes du syllogisme judiciaire, la mineure ne contient pas une question de fait mais plusieurs, voire toutes. C'est aussi pourquoi la mineure perd sa forme de prémisses.

L'explication selon laquelle la décision n'est pas un syllogisme mais un polysyllogisme comporte un certain intérêt. Chaque question de fait est résolue dans un syllogisme séparé dont la conclusion de l'un sert de prémisse au suivant et ainsi de suite jusqu'à la figure logique terminale. Or, les syllogismes présentés par la plupart des auteurs dissimulent cette chaîne, sous la complexité de leur mineure. Ce n'est pas sans conséquence puisqu'ils masquent ainsi la présence de questions de droit (autre que la qualification que nous venons d'envisager) dans la

⁸⁴⁸ DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, L.G.D.J., Paris, 2011, p.103.

⁸⁴⁹ MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit...*, *op. cit.*, n°3, p.13.

⁸⁵⁰ CROZE (H.), *Recherche sur la qualification...*, *th. précit.*, p.227, n°234.

⁸⁵¹ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé ...*, *op. cit.*, n°51, p.50.

mineure du syllogisme judiciaire. En effet, la question de l'appréciation des faits est résolue dans un « micro-syllogisme »⁸⁵² dont la majeure est, la plupart du temps, une règle de preuve et dont la mineure comporte une opération de qualification. Ainsi, ces « micro-syllogismes » font apparaître des activités de droit nécessaires à la résolution de certaines questions de fait.

269. Les questions de droit ne sont pas contenues dans la majeure et les questions de fait ne sont pas les seules à former la mineure. Chaque question qui se pose au juge à l'occasion du litige nécessite pour sa résolution son propre syllogisme. Le travail du juge est complexe et, à notre sens, on a trop souvent tendance à perdre de vue qu'il ne met pas en jeu qu'une seule règle de droit, la norme substantielle, mais aussi des règles formelles ou procédurales. Le polysyllogisme est le reflet de cette complexité alors que la distinction des questions de fait et des questions de droit s'en éloigne. Dès lors, aucune correspondance ne peut s'établir entre ces deux éléments.

A chaque opération que le juge doit effectuer lors de la résolution du litige se pose une question qu'il résout le plus souvent au travers d'un syllogisme. Il ne s'agit donc pas d'un « jugement syllogisme »⁸⁵³ mais d'*opérations syllogismes* constituant au final une *décision polysyllogisme*.

La mineure ne se vérifie pas. Le syllogisme judiciaire n'est pas sécable en fait et en droit, il ne porte pas la distinction du fait et du droit, pas plus que celle des questions de fait et des questions de droit.

270. Conclusion du §1. Si la décision de justice comporte des éléments de fait et des éléments de droit, il ne semble pas démontré qu'elle puisse être scindée en fait et en droit et cela pour une raison simple : on ne peut soutenir que la décision de justice comporte un jugement en fait et un autre en droit car le jugement sur les faits n'est pas exempt de droit, les règles de preuve y jouent un rôle important. La qualification ne peut non plus être classée selon cette dichotomie, qu'on s'est employé à essayer de démontrer⁸⁵⁴.

⁸⁵² Nous nous permettons cette appellation afin d'éviter toute confusion avec le syllogisme judiciaire qui contient ces « micro-syllogisme ».

⁸⁵³ Expression empruntée à M. Colson in COLSON (R.), *La fonction de juger...*, th. précit., p.90.

⁸⁵⁴ Cf. *supra* n°142-143.

Dès lors, il apparaît difficile de lier syllogisme, décision judiciaire et distinction du fait et du droit. La distinction, pas plus que l'utilisation qui en est faite, ne peut trouver de justification dans le syllogisme judiciaire.

§2 - Critique de l'utilisation du rapprochement entre distinction et syllogisme

271. Certains processualistes ont utilisé le rapprochement de la distinction du fait et du droit et du syllogisme comme fondement logique à l'utilisation de la distinction dans deux domaines. Dans celui de la cassation, il vient renforcer les textes qui en eux-mêmes ne permettent pas, selon nous, de dire que la distinction du fait et du droit est le critère délimitant l'étendue du contrôle de cassation⁸⁵⁵. Dans celui des juges du fond, il a permis d'affirmer la nature factuelle de la cause et la distinction comme guide de répartition⁸⁵⁶.

Pourtant on ne peut suivre ces justifications doctrinales. En effet, les déductions effectués à partir de la confusion entre la distinction et le syllogisme sont paradoxales dans le premier cas (A) et dissimulent sous une apparente logique la nature politique des arguments dans le second (B).

A – Une utilisation paradoxale dans le domaine de la cassation

272. Dans la délimitation de l'étendue du contrôle de cassation, l'utilisation de la distinction du fait et du droit ne résulte pas directement de l'argument syllogistique mais en premier lieu d'une interprétation extensive de « l'interdiction de connaître du fond des affaires » posée à la Haute Cour. Pourtant ce fondement textuel de l'utilisation de la distinction du fait et du droit en tant que critère de délimitation du contrôle de cassation est ténu. Il réside dans l'assimilation du « fond de l'affaire » au « fait », notions qui pourtant ne peuvent être synonymes comme on l'a vu⁸⁵⁷. Peut-être parce qu'elle avait conscience de cette fragilité, la doctrine intéressée à la question y a adjoint un fondement logique par le biais du syllogisme

⁸⁵⁵ Cf. *supra* n°186 s.

⁸⁵⁶ En ce sens v. FERRAND (Fr.), « Appel », *op. cit.*, n°1031 ; BOLZE (A.), « Le délibéré ou les mystères de la fabrication du droit », *op. cit.*, p. 4, n°18

⁸⁵⁷ V. *supra* n°197s.

précédemment envisagé. Cette justification, acceptée par le plus grand nombre, semble alors conférer un caractère incontournable et incontestable à l'utilisation de la distinction.

En apparence, l'utilisation de la distinction du fait et du droit se trouve ainsi confortée (1). Pourtant, le résultat obtenu est contraire à celui recherché. Dès lors, l'utilisation de la distinction est réellement injustifiée (2).

1- Une utilisation apparemment confortée

273. Le syllogisme ne vient pas seul justifier l'utilisation de la distinction du fait et du droit dans le domaine de la cassation. Il est un soutien à l'interprétation des textes retenue par ceux qui souhaitent utiliser la distinction en ce sens.

A cet égard, le raisonnement adopté par le doyen Marty dans sa thèse est parlant. Bien qu'il se montre très critique à l'égard de la distinction du fait et du droit, il ne discute jamais des bien-fondés de son utilisation. Il soulève l'inadéquation qu'il y a entre ce critère et ce que sont réellement les limites que s'octroie la Haute Cour dans l'exercice de son contrôle mais n'en remet pas en cause le fondement d'un tel critère. Il nous semble reproduire les justifications logiques et textuelles présentes dans la pensée commune des processualistes.

Ainsi, il commence par la comparaison entre l'activité des juges « inférieurs », et celle des magistrats de cassation afin de mieux appréhender la seconde. La différence résiderait dans la possibilité qu'ont les premiers d'examiner toutes les questions, qu'elles soient de fait ou de droit, afin de donner une solution au litige. Ce travail peut alors se synthétiser sous forme d'un syllogisme, les juges du fond pouvant commettre des erreurs lors de l'établissement de chacune des prémisses ou de la déduction de la conclusion. L'erreur dans la majeure peut résulter d'une fausse interprétation de la loi ou d'une méconnaissance de la force obligatoire d'une norme. La mineure peut-être faussée par une erreur dans la constatation des faits ou dans la qualification. La conclusion, quant à elle, peut provenir d'une mauvaise déduction⁸⁵⁸.

La Cour d'appel peut relever chacune de ces erreurs. En revanche, ce n'est pas le cas de la Cour de cassation. Comme le souligne Marty « toutes les erreurs et tous les vices qui peuvent affecter la décision attaquée ne sont pas susceptibles d'entraîner la cassation. A cet égard il est classique de distinguer selon la nature de l'erreur ou du vice invoqués et l'on formule

⁸⁵⁸ MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit...*, *op. cit.*, n°3, pp.12-13, n°9 p.20 et n°103, p.178.

ordinairement le principe directeur en cette matière en disant que la Cour de cassation ne peut connaître que des questions de droit et que les questions de fait sont soustraites à son examen »⁸⁵⁹.

La Haute Cour ne peut censurer que les erreurs affectant la majeure, c'est-à-dire celles commises à l'occasion d'une question de droit, puisque comme le précise l'auteur, « constater l'existence d'une règle de droit et en donner l'interprétation abstraite, c'est, semble-t-il le type même de la « question de droit » »⁸⁶⁰. Ce raisonnement vient affirmer la présence de la distinction du fait et du droit comme critère de délimitation de l'étendue de la cassation car selon Marty lui-même « on cherche vainement dans nos lois un texte qui formule ainsi la règle fondamentale du pourvoi en cassation »⁸⁶¹. Les deux règles seules existantes étant l'interdiction de connaître du fond et l'obligation de censurer pour violation de la loi de laquelle il découle une litanie de vices établie par la doctrine et la jurisprudence.

2 - Une utilisation réellement injustifiée

274. L'appréciation du raisonnement que nous venons de décrire permet de relever deux points. Le premier tient au caractère artificiel du lien établi entre le syllogisme judiciaire et l'utilisation de la distinction du fait et du droit car il nous paraît résulter bien plus de la volonté que de la logique. Le second tient au fait que de cette déduction forcée aboutit à un résultat paradoxal.

275. Un lien artificiel. La justification syllogistique ne conclut rien sur l'utilisation qu'il convient de faire ou non de la distinction. Il ne nous semble pas possible d'en déduire directement, comme paraît le faire le professeur Kernaleguen que « dans [le] syllogisme, le domaine d'élection du juge de cassation réside dans la majeure : les juridictions du fond sont soumises à son contrôle en ce qui concerne le choix, l'analyse et l'interprétation de la règle de droit » et que « la mineure semble a priori étrangère à l'activité du juge suprême, alors justement qu'elle constitue le cœur de la fonction juridictionnelle »⁸⁶². La justification syllogistique permet seulement d'affirmer, moyennant quelques accommodements, que la décision judiciaire se scinde en fait et en droit. Pour rendre le raisonnement opérant, il convient donc d'établir un

⁸⁵⁹ MARTY (G.), *op. cit.*, n°4, p.14.

⁸⁶⁰ MARTY (G.), *op. cit.*, n°165, pp.363-364.

⁸⁶¹ MARTY (G.), *op. cit.*, n°18, p.19.

⁸⁶² KERNALEGUEN (Fr.), *th. précit.*, p.280, n°123. Il faut entendre ici « syllogisme judiciaire ».

lien entre la forme syllogistique de la distinction et la volonté de faire jouer la distinction comme critère dans le contrôle de cassation.

L'utilisation de la distinction ne peut alors être rattachée qu'à l'article 604 C.p.c. qui dispose que le « pourvoi tend à faire censurer la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ». Selon la doctrine, le jugement étant un syllogisme judiciaire, il reflète la distinction du fait et du droit. Puisque c'est le jugement qui est contrôlé, la distinction est formellement présente devant la Cour de cassation. Il est donc possible d'y introduire la distinction.

Cependant, selon nous, rien n'indique qu'il faille le faire. Rien ne permet de limiter par ce biais le contrôle de la Haute Cour au droit contenu dans la majeure. C'est uniquement l'assimilation du fond et du fait qui permet d'affirmer que seul le droit est objet de contrôle et qu'ainsi au vu de la structure de l'arrêt, seule la majeure qu'il contient doit être contrôlée. L'argument logique vient donc renforcer les faiblesses de l'argumentation fondée sur les textes et conduit alors à un paradoxe.

276. Une conséquence paradoxale. Le paradoxe résulte de la volonté d'user de la distinction comme justification au point qu'il faille faire appel à deux fondements : textuel et logique. Comme nous l'avons vu, La logique de certains processualistes, voudrait que tout jugement se scinde en fait et en droit. La conception qu'ils retiennent de l'article L411-2 al.2 veut que le fond de l'affaire soit le fait séparé du droit. L'utilisation de la distinction a deux justifications. Pourtant, réduire le contrôle de cassation au droit et donc à la majeure d'un arrêt contredit le texte de l'article 604 C.p.c. prétendument porteur de la distinction. Ce texte soumet au contrôle de la Haute Cour « le jugement » et non une partie de celui-ci. Or il faudrait admettre qu'en cas de violation d'une règle de droit lors de l'établissement de la mineure, par exemple d'une règle de preuve lors de la constatation ou de l'appréciation des faits, il ne peut y avoir cassation ce qui est inconcevable au regard de l'art. 604 et de la fonction de la Haute Cour. Dès lors, les deux fondements, au lieu de se renforcer l'un l'autre, s'affaiblissent considérablement.

L'interprétation de l'interdiction de connaître du fond des affaires comme celle d'approcher les faits était déjà en elle-même très contestable. Au lieu de la consolider, la justification par le biais du syllogisme judiciaire produit l'effet contraire : elle met en lumière

les failles du raisonnement. Elle constitue même, nous semble-t-il, un argument supplémentaire en faveur de l'impossibilité de confondre le « fond de l'affaire » et le « fait »⁸⁶³.

Une critique similaire peut être formulée à l'encontre de la justification par le syllogisme judiciaire de l'utilisation de la distinction du fait et du droit dans l'office du juge.

B – Une utilisation politique dans la délimitation de l'office du juge

277. Une partie de la doctrine déduit de l'apparente correspondance entre le syllogisme et la distinction du fait et du droit, et donc de ce que la décision judiciaire mettrait en œuvre cette distinction, la répartition des tâches qu'il convient d'adopter entre les parties et le juge. Pourtant, il nous semble que le lien logique entre les deux affirmations ne puisse être démontré. En toute logique, rien ne permet de déduire de ce constat la *nécessité* d'adopter la distinction. Il semble que seule une volonté politique ait pu influencer l'adoption de cette solution.

C'est pourquoi nous nous permettons de contester toute réalité au fondement logique de la distinction (1) et d'affirmer que le choix de la distinction du fait et du droit comme critère de répartition des rôles est certainement politique (2).

1 - Inexistence du fondement logique

278. Le fondement logique de l'utilisation de la distinction du fait et du droit est, selon nous, introuvable. D'abord, parce que le syllogisme ne reflète ni le raisonnement judiciaire, ni la décision judiciaire, ni la distinction du fait et du droit. Ensuite, parce que même si le syllogisme judiciaire contenait la distinction cela n'impliquerait rien quant à l'utilisation procédurale de la distinction du fait et du droit. Ce lien demeure indémontrable par la logique ce dont Motulsky avait certainement conscience puisque, semble-t-il, il ne l'a jamais mis en avant contrairement à ce que l'on pourrait croire.

279. Impossibilité d'établir un lien logique. La doctrine en s'appuyant sur les travaux de Motulsky, instigateur de l'adoption de la distinction du fait et du droit dans la délimitation de

⁸⁶³ Sur ce point v. *supra* n°197 et s.

l'office du juge, évoque le fondement logique de ladite distinction. Quelle que soit l'opinion des auteurs sur ce critère⁸⁶⁴, ils semblent qu'ils établissent un lien entre distinction, syllogisme judiciaire et décision de justice. A partir de là, ils *paraissent* déduire que la distinction du fait et du droit est le critère qu'il convient d'utiliser. Le juge énonce la règle de droit, les parties apportent les faits et des deux éléments ainsi constituées le magistrat n'a plus qu'à déduire la solution juridique.

Cette explication est tentante et apparaît presque comme une évidence. Pourtant, tout comme dans le domaine de la cassation, rien ne permet de déduire de ce que la décision est porteuse de la distinction que celle-ci doit servir de guide à l'office du juge. Il serait tout aussi possible d'y voir, comme les révolutionnaires, deux prémisses constituant des données, la majeure étant dictée par la loi, pour le juge qui ne fait qu'en tirer des conclusions. Par ce raisonnement, on pourrait tout aussi bien justifier une des deux autres conceptions s'opposant à celle de Motulsky dans le débat sur la cause, débat à l'origine de l'introduction de la distinction du fait et du droit. Ainsi, le président Jean-Paul Gilli aurait pu utiliser le syllogisme pour défendre sa conception. Dans sa thèse, puisqu'il souhaitait voir dans la cause les faits et l'énoncé de la règle de droit⁸⁶⁵, défendant par là une conception restrictive de l'office du juge, il suffisait qu'il invoque la structure de la décision judiciaire et donne aux parties la constitution des prémisses et au juge l'énoncé de la conclusion. Le fait et le droit aux parties, la solution au juge, tel est l'adage qui aurait pu tout aussi bien être tiré à partir du syllogisme judiciaire.

De même, Hébraud puisqu'il concevait la cause comme un fait qualifié, obligeant les parties à effectuer l'opération de qualification et la soustrayant par voie de conséquence au pouvoir du juge⁸⁶⁶, aurait également pu invoquer le syllogisme judiciaire et surtout l'erreur qui consiste à ne voir dans la mineure que du fait. Il pouvait ainsi affirmer que l'établissement de la mineure contenant le fait qualifié devait être dévolu aux parties, le juge ayant en charge l'énoncé de la majeure et la conclusion à tirer des prémisses.

280. Absence de revendication de ce lien chez Motulsky. Chacun des tenants d'une conception de la cause, et de l'office du juge qui en découle, aurait pu mettre en avant le

⁸⁶⁴ V. notamment MARTIN (R.), « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP*, 1974, I 2625, n°35. V. par ex. de manière plus indirecte et plus favorable au critère v. Perdriau selon lequel « Le deuxième terme du syllogisme, relatif au « droit », relève donc principalement du tribunal, tandis que le premier, relatif aux « faits » et à leurs « preuves », ne dépend aucunement de lui, si ce n'est quant à leur appréciation », PERDRIAU (A.), « Les écritures des procès civils au regard de la Cour de cassation », *JCP G.*, 2 janv. 1991, I, p.3479, n°35

⁸⁶⁵ GILLI (J.-P.), *La cause juridique de la demande en justice...*, *op. cit.*, spec. pp. 76 et s.

⁸⁶⁶ HEBRAUD (P.), *RTD civ.*, 1960, p.709.

sylogisme judiciaire comme argument mais aucun, apparemment, ne l'a fait. Motulsky pas plus qu'un autre.

Une partie de la doctrine voit dans les travaux de Motulsky une justification de la distinction du fait et du droit par le syllogisme judiciaire. C'est le cas, par exemple, du professeur Ferrand⁸⁶⁷ qui perçoit dans les écrits de l'auteur une « construction de l'office du juge telle que fondée sur la distinction centrale du fait et du droit, sur le mécanisme du syllogisme judiciaire » ou encore qui affirme que « La distinction du fait et du droit, mise en œuvre par le syllogisme judiciaire, confère selon Motulsky au juge le devoir (et non la simple faculté) de rechercher la norme juridique applicable »⁸⁶⁸.

Or, à y regarder avec beaucoup d'attention, on ne trouve pas ce type d'affirmation dans les écrits de Motulsky. Au contraire, il semble persuadé de ce que le syllogisme judiciaire ne porte pas la distinction du fait et du droit puisqu'il présente la mineure comme la comparaison entre le cas particulier et la présupposition. D'après lui, en effet, elle n'est rien d'autre que la qualification puisqu'il affirme que « dans le jugement qu'est la mineure, le « cas particulier » doit figurer comme sujet, tandis que l'« attribut » doit être représenté par la présupposition de la règle qui sert de majeure »⁸⁶⁹. De même, selon lui, nombre des étapes du raisonnement judiciaire se trouvent hors du syllogisme. Si « tout ce qui est : énoncé, analyse et interprétation de la règle de Droit est, sans aucun doute, matière de Droit ; tout ce qui est reconnaissance des faits constants ou vérifiés après contestation est, tout aussi évidemment, du domaine du fait », seul l'énoncé de la règle de droit « fait figure de majeure »⁸⁷⁰. De plus, reconnaissance et vérification des faits sont pour lui des étapes de la démarche du juge.

281. *C'est ainsi que, contrairement à une idée très répandue, nous ne percevons pas dans les travaux de Motulsky l'affirmation selon laquelle la majeure est le droit et la mineure correspond aux faits.* Ne reconnaissant pas ces correspondances, il ne peut en déduire, contrairement à ce que l'on peut souvent lire, la répartition des rôles en fonction de la distinction du fait et du droit.

En toute logique, rien ne permet donc d'affirmer que la frontière entre le rôle du juge et celui des parties doit correspondre à celle entre la majeure et la mineure et donc à celle entre

⁸⁶⁷ V. également BOLZE (A.), « Le délibéré ou les mystères de la fabrication du droit », *op. cit., ibid.*

⁸⁶⁸ Cependant, aucune de ces deux affirmations ne s'accompagne d'une note se référant expressément aux écrits de Motulsky. Cf. FERRAND (Fr.), « L'influence de la procédure... », *op. cit.*, n°23, p.44 et n°15, p.41.

⁸⁶⁹ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique...*, *op. cit.*, p.165, n°144.

⁸⁷⁰ *Ibid.*

le fait et le droit. En revanche, un autre argument pourrait conduire à soutenir la thèse de cette correspondance mais il se fonde davantage sur une conception politique de l'office du juge que sur de la logique pure.

2 - L'existence d'un fondement politique

282. Plusieurs conceptions de l'office du juge se sont affrontées avant l'avènement du nouveau code de procédure civile et la conception motulskienne l'a emporté. La doctrine a loué ce choix au regard notamment du lien logique qu'elle s'est figuré entre la structure de la décision de justice et l'utilisation qui doit en être faite mais nous venons de voir que Motulsky lui-même n'avait pas imaginé un tel lien dans ses écrits. Certes, il décrit et « réhabilite » le syllogisme judiciaire dans sa thèse, mais il ne l'utilise pas pour lier la distinction du fait et du droit et la délimitation de l'office du juge.

Le raisonnement retenu par Motulsky afin de justifier l'application de la distinction dans la répartition des rôles ne repose pas sur des syllogismes mais sur la combinaison d'adages et de solutions jurisprudentielles. La jurisprudence n'est que d'un faible secours à son raisonnement puisqu'elle est en grande partie à l'origine de la controverse sur la cause. Quant aux adages qui résumeraient exactement l'office du juge, « *Secundum allegata et probata iudex judicare debet* »⁸⁷¹, « *Da mihi factum, dabo tibi jus* »⁸⁷², « *Jura novit curia* »⁸⁷³, « *Audiat et altera pars* »⁸⁷⁴, il faut reconnaître qu'ils n'appartiennent pas tous au paysage procédural français de l'époque⁸⁷⁵. Son raisonnement peut s'en trouver d'emblée affaibli.

283. Le point de départ du raisonnement motulskien justifiant l'introduction de la distinction du fait et du droit est toujours la neutralité du juge dont le principal trait réside dans le principe dispositif⁸⁷⁶. Ainsi dans l'« enchevêtrement des divers principes directeurs de l'office du juge », il choisit de mettre en avant le principe dispositif qui « consiste à interdire au juge de «

⁸⁷¹ « Le juge doit statuer selon les allégations et les preuves des parties », ROLAND (H.) et BOYER (H.), *Adages du droit français*, Litec, 3^e ed. 1992, n°176, p.357.

⁸⁷² « Donne-moi le fait, je te donnerai le droit », ROLAND (H.) et BOYER (H.), *Adages du droit français*, Litec, 3^e ed. 1992, n°71, pp.139-142.

⁸⁷³ « La Cour connaît le droit », *Adages du droit français*, op. cit., n°179, pp.369-373.

⁸⁷⁴ Que l'on trouve également sous la forme « *audi alteram partem* », les deux ayant pour signification « entend l'autre partie », *Adages du droit français*, op. cit., n°25 et 26, pp.38-41.

⁸⁷⁵ PENNEC (L.), *L'adage jura novit curia...*, th. précit., n°368, p.348.

⁸⁷⁶ MOTULSKY (H.), « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in *Ecrits...*, p.39. ; « La cause de la demande... », op. cit., p.104. ; « L'office du juge et la loi étrangère », op. cit., pp.340-341 ; « Prolégomènes... », op. cit., p.290.

modifier l'objet ou la cause de la demande » et à l'obliger, en revanche, à « statuer dans les limites fixées par les conclusions des parties »⁸⁷⁷. Reste donc à l'auteur à définir les limites du pouvoir du juge, c'est-à-dire la notion de cause. Il reconnaît alors la nécessité de « l'intervention des autres principes régissant l'office du juge et notamment de celui qui consacre l'antithèse fondamentale entre le droit et le fait » dont le « terrain d'élection est la procédure de cassation » car « l'opposition est nette et totale en tant que l'office du juge est en jeu » puisque « la vocation de ce dernier est de dire le droit, et de le dire *proprio motu*, sans avoir à attendre l'initiative des parties »⁸⁷⁸.

Ainsi, comme la fonction du juge, fondée sur l'article 4 C.c.⁸⁷⁹, le conduit à être « maître du droit », il ne peut être limité que dans le domaine factuel et, par conséquent, la cause n'est constituée que d'un complexe de faits. C'est la nature de la fonction juridictionnelle qui justifie l'intervention de la distinction du fait et du droit comme guide de répartition. Ce raisonnement est donc fondé sur une conception de l'office du juge et ne peut constituer autre chose, à notre sens, qu'un argument politique. Cela est d'autant plus facile à admettre lorsque l'on se rappelle que l'article 4 C.c. concerne *les rapports du juge et du législateur* et non *celui du magistrat avec les parties* : il oblige le juge à dire le droit, certes, mais dans le silence de la loi et non dans celui des parties. Il ne saurait être un argument légal des contours de l'office du juge.

284. Partant donc d'une conception politique de l'office du juge, ce raisonnement a été quelque peu laissé de côté par la doctrine qui, peut-être pour des raisons tenant à une certaine quête de scientificité, a préféré retenir le fondement syllogistique qui ne semble pourtant pas avoir jamais été expressément formulé par l'auteur. Pourtant, l'argument logique, nous espérons l'avoir démontré, est très insuffisant et manque de consistance. Dès lors, utilisation de la distinction dépend tout autant d'un choix politique et il faut admettre avec le professeur Croze que « le paradigme de la distinction du fait et du droit qui, sous l'influence de Motulsky, a inspiré le nouveau Code de procédure civile, a une valeur explicative et pédagogique considérable pour comprendre le mécanisme de la réalisation du droit privé à travers le procès civil. Mais il a aussi une fonction idéologique en ce sens qu'il est indissociable *d'un parti pris*⁸⁸⁰ sur les rôles respectifs des parties et du juge dans la justice civile. En d'autres termes, il ne sert

⁸⁷⁷ MOTULSKY (H.), « L'office du juge et la loi étrangère », *op. cit.*, pp.340-341.

⁸⁷⁸ *Ibid.*

⁸⁷⁹ Art. 4 C.c. : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

⁸⁸⁰ Souligné par nos soins.

à rien de distinguer (difficilement d'ailleurs) entre éléments de droit et de fait de la matière litigieuse si ce n'est pas pour distribuer les uns et les autres entre les différents acteurs du procès »⁸⁸¹.

285. Nous concluons par les mots du même auteur : « *Da mihi factum, tibi dabo jus* », donc. La formule est rationnelle, mais la répartition résulte d'un véritable choix de politique juridique qui induit une conception particulière de l'office du juge civil »⁸⁸². Pour Motulsky, le juge devait-être bien plus qu'un simple arbitre. Cette conception n'a rien de critiquable, mais la doctrine a préféré justifier ce choix fondé sur la politique procédurale par un fondement logique qui n'est pas viable.

Que le choix d'un critère se fonde sur une vision de la politique procédurale, sur une conception politique de l'office du juge, n'a rien de dérangeant en soi. La difficulté survient quand ce critère tend à se dissimuler derrière un autre, ici la distinction du fait et du droit, lequel ne trouve pas par la suite de fondement normatif et ainsi privé de tout fondement, continue cependant à faire autorité.

⁸⁸¹ CROZE (H.), « Le juge doit-il dire le droit », *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural au légalisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, n°10, p.228.

⁸⁸² CROZE (H.), « Le juge doit-il dire le droit », *op. cit.*, n°10, p.229.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2.

286. Il était attrayant d'admettre que la *décision judiciaire* est un *syllogisme judiciaire*, que ce syllogisme reflète la *distinction du fait et du droit* et d'en conclure, avec une partie de la doctrine, que la décision reflète la distinction et que dès lors la distinction a sa place et son utilité en droit judiciaire privé. Ce raisonnement semble communément admis même si parfois ce n'est qu'implicitement.

Pourtant, distinction du fait et du droit, décision judiciaire et syllogisme ne sauraient se confondre. La décision judiciaire est un syllogisme judiciaire, comme ceci est traditionnellement affirmé, mais pas seulement. Elle est bien plus que cela faisant appel à d'autres formes de raisonnement que cette figure logique. Quant au syllogisme judiciaire, il ne reflète la distinction qu'au prix d'une erreur. Ainsi, il n'existe pas d'argument logique permettant d'affirmer que la distinction correspond à la structure de la décision judiciaire.

Quand bien même un tel raisonnement serait vérifiable et une telle conclusion justifiée, on ne saurait en déduire le caractère impératif qu'il y a à utiliser la distinction du fait et du droit dans le domaine de l'office du juge ou celui de la cassation. La justification de l'utilisation de la distinction en droit judiciaire privé ne peut être que politique, sans que cela soit critiquable.

Une nouvelle fois, un fondement de l'usage procédural de la distinction, parce qu'il est incohérent, autrement dit qu'il manque de lien logique⁸⁸³, se révèle inexistant.

⁸⁸³ Selon la définition du *Tlfi*.

CONCLUSION DU TITRE 2 DE LA PARTIE 1.

287. C'est en vain que l'on a cherché des fondements textuels, des justifications normatives, à l'utilisation de la distinction du fait et du droit. Aucun texte ne la prône, aucune loi n'en fait un principe ou un critère procédural. Elle demeure introuvable dans les Code de procédure civile et d'organisation judiciaire et n'apparaît guère plus dans les décisions jurisprudentielles.

D'abord, dans le domaine de la cassation, l'interdiction de connaître du fond des affaires ne correspond pas à celle de connaître du fait ou des questions de fait.

Ensuite, dans le cadre de détermination du rôle du juge du fond, le plan du Code de procédure civile ne la fait apparaître que de manière évasive.

Enfin, tous les éléments du procès qui semblent manifester la présence de la distinction du fait et du droit ne créent qu'une illusion. Les moyens qualifiés « de fait », « de droit », de « mélange de fait et de droit » ou de « pur droit », ne sont pas classés selon une frontière entre le fait et le droit mais selon les faits en question. Cette délimitation n'est d'ailleurs pas la même selon qu'il est question de la distinction devant le juge du fond ou devant la Cour de cassation.

288. Un fondement logique est alors invoqué au secours de la faiblesse du fondement textuel.

Une démonstration reposant sur la logique a permis de convaincre du bien-fondé de l'utilisation de la distinction du fait et du droit en procédure civile afin de délimiter le contrôle de cassation et surtout afin de délimiter les rôles entre les parties et le juge. A suivre cette argumentation, la décision de justice reflète la distinction du fait et du droit puisque la première est un syllogisme judiciaire qui lui-même reflète la seconde.

De même, en matière de cassation, ce syllogisme est repris afin de renforcer l'interprétation, qui nous semble contestable, donnée à « l'interdiction de connaître du fond des affaires ».

Or ce fondement par le syllogisme de l'utilisation de la distinction est insuffisant. Le syllogisme judiciaire ne reflète pas plus la décision judiciaire que la distinction du fait et du

droit. La décision judiciaire est au-delà du syllogisme. Les prémisses du syllogisme ne porte pas symétriquement le droit et le fait. Puisque le syllogisme judiciaire, ne porte pas la distinction il ne peut la conforter ni convaincre de l'utiliser que ce soit pour délimiter l'office du juge que pour limiter le contrôle de cassation. Quand bien même, le syllogisme judiciaire permettrait de confondre décision de justice et distinction du fait et du droit cela n'impliquerait rien quant à l'utilisation qu'il convient d'en faire. Il apparaît difficile de déduire d'une telle solution, même si elle était juste, que le droit appartient au juge du fond ou que la majeure est la seule que doit contrôler le juge de cassation.

L'utilisation de la distinction du fait et du droit ne s'impose pas par la logique mais découle de choix peut-être plus politiques que l'on a tenté d'affermir par la logique.

Il n'est donc pas fondé d'utiliser la distinction du fait et du droit dans les domaines où elle sert pourtant de fondement.

CONCLUSION DE LA 1^{ÈRE} PARTIE.

289. Contrairement à l'image qu'elle reflète, la distinction du fait et du droit est loin d'être évidente. S'il est incontestable qu'elle existe depuis l'époque romaine, s'il est certain qu'elle a persisté jusqu'à pénétrer le droit judiciaire privé actuel, si elle possède des qualités qui lui ont permis de franchir les frontières du droit français pour s'épanouir dans des systèmes juridiques étrangers et si l'on ne peut douter que la norme se différencie de l'événement, il faut pourtant constater qu'elle n'est pas inébranlable.

Du temps dont elle tire une grande force, elle a également acquis de nombreux caractères parfois difficilement conciliables : on la conçoit à la fois comme théorique et pragmatique ce qui n'est pas sans conséquence sur sa conception actuelle qui est mouvante.

En effet, de la théorie par laquelle la doctrine démontre sa consistance, c'est-à-dire la possibilité de distinguer le fait et le droit, la distinction acquiert son caractère inadapté à la pratique procédurale. Selon, les définitions les plus communément admises du fait (l'événement) et du droit (la norme), on admet facilement que les deux entités soient distinguables selon le critère de normativité.

Cependant, une distinction entre des éléments statiques n'a que peu d'intérêt pour la procédure civile dont l'objet est de régir un procès dynamique. Dès lors, une fois admise cette possibilité de discerner le fait du droit, il ne reste alors aux processualistes qu'à en modifier les définitions afin d'obtenir un critère utile à la procédure aux dépens cependant de la solidité de la distinction. Questions de fait et questions de droit, activités de fait et activités de droit viennent affaiblir la distinction en proposant d'autres frontières tracées selon des critères qui ne sont pas opérants. En ce domaine, la multitude ne crée pas la richesse, elle appauvrit la notion au point qu'on en vient à ne plus savoir distinguer le fait du droit.

290. Pourtant, dans l'ensemble, les fondements de la distinction du fait et du droit, ceux qui justifient son existence et sa consistance sont stables ce qui n'est pas le cas de ceux qui sont avancés afin de justifier son utilisation en droit judiciaire privé.

Certes, le Code de procédure civile et le Code de l'organisation judiciaire mentionnent certains éléments comme étant de fait et d'autres comme étant droit mais ils disposent

également sur des éléments qui ne sont ni de fait ni de droit, comme les moyens mélangés, ou sur des activités, comme la preuve et la qualification, qui sont inclassables selon la distinction. De plus, ces textes, tout comme la jurisprudence, n'indiquent pas que la distinction du fait et du droit soit le fondement de la répartition des rôles entre les parties et le juge ou celui de la délimitation de l'étendue du contrôle de cassation. Ce dernier domaine en donne l'exemple le plus marquant : il n'est nulle part mentionné que la Haute juridiction ne doit pas contrôler le fait, il est simplement écrit qu'il lui est interdit de « connaître du fond de l'affaire », or ce *fond n'est pas le fait*.

Les processualistes attachés à la distinction procédurale du fait et du droit tentent alors d'en justifier l'utilisation par la logique en essayant de démontrer par le recours au syllogisme que toute décision judiciaire peut se scinder en fait et en droit. Or cela est faux. Une fois de plus les opérations de qualification et de preuve, qui mêlent fait et droit, mettent à mal cette vision binaire. De plus, d'une telle conclusion on ne pourrait déduire la nécessité ou l'utilité d'user de la distinction du fait et du droit afin de répartir les rôles entre les parties et le juge ou de limiter le contrôle de cassation.

291. Dès lors, l'utilisation de la distinction du fait et de droit comme fondement ne peut découler que d'un choix politique qui n'aurait rien de critiquable s'il était relayé par les textes réglementant la compétence des juges. Or ce n'est pas le cas.

Pourtant, une grande majorité de la doctrine continue de prétendre que la distinction est ce fondement. Dès lors, et malgré une présence infondée en droit judiciaire privée, nous nous devons de l'envisager en tant que règle de répartition afin de montrer qu'elle n'est pas un fondement opérant en la matière.

- SECONDE PARTIE -

LA DISTINCTION DU FAIT ET DU DROIT

COMME FONDEMENT

292. La distinction du fait et du droit est fortement ancrée en procédure civile. Son caractère historique et son adoption par de nombreux pays de droit romano-germanique ou qui ont subi l'influence du système juridique français tendent à la rendre inéluctable. Pourtant, elle est dépourvue d'un caractère essentiel : elle n'est pas un fondement normatif.

Cependant, malgré l'absence de caractère impératif, elle demeure un fondement incontournable en droit judiciaire privé où elle est habituellement utilisée par la doctrine, universitaire et judiciaire⁸⁸⁴. Dès lors, et bien que nous ayons mis à jour les *faiblesses de ses fondements*, nous devons envisager la *distinction comme fondement* afin de répondre définitivement à la question que nous nous sommes initialement posée à savoir celle de son aptitude à remplir le rôle qui lui est assigné.

En effet, dans notre première partie nous avons tenter de démontrer qu'il n'existe pas réellement de justification à l'utilisation de la distinction et que son existence est précaire, ce qui permet de pressentir ses failles. Pourtant, la distinction occupe une place de choix. Dans le domaine de la cassation, elle reste mentionnée comme le fondement de l'étendue du contrôle : la Haute Cour devrait se désintéresser du fait pour ne contrôler que le droit. Dans celui de l'office du juge, domaine où elle est certainement le plus critiquée, elle est censée guider la répartition des rôles : au juge le droit, aux parties le fait.

Il convient alors de poursuivre l'étude de la distinction en recherchant si elle est réellement ce fondement avancé par le discours doctrinal, si elle offre un critère opérant en procédure et si ce critère est réellement suivi en pratique. Si ce n'est pas le cas, il conviendra alors de s'interroger sur ce que peut tout de même apporter la distinction au droit judiciaire privé. A défaut et si cela se révèle nécessaire, il sera temps d'envisager d'autres critères.

293. Cependant, il est difficile de répondre aux interrogations que nous venons de soulever en étudiant *simultanément* la distinction comme fondement de la répartition des rôles et comme fondement de la délimitation du contrôle de cassation. En effet, en cherchant à savoir

⁸⁸⁴ V. par exemple le dossier presse du rapport annuel de la Cour de cassation dans lequel il est affirmé qu'« elle ne juge pas les faits ». http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/dossier_presse_rapport2013_cc.pdf, publié le 23 mai 2014, p.2.

ce qu'était *la* distinction du fait et du droit nous avons démontré que loin d'être *unique* la distinction était *plurielle*. « La » distinction est avant tout *duelle* en ce qu'elle trace une frontière différente lors du contrôle de cassation et lors de la répartition des rôles sur les éléments du litige. Dès lors, nous préférons disjoindre l'étude de ses deux principales fonctions. Cela, comme nous le verrons, ne nous a pas empêché d'aboutir à une conclusion commune : la distinction, comme le laissait prévoir ses fragilités, est inapte à remplir chacun de ces rôles.

Ainsi, nous avons choisi d'étudier ces deux distinctions *successivement* et selon l'ordre prôné par la logique processuelle, c'est-à-dire en suivant le déroulement du procès, plutôt que selon une logique historique, c'est-à-dire en suivant l'ordre d'apparition de la distinction en droit judiciaire privé (cassation puis office du juge). Suivant cette chronologie, nous allons nous attacher à démontrer que la distinction du fait et du droit est inapte à répartir les rôles entre les parties et le juge (Titre 1) tout comme elle l'est à fonder la délimitation du contrôle de cassation (Titre 2).

TITRE 1 - LA RÉPARTITION DES RÔLES ENTRE LES PARTIES ET LE JUGE SELON LA DISTINCTION

294. La distinction du fait et du droit n'avait pas originellement vocation à régir la répartition des rôles entre les parties et le juge. Elle avait uniquement vocation à circonscrire le pouvoir de contrôle des juges de cassation. C'est sous l'influence de Motulsky qu'elle a pénétré la matière sans toutefois conserver le sens qu'elle avait acquis dans le domaine de la cassation. La distinction du fait et du droit diffère de celle des questions de fait et des questions de droit dont use la cassation.

A cet égard, rappelons que si la distinction est double à ce niveau-là, elle se démultiplie encore au sein de ces deux matières⁸⁸⁵. Dans le domaine de l'office du juge, qui nous intéresse ici, elle opère à plusieurs niveaux. Elle permet de diviser les éléments selon le fait et le droit et, à un autre degré, elle aboutit à classer les activités selon leur nature factuelle ou juridique. Enfin, le domaine du droit regroupe les activités et les éléments de droit, tandis que le domaine du fait agit de manière symétrique. Cependant, nous avons montré que si ces distinctions pouvaient être viables, elles ne l'étaient que de manière relative et ne pouvaient prétendre prendre en compte le procès dans son entier, et ce même en les cumulant. Ceci nous laisse déjà pressentir la difficulté, voire l'impossibilité, de les mettre en œuvre en tant que fondement.

D'ailleurs, actuellement, aucun texte du Code de procédure civile, pas plus que la jurisprudence, ne semble établir la répartition des rôles selon la, ou les distinctions en cause. Pourtant, selon un discours doctrinal bien établi, elle apparaît incontestablement comme un des fondements possibles, bon ou mauvais, de cette répartition. Dès lors, nous allons vérifier, si en suggérant d'attribuer le droit au juge et les faits aux parties, elle fournit véritablement le critère permettant de répartir les rôles entre les parties et le juge.

⁸⁸⁵ Cf. *supra* n°121s. et n°131s.

L'étude des textes, de la jurisprudence et de la doctrine confirme le sentiment selon lequel la distinction ne peut être le fondement de la répartition des rôles sur la matière litigieuse. Elle permet de démontrer que la distinction est un fondement inapproprié. Cette conclusion est le fruit de deux constats : la distinction est inopérante dans la répartition (chapitre 1) et la distinction est surabondante dans la répartition (chapitre 2).

CHAPITRE 1 - UNE DISTINCTION INOPÉRANTE DANS LA RÉPARTITION DES RÔLES

295. Depuis l'adoption du nouveau Code de procédure civile, la majorité de la doctrine perçoit dans la distinction du fait et du droit le fondement de la répartition des rôles entre les principaux protagonistes du procès sur la matière du litige. Alors que le C.p.c. n'affirme rien de tel, la littérature consacrée au sujet l'annonce comme ce guide et si à ce titre elle ne fait pas toujours l'unanimité, les auteurs qui la critiquent lui reconnaissent au moins des vertus pédagogiques et didactiques et n'y renoncent pas entièrement⁸⁸⁶ : l'office du juge sur la matière litigieuse paraît délimité par la frontière entre le fait et le droit.

Concrètement, et selon la distinction théorisée par Motulsky, la distinction, en tant que fondement de la répartition des rôles, divise les tâches selon qu'elles appartiennent au domaine des faits ou à celui du droit, les premières étant dévolues aux parties et les secondes au juge. Ainsi, si dans la réalité du procès civil, on constate que le rôle du juge est confiné au droit et qu'il en est de même pour celui des parties, alors il faudra conclure que les rôles sont effectivement répartis selon une frontière entre le fait et le droit.

Cependant la distribution qui apparaît dans le Code de procédure civile et dans la jurisprudence s'éloigne de cette vision symétrique et idéale et cela était d'autant plus prévisible qu'ils prennent en compte, comme nous l'avons montré⁸⁸⁷, des éléments et des activités qui n'entrent ni dans le domaine du fait ni dans celui du droit, comme la preuve et la qualification.

Si la distinction est tout de même reprise quelque peu par les textes, qui mentionnent certains éléments comme étant de fait ou de droit, la bipartition doctrinale - aux parties le fait, au juge le droit - est idéale (section 1). De ce fait, elle n'a pas pu pénétrer la réalité du procès.

⁸⁸⁶ Cf. notamment GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile...*, *op. cit.*, n°497, p.403 ; CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN (O.), *Procédure civile*, *op. cit.*, p.121.

⁸⁸⁷ Cf. *supra* n°172 (moyen mélangé), n°179 (preuve), n°180 (qualification).

Elle s'éloigne de la répartition réelle selon laquelle aux acteurs du procès appartiennent tous les éléments du procès : les faits, le droit et la preuve (section 2).

SECTION 1 - Une bipartition idéale : aux parties le fait, au juge le droit

296. La distinction du fait et du droit n'étant explicitée par aucun texte de droit positif, il est nécessaire d'exposer le contenu que lui donne la doctrine. En effet, il est indispensable de savoir comment elle est conçue en tant que fondement et comment elle est censée opérer pour distribuer les rôles afin de pouvoir la comparer avec la répartition effective que connaît le droit judiciaire privé.

Cependant, les conceptions doctrinales pouvant être diverses et les frontières entre le fait et le droit se révélant alors multiples, nous avons choisi de nous référer uniquement à la distinction originelle en ce domaine. Il s'agit de celle de Motulsky qui a œuvré pour son adoption en tant que fondement répartitif et qui, à cette occasion, a développé longuement sa conception et a formulé un grand nombre d'arguments en sa faveur.

L'éminent auteur a retenu une conception pure de la distinction, puisqu'elle est contenue dans un discours de théorie processuelle dans lequel elle demeure hors d'atteinte des réalités contingentes. Cette distinction se révèle idéale : d'abord parce qu'elle est issue d'une conception très abstraite, elle relève du domaine des idées, et ensuite parce qu'elle construit pour chacun des protagonistes du procès un domaine idéal, celui du fait ou celui du droit.

La distinction appartient à un domaine idéal (§1) qui conduit à une répartition des rôles selon des domaines idéaux (§2).

§ 1 - Le domaine idéal de la distinction

297. La distinction du fait et du droit de Motulsky relève à double titre du monde des idées. Dans un premier temps, elle est le fruit d'une conception idéale dans la mesure où elle repose sur des postulats qui ne sont vrais que dans l'ordre des idées. Dans un second temps, l'éminent juriste construit, autour d'une distinction qu'il estime parfaite entre la norme et les

événements, un fondement qu'il veut unique. La distinction doit permettre de répartir toutes les tâches entre les parties et le juge et de résoudre tous les problèmes pouvant surgir en la matière.

Pour cela il pense une distinction du fait et du droit complexe, comportant *plusieurs niveaux de compréhension*, permettant de fonder entièrement la répartition des rôles, mais qu'il énonce simplement. Or, vouloir faire de la distinction du fait et du droit un fondement global de l'office du juge est séduisant mais apparaît, selon nous, utopique. De plus, la simplicité avec laquelle il énonce ce fondement est certes emprunte de pédagogie mais ne peut se révéler qu'artificielle au vue de la complexité de la distinction telle qu'il la conçoit.

Nous allons étudier le caractère idéal de la distinction motulskienne au travers de ces deux aspects : en tant que fondement global (A) auquel est attachée une formulation artificielle (B).

A - La conception motulskienne : un fondement global

298. Le caractère global de la distinction comme fondement trouve une illustration dans la question autrefois controversée du traitement procédural de la loi étrangère (1). Apparaît alors la caractéristique la plus marquante de la conception motulskienne, celle qui permet à la distinction de devenir ce fondement global : le triple objet de la distinction (2).

1 - L'illustration de la conception motulskienne : la question de la loi étrangère

299. Deux questions controversées de l'office du juge ont permis à Motulsky d'introduire puis de développer sa conception de la distinction du fait et du droit. La première est relative à la cause⁸⁸⁸ et la seconde touche à la preuve et à l'application de la loi étrangère. Le point commun des deux controverses réside dans la difficulté qu'il y a eu à déterminer l'objet de ces activités. Allégation de la cause et activité probatoire sont sans aucun doute du ressort des parties ; pourtant dans le premier cas on doutait de l'étendue de l'allégation qui avait pourtant pour conséquence de lier le juge et dans le second on admettait difficilement qu'il faille alléguer puis prouver la loi étrangère. La controverse sur la cause a permis à Motulsky

⁸⁸⁸ La controverse sur la cause ayant déjà fait l'objet de long développement nous ne nous y attarderons pas à nouveau ici. Cf. *supra* n°59.

d'introduire la distinction et celle sur la nature de la loi étrangère, - puisqu'on en était venu à douter qu'elle fût du droit au regard du traitement procédural qui lui était réservé-, de lui donner toute son ampleur. La position de Motulsky sur le sort de la loi étrangère illustre à merveille la conception globale qu'il a de la distinction⁸⁸⁹.

300. Le raisonnement de l'auteur repose essentiellement sur sa volonté de voir le juge appliquer d'office toute règle de droit, quelle que soit son origine, du moment qu'elle est destinée à résoudre le litige. Selon lui, la loi, même étrangère, ne peut être autre chose que du droit. Le juge doit donc l'appliquer d'office si elle est désignée par une règle de conflit.

Ceci conduit à la question de la preuve de la norme étrangère. Refusant qu'elle subisse une fois encore le traitement réservé aux faits, Motulsky s'appuie sur la distinction du fait et du droit qui selon lui « apparaît plus tranchée »⁸⁹⁰ dans le domaine de la preuve.

Selon l'auteur, *le droit ne se prouve pas* puisque *jura novit curia* et donc l'activité probatoire a forcément pour objet le fait. Du principe de neutralité du juge (essentiellement dans la recherche de la preuve, donc du fait) et du principe dispositif (interdiction de modifier la cause qui est selon lui factuelle)⁸⁹¹, il déduit que le juge n'a pas de pouvoir dans le domaine factuel et qu'au vu de son office qui l'oblige envers le droit, le critère opérant pour répartir les rôles est celui de la frontière entre fait et droit.

Dès lors, l'activité probatoire, portant uniquement sur les faits, relève des parties. Il y a donc *coïncidence entre l'objet et la charge d'une activité* et cela peut s'étendre à toutes les activités du procès. La distinction du fait et du droit en tant que fondement prend son essor et ne domine plus seulement l'objet de la preuve mais tous les objets et charges des activités nécessaires à la résolution du litige.

Notons que ce raisonnement paraît critiquable quant à la conclusion que Motulsky en tire. S'il refuse d'admettre une quelconque preuve du droit, il reconnaît qu'une règle de droit étrangère *doit voir son contenu établi* puisque le juge n'est pas censé la connaître. Refusant d'y voir une activité probatoire, il considère qu'il s'agit d'une activité portant sur un élément de droit et qu'ainsi elle ne peut appartenir qu'au juge.

⁸⁸⁹ MOTULSKY (H.), « L'office du juge et la loi étrangère », *op. cit.*, pp.337-375.

⁸⁹⁰ MOTULSKY (H.), « L'office du juge et la loi étrangère », *op. cit.*, p.352.

⁸⁹¹ Principe selon lequel le procès, et donc la matière litigieuse, est la chose des parties et , *cf. infra* n°370 et s.

2 - *La description de la conception motulskienne : le triple objet de la distinction*

301. La distinction du fait et du droit selon Motulsky repose sur plusieurs postulats dépendant les uns des autres. Elle implique tout d'abord que les *éléments* du procès aient tous une nature soit juridique soit factuelle. Elle suppose ensuite que chaque *activité* du procès ait pour objet soit des événements soit des normes afin que chacune puisse à son tour être classée dans le *domaine* du fait ou dans celui du droit. Il ne reste plus alors qu'à attribuer les rôles selon une symétrie qui se veut parfaite : aux parties le fait, au juge le droit.

Motulsky opère ainsi, selon nous, une *répartition des activités* selon la distinction *des éléments de fait et de droit* puis une *distribution des rôles* en fonction de la distinction *des activités de fait et de droit* avant de *déterminer l'intensité des rôles* au regard de la distinction *des domaines de fait et de droit*.

302. Répartition des activités selon la distinction des éléments de fait et de droit. La détermination de l'objet de l'activité probatoire est le rôle originel de la distinction procédurale française⁸⁹². Ce faisant, elle était un critère utile mais extrêmement limité. Motulsky lui a donné plus d'ampleur en proposant d'étendre son rôle. Concevant le procès comme la réunion d'éléments factuels et juridiques, il laisse entendre que chaque activité a pour objet les uns *ou* les autres. En effet, certaines activités permettent d'« édifier le complexe de faits »⁸⁹³ tandis que d'autres ont pour objet d'appliquer le droit à cet édifice. Les premières portent sur le fait, les secondes sur le droit.

Déterminer l'objet d'une activité permet à Motulsky de classer les activités de part et d'autre de la frontière qu'il trace entre le fait et le droit. Les activités qui concernent l'élaboration de « l'édifice de fait »⁸⁹⁴ sont factuelles tandis que celles qui ont trait à l'application du droit sont juridiques. Ainsi, l'allégation et la preuve qui ont exclusivement pour objet le fait sont des opérations de fait tandis que le choix de la règle de droit, son interprétation et la déduction de ses conséquences légales sont éminemment normatives. La qualification, qui consiste en une comparaison entre les faits et la norme, a été classée très aisément du côté du droit par Motulsky qui estime certainement que bien qu'ayant pour objet les deux éléments, elle relève de l'application du droit aux faits.

⁸⁹² Cf. *supra* n°37.

⁸⁹³ Selon l'expression utilisée par Motulsky. V. par ex. MOTULSKY (H.), « La cause de la demande... », *op. cit.*, p.104 ; « L'office du juge et la loi étrangère », *op. cit.*, p.343.

⁸⁹⁴ Toujours selon l'expression de Motulsky, v. par ex. MOTULSKY (H.), « L'évolution récente... », *op. cit.*, p.101.

A partir de division des activités, Motulsky va procéder à la répartition des rôles entre les parties et le juge.

303. Distribution des rôles selon la distinction des activités de fait et de droit. La distinction a pour objet premier la détermination de la nature de l'élément sur lequel porte chaque activité du procès. Le deuxième objet que lui attribue Motulsky est la répartition des tâches entre les protagonistes du procès civil. Aux parties incombent les activités sur les faits, au juge celles sur le droit. Les parties choisissent les faits et les allèguent puis les prouvent, le juge leur donne une qualification et leur applique la règle de droit adéquate afin d'en faire jouer l'effet juridique. Inversement, les parties n'ont pas à avancer le droit et le juge n'a pas à rechercher les faits.

Comme a pu le relever Jacques Héron, la distinction du fait et du droit serait porteuse d'une « attribution symétrique »⁸⁹⁵.

Toutefois, tous les problèmes concernant la matière n'étant pas résolus, un troisième objectif est confié à la distinction celui de déterminer l'intensité des rôles de chacun : interdiction, faculté ou pouvoir.

304. Détermination de l'intensité des rôles selon la distinction des domaines de fait et de droit. La distinction du fait et du droit a permis de déterminer l'objet de chaque activité afin de pouvoir en attribuer le rôle aux parties ou au juge. Cependant la question de l'intensité de la charge qui pèse sur chacun demeure. Le juge doit-il ou a-t-il la simple faculté de qualifier, de requalifier et de relever un moyen de droit?

Afin de déterminer le poids qui s'attache à chaque activité, Motulsky a une nouvelle fois fait appel à la distinction du fait et du droit. Les activités de fait et les éléments de fait sur lesquels elles portent, constituent le domaine factuel. De manière symétrique, les normes et les opérations les mettant en œuvre forment le domaine du droit. Il attribue le premier champ à la compétence des parties et le second au juge, chacun détenant un apanage⁸⁹⁶. Il semble alors qu'il en découle pour chacun les pouvoirs d'un propriétaire : liberté et obligations en son domaine.

⁸⁹⁵ LE BARS (Th.) ET HERON (J.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 1^{ère} ed. 1991, n°226, p.167, propos repris dans la 5^e ed., 2012, n°279, p.227.

⁸⁹⁶ Pour une illustration de l'usage de cette métaphore v. par ex. MOTULSKY (H.), « Prolégomènes... », *op. cit.*, p.294. Egalement, sur l'utilisation récurrente de l'expression apanage du droit v. *Ecrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p.42 ; « L'office du juge et la loi étrangère », *op. cit.*, p.339 ; « L'évolution récente... », *op. cit.*, n°14 p.134 ; « Prolégomènes... », *op. cit.*, p. 294 et p.302 ; *Droit processuel, op. cit.*, p.198.

Cependant, avant même de s'interroger sur la répartition des rôles telle qu'elle est envisagée dans le Code de procédure civile, nous allons constater que la proposition de Motulsky est porteuse de failles qui empêchent cette distribution symétrique des tâches.

B - La formulation artificielle : une répartition symétrique

305. La formulation courante de la distinction, « les parties ont la maîtrise du fait, le droit est l'apanage du juge »⁸⁹⁷ est artificielle pour deux raisons. D'abord parce qu'elle simplifie à l'extrême une distinction complexe qui comporte en réalité trois niveaux, et qui à chacun de ces niveaux comporte une faille. Ensuite, parce qu'elle laisse penser à une attribution symétrique qui n'a jamais existé dans la pensée de son auteur.

Cette formulation lapidaire masque la fragilité du fondement (1) et la formule symétrique dissimule une attribution dissymétrique (2).

1 - La formulation lapidaire d'un fondement lacunaire

306. Cette formulation concise et péremptoire de la distinction en dissimule la complexité pour la rendre évidente. Pourtant, afin d'aboutir à un fondement apparemment opérant, Motulsky a dû faire appel à trois distinctions qui se révèlent en définitive insuffisantes.

307. Nécessité de trois distinctions. La formulation de la distinction par Motulsky et la formule simplifiée que lui a par la suite conférée la doctrine, « aux parties le fait, au juge le droit »⁸⁹⁸, en fait un critère évident, simple et clair. Or la conception motulskienne de cette distinction est en réalité complexe : *en déterminant trois objets l'auteur crée une triple distinction. Ce fondement en apparence global et suffisant recouvre en réalité trois distinctions qui, telles des poupées russes, se contiennent les unes les autres : celle des activités contient celle des éléments tandis que celle des domaines englobe les précédentes.*

⁸⁹⁷ « Le principe dispositif – maîtrise des parties – est limité au fait, le droit est l'apanage du juge », MOTULSKY (H.), *Droit processuel*, op. cit., p.199.

⁸⁹⁸ HERON (J.) ET LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°279, p.227. Cette formule souvent attribuée à Motulsky ne semble pourtant n'avoir jamais été utilisée par l'auteur dans ses écrits.

L'usage de la distinction aux trois visages est nécessaire à Motulsky à double titre. D'abord parce qu'elle tend à répondre à tous les problèmes qui peuvent surgir dans la répartition des rôles sur la matière litigieuse. Séparément, chacune est insuffisante. Ensuite, parce que chaque distinction, dissimule les failles de la précédente en la justifiant. Ainsi, lorsque l'auteur souhaite déterminer à qui, des parties ou du juge, il appartient d'accomplir telle activité, il se fondera sur l'objet de l'activité et inversement s'il souhaite connaître l'objet d'une activité, comme ce fut le cas lors de la controverse sur la cause⁸⁹⁹, il se fondera sur l'identité du protagoniste en charge de l'opération. *Les distinctions se complètent et s'auto-justifient.*

308. Insuffisances de trois distinctions. Cependant, même en se parachevant, les trois distinctions demeurent insuffisantes à remplir le rôle qui leur est assigné car chacune comporte une faille.

Le premier écueil se trouve dans *la distinction des éléments* de droit et de fait. Si nous ne remettons pas en cause cette distinction, puisqu'elle est selon nous la seule viable⁹⁰⁰, nous pensons qu'il convient d'en limiter la portée car dans le procès les éléments ne peuvent pas être que factuels ou juridiques. A cet égard, nous avons déjà relevé que certains éléments dynamiques du procès, tel les moyens, sont constitués de fait et de droit⁹⁰¹.

La distinction des activités est tout aussi contestable. Certaines activités mêlent nécessairement fait et droit, ce qui interdit de les classer selon la frontière en cause, sauf à affirmer de façon impérieuse, comme cela a pu être le cas pour la qualification, qu'il « s'agit d'activités dont le caractère juridique est indéniable »⁹⁰². Quant à l'activité probatoire, on oublie souvent⁹⁰³ qu'un fait est prouvé parce que le juge en a décidé ainsi au vu des règles de preuve. De plus, la preuve, comme l'allégation, peuvent avoir pour objet le fait, mais aussi le droit, voire une qualification. Il est donc impossible de les classer dans la catégorie factuelle ou juridique selon leur objet.

La distinction des domaines est construite sur ces failles. Dès lors, elle ne peut contenir tous les éléments du procès et voit certaines de ses activités classées de manière quelque peu

⁸⁹⁹ Cf. *supra* n°59.

⁹⁰⁰ Cf. *supra* n°95 s.

⁹⁰¹ V. *supra* n°172.

⁹⁰² MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique...*, *op. cit.*, p.156.

⁹⁰³ C'est pourquoi nombre d'auteurs considèrent que les règles régissant la preuve portent atteinte à la distinction du fait et du droit parce que la preuve porte sur les faits et devrait être réservé aux parties. Cf. par ex. CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN (O.) *Procédure civile*, *op. cit.*, p.148 ; VERGES (E.), *Procédure civile*, PUG, 2007.

discrétionnaire⁹⁰⁴. Par conséquent, les réponses qu'elle apporte quant à la répartition des rôles ne sont ni certaines ni convaincantes.

Pour toutes ces raisons, la scission du procès en deux domaines reste idéale et ne peut se concrétiser. Or, sur ces fondements traversés de failles, Motulsky postule une attribution des rôles qui avant d'être exposée, et bien que séduisante, apparaît déjà irréalisable. Répétons-le, la preuve est légale et nécessite l'appréciation du juge alors que la qualification l'entraîne sur le domaine des faits.

2 - La formulation symétrique d'une attribution dissymétrique

309. Motulsky n'a jamais établi de cloisonnement étanche entre le fait et le droit et dans la répartition des rôles qui s'en suit, il a simplement conféré à chaque protagoniste un domaine de prédilection. Le monopole que certains lui reprochent d'avoir souhaité ne découle que de l'image à laquelle renvoie la formule « apanage du juge »⁹⁰⁵.

Selon l'auteur, le juge dispose du droit et les parties des faits. Cependant, s'il affirme l'interdiction pour le juge d'apporter lui-même des faits, il ne conçoit pas d'interdiction pour les parties de proposer du droit. La symétrie est loin d'être totale : la faculté des parties dans le droit et la liberté qu'ils ont de choisir leurs faits ont pour corollaire l'obligation du juge d'appliquer le droit et l'interdiction qui lui est faite d'introduire des faits. La conception motulskienne semble reposer davantage sur la différence entre *l'autonomie des parties*, qu'elles se meuvent dans le droit ou dans le fait, et les *contraintes qui pèsent sur le juge* dans ces deux domaines que sur la *maîtrise* de son domaine par chacun d'eux.

Certes, sur les parties repose la charge de l'allégation et de la preuve mais c'est leur choix de préférer perdre le procès que de révéler certains faits. Quant au juge, il est là pour exercer son office, lequel est naturellement fait de devoirs. Ainsi chez Motulsky, *la distinction du fait et du droit se révèle dans la forme du concept*, qui se présente comme symétrique, *et non dans son contenu* qui ne l'est pas. Il n'est donc pas surprenant de ne pas retrouver trace dans les textes d'une distinction du fait et du droit, même dénuée de rigidité.

⁹⁰⁴ Dès lors, ce n'est pas un classement au sens propre du terme puisque celui-ci suppose des classes disjointes et exhaustives, cf. MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *Le raisonnement juridique*, op. cit., p.29.

⁹⁰⁵ Cf. notamment le rapport de M. le conseiller rapporteur Loriferne et l'avis de M. de Gouttes, premier avocat général, à propos de l'arrêt de l'Ass. plén. 21 dec. 2007, n°06-11.343, *BICC*, 15 avr. 2008, n°680 et http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/loriferne_conseiller_11071.html.

§2 - Les domaines idéaux des parties et du juge

310. Après avoir exposé la conception de la distinction du fait et du droit et après en avoir tracé les contours, il nous reste à en étudier le contenu, autrement-dit les règles qui en découlent. Ces règles ont pour objet d'attribuer à chacun, parties et juge, le rôle qui lui revient dans le procès civil.

Pour cela, la distinction motulskienne délimite deux domaines, l'un factuel et l'autre juridique, qui se répartissent idéalement entre les parties et le juge : le fait est le domaine des parties (A) et le droit celui du juge (B).

A - Le fait, domaine des parties

311. Du principe dispositif, première branche⁹⁰⁶ de la distinction du fait et du droit qui confère aux parties la maîtrise de la matière du procès, Motulsky déduit que le fait est le domaine des parties. Il en tire pour conséquences la maîtrise des parties sur les faits (1) et le caractère interdit du domaine factuel pour le juge (2).

1 - Les faits, domaine maîtrisé par les parties

312. Selon la distinction du fait et du droit, les parties ont un domaine réservé, celui des faits. En tant que « propriétaires » selon la distinction motulskienne, elles ont des droits et des charges sur les éléments factuels (« objet du litige » et « faits » au sens strict) comme le reconnaît le droit positif.

313. Liberté des parties quant aux faits. Selon la distinction du fait et du droit, les parties, puisqu'elles ont la maîtrise des faits, déterminent librement l'objet du litige, c'est-à-dire le résultat économique qu'elles souhaitent obtenir, ainsi que les faits qui viennent appuyer cette prétention. Elles apportent les faits au débat selon leur propre volonté et non sous la contrainte d'un juge comme cela est le cas dans un procès pénal. Seuls les circonstances et événements qu'elles souhaitent faire connaître au magistrat entrent dans le débat. C'est une des persistances du caractère accusatoire du procès civil⁹⁰⁷, qui s'est peu à peu estompé, et plus spécialement de

⁹⁰⁶ La seconde branche de la distinction se retrouve dans l'adage « *jura novit curia* ».

⁹⁰⁷ *Contra v. JEULAND (E.), Droit processuel, op. cit., n°253, p.261.*

la faculté qui en découle pour les parties d'introduire l'instance. Dès lors, « libres de saisir le juge, les parties sont libres de lui donner l'objet qu'elles définissent conjointement. Elles *disposent* de l'objet du litige »⁹⁰⁸.

Le droit positif ne s'en éloigne pas en reconnaissant par le biais de l'art. 4 al.1 C.p.c. que « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties » et dans l'art. 6 C.p.c. que ce sont elles qui allèguent les faits.

Par la détermination de l'objet du litige et l'allégation de faits, les parties fixent le cadre du litige qui constituera une limite immuable pour le juge. Elles seules pourront le modifier notamment par des demandes incidentes⁹⁰⁹. De ce libre choix des faits, on peut effectivement déduire que les parties ont une certaine maîtrise sur les faits. Cependant cette prérogative s'accompagne de contraintes.

314. Charge des parties sur les faits. « Propriétaires » du fait, les parties doivent supporter les charges qui s'attachent à leur domaine. Elles n'ont pas seulement la liberté d'établir le cadre du litige, elles en ont l'obligation et ne peuvent se contenter de l'esquisser. Il est d'abord évident qu'elles doivent formuler ce qu'elles souhaitent obtenir du juge, sinon le litige serait sans objet. Surtout, les deux charges processuelles qui pèsent sur elles sont celles de l'allégation et de la preuve des faits. Motulsky relevait que la partie qui succombe est celle qui faillit à une de ces tâches⁹¹⁰.

A cet égard non plus les textes du Code de procédure ne diffèrent pas de la distinction motulskienne. L'art. 6 C.p.c. dispose qu'« à l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder ». Elles doivent soutenir l'objet du litige par le récit de circonstances factuelles et, afin d'assurer le succès de leur demande, ces faits doivent de préférence être pertinents ou concluants. Motulsky les nommait « éléments générateurs » car ils sont propres à déclencher l'effet juridique recherché⁹¹¹. A défaut les faits avancés sont simplement « inopérants »⁹¹².

⁹⁰⁸ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), *Procédure civile, op. cit.*, n°471, p.384.

⁹⁰⁹ A condition que ces demandes incidentes est un lien suffisant avec les prétentions initiales selon l'art. 4 al.2 C.p.c.

⁹¹⁰ MOTULSKY (H.), *Principes...*, *op. cit.*, spec. pp.84-88.

⁹¹¹ « Les faits concluants, ce sont ceux qui correspondent aux éléments générateurs du droit subjectif déduit en justice », et les éléments générateurs sont ceux qui correspondent à la décomposition de la présupposition et qui font naître le droit subjectif, MOTULSKY (H.), *Principes...*, *op. cit.*, p.86 et p. 74.

⁹¹² « fait qui, s'il était prouvé, emporterait la conviction du magistrat appelé à statuer », FERRAND (F.), « Preuve », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2006, n°83.

Une fois que les parties ont invoqué des circonstances factuelles à l'appui de leurs prétentions, elles doivent les prouver car selon l'adage *idem est non esse et non probari*, « ne pas être et ne pas prouver, c'est tout un »⁹¹³. A cet effet, l'art. 9 C.p.c. dispose qu' « il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ». Cependant, la charge de la preuve ne concerne pas tous les faits que les parties ont introduits dans le débat ni ceux qu'elles ont spécialement invoqués à l'appui de leurs prétentions. Seuls les éléments factuels pertinents et contestés sont l'objet de preuve. La pertinence est la qualité reconnue aux faits dont la présence « provoque[nt] l'application de la règle de droit dont le résultat est celui que recherche le plaideur »⁹¹⁴. Ces faits, également qualifiés de concluants⁹¹⁵, ne sont à prouver que s'ils sont contestés par la partie adverse.

Liberté de déterminer les faits entrant dans le débat, charge de leur allégation et charge de leur preuve illustrent le pouvoir des parties sur l'édification du complexe de fait. Cependant, c'est l'interdiction pour le juge d'entrer dans le domaine factuel qui permet réellement d'énoncer que « l'apport des éléments de fait est la chose des parties »⁹¹⁶.

2 - Les faits, domaine interdit au juge

315. La maîtrise des parties sur le complexe de fait a pour corollaire l'impuissance du juge en ce domaine. Ainsi, la distinction du fait et du droit, couplée au principe dispositif, interdit au juge d'atteindre les faits que constituent l'objet du litige et les circonstances factuelles ayant donné lieu au procès. Elle restreint également le pouvoir du juge en matière de preuve des faits.

D'abord, il est interdit au juge de modifier l'objet du litige, c'est-à-dire le résultat économique recherché par l'une ou l'autre partie. L'art. 5 C.p.c. dispose ainsi que « le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ». L'objet est indisponible pour lui. Autrement dit, le juge ne doit statuer ni *infra petita*, c'est-à-dire « en-deçà des choses demandées »⁹¹⁷, ni *ultra petita*, autrement-dit « au-delà de ce qui a été

⁹¹³ CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN(O.) *Procédure civile*, Litec, 4^e ed., 2008, p.187.

⁹¹⁴ MOURALIS (J.-L.), « Preuve », *Répertoire civil*, Dalloz, 2011, n°115.

⁹¹⁵ « fait qui, s'il était prouvé, emporterait la conviction du magistrat appelé à statuer », FERRAND (F.), « Preuve », *op. cit.*, n°83.

⁹¹⁶ MOTULSKY (H.), « Prolégomènes... », *op. cit.*, p.301.

⁹¹⁷ CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, p.544.

demandé »⁹¹⁸. Il peut ainsi requalifier l'objet du litige mais il ne peut accorder autre chose que ce qui a été demandé en octroyant, notamment, la réparation du préjudice moral alors que seule celle du préjudice matériel avait été réclamée⁹¹⁹. A l'opposé, il ne peut omettre de statuer sur une demande subsidiaire sollicitant, par exemple, des dommages-intérêts pour résistance abusive⁹²⁰.

Il doit donc se prononcer sur tous les chefs de la demande sans toutefois accorder plus que ce qui est demandé. Cette règle, présente dès avant l'adoption du nouveau Code de procédure civile, n'a de cesse d'être rappelée par la jurisprudence de la Cour de cassation⁹²¹. Le juge qui a ainsi outrepassé ses pouvoirs n'encourra pas immédiatement la cassation⁹²² mais pourra en revanche se voir demander de modifier sa décision sur ce motif. En effet, l'art. 463 C.p.c. laisse la possibilité aux parties, dans le délai d'un an, de former une requête à ce titre⁹²³. Le jugement qui en résulte est en revanche susceptible de cassation⁹²⁴.

Ensuite, et selon l'art. 7 al. 1 C.p.c., « le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat ». Cet impératif recouvre deux aspects. Le juge ne peut de lui-même introduire des faits dans le débat⁹²⁵ pas plus qu'il n'a la possibilité de fonder sa décision sur des faits dont il aurait eu une connaissance personnelle.

Enfin, d'après la distinction et surtout d'après le principe de neutralité qui a longtemps prévalu en procédure civile française et que revendiquait Motulsky⁹²⁶, le juge ne peut rechercher lui-même la preuve d'un fait, il doit rester « inactif »⁹²⁷ en « s'interdi[sant] toute immixtion spontanée dans la quête de la vérité. Son rôle se limite donc à tirer les conséquences des preuves que lui présentent les parties »⁹²⁸. Cette absence d'initiative et d'investigation personnelles du

⁹¹⁸ CORNU (G.) (Dir.), *op.cit.*, p.1039.

⁹¹⁹ Cass. Civ 1^{ère}, 5 janv. 1961, *Bull. civ.* I, n°9.

⁹²⁰ Cass. Com., 11 mai 1976, n°75-11.906, *Bull. civ.* IV, n°156.

⁹²¹ Pour un exemple récent v. Cass. Civ. 3^e, 13 nov. 2013, n°12-24.916, *Bull. civ.* III, n°45 ; Dalloz actualité, 19 nov. 2013, obs. LERUDULIER ; *JCP*, 2013, 1196, *Rev. loyers janv.* 2014, p. 38 note GUEGAN ; *Gaz. Pal.* 4 mars 2014, p. 23, note PARMENTIER ; *Administrer*, janv. 2014, p. 43, note BOUYEURE.

⁹²² Le pourvoi formé sur un tel moyen sera déclaré irrecevable. Cf. notamment Cass. Civ. 3, 25 mars 2014, 12-27.303, inédit : « le fait d'avoir statué au delà des prétentions des parties ne donne pas ouverture à cassation mais constitue une irrégularité qui ne peut être réparée que selon la procédure prévue aux articles 463 et 464 du code de procédure civile ».

⁹²³ Cf. Art 463 C.p.c. pour *l'infra petita* et art. 464 pour *l'ultra petita*.

⁹²⁴ Cf. Art 463 C.p.c. dernier alinéa.

⁹²⁵ En ce sens v. notamment HERON (J.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien 1^e ed. 1991, n°222, p163 ; GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile ...*, *op. cit.*, n°486, p.395 ; dans un sens contraire v. LE BARS (Th.) et HERON (J.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien 5^e ed., 2012, n°274, p.222 ; v. également NORMAND (J.), *Le juge et le litige*, *op. cit.*, n°241 et s.

⁹²⁶ V. notamment MOTULSKY (H.), « L'office du juge et la loi étrangère », *op. cit.*, p.350.

⁹²⁷ FERRAND (F.), « Preuve », *op. cit.*, n°7.

⁹²⁸ MOURALIS (J.-L.), « Preuve », *op. cit.*, n°31.

juge sur les questions de preuve, est largement atténuée depuis l'adoption du NCPC qui donne notamment pouvoir au juge « d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles » selon l'art. 10 C.p.c.. Toutefois, l'interdiction pour le juge de s'immiscer dans le domaine de la preuve des faits demeure sous une forme beaucoup plus restreinte, la doctrine affirmant qu'en la matière « le juge ne peut faire état de sa connaissance personnelle des faits »⁹²⁹.

De cette présentation il ressort qu'il existe bien une triple interdiction pour le juge dans le domaine des faits : interdiction de modifier l'étendue de l'objet du litige, interdiction d'introduire des faits dans le débat sauf exception, interdiction, limitée, d'orienter la preuve des faits. La liberté des parties induit la sujétion du juge en la matière mais leur maîtrise du domaine factuel implique, du moins selon Motulsky, la propriété du magistrat sur le droit.

B - Le droit, domaine du juge

316. Le principe dispositif donnait la maîtrise du fait aux parties, la fonction juridictionnelle érige le droit en domaine du juge. La distinction du fait et du droit ainsi justifiée, délimite l'étendue des pouvoirs du juge. Elle lui confère obligatoirement le domaine du droit (1) qui devient cependant un domaine facultatif pour les parties (2).

1 - Le droit, domaine d'obligation pour le juge

317. « Le droit est l'apanage du juge »⁹³⁰, telle est la formule, désormais traditionnelle, par laquelle Motulsky a laissé entendre que le juge était « propriétaire » du droit. De cet axiome il déduit que le juge non seulement a des pouvoirs exclusifs mais doit en outre remplir toutes les obligations en son domaine. Cette idée est reprise en partie par le Code de procédure civile qui l'assortit d'exceptions.

318. Les obligations du juge sur le droit selon Motulsky. Selon sa vision à la fois pure et stricte de la distinction, Motulsky comprend les activités juridiques et les éléments de droit sur

⁹²⁹ CHABAS (F.), MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil, I, Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, 12^e ed., 2000, p.523.

⁹³⁰ V. note 11 p.7.

lesquels elles portent en un domaine du droit dont le juge est « propriétaire ». De cette qualité, le magistrat devrait tirer des droits et des devoirs. Cependant, l'auteur qui a conféré une sorte de droit de propriété au juge en vue de déterminer ses pouvoirs ne lui octroie que des obligations. En effet, autant il est exact de dire que les parties ont le libre choix des faits, autant il est inconcevable que le juge ait toute latitude dans la recherche de la règle de droit applicable au litige. Dans un premier temps, il est limité par l'édifice de faits construit par les parties car bien que fait et droit soient distincts, ils sont également liés. La règle juridique ne se choisit qu'en fonction des faits de l'espèce, l'adage *da mihi factum, dabo tibi jus* traduit cette double idée. Dans un second temps, il est soumis au respect du droit et doit l'appliquer avec exactitude sous peine d'encourir la cassation pour violation de la loi.

La liberté du juge dans son domaine se réduit donc à peu de chose. En revanche les charges qui pèsent sur lui selon la distinction motulskienne sont lourdes. Il ne lui est laissé aucune faculté. Dans les deux cas de figure qui peuvent se présenter à lui, il est, à chaque fois, soumis à plusieurs obligations qui peuvent se résumer en une seule : l'application exacte du droit au fait. Selon une première hypothèse, si les parties n'ont pas émis de proposition quant au droit, il doit qualifier les faits et choisir la règle de droit qui leur est applicable. Dans une seconde hypothèse les parties peuvent avoir émis des suggestions en droit qui se révèlent erronées. Il doit alors les rectifier en requalifiant les faits ou en substituant une règle de droit à celle initialement proposée par les parties. Il pourra parfois devoir opérer tant au niveau de la qualification qu'à celui du choix de la norme. Telle est la vision idéale qu'avait Motulsky de l'office du juge car selon lui il est « de l'essence même de la fonction juridictionnelle [que] d'obliger le juge à dire le droit tel qu'il est et non pas seulement tel que les parties le voient »⁹³¹.

319. Les obligations du juge sur le droit selon le C.p.c. L'axiome formulé par Motulsky selon lequel « le juge a l'apanage du droit » et qui traduit en partie la distinction du fait et du droit se retrouve désormais à l'art. 12 C.p.c. al.1 qui dispose que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Selon l'alinéa 2 du même article, il revient au juge d'appliquer le droit au fait en qualifiant ou requalifiant les faits et en choisissant la règle de droit applicable à l'espèce. Ainsi l'application de la norme appartient au juge.

Enfin, concernant la preuve du droit, Motulsky reconnaît une liberté totale au juge en se fondant sur l'adage *jura novit curia*, autrement dit la Cour sait le droit. Or en la matière, il

⁹³¹ MOTULSKY (H.), « L'office du juge et la loi étrangère », *op. cit.*, p.345.

s'éloigne de la conception traditionnelle française selon laquelle la preuve du droit appartient aux parties qui en sont toutefois dispensées puisque le magistrat le connaît. Là réside certainement l'explication du silence des textes et de la jurisprudence sur le sujet.

Selon une distinction idéale, que le juge soit « propriétaire » du droit a pour conséquence l'absence d'obligation des parties en ce domaine.

2 - Le droit, domaine facultatif pour les parties

320. Selon la distinction idéale du fait et du droit, les parties n'ont que l'obligation d'apporter les faits propres à nourrir le débat afin qu'une solution puisse être apportée au litige. Il n'existe donc pas pour elles d'obligation d'alléguer ou de prouver le droit d'autant que le juge le connaît. Motulsky, affirmait que les parties étaient libres quant aux faits qu'elles invoquent⁹³² et leur déniait également toute obligation de qualification⁹³³.

Cependant, à l'inverse du juge pour lequel il existe une prohibition en matière de fait, les parties ne connaissent pas d'interdiction dans le domaine du droit car « avoir l'obligation d'alléguer les faits propres à fonder les prétentions (art. 6) n'a jamais signifié que les parties ne pouvaient pas intervenir dans le domaine du droit »⁹³⁴. Elles n'en sont pas totalement exclues. De ce fait, si les parties ont la charge d'alléguer les faits, elles ne se privent pas de produire du droit à l'appui de leurs prétentions. Une telle faculté leur a toujours été offerte notamment par l'ancien art.56 C.p.c.⁹³⁵ qui leur laissait la possibilité d'exposer dans l'assignation les moyens de leur choix, qu'ils soient de fait ou de droit. Motulsky lui-même reconnaît cette possibilité et l'intérêt qu'ont les parties à en user afin de mieux emporter la conviction du juge⁹³⁶. Les rédacteurs du NCPC avaient donc entériné cet aspect de la distinction du fait et du droit. Dans le même esprit, ils ont offert la possibilité au juge d'« inviter les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige »⁹³⁷. Les parties peuvent si elles le souhaitent se prononcer en droit et le pouvoir réglementaire reconnaît que leur participation dans la recherche de la règle de droit applicable, est souhaitable, sans être toutefois obligatoire.

⁹³² MOTULSKY (H.), « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *op. cit.*, p.51.

⁹³³ MOTULSKY (H.), « La cause de la demande... », *op. cit.*, p.105.

⁹³⁴ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), *Procédure civile...*, *op. cit.*, note 4, p.584.

⁹³⁵ Dans sa rédaction postérieure au décret de 1998, *cf infra* n° 325 s.

⁹³⁶ Art. 8 C.p.c.

⁹³⁷ MOTULSKY (H.), « Prolégomènes... », *op. cit.*, p.294.

Cependant, depuis 1998, s'il est toujours possible d'affirmer que les parties proposent le droit mais que seul le juge en dispose, il est difficile de soutenir que l'allégation du droit reste une faculté pour les parties⁹³⁸.

On retrouve donc quelques règles du Code de procédure civile correspondant à la distinction du fait et du droit de Motulsky. Toutefois, une vision globale du Code et une étude de l'intégralité des règles régissant la répartition des rôles sur la matière litigieuse permet d'entrevoir qu'un tel fondement est irréal.

SECTION 2 - Une répartition irréal : aux acteurs du procès, le fait, le droit et la preuve

321. La conception de la distinction du fait et du droit selon Motulsky est idéal car elle suppose deux domaines séparés dans lesquels s'exercent les rôles distincts des parties et du juge. Si le législateur a adopté quelques dispositions qui peuvent laisser croire que la distinction du fait et du droit serait le fondement de la répartition des tâches, il en a également adopté d'autres qui se révèlent incompatibles avec le critère distinctif.

Au regard de l'ensemble des dispositions régissant la matière, il est donc difficilement admissible que la distinction en soit le fondement. Cela tient à la fois aux failles que comporte la distinction conçue par Motulsky, et qui rendent impossible la délimitation de l'office du juge selon une frontière entre le fait et le droit, et à son caractère idéal qui l'empêche d'englober la totalité des problématiques du procès civil comme son auteur l'aurait pourtant souhaité.

Il en résulte que la répartition adoptée en droit positif ne tient pas compte d'une répartition en fait et en droit. Les parties comme le juge ont des prérogatives tant sur le fait que sur le droit.

Nous allons montrer que la distinction ne peut être le fondement de la véritable répartition des rôles puisqu'elle érige le droit en domaine commun aux parties et au juge (§1)

⁹³⁸ Cf. *infra ibid.*

et le fait en domaine divisé entre les parties et le juge (§2). Quant à la preuve, elle est un domaine à part, mêlant droit et fait (§3).

§1 - Le droit, domaine commun

322. Le domaine du droit, s'il existe et contrairement à ce que suppose la distinction du fait et du droit, n'est pas réellement l'apanage du juge. Pour que ce soit le cas, les parties ne doivent pas avoir de pouvoir et *a fortiori* de devoir. De plus, selon la distinction motulskienne, le juge devrait y connaître de nombreuses contraintes. Or, le droit positif confère des pouvoirs et des obligations aux parties dans le droit et n'impose que peu de choses au juge quant à l'application de la norme.

Le droit est en réalité un domaine de pouvoir et d'obligation pour les parties (B) tandis que pour le juge, il devient facultatif (B).

A - Le droit, domaine de pouvoir et d'obligation pour les parties

323. Jusque-là réservés aux juges, pouvoirs et obligations dans le domaine du droit se sont multipliés pour les parties. D'une part, elles ont le pouvoir, sous certaines conditions, d'imposer le droit au juge. D'autre part, il n'est plus question de la faculté qui leur était offerte de proposer une qualification et un fondement juridique mais d'une obligation que leur impose le législateur. De plus, par la découverte d'un principe de « concentration des moyens », la jurisprudence, loin de venir amoindrir la tâche des parties, leur intime de l'accomplir parfaitement. Ainsi, les parties ne doivent omettre aucune norme susceptible de fonder leurs prétentions.

Les parties ont donc le pouvoir de lier le juge en droit (1), une obligation légale de proposer le droit (2) doublée d'une obligation jurisprudentielle d'envisager tout le droit (3).

1 - Pouvoir des parties de lier le juge en droit

324. Le juge, maître du droit selon la formule désormais classique, peut pourtant être dépourvu de pouvoir en son domaine. L'article 12 C.p.c., duquel découlerait un tel droit de propriété, en fixe aussitôt la limite principale : la volonté des parties. Par ces deux derniers alinéas, il offre la possibilité de lier le juge en la matière.

A cet effet, l'article 12 al.3 C.p.c. dispose qu' « il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ». Ainsi, quand l'ordre public n'est pas en jeu, ce sont les parties qui disposent du droit à leur guise, soit en obligeant le juge à respecter leur volonté sur le choix de la qualification et de la norme, soit en laissant la liberté au juge d'appliquer le droit aux faits. *Il apparaît alors que les parties sont les véritables propriétaires de ce domaine juridique, exempt des règles d'ordre public, et qu'elles peuvent si elles le souhaitent en laisser la jouissance au juge.* Cette disposition perd toutefois de son intérêt avec la simple faculté reconnue au juge de changer le fondement juridique proposée par les parties.

Le domaine du droit est donc autant, voire plus, celui des parties que du juge et l'alinéa 4 de l'art.12 C.p.c. renforce cette idée en leur permettant de lui en interdire l'accès en lui conférant la « mission de statuer comme amiable compositeur ». Dans ce cas, il peut toujours s'inspirer du droit mais son domaine est celui de l'équité et c'est pourquoi si les parties peuvent toujours faire appel de la décision, elles ne peuvent former un pourvoi en cassation, celui-ci n'étant ouvert qu'en cas de violation des règles de droit par les juges du fond.

Si le droit est l'apanage du juge, il est anormal que les parties y possèdent des pouvoirs et *a fortiori* des obligations. Or, nous allons montrer que les obligations qui pèsent sur elles en ce domaine sont lourdes.

2 - Obligation légale de proposer le droit

325. Par un décret de 1998⁹³⁹ et certainement mû par l'exigence de célérité, le législateur est venu imposer aux parties de présenter leurs moyens en fait et en droit. Depuis lors, l'article

⁹³⁹ Décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 - art. 3 JORF 30 décembre 1998 en vigueur le 1er mars 1999.

56 2° C.p.c. exige que l'assignation, à peine de nullité, contienne au côté de l'objet de la demande, « les moyens en faits et en droit ». Les parties ont donc l'obligation de proposer au travers de leurs moyens un fondement juridique ainsi qu'une qualification juridique aux faits qu'ils avancent. Le droit qui leur était jusqu'alors facultatif, leur devient obligatoire.

Pour certains auteurs, cela ne saurait remettre en cause « l'appartenance » du droit au juge⁹⁴⁰.

D'abord, disent-ils, le législateur en introduisant cette disposition n'a pas modifié le chapitre préliminaire du Code de procédure civile consacré aux principes directeurs. La disposition en question figurant dans le titre intitulé « demande en justice », ne pourrait en tant que simple règle de forme remettre en question la distinction du fait et du droit qui, en tant que *summa divisio*, aurait valeur de principe⁹⁴¹. Cependant, nul n'était besoin de modifier les articles 4 à 13 du C.p.c. dans lesquels se trouverait prétendument la distinction du fait et du droit, puisqu'aucun d'entre eux n'interdisait aux parties d'alléguer le droit ni n'affirmer qu'il s'agissait d'une simple faculté reconnue aux parties. Toutefois, il est possible d'y voir une atteinte à la distinction motulskienne puisque selon l'auteur cela ne peut être qu'une faculté pour les parties⁹⁴².

Ensuite, toujours selon les auteurs niant l'impact de cette disposition, l'obligation imposée aux parties de motiver en droit n'est pas une nouvelle règle de répartition des rôles mais seulement une exception à la distinction du fait et du droit car elle ne concerne que les demandes en justice introduites par voie d'assignation. Selon l'article 54 C.p.c., en matière contentieuse, il existe cinq modes d'introduction de l'instance. L'obligation est donc limitée même si on ne peut nier que l'assignation reste la voie traditionnelle et la plus usitée.

En admettant même l'argument de « l'exception », il convient d'observer que toutes les conclusions que les parties présentent devant un TGI, en matière contentieuse (art. 753 C.p.c.), ou une Cour d'appel, en toute matière (art. 954 C.p.c.), doivent contenir les moyens en fait et en droit et même être « qualificatives » selon la doctrine majoritaire⁹⁴³. Les parties doivent donc

⁹⁴⁰ V. notamment DESHAYES (O.), « L'office du juge à la recherche de sens, à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 », *D.*, 2008, p. 1102, CROZE (H.), « Da mihi factum jusque », *Procédures*, n°10, oct.2006, repère 9.

⁹⁴¹ A condition que l'on puisse l'y reconnaître dans le chapitre préliminaire du C.p.c., ce que nous réfutons. Cf. *supra* n°168s.

⁹⁴² « Les parties ne sont pas tenues de donner une qualification et la qualification appartient au juge », MOTULSKY (H.), *Droit processuel*, *op. cit.*, p.200.

⁹⁴³ BOLARD (G.), « Les écritures qualificatives », *JCP G.*, n°12, mars 2000, I, 214 ; HERON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°585, p.474 ; GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), *Procédure civile...*, *op. cit.*, n°514, p. et n°1821, p.1172.

à l'un ou l'autre de ces moments du procès formuler des raisonnements juridiques complets, susceptibles d'être adoptés intégralement par le juge. Elles doivent ainsi indiquer au juge le chemin qui mène des faits qu'elles ont choisi à l'effet juridique qu'elles souhaitent et dont le premier croisement conduit à choisir une qualification et le second à déterminer une règle de droit.

Enfin, les sanctions attachées à ces obligations sont quasi-inexistantes ce qui selon plusieurs auteurs empêche tout atteinte à la distinction. Le raisonnement des auteurs est le suivant : s'agissant de règles procédurales, le fait qu'elles ne soient pas respectées constitue soit une fin de non-recevoir, soit une exception de procédure. Si le moyen qui invoque le défaut de motivation est une fin de non-recevoir alors le législateur a reconnu à la règle une certaine importance, du moins une importance supérieure à la règle protégée par une simple exception de nullité⁹⁴⁴. La sanction sera plus grande et plus facile à obtenir. Ainsi, invoquée en tant que simple nullité (par exemple de forme, qui ne peut être soulevée d'office par le juge et nécessite la preuve d'un grief), ou en tant que fin de non-recevoir (qui peut en tout état de cause conduire au rejet de la demande sans que soit établie l'existence d'un grief), la règle n'a pas le même poids.

Or, la sanction ne semble pas encore clairement déterminée. Concernant l'obligation d'exposer les moyens de fait et de droit dans l'assignation, l'article 56 C.p.c. prévoit la nullité de l'acte qui semble, au vu de la jurisprudence⁹⁴⁵, être de fond plus que de forme malgré ce que souhaitent certains auteurs⁹⁴⁶. En revanche, pour les conclusions manquant en droit, les articles 753 C.p.c. et 954 C.p.c. ne prévoient pas expressément de sanctions. Bien que les tribunaux semblent faire peu cas de cette obligation dévolue aux parties⁹⁴⁷, un auteur, adversaire de la distinction, appelle de ses vœux une fin de non-recevoir⁹⁴⁸ tandis que d'autres, peut-être plus enclins à conserver la frontière désormais classique, y voient une nullité pour vice de forme⁹⁴⁹.

⁹⁴⁴ Les rédacteurs du NCPC se sont inspirés de la hiérarchie établie par Motulsky : les défenses au fond concernant les règles substantielles, les fins de non recevoir relatives au droit d'agir et et l'exception de procédure pour les actes de procédure. Cf. HERON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°144, p.122.

⁹⁴⁵ Cass. Civ. 2^e, 6 avr. 2006, n°04-11.737, *Bull. civ. II*, n° 103; *RLDC* 2006/31, n°2446, obs. MINIATO; *AJDI* 2007. 208, note CAPOULADE.

⁹⁴⁶ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), *Procédure civile ..., op. cit.*, n°836, p.585-586 ; CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°585, pp.447-448.

⁹⁴⁷ Ainsi selon une décision de la Cour d'appel de Toulouse « si l'art. 954 fait obligation à l'appelant de formuler expressément les moyens de fait et de droit sur lesquels ses prétentions sont fondées, aucune sanction n'est prévue en cas non-respect de cette obligation; la nullité pour vice de forme ne peut donc être encourue, non plus que l'irrecevabilité qui n'entre pas dans les prévisions de l'art. 122 », Toulouse, 13 oct. 1999, *Juridice n° 1999/03395; Gaz. Pal.* 8-10 févr. 2004, p. 23, obs. DU RUSQUEC.

⁹⁴⁸ MARTIN (R.), « Conclusions qualificatives, recherche d'une sanction », *Procédures*, 1998. Chron. 2.

⁹⁴⁹ LE BARS (Th.) et HERON (J.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°585, pp.474-475

Si l'obligation pour les parties de proposer des fondements juridiques existe sans aucun doute en droit judiciaire privé, d'autant plus que le pouvoir réglementaire a pris la peine de préciser qu'elles avaient au contraire interdiction de qualifier en matière de divorce⁹⁵⁰, les sanctions légales qui s'y attachent la limitent considérablement. Cependant, de manière indirecte, la jurisprudence est venue la sanctionner et la renforcer à un autre niveau, celui de l'autorité de la chose jugée, au point que les parties doivent désormais envisager tout le droit.

3 - Obligation jurisprudentielle d'envisager tout le droit.

326. La faculté pour les parties de proposer le droit s'efface au profit d'une obligation au regard des règles gouvernant l'autorité de la chose jugée. La règle selon laquelle une demande en première instance se heurte à l'autorité de la chose jugée quand il y a identité de parties, d'objet et de cause a connu une redéfinition jurisprudentielle qui a fait grand bruit ces dernières années et dont l'écho des critiques doctrinales retentit encore aujourd'hui et s'accroît à chaque nouvelle décision en la matière. Par le désormais célèbre arrêt *Césaréo* du 7 juillet 2006⁹⁵¹, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a refusé d'admettre une nouvelle demande mettant en cause les mêmes parties et tendant aux mêmes fins mais invoquant un fondement différent que celui présenté dans une précédente demande sur laquelle les juges s'étaient déjà prononcée. Selon la Haute Cour l'autorité de la chose jugée était bien constituée puisqu'« *il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci* ».

Le principe de concentration des moyens est né et avec lui les vives réactions, généralement négatives, d'une doctrine médusée par une telle audace jurisprudentielle. En effet, il n'est pas envisageable qu'un tel principe n'ait été « que découvert » par les magistrats, comme devrait l'être tout principe, dans l'article 1351C.civ. selon lequel « l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ». Doctrine et jurisprudence

⁹⁵⁰ Art. 1106 C.p.c.

⁹⁵¹ Cass. ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, *Césaréo*, *Bull. ass. plén.* n° 8 ; *BICC*, n° 648, 15 oct. 2006, rapp. CHARRUAULT (Ch.), note KOERING-JOULIN (R.), avis BENMAKHOLOUF (A.) ; *D.*, 2006, p. 2135, note WEILLER (L.) ; *JCP* 2006. I. 183, obs. AMRANI-MEKKI (S.) ; *ibid.* 188, obs. MARTIN (R.) ; *ibid.* 2007. II. 20070, note WIEDERKEHR (G.), *Gaz. Pal.*, 2007, p. 398, note GAIN (M.-O.) ; *Dr. et proc.*, 2006, p. 348, note FRICERO (N.) ; *RDI* 2006. 500, obs. MALINVAUD (Ph.) ; *RTD civ.* 2006, p.825, obs. PERROT (R.).

s'accordaient jusqu'alors sur la définition de la notion de « cause » en tant que fondements juridique et factuel de la prétention. Un nouveau procès pouvait dès lors être mené à l'appui d'un moyen de droit négligé ou omis, le risque étant une multiplication des procès. Les temps sont à la célérité et après quelques hésitations⁹⁵² la Cour de cassation a abandonné la solution traditionnelle. La cause n'existe plus ou alors elle se limite au fondement factuel (nous en doutons car la Cour fait bien mention d'une concentration « des moyens »⁹⁵³ et non des moyens de droit). Loyauté et célérité contre qualité et sécurité diront certains, le rapport Magendie qui préconisait ce principe de concentration⁹⁵⁴ a été entendu au détriment de la loi qui ne soufflait mot d'un tel principe.

327. Le résultat qui en découle a un impact sur la répartition des rôles⁹⁵⁵ puisque la Cour a créé ce qui s'apparente à un « office des parties ». Elles ont désormais la charge d'alléguer tout le droit dès la première instance, bien que cela soit atténué par le fait qu'elles puissent désormais faire état de nouvelles demandes en appel, selon l'art. 555 C.p.c. et ainsi d'un nouveau fondement juridique omis en première instance. Les parties ont l'obligation d'invoquer toutes les règles de droit possibles et imaginables pouvant s'appliquer à leur cas, de préférence de manière hiérarchisée. Le juge sera alors tenu de toutes les envisager, quitte à perdre du temps là où il pensait peut-être en gagner.

Le principe de concentration des moyens, malgré les critiques dont il a fait l'objet semble se renforcer dans la jurisprudence de la Cour de cassation⁹⁵⁶ quitte à reprocher à un

⁹⁵² Dès 1994 l'assemblée plénière avait réaffirmé la conception traditionnelle de la cause, décision qui par la suite avait rencontrée quelques résistances. Cf. Cass. Ass. Plén. 3 juin 1994, n°92-12.157, *Bull. ass. plén.*, n° 4 ; *D.* 1994, Jur. p. 395, concl. JEOL (M.); *AJDI* 1995, p. 44, obs. GIRAUDEL (C.); *RTD civ.*, 1995, p. 177, obs. NORMAND (J.); *ibid.*, p. 367, obs. MESTRE (J.); *JCP* 1994, II, 22309, note LAGARDE (X.); *JCP* 1994, I, n° 3805, obs. CADDIET (L.); *Justices* 1995, 2, p. 288, obs. WIEDERKEHR (G.) ; *contra* Cass. Civ. 1re, 28 mars 1995, n°92-20.236, *Bull. civ.* I, n° 139 ; *D.* 1996, Jur. p. 121 ; note. BÉNABENT (A.); *RGDP*, 1998, p.316 obs. WIEDERKEHR (G.) et Cass. Civ. 2, 4 mars 2004, n°02-12.141, *Bull. civ.* II, n° 84 ; *D.* 2004, Somm. p. 1204, obs. FRICERO (N.).

⁹⁵³ Notion qui renvoie à la définition précédemment retenue : modèle de raisonnement imbriquant fait et droit et pouvant de ce fait être adopté immédiatement par le juge. V. *supra* n°173.

⁹⁵⁴ *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, cité in WEILLER (L.), « Renouvellement des critères de l'autorité de chose jugée, l'Assemblée plénière invite à relire Motulsky », *D.* 2006 p. 2135.

⁹⁵⁵ Dans le même sens v. notamment le rapport de M. le conseiller rapporteur Loriferne et l'avis de M. de Gouttes, premier avocat général, à propos de l'arrêt de l'Ass. plén. 21 dec. 2007, n°06-11.343, *BICC*, 15 avr. 2008, n°680, v. également DESHAYES (O.), « L'office du juge à la recherche de sens... », *op. cit.*, p. 1102.

⁹⁵⁶ Sans toutefois devenir un principe de concentration des demandes, comme certains ont pu le craindre, en éliminant l'objet de la notion d'autorité de la chose jugée, cf. *Civ.* 2, 26 mai 2011, n° 10-16.735, *Bull. civ.* II n°117 ; *D.* 2011. 1566, obs. AVENA-ROBARDET (V.) ; *JCP G*, 2011, n° 749, note DEHARO (G.), *RTD Civ.* 2011 p. 593, note PERROT (R.).

plaideur de ne pas avoir invoqué une règle jurisprudentielle qui n'avait pourtant pas encore été énoncée par la Haute Cour⁹⁵⁷. La charge du droit est donc bien lourde pour les parties.

Certains auteurs semblent au contraire se féliciter de la solution de l'assemblée plénière y voyant « la consécration de la doctrine de Motulsky qui prônait un système de « *forclusion substantielle* » découlant d'une charge de la concentration de la matière litigieuse »⁹⁵⁸ souhaitant éviter qu'une partie s'abstienne de mentionner un fondement juridique dans un but purement dilatoire. Toutefois, l'auteur avait une vision globale et n'entendait un tel système que si l'équilibre entre les rôles de chacun était garanti, c'est-à-dire au regard d'une obligation pour le juge de relever tout moyen de droit sous la condition bien sûr que cela ne conduise pas à l'introduction de fait nouveau dans le débat. Ce n'est désormais plus le cas.

B - Le droit, domaine facultatif pour le juge

328. Les pouvoirs et obligations des parties dans le droit infirme l'idée selon laquelle le droit est le domaine exclusif du juge. Nous avons montré que le juge n'est maître du droit qu'à condition que les parties le décident. De surcroît, et contrairement à ce qu'avait souhaité Motulsky, ce domaine n'est pas constitué d'obligation pour le juge. En effet, La Cour de cassation oblige bien le juge à relever d'office un moyen de droit mais elle ne lui impose pas de requalifier un fait.

Peu après avoir reconnu un principe de concentration des moyens et avoir ainsi indirectement statué sur les charges qui pesaient sur les parties, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a dû se prononcer directement sur la teneur de l'office du juge. Il s'agissait de savoir si celui-ci avait l'obligation ou la faculté de modifier le fondement juridique proposé par les parties, question qui ne concernait que les règles de droit substantiel puisque pour les règles de droit procédural le caractère obligatoire, facultatif ou prohibé du relevé d'office est expressément prévu par les textes. La Haute Cour, qui avait depuis longtemps reconnu le caractère facultatif de l'application d'office du droit étranger, en a décidé de même pour le droit

⁹⁵⁷ La Cour de cassation a refusé de prendre un compte un élément nouveau constitué par un revirement de jurisprudence ; Cass. Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-10.517, *Bull. civ. I*, n° 177, *RTD Civ.*, 2010, p. 129. obs. GAUTIER (P.-Y.); *D.* 2010. 528, obs. CRETON (C.); *RTD. civ.* 2010, p. 147, obs. THERY (Ph.) et p.155, obs. PERROT (R.); *JCP G*, 2009, n° 401, note BLERY (C.).

⁹⁵⁸ WEILLER (L.), « Renouvellement des critères de l'autorité de chose jugée... », *op. cit.*, p. 2135.

substantiel français à condition qu'il ne s'agisse pas de soulever un « moyen d'inconstitutionnalité »⁹⁵⁹.

329. Faculté d'appliquer d'office la loi étrangère. La loi étrangère, a pendant longtemps bénéficié d'un traitement proche de celui du fait au point qu'une partie de la doctrine a pu écrire qu'elle en était un⁹⁶⁰. Le point de départ de la controverse se trouve certainement dans l'arrêt *Bisbal* du 12 mai 1959⁹⁶¹ qui a posé en principe que lorsque les parties n'avaient pas invoqué la règle de droit étrangère applicable désignée par la règle de conflit, le juge n'était pas obligé de la soulever. Après un revirement en 1988⁹⁶², la Cour de cassation, dans l'arrêt *Coveco* du 4 décembre 1990⁹⁶³, a réitéré ce principe en l'assortissant de limites : la faculté pour le juge de relever d'office la disposition étrangère n'est admise qu'en matière de droit disponible non soumis à une convention internationale. Enfin, la Haute Cour est une nouvelle fois revenue sur sa décision estimant que la faculté du juge n'existait que dans les matières où les droits demeuraient disponibles pour les parties, qu'il existe ou non une convention internationale.

La partie qui souhaite voir appliquer dans le litige une loi étrangère doit donc l'alléguer, obligeant ainsi le juge à l'appliquer⁹⁶⁴. La solution fut longtemps décriée, laissant penser qu'une règle de conflit désignant une loi étrangère était d'une importance moindre que les règles de droit traditionnelles, son caractère obligatoire tout comme celui du droit étranger étant par ce biais mis en cause.

La décision choque moins aujourd'hui au vu de la simple faculté reconnue au juge de soulever une norme substantielle. Peu importe qu'il s'agisse de la loi française ou d'une loi étrangère, à moins que les parties n'aient gardé le silence, le juge n'a pas d'obligation de relever son application. La situation semble même inversée puisque quand les droits sont indisponibles

⁹⁵⁹ Expression empruntée à CROZE (H.), « La question prioritaire de constitutionnalité : aspects procéduraires », *Procédures* n° 2, Février 2010, étude 2.

⁹⁶⁰ Pour un exposé complet et une critique des thèses sur la nature factuelle de la loi étrangère v. MELIN (Fr.), *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil)*, Reims 2000, PUAM, 2002, pp. 25-58.

⁹⁶¹ Cass. Civ. 1, 12 mai 1959, *Bisbal*, D. 1960. 611, note MALAURIE (Ph.); *GADIP*, 5^e éd., n° 32.

⁹⁶² Cass. Civ. 1, 11 oct. 1988, *Rebouh*, n°87-11.198, *Bull. civ. I*, n° 278; *GADIP*, 5^e éd., n° 74; *JCP* 1989. II. 21327, note COURBE; *Gaz. Pal.* 1989. 1. 388, note E. S. DE LA MARNIERRE; *Rép. Def.* 1989. 310 (1^{re} esp.), obs. MASSIP; *JDI* 1989. 349, note ALEXANDRE et Cass. Civ. 1^{re}, 18 oct. 1988, n°86-16.631, *Schule*, *Bull. civ. I*, n° 293; *GADIP*, 5^e éd., n° 75; *JCP* 1989. II. 21259, note PRÉVAULT; *JDI* 1989. 349, note ALEXANDRE; *Rev. crit. DIP*, 1990, p.607, obs. PONSARD (A.).

⁹⁶³ Cass. Civ. 1^{re}, 4 dec. 1990, n°89-14.285, *Coveco*, *Bull. civ. I*, n° 272, p. 193, *GADIP*, 5^e éd., n°76, *Rev. crit. DIP*, 1991, p.558, obs. NIBOYET-HOEGY (M.-L.).

⁹⁶⁴ Cass. Civ. 1, 18 sept. 2002, n°00-14.785, *Bull. civ. I*, n°202, D. 2003, Jur., 1513, note LARDEUX (G.), *LPA*, 6 févr. 2003, note MELIN (Fr.), *Rev. crit. DIP* 2003. 86, note MUIR WATT (H.); Cass. Civ. 1, 28 janv. 2003, n°00-12.976, Inédit, *Rev. crit. DIP*, 2003, p.462, note ANCEL (B.); Cass. Civ. 1, 25 janv. 2005, n°15-02.648, *Bull. civ. I*, n°33, D. 2005, Jur. 1210, note BOUCHE (N.); *Rev. crit. DIP*, 2005, p.300, note ANCEL (B.).

l'obligation pour le juge de mettre en œuvre la loi étrangère réapparaît⁹⁶⁵ alors que ce n'est pas le cas pour la norme de droit interne.

330. Faculté d'appliquer d'office toutes règles de droit. Dans un premier temps, l'annulation par le Conseil d'Etat de l'alinéa 3 de l'art. 12 C.p.c. a contribué à l'apparition de l'interrogation sur l'intensité de l'office du juge. Estimée contraire au principe contradictoire, la disposition permettait au juge de « relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties ». Cette disposition, qui aurait gardé une « autorité officieuse »⁹⁶⁶, a introduit l'idée qu'il existerait non pas une obligation mais une simple faculté pour le juge de relever d'office un moyen de droit, cette impression se renforçant à la lecture de l'alinéa 2 qui prévoit une obligation de requalification⁹⁶⁷(et seulement de requalification).

Cependant, une doctrine majoritaire s'accorda pour voir dans l'art. 12 C.p.c. ainsi modifié la consécration motulskienne de la distinction du fait et du droit qui conférait au juge l'obligation de rechercher le droit du moment que les faits fondant la règle avaient été spécialement invoqués par les parties. Malgré cela, la jurisprudence contradictoire relative à l'article 12 C.p.c. a créé à nouveau le doute sur l'étendue de l'office du juge. La 3^e chambre civile, et semble-t-il la chambre commerciale, de la Cour de cassation ont affirmé qu'il s'agissait d'une simple faculté⁹⁶⁸ alors que la première chambre civile se tenait, parfois, à l'interprétation classique de l'article 12 C.p.c.⁹⁶⁹. La confusion quant à l'intensité du pouvoir du juge dans la recherche du fondement juridique applicable était latente.

Face à cette incertitude, la doctrine a appelé de ses vœux une obligation qui ne s'éteignait qu'à l'approche du moyen mélangé de fait et de droit, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit pour le juge de relever l'application d'une règle de droit nécessitant la prise en compte d'un fait

⁹⁶⁵ Les arrêts du 28 juin 2005 ne semblent pas être revenus sur cette distinction malgré leur attendu de principe. Cf. ANCEL (B.) et MUIR-WATT (H.), « De l'office du juge dans l'application de la loi étrangère et de la force probante d'un acte notarié étranger », *Rev. crit. DIP*, 2005, p.645.

⁹⁶⁶ Cf. rapport de M. le conseiller rapporteur Loriferne, *précit*.

⁹⁶⁷ Art. 12 al.2 C.p.c. : « Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposé ».

⁹⁶⁸ Cass. Civ. 3, 8 nov. 2006, n° 05-17.379, *Bull. civ. III*, n° 217, p. 181, *AJDI* 2007, p. 394, note CAPOULADE (P.); Cass. Civ. 3, 29 oct. 2003, n°01-12.482, *Bull. Civ. III*, n° 183, *RDI*, 2004, p. 123, obs. MALINVAUD (Ph).

⁹⁶⁹ Cass. Civ. 1, 16 mars 2004, n° 01-00.186, Inédit ; Cass. Civ. 1, 28 mars 2006, n°04-13.967, *Bull. civ. I*, n° 182, p. 158, *RTD civ.*, 2006, p.547, obs. HAUSER (J.) ; Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2003, n°01-11.963, *Bull. civ. I*, n°174, *RGDA*, 2003, p.712, obs. REMY (Ph.) ; dans le sens d'une simple faculté v. Cass. Civ. 1^{ère}, 21 fev. 2006, n°03-12.004, *Bull. civ. I*, n°86, *RDC*, 2006, p. 816, obs. VINEY (G.).

« qui n'[a] pas été spécialement invoqués par les parties »⁹⁷⁰. La frontière entre obligation et faculté devait ainsi correspondre à celle entre le moyen de pur droit et celui mélangé de fait et de droit. Le 21 décembre 2007, l'Assemblée plénière⁹⁷¹, - suivant en cela le Conseiller rapporteur - jugeant que la transposition de la distinction des moyens qui appartenait au domaine de la cassation serait malvenue en matière d'office du juge⁹⁷², a préféré distinguer entre les opérations de requalification et de relevé d'office du moyen de droit. *La limite se trouve donc placée entre les activités du juge et non entre les éléments du procès*. De la solution adoptée par la Cour de cassation, il découle que le juge a l'obligation de requalifier alors qu'il a seulement la faculté de relever une règle de droit non invoquée par les parties. En revanche, si les parties n'ont proposé aucun fondement juridique, hypothèse désormais rare depuis le décret de 1998, l'obligation de qualification demeure pour le juge.

La Cour de cassation sonne le glas de la distinction du fait et du droit comme fondement de la répartition des rôles dont la place était déjà extrêmement limitée dans le Code de procédure civile. Le rapport de M. le Conseiller rapporteur Loriferne et l'avis de M. l'avocat général de Gouttes en attestent. Tous deux affirment l'obsolescence de la distinction en constatant que « la division traditionnelle du rôle du juge et des parties, exprimée par la maxime « *Da mihi factum, tibi dabo jus* », selon laquelle les faits relèvent exclusivement des parties et le droit est le monopole du juge, ne rend plus compte de la situation actuelle»⁹⁷³ ou encore qu'« au regard [des] textes, de la pratique et de la jurisprudence, il ne paraît plus possible d'affirmer que les faits relèvent du domaine exclusif des parties et que le droit reste le monopole du juge »⁹⁷⁴. Cela justifie selon eux que l'on s'écarte, dans les cas où les parties ont proposé un fondement juridique, de l'obligation pour le juge de rechercher la règle de droit applicable, solution qu'ils estiment de plus en parfaite concordance avec le principe prétorien de concentration des moyens.

⁹⁷⁰ CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°542. Dans le même sens v. GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (Fr.), *Procédure civile..., op. cit.*, n°532, CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°542

⁹⁷¹ Cass. Ass. Plén., 21 dec. 2007, n°06-11343, *Bull. ass. plén.* n°10 ; *BICC*, 15 avr. 2008, p.18 ; *JCP* 2008. II. 10006, note WEILLER (L.) ; *ibid.* I. 138, obs. AMRANI-MEKKI (S.) ; *D.* 2008, p. 228, obs. DARGENT (L.) ; *Ibid.* p.1102, obs. DESHAYES (O.) ; *RTD Civ.*, 2008 p.317, obs. GAUTIER (P.-Y.) ; *Dr. et proc.*, 2008, p.103, note LEFORT (C.) ; *RCA*, 2008, comm. 112, note HOCQUET-BERG (S.) ; *CCC*, 2008, Comm. 92, note LEVENEUR (L.) ; *RDI*, 2008, p.102, note MALINVAUD (Ph.) ; *Ann. Loyers*, 2008, 1982, obs. MARTIN (R.) ; *RDC*, 2008, 2, p.327, obs. BENABENT (A.) ; *Defrénois*, 2008, n° 13, p. 1457, note SAVAUX (E.).

⁹⁷² Cf. *supra* p. n°171.

⁹⁷³ Avis de M. le premier avocat général de GOUTTES, *avis précit.*

⁹⁷⁴ Rapport de M. le conseiller rapporteur LORIFERNE, *précit.*

Certes, nous avons contesté que la distinction du fait et du droit ait jamais trouvé sa place dans le Code de procédure civile et que la jurisprudence s'en écarte ne nous semble donc pas, pour cette raison, *contra legem*. La distinction du fait et du droit n'étant qu'un argument politique au soutien d'une conception de l'office du juge⁹⁷⁵, il était aisé de l'écarter au regard d'autres arguments de politique procédurale : encombrement des tribunaux et exigence de célérité. Cependant, l'article 12 al.1 dispose que « le juge tranche le litige *conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* » et non *en fonction des règles de droit que proposent les parties*⁹⁷⁶. La solution est critiquable et replace le juge dans un rôle d'arbitre autrefois tant contesté. Il n'a qu'à choisir entre deux propositions de jugement et la faire sienne. « *Da mihi factum, da mihi jus, judicium dabo* »⁹⁷⁷, les parties ont la charge d'apporter le droit et le juge est libre de leur indiquer ou non la norme réellement applicable à leur litige.

331. Interdiction du relevé d'office du « moyen d'inconstitutionnalité ». Un pan du droit échappe au juge du fond avec l'entrée dans le paysage juridique français de la question prioritaire de constitutionnalité qui entraîne un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* d'une disposition législative. Par la loi constitutionnelle 23 juillet 2008⁹⁷⁸, il est désormais prévu que « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé »⁹⁷⁹. Est ainsi offerte à tout justiciable la possibilité de formuler un moyen d'inconstitutionnalité à l'occasion d'un litige qui sera transmis, après le passage de différents filtres, au Conseil Constitutionnel.

Ce contrôle ne concerne pas les dispositions réglementaires qui forment la procédure civile car il ne s'attache qu'à vérifier la conformité des dispositions législatives, ou de l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite⁹⁸⁰, aux droits et libertés garantis par la

⁹⁷⁵ Chez Motulsky la distinction du fait et du droit dissimule un argument plus politique qui n'est autre que sa propre conception de l'office du juge exempt des « graves défauts » liés « aux conceptions individualistes » auxquelles le droit français est attaché. Cf. MOTULSKY (H.), « Le rôle respectif ... », *op. cit.*, n°33, p.59 et cf. *supra* n°282 et s.

⁹⁷⁶ M. le premier avocat général de Gouttes, *bien que favorable à une simple faculté reconnaît lui-même que* « De l'ensemble de ces textes, il semble se déduire que, si l'on s'en tient à la lettre des alinéas 1 et 2 de l'article 12, le juge est soumis à une obligation : celle de statuer en droit », *avis précit.*

⁹⁷⁷ DESHAYES (O.), « L'office du juge à la recherche de sens... », *D.*, 2008, p. 1102.

⁹⁷⁸ Loi n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

⁹⁷⁹ Art. 61-1 al.1 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁹⁸⁰ Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, *Journal Officiel*, 7 Octobre 2010 154 ; *D.* 2010, p. 2293, obs. GALLMEISTER (I.), p. 2744.

Constitution⁹⁸¹. En revanche la procédure civile s'intéresse à ce contrôle puisque c'est à l'occasion d'un litige qu'est soulevée une telle question.

Afin d'accéder aux sages de la rue Montpensier, la question soulevée doit réunir trois conditions⁹⁸². Le moyen soulevant l'inconstitutionnalité devra être contenu dans un écrit « distinct et motivé »⁹⁸³ démontrant que « la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites », qu'elle n'a jamais fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité ou que si c'est le cas « que les circonstances ont changé » et « que la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux ». Face à un tel moyen, le juge du fond, après avoir constaté que ces trois conditions sont remplies dispose d'un délai de huit jours pour transmettre la question à la Cour de cassation qui, s'assurant une nouvelle fois que les conditions sont remplies en s'attachant à découvrir la « présen[ce] d'un caractère sérieux »⁹⁸⁴, « renvoie » à son tour la question au Conseil Constitutionnel dans un délai de trois mois.

Cette possibilité de soulever l'inconstitutionnalité d'une disposition législative illustre une nouvelle fois le pouvoir qu'ont les parties sur le droit. Elles sont seules à pouvoir émettre l'hypothèse que la loi qui est applicable à leur litige est inconstitutionnelle. Alors qu'il peut, voire doit, soulever d'office un moyen relevant la contrariété d'une disposition à une convention internationale⁹⁸⁵, le juge a interdiction de soulever d'office un tel moyen⁹⁸⁶ que d'aucuns qualifieraient de « pur droit ». Il est même lié par ce moyen qui l'oblige à sursoir à statuer⁹⁸⁷ si les conditions sont remplies vérifiant seulement l'applicabilité de la disposition en cause au litige et l'apparent sérieux du moyen, le véritable filtre étant la Cour de cassation. Enfin, ce

⁹⁸¹ Dès lors, et pour donner un exemple, il n'est pas possible de soulever l'inconstitutionnalité de l'interprétation de l'art. 12 C.p.c. donnée par l'assemblée plénière dans son arrêt du 21 décembre 2007 qui pourrait pourtant apparaître comme portant atteinte à l'égalité de tous devant la loi puisque la solution retenue dans cet arrêt peut conduire à ne pas appliquer la même disposition légale à deux individus se trouvant dans la même situation.

⁹⁸² Ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958, art. 23-2.

⁹⁸³ Ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958, art. 23-1 al. 1.

⁹⁸⁴ Ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958, art. 23-4.

⁹⁸⁵ Au moins pour les dispositions réglementaires, la Cour de cassation a pu décider que « qu'en s'abstenant de rechercher eux-mêmes, en fonction des circonstances de fait de la cause, s'il n'y avait pas lieu de faire application en l'espèce des dispositions d'un traité international ou d'un règlement communautaire exécutoire en France, les juges du fond, qui n'ont pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle, n'ont pas légalement justifié leur décision », Cass. Crim. 18 févr. 1971, METHFESSEL, *D.* 1971. 525. En ce sens v. MOLINIER (J.), « Primauté du droit communautaire », *Répertoire de droit communautaire*, Dalloz, 2011, n°45.

⁹⁸⁶ Ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958, art. 23-1 al. 1. Le juge du fond peut reformuler la question pour la rendre plus claire mais ne peut en aucun cas en changer l'objet, cf. Cass. Civ. 3^e, 24 juin 2011, n° 11-40.016, 930, *JCP G* 2011, 1513, note MATHIEU (B.) et Cons. const., déc. 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC, consid. 9. Dans ce sens v. également FLORES (Ph.), « Question prioritaire de constitutionnalité », *JCl Procédure civile*, Fasc. 156, 2012, n°62.

⁹⁸⁷ Ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958, art. 23-3.

moyen échappe à la jurisprudence *Césaréo* puisqu'il peut être soulevé devant la Cour d'appel voire à l'occasion du pourvoi en cassation⁹⁸⁸.

Au regard de ce mécanisme, nous rejoignons la pensée de Madame Bléry selon laquelle c'est attendre une nouvelle fois « du plaideur qu'il connaisse mieux le droit que [le juge] »⁹⁸⁹.

Ainsi si le domaine du droit n'est pas attribué uniquement au juge, nous allons montrer que celui des faits, tant dans la conception motulskienne qu'en droit positif n'est pas réservé aux parties. Toutefois, c'est de manière différente car si le domaine du droit est commun, celui des faits est divisé.

§2 - Les faits, domaine divisé

332. Le fait n'est pas le domaine réservé des parties et il ne l'était déjà pas dans la distinction de Motulsky. Elles ont la liberté d'apporter au débat les faits de leur choix mais une fois qu'ils y ont été introduits, le juge en a la libre disposition. Dès lors, s'il y a bien une frontière entre le fait et le droit, elle n'est pas la seule et ce n'est pas elle qui est infranchissable. *La frontière qui importe ne passe donc pas entre le fait et le droit mais entre les faits dans le débat et ceux qui n'y sont pas entrés.*

Le domaine du fait se scinde alors en deux parties, en deux parcelles. La première, constituée des faits hors du débat, est réellement réservée aux parties (A) tandis que les faits introduits dans le débat constituent un territoire qu'elles partagent avec le juge (B).

A - Les faits hors du débat, domaine réservé des parties

333. La distinction du fait et du droit pensée par Motulsky trace peut-être une frontière entre fait et droit mais dessine surtout une limite au sein des faits. Parmi tous les événements et circonstances factuelles qui appartiennent à leur vie, les parties sont seules à choisir ceux

⁹⁸⁸ Art. 61-1 al.1 de la Constitution du 4 octobre 1958. En ce sens v. BLÉRY (C.), « Question prioritaire de constitutionnalité, jurisprudence *Césaréo* et office du juge : l'impossible conciliation », *Procédures*, n° 6, Juin 2010, alerte 28, qui va jusqu'à parler d'une « déconcentration des moyens » en matière de QPC.

⁹⁸⁹ BLÉRY (C.), *Ibid.*

qu'elles souhaitent porter à la connaissance du juge. On distingue alors les faits dans le débat, qui constituent une première parcelle du domaine factuel, et ceux que les parties, volontairement ou involontairement, en ont exclus et qui composent une deuxième parcelle.

L'interdiction faite aux juges se limite à l'apport au débat des circonstances de l'espèce. C'est en cela que nous affirmons que les faits hors du débat constituent le domaine réservé des parties. Dans ce champ restreint, on peut comprendre, sans toutefois y adhérer, l'idée de Motulsky selon laquelle les parties auraient une pleine propriété sur des faits.

Pourtant, cette règle est assortie d'une exception prévue à l'art. 8 C.p.c. : « Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige ». En se prévalant de cet article, le juge peut se contenter de demander « des éclaircissements sur des faits allégués ou dans le dossier »⁹⁹⁰. Il est aussi souvent reconnu que cette possibilité lui permet d'introduire des faits nouveaux que les parties avaient pu, que ce soit volontairement ou par omission, tenir à l'écart du débat. Toutefois, pour certains auteurs, une telle affirmation est à relativiser car les parties conservent la possibilité de refuser, le juge ne disposant pas à cet égard d'un pouvoir de contrainte⁹⁹¹.

Même s'il ne s'agit que d'un aménagement au principe donnant la possibilité aux parties d'élargir le champ des faits⁹⁹² sur proposition du juge, celui-ci possède un pouvoir d'initiative dans le domaine factuel. Par nostalgie on regrettera peut-être la neutralité du juge qui en agissant ainsi porte secours à une partie, mais la solution qui en résultera en droit ne sera que plus juste, car fait et droit dans le procès bien que distincts ne sont pas moins dépendants l'un de l'autre. De plus, le principe du contradictoire rééquilibre quelque peu les choses en instaurant obligatoirement un débat sur ces nouveaux faits.

B - Les faits dans le débat, domaine partagé des parties et du juge

334. Du moment que les faits sont entrés dans le débat, qu'ils aient été ou non spécialement invoqués à l'appui des prétentions des parties, le juge en a la libre disposition, tout comme s'il s'était agi de biens meubles tombés en communauté.

⁹⁹⁰ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile ...*, op. cit., n°490, p.396.

⁹⁹¹ *Ibid.* ; LE BARS (Th.) et HERON (J.), *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°274, p.223.

⁹⁹² *Ibid.*

Ainsi, selon l'art. 7 al.2 qui dispose que « parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions », il peut user à sa guise des « faits *adventices* »⁹⁹³ comme les dénommait Motulsky. Si les faits ont été mentionnés ou ressortent simplement des pièces versées au dossier, peu importe qu'ils aient ou non été « spécialement invoqués », c'est-à-dire qu'ils servent directement de justification à la prétention en se laissant « articuler dans un moyen »⁹⁹⁴, « dans un raisonnement destiné à convaincre le juge »⁹⁹⁵.

Le juge du fond peut ainsi modifier la hiérarchie des faits établie par les parties et donner un nouvel aspect au litige, les parties étant alors protégées, une nouvelle fois, par le principe contradictoire dont un des aspects oblige le juge à « soumettre ses initiatives juridiques à la discussion des parties »⁹⁹⁶ et plus largement d'éviter aux parties tout « effet de surprise ».

En agissant ainsi, l'objectif du juge peut être simplement de relever un meilleur fondement en fait que celui proposé par les parties et dont ces dernières, ou leur conseil, n'avaient peut-être pas mesuré l'importance au regard du droit. Il peut également relever dans le débat un fait non invoqué par les parties afin de changer le fondement juridique de la prétention et parvenir au résultat souhaité.

On constate alors le paradoxe qui existe entre cette disposition qui permet au juge de pallier les défaillances d'une partie, (ou de son conseil), dans les faits, matière dont elle a la pleine connaissance, et la possibilité laissée au juge de ne pas venir au secours d'une partie, peut-être mal conseillée en droit, domaine dans lequel elle est profane et où il est expert. Jacques Normand s'interrogeait, de manière rhétorique, afin de savoir si puisqu'« en droit, les parties ont toute latitude de situer leurs prétentions sur le terrain juridique de leur choix (...) là où l'exercice de ce pouvoir étant facultatif, le juge s'abstient d'en faire usage, la partie que cela dessert (...) [pouvait] lui reprocher sérieusement de n'avoir pas vu ce qu'elle n'avait pas elle-même remarqué »⁹⁹⁷. Les parties ne sont pas juges, elles ne connaissent pas le droit, et si elles n'ont pas souhaité lier le juge en droit c'est pour qu'il exerce pleinement sa fonction. En revanche elles connaissent les faits mais ne peuvent pas totalement lier le juge en ce domaine.

⁹⁹³ V. par ex. MOTULSKY (H.), « La cause de la demande... », *op. cit.*, p.122.

⁹⁹⁴ LE BARS (Th.) ET HERON (J.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°274, p.222.

⁹⁹⁵ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile...*, *op. cit.*, n°491, p.397.

⁹⁹⁶ LE BARS (Th.) ET HERON (J.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°290, p.240.

⁹⁹⁷ NORMAND (J.), « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RTD Civ.*, 1996, p. 689.

La connaissance d'une matière ou de l'autre sur laquelle reposait en partie la distinction du fait et du droit n'a plus d'influence sur la répartition des rôles.

335. Certains auteurs voient une troisième parcelle dans le domaine factuel constituée par les faits adventices⁹⁹⁸. Or, cette notion de faits « spécialement invoqués », qui correspond à ceux mis en œuvre par les moyens de pur droit, ont perdu de leur intérêt puisque la jurisprudence, en tranchant la controverse sur l'intensité du pouvoir du juge de relever un moyen de droit, a refusé d'user de la distinction entre moyen de pur droit et moyen mélangé de fait et de droit. Si la jurisprudence avait suivi l'avis de la doctrine majoritaire, en retenant cette distinction, le juge aurait eu l'obligation de relever d'office les moyens de pur droit. Trois parcelles auraient été à prendre en compte dans le domaine des faits : celle constituée par les faits hors du débat (interdite au juge), celle constituée par les faits dans le débat mais non invoqués à l'appui de leur prétention (facultative) et celle composée par les faits adventices (obligatoire). Cependant la jurisprudence en a décidé autrement. Dès lors, il n'existe qu'une seule frontière utile pour la répartition des rôles : elle est dans le domaine des faits et passe entre ceux qui sont dans le débat et ceux qui sont hors du débat.

Le domaine des faits est divisé entre les parties et le juge. Contrairement à Motulsky, nous n'y avons pas inclus la matière probatoire qui, selon nous et au vu du Code de procédure civile, constitue un domaine à part mêlant fait et droit et ne pouvant donc, comme le voudrait la distinction, être attribué aux parties ou au juge.

§3 - La preuve, domaine entremêlant le fait et le droit

336. La preuve n'appartient ni au domaine du fait ni à celui du droit parce qu'elle suppose, certes, la réunion d'éléments factuels mais ces derniers doivent être appréciés, jugés admissibles et pondérés en fonction de la valeur probante que leur confère la loi ou l'appréciation des juges du fond. La preuve, en tant que démonstration de la vérité d'un fait, est un véritable jugement à part entière soumis aux règles de preuve qui sont parfois des normes

⁹⁹⁸Voir le schéma proposé in GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile*, Dalloz, coll. Hypercours, 3^e ed., 2013, p.326.

substantielles parfois des normes procédurales. En tant que jugement elle peut également avoir pour objet le droit puisque la preuve du contenu d'une loi peut être exigée.

L'activité probatoire est donc complexe et c'est ici que convergent toutes les difficultés liées à l'utilisation de la distinction du fait et du droit. Cette activité résume à elle seule les défauts de la distinction : une seule distinction est insuffisante à répartir les rôles et le triple objet de la distinction⁹⁹⁹ reste incapable à fonder cette répartition. A ce point du procès l'on se rend compte que la distinction ne peut être le fondement de la répartition des rôles, qu'elle ne peut être utilisée et qu'elle n'est pas utilisée pour répartir la charge de la preuve. Elle retrouve en ce domaine la place qui est la sienne et qui aurait certainement dû le rester : celle de critère déterminant l'objet de la matière probatoire.

Même si elle est atténuée, la distinction persiste en tant que fondement de l'objet de la preuve (A) ; en revanche elle est impuissante à répartir la charge de celle-ci (B).

A - La distinction, fondement persistant de l'objet de la preuve

337. La distinction du fait et du droit est le critère traditionnel qui permet de déterminer l'objet de la preuve (1). Cependant, en matière de preuve la distinction régit désormais un autre point, celui de la charge de la preuve. Ce glissement du fondement distinctif s'est opéré lorsqu'il s'est agi de résoudre la question de la loi étrangère (2).

1 - Le fondement traditionnel de l'objet de la preuve

338. La distinction du fait et du droit dispense les parties de prouver le droit, les contraignant seulement à prouver les faits. Ce principe (a) est parfaitement illustré par la réglementation de l'aveu, en tant que modalité de preuve (b).

⁹⁹⁹ V. *supra* n°301s.

a - Le principe : l'objet de la preuve est un fait

339. « La détermination de l'objet de la preuve est commandée par la distinction du fait et du droit »¹⁰⁰⁰, on convient que le droit est exclu de l'activité probatoire. Il s'agit là d'un des rôles historique de la distinction, un rôle « majeur »¹⁰⁰¹.

Dès lors, seul le fait doit être prouvé, la preuve du droit étant inutile puisque, comme on l'a rappelé, selon l'adage *jura novit curia*, « le juge connaît le droit ». Le juge connaissant les normes¹⁰⁰², l'exigence probatoire disparaît à leur encontre. Seule demeure la charge pour les parties de prouver les faits propres à déclencher l'effet juridique de la règle de droit invoquée au soutien de leur prétention. Les parties allèguent le fait et le droit mais n'ont à prouver que le fait avec, quand cela est nécessaire, l'aide du juge¹⁰⁰³.

Le droit exclu du champ de la preuve est entendu au sens strict, celui de norme. On ne peut ainsi exiger d'une partie qu'elle démontre l'existence et le contenu de la règle de droit, autrement-dit sa réalité. En revanche, quand la règle en question est dépourvue du caractère normatif, c'est-à-dire qu'elle ne satisfait pas aux exigences de généralité, abstraction et contrainte, elle est un fait dont la preuve ne saurait être négligée. La preuve d'une coutume ou d'un usage doit ainsi être rapportée par la partie qui s'en prévaut, puisque ces règles n'ont pas un degré de généralité suffisant et bien que la doctrine les conçoive comme des sources du droit. Puisqu'elles ne répondent pas aux critères normatifs, elles ne sont pas du droit et ne bénéficient pas de la règle *jura novit curia*, ce que confirme la jurisprudence¹⁰⁰⁴. Bien que les parties ne bénéficient pas de dispense à leur égard, elles ont une certaine liberté quant aux modalités de preuves qui les concernent. Généralement, la preuve de la coutume et des usages se fera par parère¹⁰⁰⁵.

Il s'agit là de l'application de la distinction théorique du fait et du droit, celle qui sépare à juste titre les règles de droit des événements factuels selon le critère normatif et qui est ici tout à fait opérante.

¹⁰⁰⁰ TERRE (Fr.), *op. cit.*, n°569, p.489.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*

¹⁰⁰² Sur le caractère théorique de cette connaissance *cf. contra*. DEUMIER (P.), « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *PA*, 6 mars 2000, n° 46.

¹⁰⁰³ *Cf infra* n°355.

¹⁰⁰⁴ *Cf. par ex.* Cass. Ass. plén. 26 févr. 1988, n° 85-40.034, *Bull. ass. plén.*, n°2, *JCP* 1988, IV, 166.

¹⁰⁰⁵ DEUMIER (P.), *Le droit spontané*, th. Toulouse, 2000, Paris, Economica, 2002, n°269, pp.247-248. La preuve par parère consiste en la production d'attestations d'organisations professionnelles, *cf.* DEUMIER (P.), « Coutume et usage », *Rep. civ.*, Dalloz, 2014, n°44.

b - L'illustration : l'aveu

340. L'aveu est un mode de preuve qui à ce titre et selon la distinction du fait et du droit a pour unique objet le fait.

341. Un mode de preuve. L'aveu est la « reconnaissance par un plaideur de l'exactitude d'un fait allégué contre lui, qui constitue un mode de preuve du fait avoué »¹⁰⁰⁶. Cet aveu peut être judiciaire ou extrajudiciaire selon qu'il est réalisé devant un juge compétent au cours d'une instance ou non.

Selon l'art. 1356 al. 1 et 2 C.civ., « l'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial » et qui « fait pleine foi contre celui qui l'a fait ». Une partie déclare, volontairement, un fait avéré qui favorise son adversaire. A cet acte, la loi attache une présomption de vérité, puisque la probabilité qu'une partie avoue un élément qui lui nuit et qui n'existe pas est infime. C'est également parce qu'il est énoncé devant un magistrat que l'aveu judiciaire est un mode de preuve parfait et que celui-ci est obligé de tenir le fait avoué pour constant. Il est alors irrévocable et la partie qui l'émet ne pourra revenir dessus sauf à apporter la preuve qu'elle a commis une erreur de fait en l'énonçant, c'est-à-dire à avoir cru réels des faits qui ne l'étaient pas. L'erreur de droit n'a aucun effet puisqu'elle ne remet pas en cause la réalité des faits avoués¹⁰⁰⁷. Nous retrouvons ici une autre forme de la distinction du fait et du droit qui interdit de se prévaloir d'une erreur au droit au motif que nul n'est censé ignorer la loi.

Si « la loi présume l'exactitude de la déclaration lorsque l'aveu a eu lieu dans des circonstances offrant toutes garanties de régularité »¹⁰⁰⁸, quand l'aveu est fait en dehors de toute instance, qu'il est extrajudiciaire, elle le soumet à l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁰⁰⁹.

342. Un mode de preuve du fait. Outre la très grande force probante que l'aveu peut revêtir, ce qui nous intéresse dans ce mode de preuve est l'application particulière qui lui est faite de la distinction du fait et du droit. A cet égard, qu'il soit judiciaire ou extrajudiciaire, il est constamment rappelé que l'aveu ne peut porter que sur un fait. A son propos, le professeur

¹⁰⁰⁶ CORNU (G.) (Dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V°Aveu, p.112.

¹⁰⁰⁷ MOURALIS (J.-L.), « Preuve (1° mode de preuve) », *op. cit.*, n°770, p.98.

¹⁰⁰⁸ MOURALIS (J.-L.), « Preuve (1° mode de preuve) », *op. cit.*, n°719, p.91.

¹⁰⁰⁹ « Dans le silence de la loi, on estime qu'elle est laissée à l'appréciation des tribunaux, le juge restant libre d'être ou non convaincu de la véracité des faits rapportés. », TERRE (F.), *op. cit.*, p.562, n°690.

Terré relève qu'« il ne peut porter que sur une question de fait ; il ne peut porter sur une question de droit. L'existence ou le sens d'une règle juridique ou la qualification juridique d'une situation, ne peut dépendre de l'aveu d'une partie. Il s'agit d'une nouvelle application de la distinction essentielle entre le fait et le droit, la détermination du droit relevant de l'office du juge »¹⁰¹⁰.

Selon nous, il ne s'agit pas d'une autre utilisation de la distinction du fait et du droit mais du rappel par la jurisprudence¹⁰¹¹ de la distinction comme critère de délimitation de l'objet de la preuve. Les parties n'ont pas à prouver le droit, seule la charge de la preuve du fait leur incombe puisque le juge connaît la loi. Elles déclarent donc vrai un fait et non sa qualification, la loi qui leur est applicable ou encore les effets juridiques qui en découlent. Une partie déclare réels les faits allégués par son adversaire mais non la totalité de la prétention de ce dernier.

En revanche, l'apport de la preuve de la loi étrangère, qui constitue une exception à la distinction du fait et du droit, ne peut être effectué par aveu¹⁰¹². Aujourd'hui, cette règle n'a rien de critiquable puisque la preuve n'appartient plus aux parties mais au juge.

Dès lors, une partie peut reconnaître qu'elle doit une somme à telle personne mais non qu'elle est solidaire pour une dette¹⁰¹³. Elle ne peut non plus avouer qu'il existe une servitude de passage¹⁰¹⁴ ni qu'elle est responsable d'un dommage¹⁰¹⁵ en admettant, par exemple, « qu'il lui appartenait d'indemniser pleinement M. Y »¹⁰¹⁶.

Malgré cette règle, il arrive quelques fois que l'aveu puisse être qualifié. Selon le professeur Terré, cet aveu est celui qui « tout en reconnaissant un fait, lui donne une couleur ou y relève une circonstance qui en altèrent les effets juridiques. Ainsi une personne reconnaît qu'on lui a prêté 500 €, mais sans intérêts, ou encore qu'on lui a remis des objets, mais à titre de don manuel et non à titre de dépôt »¹⁰¹⁷. Un tel aveu est dit indivisible. Il est recevable et la

¹⁰¹⁰ TERRE (F.), *op. cit.*, pp.557-558, n°682.

¹⁰¹¹ « la déclaration d'une partie ne peut être retenue contre elle comme constituant un aveu que si elle porte sur des points de fait et non sur des points de droit », Cass. Civ. 2e, 28 mars 1966, *Bull. civ. II*, n°416, *D.* 1966. 541; Cass. Civ. 1re, 23 nov. 1982, n°81-15.904, *Bull. civ. I*, n° 335, Cass. Com. 28 févr. 1984, n°81-15.614; *Bull. civ. IV*, n° 75.

¹⁰¹² Cass. Civ. 1re, 30 mars 1966, *Bull. civ. I*, n° 216 ; *Rev. crit. DIP*, 1967, 705, note BREDIN.

¹⁰¹³ Cass. Civ. 1re, 7 juin 1995, n°92-21.961, *Bull. civ. I*, n° 233; *JCP* 1996. I. 3938, n° 18, obs. CADIET (L.); *Gaz. Pal.* 1996. 2. Somm. ann. 473, obs. CROZE (H.) et MOREL (C.); *RTD civ.* 1996. 170, obs. MESTRE (J.).

¹⁰¹⁴ Cass. Civ. 3, 27 avr. 1988, n°86-17.472, *Bull. civ. III*, n°82, *D.* 1989. 275, note BEIGNIER (B.); *JCP*, 1988, IV, 229 ; Cass. Civ. 3, 22 mars 1989, n°87-19.923, *Bull. civ. III*, n° 72 ; *D.*, 1989, IR, 124 ; *RTD civ.*, 1989, 589, obs. ZENATI (F.).

¹⁰¹⁵ Cass. Civ. 2, 28 mars 1966, *préc.*

¹⁰¹⁶ Cass. Civ. 2, 22 mai 2003, n°01-15.311, *Bull. civ. II*, n°157 ; *D.*, 2004, p.1342, obs. JOURDAIN (P.) ; *Dr. fam.* 2003, n° 155, note JULIEN (J.).

¹⁰¹⁷ TERRE (F.), *op. cit.*, p.560, n°686.

partie qui s'en prévaut ne peut retenir qu'une partie de cet aveu. C'est là une entorse à la distinction ou la reconnaissance de son impuissance à tout régir.

Ainsi, même dans le domaine, certes restreint, dans lequel elle demeure en tant que règle réelle et officielle, elle « débouche sur des distinctions d'une hallucinante subtilité qui montrent que la distinction du fait et du droit n'est qu'un leurre ou, au mieux, un truc pédagogique »¹⁰¹⁸.

2 - le glissement du fondement : la question de la loi étrangère

343. La loi étrangère reçoit un traitement procédural différent du droit français puisqu'elle ne saurait bénéficier de l'adage *jura novit curia*. La controverse dont elle fut l'objet a sensiblement déplacé la question de l'objet de la preuve, « que doit-on prouver ? », vers celle de la charge de la preuve, « qui des parties ou du juge doit en rapporter la preuve ? ». Ce glissement s'est d'abord effectué sous l'influence de Motulsky avant d'être consacré par la jurisprudence.

344. Du fondement traditionnel au fondement motulskien. Il n'a jamais fait de doute que la loi étrangère devait être prouvée puisqu'il ne pouvait être question de la faire bénéficier de la présomption de connaissance par le juge. Cependant, avec l'introduction de la distinction du fait et du droit la question s'est déplacée. Au vu de l'utilisation traditionnelle de la distinction, selon laquelle seul le fait est objet de preuve, et puisque les parties ne peuvent se prévaloir de la dispense de preuve qui leur est reconnue, elles doivent prouver le contenu de la loi étrangère. En revanche, au vu de la distinction motulskienne, puisque la nature de la loi étrangère demeure en toutes circonstances juridique et qu'il faut en établir le contenu, elle appartient au domaine du droit et c'est donc au juge de la prouver.

Le raisonnement de Motulsky reposait sur sa conception globale de la distinction et sur sa volonté de voir le juge appliquer d'office toute règle de droit, quelle que soit son origine, du moment qu'elle est censée résoudre le litige.

Dans le domaine de la preuve, « la distinction du fait et du droit apparaît plus tranchée »¹⁰¹⁹, selon lui. L'activité a forcément pour objet le fait puisque le droit ne se prouve pas. La charge en incombe alors aux parties. Jusque-là, son analyse ne s'écarte pas de la distinction traditionnelle en matière de preuve : les parties doivent prouver le fait. Il s'en éloigne

¹⁰¹⁸ CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN(O.) *Procédure civile*, Litec, 4^e ed., 2008, p.193.

¹⁰¹⁹ MOTULSKY (H.), « L'office du juge et la loi étrangère », *op. cit.*, p.352.

du moment où un de ses postulats est remis en cause : le droit ne peut être prouvé, mais la loi étrangère, elle, doit l'être. Son premier argument consiste dans le fait qu'une règle de droit étrangère qui ne saurait être l'objet de la maxime *jura novit curia* doit simplement voir son contenu établi. Cela ne résolvant en rien le problème, il parle alors de « preuve de l'établissement du contenu de la loi étrangère ».

Ayant admis que la preuve peut porter sur une norme, il ne lui reste qu'à en déduire que pour être traité comme un droit et non comme un fait, la charge doit en incomber au juge d'après sa conception de la distinction du fait et du droit et non d'après la distinction traditionnelle en la matière. C'est, en quelques sortes, un détournement de la règle traditionnelle : de la dispense des parties de prouver le droit on en vient à la charge du juge d'en établir le contenu.

Cette démonstration comporte selon nous un écueil, elle détourne les règles traditionnelles dominant la preuve.

345. Le glissement jurisprudentiel. Originellement la question de la charge de la preuve du droit étranger, conformément à la distinction traditionnelle du fait et du droit, ne concernait que les parties à l'exclusion du juge. Cependant, des critiques se sont élevées à l'encontre du traitement jurisprudentiel de la loi étrangère, qui en excluant le juge de la recherche de la preuve de la loi étrangère et en considérant par ailleurs que son relevé d'office est facultatif¹⁰²⁰, ont amené à penser que le droit étranger était abaissé au rang de fait. Pour certains processualistes « cet ensemble de directives conduisait à traiter la loi étrangère tout autrement que la loi française et, ce faisant, à accrédiéter l'idée que la loi étrangère n'est pas une règle de droit.

Or ce qui s'oppose au droit, c'est le fait, et l'étude de la condition de la loi étrangère a révélé qu'elle était traitée *comme un fait*. De là à dire qu'elle *était un fait*, il n'y avait qu'un pas qui fut aisément franchi.

C'est pourquoi l'on n'a pas hésité, après avoir affirmé au terme d'un raisonnement inductif que la loi étrangère est un fait, à se fonder sur cette qualification pour en déduire les règles qui ont été précédemment énoncées » et de conclure que « ces affirmations avaient une force d'autant plus grande qu'elles prenaient comme point de départ ce qui n'était en réalité qu'un point d'arrivée »¹⁰²¹. Les auteurs de droit international privé qui ont relevé un tel

¹⁰²⁰ Cf. *supra* n°329.

¹⁰²¹ LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et VAREILLES-SOMMIERES (P. De), *Droit International Prive*, Dalloz, 9e ed., 2007, p.308.

raisonnement, remarquent que la distinction du fait et du droit, en plus de conduire à un raisonnement tautologique, occupe désormais une trop grande place en procédure civile.

346. Pourtant, c'est bien cette extension du fondement distinctif qu'a consacré la jurisprudence. Dans un premier temps, elle a considéré que le fardeau de la preuve incombait à la partie dont la prétention était soumise à la loi étrangère et non à celle qui s'en prévalait. Si la preuve n'était pas rapportée, la loi française s'appliquait en raison de son caractère supplétif, à moins que la carence ne résulte de la mauvaise volonté de la partie en cause qui voyait alors sa prétention rejetée. Ensuite, la jurisprudence *Amerford*¹⁰²², revenant à une position plus raisonnable, a confié la charge de la preuve à celui qui se prévalait du droit étranger. Parallèlement la Haute Cour a peu à peu fait glisser la charge de la preuve vers le juge, d'abord quand celui-ci procédait à une application d'office¹⁰²³, puis jusqu'à en délivrer les parties auxquelles il est seulement enjoint d'apporter leur concours¹⁰²⁴. Dorénavant, selon deux arrêts de concert de la Cour de cassation de 2005, « 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 et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger »¹⁰²⁵. Cette preuve est libre et s'effectue généralement à l'aide d'un certificat de coutume.

Ce glissement est également visible aujourd'hui dans le traitement jurisprudentiel réservé à la preuve de la convention collective¹⁰²⁶. Bien que le juge n'ait pas à rechercher d'office l'existence d'une convention collective applicable au litige, si une partie l'invoque il se doit « de se procurer par tous moyens ce texte [...], au besoin en invitant les parties à lui en

¹⁰²² « Dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits, il incombe à la partie qui prétend que la mise en œuvre du droit étranger, désigné par la règle de conflit de lois, conduirait à un résultat différent de celui obtenu par l'application du droit français, de démontrer l'existence de cette différence par la preuve du contenu de la loi étrangère qu'elle invoque, à défaut de quoi le droit français s'applique en raison de sa vocation subsidiaire ». Cass. Com., 16 nov. 1993, n°91-16.116, *Amerford*, *Bull. IV*, n° 405, *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 332, note LAGARDE (P.) ; *JDI*, 1994, p.98, note DONNIER (J.-B.).

¹⁰²³ Cass. Civ. 1^{re}, 27 janv. 1998, *Ababou c/Mazzat*, n°95-20.600, *Bull. civ. I*, n°27 ; *JCP* 1998. II. 10098, note MUIR WATT. (H.) : « il appartient au juge qui déclare applicable une loi étrangère de procéder à sa mise en oeuvre, et spécialement d'en rechercher la teneur ».

¹⁰²⁴ GUTMAN (D.), *Droit international privé*, Dalloz, 6^e ed., 2009, n°107-109, pp.107-109.

¹⁰²⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 juin 2005, n°00-15.734 (arrêt *Aubin*), *D.* 2005, IR, p.2853 ; *ibid.* 2748, obs. KENFACK (H.) ; *ibid.* 2006. Pan., p.1496, obs. COURBE (P.) et JAULT-SESEKE (F.) ; *Rev. crit. DIP*, 2005, p.647, obs. MUIR WATT (H.) et ANCEL (B.) et Cass. Com. 28 juin 2005, n°02-14.686 (arrêt *Itraco*), *D.* 2005, 2853, note BOUCHE (N.) ; *LPA*, 28 dec. 2005, 16, note MAHINGA ; *Rev. Crit. DIP* 2005, p.645, note ANCEL (B.) ET MUIR WATT (H.) ; *Gaz. Pal.*, fev. 2006, note NIBOYET (M.-L.) ; *D.* 2006, 1495, obs. COURBE (P.) et JAULT-SESEKE (F.).

¹⁰²⁶ Cass. Soc. 3 mars 1993, n°89-45.868, *Bull. civ. V*, n°76, *D.* 1994, 588, note ENCINAS DE MUNAGORRI (R.) ; Cass. Soc. 5 oct. 1993, n°89-41.644, *Bull. civ. V*, n° 224, *D.* 1994, 588, note ENCINAS DE MUNAGORRI (R.) ; Cass. Soc., 15 juill. 1998, n°96-42.005, *Bull. civ. V*, n° 389.

faire parvenir un exemplaire »¹⁰²⁷. La nature hybride de la convention collective, à la fois réglementaire et contractuelle, est en cause dans une telle solution puisque « conclue comme un contrat, elle a en réalité la nature d'un véritable règlement et est susceptible de contenir(...) « la règle de droit éventuellement applicable au litige »¹⁰²⁸ »¹⁰²⁹ et que selon les auteurs du rapport annuel de la Cour de cassation elle doit de ce fait « être traitée comme la loi elle-même »¹⁰³⁰.

Il ressort de ce qui précède que la distinction est bien un des critères permettant de déterminer quels éléments du procès doivent ou non être prouvés. Nous serions même tenté d'affirmer qu'il s'agit là de sa seule fonction en procédure civile. En effet, bien que sous l'impulsion de Motulsky, et dans le contexte de la controverse sur la loi étrangère, elle ait été utilisée pour désigner le titulaire de la charge de la preuve, elle se révèle inopérante.

B - La distinction, fondement impuissant de la charge de la preuve

347. La distinction du fait et du droit a été appelée à régir la charge de la preuve. Cependant, elle se révèle impuissante à remplir ce rôle. D'abord parce que la preuve est une activité soumise à des règles de droit et qui a principalement pour objet le fait le juge ne peut en être exclu. Ensuite, les rédacteurs du nouveau Code de procédure civile ont souhaité également confier au juge des pouvoirs d'instruction de l'affaire.

Le juge participe donc à l'activité probatoire en appliquant le droit de la preuve aux faits (1) et en aidant à l'apport d'éléments de preuve par le biais des mesures d'instruction (2).

1 - l'application du droit de la preuve aux faits par le juge

348. L'activité probatoire n'est pas seulement la recherche des preuves, elle correspond également à la validation de ces dernières par l'application des règles probatoires par le juge. Le juge va devoir appliquer certaine règle de preuve aux faits apportés par les parties. A ce titre,

¹⁰²⁷ Cass. Soc., 5 oct. 1993, n° 89-41.644, *Bull.* V, 1993, n° 224.

¹⁰²⁸ V. par ex. Cass. Soc., 5 mai 2009, n° 07-43.558, Inédit, *Procédures*, 2009, n° 227, note PERROT (R.).

¹⁰²⁹ « La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Rapport annuel 2012*, La documentation française, 2013, p.109.

¹⁰³⁰ *Ibid.*

la preuve s'assimile à un litige dans le litige (a) qui appelle à nouveau comme fondement la distinction du fait et du droit, alors que nous sommes censés être dans le domaine factuel. C'est pourquoi nous nous permettrons de parler de la distinction comme fondement gigogne (b).

a - La preuve, un « litige » dans le litige

349. Nous l'avons constaté¹⁰³¹ et nous le remarquons à nouveau, la preuve ne se classe ni dans le fait ni dans le droit puisqu'elle est une activité qui met en mouvement ces deux éléments. Le juge doit à la fois respecter et appliquer les règles dominant la matière. En appliquant ces règles de preuve, (qu'elles soient procédurales ou de fond) aux faits, il émet un jugement dans lequel il interprète, apprécie (admissibilité et valeur), qualifie les faits et déduit les conséquences légales de la règle de droit qui leur est applicable afin de les déclarer établis ou non et de leur conférer la valeur probante prévue par la loi. Il s'agit d'une application du droit, procédural ou substantiel suivant la règle de preuve en cause, aux faits allégués et concluants et pouvant à ce titre faire l'objet du contrôle de cassation.

Ainsi, si « la notion de preuve ne s'applique qu'aux données de fait », on omet souvent que « le droit commande la preuve du fait »¹⁰³². Motulsky, auteur de ces mots, en oublie parfois lui-même les conséquences. La question de la preuve conduit à un jugement à part entière, à l'application aux faits d'une règle de preuve. A ce titre, elle met nécessairement en jeu à la fois le fait et le droit. Il n'est donc pas évident, comme le laisserait penser la lecture d'une partie de la doctrine, que la preuve soit une activité de fait et qu'elle soit en conséquence dévolue aux parties. Certes la charge de la preuve appartient aux parties, le caractère accusatoire du procès civil et désormais, l'art. 9 C.p.c. en dispose ainsi. Cependant, la charge de la preuve est loin de correspondre à toute la matière de la preuve.

Dès lors, le juge ne peut être exclu de l'activité probatoire. Si l'on appliquait la distinction du fait et du droit motulskienne au jugement sur la preuve, les faits (preuve) appuyant la réalité des faits allégués devraient être réunis par les parties, le juge devant les qualifier et apprécier leur force probante au regard de la hiérarchie légale¹⁰³³, c'est-à-dire leur conférer la valeur qu'une règle de droit¹⁰³⁴ leur reconnaît ou à défaut user de son pouvoir

¹⁰³¹ Cf. *supra* n°179.

¹⁰³² MOTULSKY (H.), *Droit processuel, op. cit.*, p.223.

¹⁰³³ Cf. FERRAND (F.), « Preuve », *op. cit.*, n°459.

¹⁰³⁴ Généralement se sont les règles de droit substantielles qui indiquent la force probante d'une pièce, v. par exemple pour l'acte authentique l'art. 1319 C.civ.

discrétionnaire. Les deux temps de l'administration de la preuve, réunion-vérification et appréciation des preuves¹⁰³⁵, devraient être répartis entre parties et juge. Or ce n'est pas le cas.

b - La distinction, fondement gigogne

350. La preuve exige un véritable jugement et à ce titre, le juge ne peut en être exclu. Il n'est alors pas possible de classer l'activité probatoire au nombre des activités de fait et d'estimer qu'elle revient ainsi exclusivement aux parties même lorsqu'elle a le fait pour objet. Ainsi, alors que la distinction du fait et du droit devrait impartir cette tâche aux parties à l'exclusion du juge, celui-ci y a finalement un rôle à jouer, d'autant plus que le système probatoire français est un système, en grande partie, légal.

De plus, le Code de procédure civile confère des pouvoirs au juge dans la recherche des preuves. Le juge est donc impliqué à deux niveaux : celui de la recherche des faits et celui de l'appréciation et l'application du droit de la preuve à ces faits. Il joue un rôle tant dans le fait que dans le droit. Il n'est alors pas étonnant de voir une nouvelle fois la distinction du fait et du droit apparaître pour une nouvelle utilisation : circonscrire les rôles des techniciens à qui le juge à déléguer ses pouvoirs. Les techniciens ne peuvent se prononcer dans le droit, exception étant faite pour l'*amicus curiae*.

351. Les techniciens et le fait. Le C.p.c. offre la possibilité au juge de recourir à l'aide d'un technicien susceptible de l'éclairer sur la réalité des faits de l'espèce. Ce recours est d'autant plus fréquent et important que les litiges portent sur des questions de plus en plus techniques. Dans sa quête de vérité le juge peut donc par le biais d'une constatation¹⁰³⁶, d'une simple consultation¹⁰³⁷ ou si cela ne suffit pas d'une expertise, donner mission à un spécialiste de l'éclairer sur un fait. Le juge ordonne la mesure, en détermine les caractéristiques et l'étendue¹⁰³⁸, il la contrôle¹⁰³⁹.

¹⁰³⁵ Selon LEGEAIS (R.), *Les règles de preuve en droit civil "permanences et tradition"*, Poitiers 1954, L.G.D.J., 1955, pp.207-208.

¹⁰³⁶ Dans ce cas le technicien « se limite à rapporter ce qu'il a perçu », CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN(O.), *Procédure civile op. cit.*, p.201.

¹⁰³⁷ Art. 256 C.p.c : « Lorsqu'une question purement technique ne requiert pas d'investigations complexes, le juge peut charger la personne qu'il commet de lui fournir une simple consultation ».

¹⁰³⁸ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile...*, op. cit., n°642-645, p.485.

¹⁰³⁹ le contrôle de la mesure peut également être confié à un juge spécialisé par le président de la juridiction Cf. décret du 28 dec.1998, *précit*.

Surtout, le technicien ne donne son opinion que sur les faits et non sur le droit. Il constate, émet un avis sur les événements mais ne doit en déduire aucune conséquence légale. A cet effet l'art. 232 C.p.c. dispose que « le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien » ; l'art. 238 C.p.c. le complète en disposant qu'« il ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique » et l'art. 249 al. 2 C.p.c. précise à son tour que « le constatant ne doit porter aucun avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter ». Ainsi, le juge ne délègue pas ses pouvoirs, du moins dans le droit.

Le technicien apporte au juge des appréciations factuelles dépourvues de toutes conclusions juridiques. Les constatations de fait ne lient pas le juge c'est *a fortiori* le cas si le technicien formule malgré tout des appréciations de droit. Si c'est le cas, il n'encourt aucune sanction¹⁰⁴⁰. Si, dans cette hypothèse, la distinction du fait et du droit est véritablement un critère de droit positif¹⁰⁴¹, sa portée est minime.

352. L'*amicus curiae*, le fait et le droit. Procédé importé des systèmes anglo-saxons¹⁰⁴², le recours à l'*amicus curiae* menace selon certains auteurs la distinction du fait et du droit¹⁰⁴³. Plus qu'un « tiers (...) convié au prétoire pour présenter ses lumières aux juges sous la forme d'une communication écrite ou orale »¹⁰⁴⁴, il s'agit d'une « personnalité dont l'autorité morale, scientifique et humaine est unanimement reconnue et qui est invitée par le juge à lui fournir des informations propres à l'éclairer sur le litige qui lui est soumis »¹⁰⁴⁵. Une Cour d'appel a pour la première fois invité un *amicus curiae* à présenter son opinion en 1988 en la personne du bâtonnier de l'ordre des avocats à la cour d'appel de Paris¹⁰⁴⁶. Il devait renseigner la Cour sur « la faculté accordée aux ordres et aux associations de diffuser une liste des activités dominantes de l'avocat »¹⁰⁴⁷. Un peu plus tard, c'est au professeur Bernard, alors président du Comité national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, à qui l'assemblée plénière demanda

¹⁰⁴⁰ Cass. Civ. 2^e, 16 déc. 1985, n°81-16.593, *Bull. civ.* II, n°197 ; *D.*, 1986, 419, note MOUSSA (T.) ; *IR.* 228, obs. JULIEN (P.) ; Cass. Civ. 1^{re}, 7 juill. 1998, n°97-10.869, *Bull. civ.* I, n° 239.

¹⁰⁴¹ Critère qui selon certains auteurs connaît des assouplissements ces dernières années, v. notamment COLSON (R.), *th. précit.*, p.203.

¹⁰⁴² WOOG (J.-Cl.) et LAURIN (Y.), « *Amicus Curiae* », *Répertoire de Procédure civile*, Dalloz, 2011, n°7.

¹⁰⁴³ MALAURIE (Ph.) et MORVAN (P.), *Introduction générale*, Defrénois, 2009, p.154, n°180.

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*

¹⁰⁴⁵ MAZEAUD (D.), « L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae* », in *L'expertise*, Dalloz, 1995, p. 110.

¹⁰⁴⁶ C.A. Paris, 21 juin et 6 juill. 1988, *Gaz. Pal.* 1988. 2. 700, note LAURIN (Y.) ; *D.* 1989. 341 ; *RTD civ.* 1989. 138, obs. PERROT (R.).

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*

conseil sur les mères porteuses¹⁰⁴⁸ ou encore au professeur Montagné sur le développement du VIH¹⁰⁴⁹. Ces personnalités influentes, parfois perçues comme les représentants des lobbies¹⁰⁵⁰, n'ont pas à limiter leurs remarques et appréciations aux faits, elles peuvent donner leur avis sur le droit et sur les éventuelles conséquences juridiques de leurs constatations.

Selon la jurisprudence l'*amicus curiae* « n'est ni un témoin ni un expert et il n'est pas soumis aux règles relatives à la récusation »¹⁰⁵¹. Son statut ne rejoint pas celui des techniciens, qu'ils soient consultant, constatant ou expert. Le recours y est donc plus souple et il est même autorisé devant la Cour de cassation¹⁰⁵² bien que celle-ci ne puisse ordonner aucune mesure d'instruction. L'appel à un *amicus curia* est peu contraignant alors que les conséquences de son intervention sont souvent bien plus lourdes que celle d'un technicien « ordinaire ».

La raison avancée au soutien de ce statut particulier et privilégié est qu'il ne relève pas de la catégorie des modes de preuves mais du droit à l'information du juge¹⁰⁵³. L'exclusion de la distinction du fait et du droit à son propos se conçoit juridiquement même si certains principes de justice font douter de son bien-fondé.

Si le juge applique le droit de la preuve aux faits lors du procès civil, son rôle ne s'arrête pas là car le droit positif lui confie également un rôle dans la recherche de la preuve.

2 - L'apport de la preuve du fait par le juge et les parties

353. En se fondant sur la distinction du fait et du droit, Motulsky a souhaité que la preuve du fait incombe aux parties. Toutefois, le Code de procédure civile considère également qu'il entre dans l'office du juge de soutenir les parties dans cette tâche.

354. La charge des parties. Selon l'art. 9 C.p.c. « il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ». Cette disposition est

¹⁰⁴⁸ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20.105, *Bull. Ass. plén.*, n°4, *JCP* 1991. II. 21752, note TERRE (Fr.) ; *D.* 1991. 417, rapp. CHARTIER (Y.), note THOUVENIN (D.) ; *Defrénois*, 1991, p.948, obs. MASSIP (J.) ; *RTD civ.*, 1991, p. 517, obs. HUET-WEILLER (D.).

¹⁰⁴⁹ CA Paris, 16 oct. 1992, *D.* 1993. 172, note LAURIN (Y.). Pour un exemple plus récent v. CA Reims 25 mai 2010, n° 08/03411.

¹⁰⁵⁰ MALAURIE (Ph.) et MORVAN (P.), *Introduction générale*, Defrénois, 2009, p.155.

¹⁰⁵¹ C.A. Paris, 21 juin et 6 juill. 1988, *précit.*

¹⁰⁵² Sur l'avis de l'*amicus curiae* comme argument d'autorité devant la Cour de cassation v. RUBI-CAVAGNA (E.), « Les arguments d'opportunité », *Le raisonnement juridique*, DEUMIER (P.) (Dir), Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013, n°301, p.244.

¹⁰⁵³ En ce sens v. les arrêts de la CA de Paris précités et FERRAND (Fr.), « Preuve », *op. cit.*, n°38.

triple, elle fait peser la charge de la preuve sur les parties, limite cette charge aux faits et soumet cette activité aux modalités prévues par la loi.

Ces dispositions prévoient qu'après avoir allégué les faits, les parties doivent les prouver afin que le juge les considère établis et leur applique la règle de droit correspondante. Il s'agit là du rôle que Motulsky a confié à la distinction du fait et du droit : les parties construisent « l'édifice de fait »¹⁰⁵⁴ du procès. Puisque la preuve à rapporter est celle d'un fait, elle leur incombe.

De plus, l'art. 9 C.p.c. en précisant que les parties établissent leurs faits « conformément à la loi », renvoie à un système de preuve légale prévoyant la force probante des pièces produites mais dans lequel est toutefois aménagé un petit espace de liberté. Les parties sont soumises aux règles de procédure pour prouver les faits, c'est-à-dire tous événements, actes ou faits juridiques concluants. Ces preuves peuvent être préconstituées comme cela est fréquemment le cas pour les actes juridiques dont la réalité découlera le plus souvent d'un acte authentique ou sous-seing privé. Cependant, si une partie se trouve dans l'impossibilité d'accomplir cette lourde tâche, le juge peut apporter son secours.

355. Le rôle du juge. En matière de preuve - activité qui consiste à démontrer la vérité d'un fait - le juge n'est pas exclu. Cela provient à la fois de ce que la preuve est inclassable selon la distinction et de la volonté des rédacteurs du NCPC de faire reculer la neutralité du juge et donc la distinction du fait et du droit en la matière.

Le juge joue un rôle dans la recherche des preuves, le Code lui reconnaît un pouvoir d'instruction au détriment du principe de neutralité et donc de la distinction du fait et du droit. L'art.10 C.p.c. dispose à cet effet qu'il « a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles ». Si la recherche effectuée par une partie, collecte de documents ou expertise, se révèle infructueuse ou insuffisante et qu'elle est dans l'impossibilité d'obtenir un élément de preuve utile, que ce dernier lui est « inaccessible »¹⁰⁵⁵, elle a la possibilité de demander au juge une mesure d'instruction. Celui-ci peut également en avoir l'initiative et l'ordonner d'office. Selon l'art. 11 C.p.c., les parties sont alors tenues de lui apporter leur concours, à défaut le juge pourra en tirer toutes les conséquences légales. Le juge

¹⁰⁵⁴ MOTULSKY (H.), *Droit processuel, op. cit.*, p.198.

¹⁰⁵⁵ Art. 146 C.p.c. ; HERON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1089, p.894-895; CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN (O.) *Procédure civile, op. cit.*, p.194 et art. 146 C.p.c.

peut enjoindre à une partie, même si cela lui fait du tort¹⁰⁵⁶, ou à un tiers de produire une pièce¹⁰⁵⁷. Les différentes mesures d'instruction lui donnent également la possibilité de vérifier personnellement les faits¹⁰⁵⁸, de faire comparaître les parties¹⁰⁵⁹, d'auditionner les témoins ou de leur demander des attestations¹⁰⁶⁰, ou bien encore de faire exécuter, sous son contrôle, une mesure d'instruction par un technicien¹⁰⁶¹ : consultation, constatation, expertise.

Le juge ne se cantonne pas à un rôle d'arbitre, il est actif dans la recherche des preuves. En cas de recours à des mesures d'instruction son rôle est même prépondérant au détriment de celui des parties. Nombre d'auteurs estiment qu'en matière de preuve, les prérogatives du juge et des parties sont concurrentes¹⁰⁶², et qu'il existe une réelle collaboration voire une coopération¹⁰⁶³ entre eux.

¹⁰⁵⁶ « nul n'est tenu de prouver contre lui-même » est désormais une règle obsolète.

¹⁰⁵⁷ Art. 11 C.p.c.

¹⁰⁵⁸ Vérifications personnelles du juge prévue aux art.179 à 183 C.p.c.

¹⁰⁵⁹ La comparution personnelle des parties est régie par les art.184 à 198 C.p.c.

¹⁰⁶⁰ Les déclarations des tiers, attestations et enquêtes font l'objet des art.199 à 231 C.p.c., leur admissibilité et force probante dépendant du droit substantiel (civil ou commercial), cf. HERON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1105, p.907.

¹⁰⁶¹ Art. 232 et s. C.p.c.

¹⁰⁶² HERON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°275, p.223.

¹⁰⁶³ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile...*, *op. cit.*, n°562 et s., pp.450 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1.

356. Les activités du procès civil ne peuvent être uniquement réparties entre fait et droit. Les rédacteurs du Code de procédure civile qui n'avaient ni la possibilité ni, semble-t-il, la volonté de les répartir ainsi se sont abstenus d'adopter la distinction. Le juge est libre d'user des faits dans le débat, les parties peuvent lier le juge dans le droit et ont des obligations en ce domaine et en matière probatoire tous les acteurs ont un rôle à jouer. Il n'existe ainsi ni division des activités en fait et en droit ni attribution exclusive des domaines factuel et juridique, et dès lors il n'existe pas non plus de répartition des rôles selon une frontière tracée entre le fait et le droit. La maxime selon laquelle le fait appartient aux parties et le droit au juge est idéale, la réalité s'accorde bien mieux avec la formule suivante : « aux acteurs du procès : le fait, le droit et la preuve ».

Nous pensons avoir démontré que la répartition est irréalisable et irréalisée selon la distinction du fait et du droit. Nous allons voir qu'il n'est donc pas utile de la conserver dans le paysage procédural français.

CHAPITRE 2 - UNE DISTINCTION SURABONDANTE DANS LA RÉPARTITION

357. La distinction du fait et du droit est impuissante à constituer un fondement dans la répartition des rôles du procès civil, ce qui explique qu'elle ne semble guère plus employée que dans le discours d'une partie de la doctrine. Commence alors à se faire jour son caractère inutile. Elle ne décrit plus la réalité, ne semble jamais l'avoir fait, et ne contraint à respecter aucune règle.

Sur la matière du litige, les rôles sont répartis malgré la distinction. D'autres fondements existent et d'autres encore émergent tant dans le droit positif que dans le discours doctrinal. En effet, une partie de la doctrine, tout à fait consciente de l'impossibilité de répartir les rôles selon la distinction, à chercher d'autres fondements. Cependant, il nous semble qu'elle se soit pour cela éloigné des textes. En omettant parfois que la distinction n'était qu'une représentation des textes et non leur objet réel, la doctrine a tenté de la chasser par d'autres représentations. Ces constructions doctrinales, dont l'apport ne saurait être ignorée, nous semble parfois s'éloigner de l'objet représenté.

Dès lors, détachées de la réalité processuelle aucune de ces représentations n'a réussi à chasser les autres. La distinction, toujours présente, souvent en tant que guide ou outil pédagogique, se mêle à une foule toujours plus nombreuse de fondements qui par leur conjonction rendent les véritables règles qui commandent la répartition difficiles à lire. L'accumulation crée la confusion et la distinction inopérante devient également surabondante.

Se pose alors la question de son abandon et ce d'autant plus que si l'on cesse, pendant un instant, de vouloir chercher une représentation et que l'on se concentre sur l'objet réel, on se rend compte de ce que les textes du Code de procédure civile régissant la répartition des rôles sont précis. Ils décrivent exactement le rôle de chacun en distribuant les activités sans se soucier qu'elles portent sur le fait ou le droit et laissent peu de place à la controverse. Ils détaillent suffisamment les opérations qui reviennent au juge et les tâches laissées aux parties pour que soit abandonnée une distinction dont l'inanité sera alors démontrée.

Parce que la distinction ajoute à l'intrication des fondements (section 1) nous proposons son abandon pour un retour à la précision des textes (section 2).

SECTION 1 – L'ajout de la distinction à l'intrication des fondements

358. La distinction du fait et du droit est censée fonder la répartition des rôles entre les parties et le juge sur la matière litigieuse en assignant le droit au juge et les faits aux parties. Cependant, et au-delà des textes précis régissant la matière, elle n'est pas le seul fondement. Elle subit la concurrence de nombreuses règles et principes au milieu desquels elle se fond tout en prenant part à la confusion que paraît créer cette accumulation de fondements.

Ces autres règles et principes jouent un rôle en ce domaine soit parce qu'ils sont amenés à y intervenir et qu'ils le font *sans tenir compte* de la distinction soit parce qu'ils ont pour vocation de *remplacer* le prétendu fondement distinctif.

Les premiers sont généralement des fondements normatifs de la répartition des rôles indépendants de la distinction (§1) alors que les seconds sont des fondements doctrinaux concurrents de la distinction (§2).

§1 - Les fondements normatifs de la répartition indépendant de la distinction

359. Les partisans de la distinction du fait et du droit comme fondement de la répartition des rôles sur la matière litigieuse font des art. 4 à 13 C.p.c., appartenant au chapitre consacré aux principes directeurs du procès civil, sa source. Ces principes directeurs sont censés contenir « la conception fondamentale du procès civil »¹⁰⁶⁴. Certains, ont un domaine précis d'application tandis que d'autres, tel le contradictoire, transcendent le procès civil et ont vocation à en régir plusieurs facettes, sinon toutes. Ces derniers principes ont alors des conséquences dans la répartition des rôles et cela sans que leur importe la distinction du fait et du droit.

¹⁰⁶⁴ CORNU (G.), « La codification de la procédure civile en France », *op. cit.*, p.387.

La distinction doit faire face aux principes directeurs (A) dont certains atténuent grandement sa portée (B).

A - La distinction face aux principes directeurs du procès civil

360. La distinction se trouve face à des principes directeurs qu'il est difficile de qualifier comme tels (1) et qu'il est également difficile de faire cohabiter (2).

1 - La qualification difficile des « principes directeurs »

361. Origine des principes directeurs. Apparue sous la plume de Vizios puis développée par la doctrine et particulièrement par Motulsky, la notion de principe directeur comprenait à l'origine les principes dispositif et contradictoire¹⁰⁶⁵. Désormais consacrée, elle trouve sa place en tant qu'intitulé du premier chapitre du Code qui, dans ses art. 1 à 24 C.p.c., énumère plusieurs principes. La première difficulté réside dans le fait que ces principes demeurent « innomés » dans ce même Code¹⁰⁶⁶. Outre la contradiction et les droits de la défense, il est difficile de déterminer exactement les autres principes participant de cette catégorie juridique. De plus, certaines dispositions de ce chapitre contiennent un seul principe, tandis que d'autres résultent de la combinaison de plusieurs articles. On serait alors tenté de reconnaître avec le professeur Vergès que « les dispositions liminaires du Code ne sont donc pas des principes mais des règles techniques induites par des principes doctrinaux »¹⁰⁶⁷.

La difficulté s'accroît encore avec la reconnaissance par la jurisprudence et la doctrine de principes directeurs qui ne sont pas inscrits dans ce chapitre préliminaire, tel le principe du double degré de juridiction¹⁰⁶⁸. Les principes doctrinaux ont permis d'induire des règles qui à leur tour permettent à la doctrine de déduire des principes. Le cycle semble sans fin.

L'identification des principes directeurs est une tâche ardue. La jurisprudence continue d'en découvrir et intègre ceux du droit européen.

¹⁰⁶⁵ VERGES (E.), *Les principes directeurs du procès judiciaire. Etude d'une catégorie juridique*, Aix-Marseille III, 2000, n°3, pp.10-11.

¹⁰⁶⁶ GUINCHARD (S.), « Quels principes directeurs pour les procès de demain », *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p.204.

¹⁰⁶⁷ VERGES (E.), *Les principes directeurs ...*, *op. cit.*, n°11, p.23.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*

362. Définition de la notion de « principe directeur ». La notion de principes directeurs est fuyante. Les définitions que l'on en trouve varient d'un auteur à l'autre. De manière générale, pour le professeur Bergel, ce sont les principes qui par opposition aux principes correcteurs sont qualifiés de « directeurs parce que l'ordre social en dépend »¹⁰⁶⁹. En procédure civile, deux conceptions semblent pourtant s'affronter. La première est restrictive et tient pour principes directeurs ceux qui trouvent leur place au sein du chapitre qui leur est consacré. La définition qu'en donne le dictionnaire de l'association Capitant rejoint cette idée en affirmant qu'il s'agit de l'« ensemble des 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 (...) et d'établir certaines garanties fondamentales de bonne justice (...) ainsi nommées bien qu'ayant la même valeur positive que les autres règles (...) en raison du rayonnement que leur donnent d'une part leur généralité d'application (devant toutes les juridictions en toute matière), d'autre part la légitimité intrinsèque qui les anime... »¹⁰⁷⁰. Le doyen Le Bars s'inscrit dans cette pensée tout en adoptant une définition encore plus stricte puisqu'il semble en exclure certaines règles trop particulières et dont l'importance lui semble moindre, telles que celles posées par les articles 20¹⁰⁷¹, 23¹⁰⁷² et 24¹⁰⁷³ C.p.c.¹⁰⁷⁴.

363. Selon un autre point de vue, la catégorie des principes directeurs n'est pas close et sa définition ne se fonde pas sur la présence ou non de la règle au sein du chapitre liminaire du Code de procédure civile. Des principes se trouvent disséminés dans tout le Code et « la Cour de cassation, joue un rôle essentiel dans [leur] détermination »¹⁰⁷⁵. Il faut donc trouver un autre critère que celui de leur situation afin de les définir. Le professeur Cadiet, dans la définition qu'il en donne est accueillant : « ces principes sont à la fois des principes d'inspiration et des principes d'organisation qui animent et ordonnent la procédure civile française. Ils expriment la conception française du procès civil »¹⁰⁷⁶. Une telle conception permet de ranger dans cette

¹⁰⁶⁹ BERGEL (J.-L.), *Théorie Générale du droit*, *op. cit.*, n°86, p.113.

¹⁰⁷⁰ CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V° Directeur, pp.346-347.

¹⁰⁷¹ « Le juge peut toujours entendre les parties elles-mêmes ».

¹⁰⁷² « Le juge n'est pas tenu de recourir à un interprète lorsqu'il connaît la langue dans laquelle s'expriment les parties ».

¹⁰⁷³ « Les parties sont tenues de garder en tout le respect dû à la justice ».

« Le juge peut, suivant la gravité des manquements, prononcer, même d'office, des injonctions, supprimer les écrits, les déclarer calomnieux, ordonner l'impression et l'affichage de ses jugements ».

¹⁰⁷⁴ LE BARS (Th.) ET HERON (J.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^e ed., 2012, n°258, pp.211-212.

¹⁰⁷⁵ VERGES (E.), *Les principes directeurs du procès judiciaire. Etude d'une catégorie juridique*, Aix-Marseille III, 2000, n°12, p.23.

¹⁰⁷⁶ CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°516, p.395.

catégorie un grand nombre de règles. Le recteur Guinchard, qui refuse de voir dans le premier chapitre du Code de procédure civile une liste limitative, formule une définition également très compréhensive de la notion puisqu'elle englobe « les principes structurant le contentieux »¹⁰⁷⁷. Le professeur Vergès, qui défend également la conception extensive de la notion donne, dans la thèse qu'il a consacrée au sujet, les traits généraux de ces principes. Selon lui, « ils proviennent de valeurs ou utilités sociales qui leur confèrent une part de leur autorité normative. Leur existence dépend de leur reconnaissance dans une des sources formelles du droit. Chacun d'entre eux possède enfin les trois caractères que sont la continuité, la généralité et la flexibilité »¹⁰⁷⁸.

La définition des principes directeurs dépend donc de la conception plus ou moins extensive qu'en a chaque auteur et les contours de la catégorie varient de la même manière. Dès lors, dresser la liste des principes directeurs du procès civil dépend de la thèse adoptée.

Cependant, même en se gardant d'adopter une conception extensive de la notion, la cohabitation des principes directeurs même limités dans leur nombre pose certaines difficultés.

2 - La cohabitation difficile des principes directeurs

364. Plusieurs principes directeurs, dont le caractère normatif est certain, peuvent être identifiés. Leur pluralité n'est toutefois pas sans conséquences.

365. Identification des différents « principes directeurs ». Les principes directeurs *classiques*, ou selon une thèse restrictive, sont ceux qui se trouvent dans le chapitre du Code de procédure civile intitulé « principes directeurs ». La doctrine décèle à cet endroit deux principes majeurs : celui répartissant les rôles entre le juge et les parties et celui des droits de la défense. A ce point de notre exposé nous ne nous attarderons pas sur le second qui fait généralement *consensus* et qui, malgré un contenu parfois variable, est également affirmé et protégé par l'art.6§1 de la convention E.D.H. Quant au premier nous ferons simplement remarquer que les rédacteurs du NCPC ne lui ont donné aucun intitulé et qu'il correspond aux art.1 à 13 du Code.

La Cour de cassation consacre également de nouveaux principes qui sans être qualifiés de directeurs accroissent la catégorie des principes processuels. Tel est le cas de l'estoppel,

¹⁰⁷⁷ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile ...*, op. cit., n°397, p.341.

¹⁰⁷⁸ VERGES (E.), *th. précit.*, n°275, p.277.

principe général du droit selon lequel « nul ne peut se contredire au détriment d'autrui »¹⁰⁷⁹ qu'il convient de prendre en compte notamment dans le domaine de la preuve. Le principe de concentration¹⁰⁸⁰ s'est de la même manière invité dans le paysage processuel.

A ces principes déjà nombreux, une partie de la doctrine en ajoute d'autres issus du droit communautaire et du droit de la CESDH, telle l'égalité des armes, mais également des principes « émergents »¹⁰⁸¹ qu'elle découvre dans la jurisprudence comme le principe très discuté de loyauté¹⁰⁸² ou encore celui de dialogue, notamment entre le juge et les parties qui « ne se confond pas avec la coopération »¹⁰⁸³. La critique essentielle que l'on peut faire à ces nouveaux principes est qu'ils n'ont reçu aucune consécration et demeurent donc controversés¹⁰⁸⁴. Une autre tient à leur multiplication.

366. Conséquences de la pluralité de « principes directeurs ». La multiplication des principes qualifiés de « directeurs » par une partie de la doctrine tend à dévaloriser les normes qui correspondent réellement à la notion. Nous pensons avec le doyen Le Bars « qu'il n'est pas certain que les valeurs ou les préoccupations qui animent actuellement le législateur et le juge méritent vraiment d'être érigées en « principes » et il est encore moins certain qu'il faille y voir des principes « directeurs » du procès. Le danger d'une telle démarche est de multiplier à l'excès les principes de procédure et de noyer sous la masse ceux qu'ont posé les rédacteurs du Code de procédure civile. Il en va des principes directeurs comme des droits fondamentaux : plus ils sont nombreux, moins ils ont de valeur »¹⁰⁸⁵. Ainsi nous nous en tiendrons à une conception classique des principes directeurs, restrictives diront certains. Pourtant, même en réduisant le champ de la notion, son contenu reste controversé et variable. En outre, la distinction du fait et du droit se trouve en concurrence avec différents principes directeurs qui eux-mêmes contiennent souvent des « sous-principes ».

¹⁰⁷⁹ Cass. Com. 20 sept. 2011, n° 10-22.888, *Bull. IV* n°132, *D.*, 2011., 2345, obs. DELPECH (X.); *D.*, 2012, 167, obs. MARÉCHAL (C.), *Procédures*, 2011, Repère 11, obs. CROZE (H.); *JCP G* 2011. 1250, note HOUTCIEFF (D.); *RTD civ.*, 2011. 760, obs. FAGES (B.).

¹⁰⁸⁰ V. *supra* n°326.

¹⁰⁸¹ Expression empruntée aux auteurs du précis Dalloz, cf. GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile ...*, *op. cit.*, n°397, p.341.

¹⁰⁸² GUINCHARD (S.), « Quels principes directeurs pour les procès de demain », *op. cit.*, p.211-219. Nous ne saurions en proposer une définition puisque son auteur le définit lui-même comme une « notion vague sans doute protéiforme », *ibid.* p.211.

¹⁰⁸³ GUINCHARD (S.), « Quels principes directeurs pour les procès de demain », *op. cit.*, p.219.

¹⁰⁸⁴ Le professeur Vergès, pourtant favorable à une thèse extensive, classe ces principes (loyauté, coopération) dans la liste des principes « controversés » car un des caractères qu'il juge nécessaire pour appartenir à la catégorie des principes directeurs « incontestable s » leur fait défaut. VERGES (E.), *th. précit.*, p.33.

¹⁰⁸⁵ HERON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, pp.211-212.

B - La portée de la distinction atténuée par certains principes directeurs : l'exemple de la contradiction

367. Face aux principes directeurs, la distinction du fait et du droit en tant que fondement voit sa portée atténuée. Censée répartir les rôles des parties et du juge sur la matière du litige, elle se trouve en concurrence avec certains principes qui jouent également un rôle en ce domaine. Certains de ces principes s'attachent à limiter les pouvoirs des parties, comme celui de la concentration des demandes que nous avons déjà évoqué¹⁰⁸⁶ tandis que d'autres comme le principe du contradictoire viennent conditionner les pouvoirs du juge¹⁰⁸⁷.

368. Le principe du contradictoire, est à la fois un principe directeur des procès civil et pénal¹⁰⁸⁸ et un principe fondamental en droit processuel dont la valeur est reconnue au niveau constitutionnel et européen et qui appartient à la catégorie plus large des droits de la défense¹⁰⁸⁹.

Principe « en vertu duquel nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée »¹⁰⁹⁰, le contradictoire est prévu aux art.14 à 17 C.p.c. qui lui donnent un double visage¹⁰⁹¹. Le premier aspect du principe s'attache au rapport entre les parties et prévoit que « nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée »¹⁰⁹² et 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 »¹⁰⁹³. Le juge est alors tenu de faire respecter ces règles.

Le second visage de la contradiction est celui qui nous intéresse directement puisqu'il emporte des conséquences sur le rôle du juge dans le procès. L'art. 16 al.1 C.p.c.¹⁰⁹⁴, en soumettant le juge au respect du contradictoire, conditionne ses pouvoirs sur la matière

¹⁰⁸⁶ V. *supra* n°326.

¹⁰⁸⁷ Sur le lien réciproque et nécessaire entre le principe dispositif et le principe contradictoire v. MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « Le juge et la contradiction », *Le nouveau code de procédure civile (1975 – 2005)*, Economica, Paris, 2006, n°22 et s., pp. 300 et s.

¹⁰⁸⁸ Art. préliminaire I. du Code de procédure pénale : « La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties ».

¹⁰⁸⁹ En ce sens v. CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès, op. cit.*, pp. 632 et s. ; MINIATO (L.), *Le principe contradictoire en droit processuel*, Toulouse I 2003, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 483, Paris, 2008, pp.23 et s.

¹⁰⁹⁰ CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V° Contradictoire (principe du), p.255.

¹⁰⁹¹ HERON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°290, p.239.

¹⁰⁹² Art. 14 C.p.c.

¹⁰⁹³ Art. 15 C.p.c.

¹⁰⁹⁴ « Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ».

litigieuse. Nous avons vu que le juge peut utiliser tous les éléments portés au débat par les parties qu'ils soient de fait ou de droit¹⁰⁹⁵. L'art. 16 al. 2 C.p.c. en disposant que le juge « ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement », pose une condition à son pouvoir. Le magistrat devra soumettre tout élément qu'il souhaite utiliser à la discussion des parties. L'al.3 de l'art. 16 C.p.c.¹⁰⁹⁶ étend le respect du contradictoire aux moyens de droit relevés d'office par le juge. S'il souhaite appliquer une règle de droit au litige qui n'avait pas été invoquée par les parties, il doit la soumettre au débat afin d'éviter tout « effet de surprise ». Même si le juge élit la règle de droit applicable, son choix reste soumis à la discussion des parties. Par ce biais, les parties jouent une fois de plus un rôle dans le domaine juridique.

Si l'on s'en tient à la distinction du fait et du droit comme fondement de la répartition des rôles - aux parties le fait, au juge le droit -, la contradiction vient limiter ce critère allant jusqu'à le remettre en cause en permettant aux parties d'avoir une discussion sur le droit et en leur soumettant le choix de la norme applicable. Les conséquences de la distinction sont mises à mal par le contradictoire.

En revanche, si l'on rejette l'idée selon laquelle la répartition est fondée sur la distinction, comme nous le faisons, il ne s'agit là que d'une condition imposée au juge dans l'exercice de son rôle. Dès lors, « le juge ne détient ses prérogatives (...) qu'à la condition qu'il accepte de s'astreindre à la discussion avec les parties »¹⁰⁹⁷. La contradiction ne vient pas s'opposer au principe régissant la répartition des rôles, leur relation est « conditionnelle »¹⁰⁹⁸.

Si la distinction est le fondement de la répartition des rôles, elle est en concurrence avec des principes normatifs qui viennent la limiter comme le fait le contradictoire. Cependant, le contexte dans lequel s'inscrit la distinction ne s'arrête pas aux principes directeurs et est également composé de nombreux fondements proposés par la doctrine afin de régir directement la répartition des rôles.

¹⁰⁹⁵ V. *supra* n°326 et n°334.

¹⁰⁹⁶ « Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

¹⁰⁹⁷ VERGES (E.), *th. précit.*, n°315, p.309.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*

§2 - Les fondements doctrinaux de la répartition concurrents de la distinction

369. Les principes directeurs se sont multipliés en droit positif et la doctrine, remplissant en cela son office, a participé à cette inflation en avançant de nouveaux principes. La répartition des rôles sur la matière litigieuse est un des exemples les plus marquants de ce phénomène puisqu'en plus de proposer de nouveaux principes, qui ne sont malheureusement jamais adoptés par la jurisprudence, la doctrine semble conserver les anciens que, pourtant, la jurisprudence n'avait ni rejetés ni consacrés. La conservation de ces fondements doctrinaux de la répartition est d'autant plus surprenante qu'ils ne correspondent plus aux textes. Une nouvelle fois, la distinction est concurrencée par d'autres fondements avec lesquels elle crée un enchevêtrement de critères inextricable, opaque et critiquable.

La doctrine a proposé plusieurs fondements suivant l'évolution des textes passant ainsi de l'accusatoire à la distinction du fait et du droit (A) de la distinction à la coopération (B) et en finissant par accumuler tous ces fondements (C).

A - De l'accusatoire à la distinction du fait et du droit

370. La répartition des rôles, fondée originellement sur le caractère accusatoire du procès civil, a glissé sous l'influence de Motulsky et avec l'adoption du nouveau Code de procédure civile vers une bipartition fondée sur la distinction du fait et du droit. L'évolution de la notion de principe dispositif, règle contenue dans les deux fondements, a permis cette substitution de fondement.

La doctrine a ainsi fait évoluer le fondement de la distinction en passant de l'accusatoire contenant le principe dispositif au sens large (1) à un principe dispositif au sens strict permettant l'introduction de la distinction (2).

1 - L'accusatoire et le principe dispositif au sens large

371. Sous l'égide du Code de procédure civile de 1806, le procès civil était perçu comme relevant d'une procédure accusatoire parce qu'il était la « chose des parties »¹⁰⁹⁹. Cependant, la revalorisation de l'office du juge a conduit au déclin de ce critère et à l'évolution du principe dispositif qu'il sous-entendait.

372. Le caractère originellement accusatoire du procès civil. Le principe accusatoire, également dénommé système ou caractère accusatoire de la procédure, fait du procès la « chose des parties »¹¹⁰⁰ en leur conférant « l'initiative de l'instance, de son déroulement et de son instruction »¹¹⁰¹. Au regard d'un tel principe, le juge civil joue un rôle d'arbitre soumis aux initiatives des parties. Cette qualification du procès est généralement utilisée par opposition au caractère inquisitoire qui traditionnellement gouverne la procédure pénale en conférant de larges pouvoirs au juge. Cette règle a d'ailleurs été formulée, dans un premier temps, dans le cadre du procès pénal.

Le caractère accusatoire irradie toutes les branches du procès puisqu'il commande l'instance et la matière litigieuse. Dans chacune de ces composantes du procès, il se subdivise en d'autres principes qui s'appliquent particulièrement à ces matières. Le principe dispositif, qui gouverne l'introduction de l'instance et l'apport de la matière litigieuse, et le principe de neutralité, essentiellement présent en matière de preuve, sont les marqueurs de sa présence. Ils soumettent le juge à la volonté des parties le laissant spectateur du litige.

Le principe accusatoire donne au procès un aspect privé fondé sur des intérêts individualistes. Cependant, avec l'apparition de l'idée d'un service public de la justice, les intérêts privés ne sont plus les seuls à être pris en compte : respect de la loi et qualité de la justice sont devenus des exigences revendiquées au point qu'ils ont peu à peu conduit à l'effacement du caractère accusatoire du procès.

373. Déclin du caractère accusatoire. L'adoption du nouveau Code de procédure civile et la revalorisation de l'office du juge qu'il contient ont certainement sonné le glas du caractère accusatoire du procès. Sous l'impulsion de Motulsky, la distinction du fait et du droit lui a été

¹⁰⁹⁹ En ce sens et sur la volonté d'« imposer une conception du procès civil par laquelle les juges perdent la maîtrise de la procédure », v. DAUCHY (S.), « La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1806 », *1806-2006...*, *op. cit.*, pp.77-89.

¹¹⁰⁰ En ce sens v. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°524, p.405.

¹¹⁰¹ CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V° Accusatoire, p.15.

préférée : le juge perd son costume d'arbitre et retrouve celui de sa fonction dans son apanage qui n'est autre que le domaine du droit. Ainsi, la reconnaissance pour le juge de pouvoirs d'instruction entraînant la disparition de l'exigence de neutralité en matière de preuve en est certainement la meilleure illustration. Les pouvoirs d'initiative reconnus au juge en matière de relevé de la règle de droit applicable, de requalification ou de relevé des faits adventices en sont d'autres manifestations.

Depuis lors, la plupart des auteurs considèrent le principe accusatoire comme obsolète mais continuent de lui réserver le paragraphe préliminaire à leurs développements consacrés à la répartition des rôles entre les parties et le juge dans leurs manuels. Simplement amoindri pour quelques-uns¹¹⁰² mais disparu pour la grande majorité de la doctrine¹¹⁰³, la place qui lui est conservée laisse transparaître, outre le soucis du rappel de l'histoire, l'autorité officielle qu'il continue d'exercer en la matière. Son caractère historique pour certains et l'évolution qu'il reflète pour d'autres¹¹⁰⁴ semblent justifier ce besoin de conservation.

Pourtant, d'autres auteurs, approuvant sa disparition en droit positif, phénomène inéluctable au regard du caractère inadapté de ce principe au procès civil, souhaitent, avec raison, qu'il en soit de même dans le discours doctrinal. En effet, « par son simplisme quelque peu manichéen, l'opposition de l'accusatoire et de l'inquisitoire risque de détourner des données véritables du procès civil, qui sont seules à même d'inspirer le législateur »¹¹⁰⁵. Autrement-dit, la conservation d'un tel fondement dans les écrits des processualistes rend un peu plus illisible le critère de la délimitation de l'office du juge déjà complexe au vu des nombreuses règles qui le forment, une simplification serait bienvenue¹¹⁰⁶.

374. Evolution du principe dispositif. Le caractère accusatoire entraîne la mise en place du principe dispositif. Originellement, ce principe est conçu comme « le principe selon lequel le

¹¹⁰² « Dans la *summa divisio* entre procédures accusatoire et inquisitoire, la procédure civile reste en principe dans la première catégorie, ce qui se marque notamment par le fait que le procès civil est à la disposition des parties (principe dispositif), bien que le rôle du juge se soit accru et que son office ait été complètement bouleversé depuis les réformes instituant le Code de procédure civile », CROZE (H.), MOREL (Ch.) et FRADIN (O.) *Procédure civile, op. cit.*, n°424, p.143 ; dans le même sens v. COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile, op. cit.*, n°228-229, pp.254-255.

¹¹⁰³ V. par ex. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°524, p.405; HERON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°257, p.213; STRICKLER (Y.), *Procédure civile, op. cit.*, p.147.

¹¹⁰⁴ Les professeurs Couchez et Lagarde ont pu la qualifier de « commode », COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile*, Sirey, 16^e ed. 2010, n°227, p.268.

¹¹⁰⁵ HERON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°259, p.213.

¹¹⁰⁶ Dans le même sens v. l'opinion du professeur Le bars selon laquelle : « Pourquoi, dans ces conditions, ne conserverait-on pas cette idée telle qu'elle est, c'est-à-dire sans la rattacher à la notion de procédure accusatoire qui ne sert qu'à en altérer l'image ? », HERON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°262, p.215.

procès est à la disposition des parties (...) qui exprime la conception accusatoire du procès »¹¹⁰⁷. Il est ici le reflet exact de la nature accusatoire de la procédure civile. Cette signification semble aujourd'hui avoir disparu¹¹⁰⁸ bien que certains auteurs en fassent encore état en tant que définition *lato sensu*. L'évolution de la conception de l'office du juge a pourtant conduit à celle du principe dispositif en en limitant le contenu à la matière litigieuse.

Le principe dispositif découlait du caractère accusatoire du procès civil dont il était l'expression. Les parties ayant la maîtrise du procès qui était leur « chose » disposaient de l'instance et de la matière litigieuse. L'idée d'un service public de la justice étant venue concurrencer celle du caractère essentiellement privé du procès civil, le système accusatoire a reculé dans les deux domaines. La disparition du monopole des parties sur le déroulement du procès a entraîné celle du principe dispositif en la matière¹¹⁰⁹ et son remplacement par le « principe d'initiative », parfois dénommé « principe d'impulsion »¹¹¹⁰ ou encore « principe accusatoire »¹¹¹¹, qui se scinde en « principe d'initiative privé » et « judiciaire »¹¹¹². Le champ d'application du principe dispositif est alors restreint à la seule répartition des rôles sur la matière litigieuse. Il ne reste qu'une étape à franchir pour introduire la distinction.

2 - Le principe dispositif au sens strict et la distinction

375. Le passage de l'accusatoire à la distinction s'est effectué par le biais du principe dispositif. Pour introduire le critère distinctif Motulsky s'est appuyé sur le principe dispositif dont il a simplement modifié le sens en restreignant son étendue. C'est ainsi que selon un raisonnement qui porte à discussion, il a dans un premier temps, utilisé le principe dispositif au sens strict pour justifier la distinction du fait et du droit alors que dans un second temps, il l'a avancé comme la conséquence de la distinction du fait et du droit, le principe dispositif devenant l'expression de la distinction.

¹¹⁰⁷ CADIET (L.) et JEULAND (E.), *ibid.*

¹¹⁰⁸ Pour une illustration contraire v. COLSON (R.), *La fonction de juger...*, th. précit., p.175, n°412.

¹¹⁰⁹ En ce sens pour que cela demeure ainsi cf. AMRANI-MEKKY (S.), *Le temps et le procès civil*, Paris I 2000, Dalloz, Paris, 2002, n°231, p.216.

¹¹¹⁰ V. par ex. JEULAND (E.), « La conception du procès civil dans le code de procédure civile de 1975 », *1806-2006...*, op. cit., p.107 ; CHADELAT (C.), « L'élaboration d'un code de procédure civile, entre pratique judiciaire et droit savant », op. cit., 2006, p.51. ; CORNU (G.) (Dir.), op. cit., pp.346-347.

¹¹¹¹ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile ...*, op. cit., n°402, p.344.

¹¹¹² BOLARD (G.), *Dalloz action. Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 2014-2015, n°221.11.

376. Le principe dispositif comme justification de la distinction. Le principe dispositif ne pouvait disparaître avec l'arrivée du nouveau Code de procédure civile puisqu'il fonde et exprime en partie la distinction du fait et du droit motulskienne. En effet, l'auteur, pourtant très critique vis-à-vis du système accusatoire français¹¹¹³, a érigé sa distinction sur deux des expressions du caractère accusatoire : le principe dispositif et l'exigence de neutralité du juge¹¹¹⁴. Toutes deux excluaient le juge du domaine du fait comme de celui du droit en réservant la disposition aux parties. Ainsi, les parties recherchaient et affirmaient tant le fait que sa qualification, voire la norme qui lui était applicable¹¹¹⁵.

En réduisant l'objet de ces principes aux faits, Motulsky imposa sa distinction comme guide. Dès lors, les deux principes ont été transformés et conservés de cette manière au moins pendant un temps. Actuellement, si la neutralité a disparu, le principe dispositif semble survivre en tant que fondement de la répartition des rôles. Il est toujours largement évoqué dans les manuels qui en ont pour la plupart adopté une conception stricte¹¹¹⁶, fruit de l'évolution que nous venons de retracer.

377. Le principe dispositif comme expression de la distinction. Le principe dispositif confère la disposition de la matière litigieuse aux parties : elles fixent leurs prétentions et « indiquent » et « établissent les faits propres à fonder lesdites prétentions »¹¹¹⁷. La maîtrise des parties s'étend ainsi sur les éléments factuels de la demande qui constituent la matière du litige au sens technique¹¹¹⁸ et qui étaient autrefois dénommés objet et cause. Ce principe se scinde en deux règles : indisponibilité de l'objet de la demande et indisponibilité des faits du litige. De la sorte, l'objet du litige est indisponible pour le juge qui, même s'il peut le requalifier, ne peut le modifier en statuant *ultra* ou *infra petita*. Quant aux faits qui soutiennent la demande, s'il peut les requalifier et leur appliquer la règle de droit qui lui semble la plus appropriée à la résolution du litige, il ne peut ni les choisir ni les quérir lui-même¹¹¹⁹. Autrement-dit, le juge a l'interdiction de modifier ces faits et les parties en ont la maîtrise. Il s'agit bien là d'une expression de la distinction du fait et du droit.

¹¹¹³ MOTULSKY (H.), « Le rôle respectif... », *op. cit.*, p.59 ; « Prolégomènes... », *op. cit.*, p.285.

¹¹¹⁴ Cf. *supra* n°283.

¹¹¹⁵ V. la controverse sur la cause, *supra* n°59.

¹¹¹⁶ V. par ex. BOLARD (G.), *op. cit.*, n°221.11. et s. ; LEFORT (C.), *Procédure civile, op. cit.*, p.128.

¹¹¹⁷ HERON (J.) et LE BARS (TH.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°268, p.217.

¹¹¹⁸ V. *supra* n°157 et BOLARD (G.), *Dalloz action. Droit et pratique de la procédure civile, op. cit.*, n°221.05.

¹¹¹⁹ Pour un exposé complet des règles régissant les faits et l'objet du litige cf. *supra* n°315.

Toutefois, si les parties proposent les faits, une fois qu'ils sont entrés dans le débat ils sont à la disposition du juge. En outre, au vu de ses pouvoirs en matière d'instruction, il peut également être conduit à en introduire dans le débat. Le principe dispositif, dont il est toujours fait état dans les manuels est grandement atteint.

D'abord lié à la nature accusatoire du procès, puis rattaché à la distinction du fait et du droit par un subtil changement de son objet, le principe qui donne la disposition des faits aux parties décline en même temps que ses fondements et laisse place à un nouveau critère dénommé principe de coopération.

B - De la distinction à la coopération

378. L'adoption du NCPC censée consacrer la distinction du fait et du droit a plus sûrement abouti à sa remise en cause confortée par les modifications réglementaires ultérieures, notamment par le décret de 1998¹¹²⁰, et les évolutions jurisprudentielles. Cela a ouvert le champ à un nouveau fondement proposé par la doctrine : le principe de coopération.

La coopération rejette la distinction en préférant au système fondé sur la « *propriété* » des domaines factuels et juridiques une *primauté* des protagonistes en ces domaines (1). Ce faisant, elle reprend la distinction puisque la primauté s'opère dans le fait et dans le droit (2).

1 - La coopération rejette la distinction : de la « propriété » à la primauté

379. Apparition du « principe de coopération ». La distinction du fait et du droit, confère aux parties, selon le principe dispositif pris dans son sens matériel, la disposition des faits. Cette règle s'est fortement atténuée ces dernières années avec la reconnaissance des pouvoirs du juge dans le domaine factuel. Corrélativement, l'apparition et l'augmentation d'obligations pour les parties dans le domaine du droit, exigence de l'allégation du droit dans l'assignation et de concentration des moyens, ont mis à mal le second aspect de la distinction qui érige le juge en maître du droit.

Cependant, bien avant l'accélération de cette évolution marquée par le décret de 1998, le professeur Cadiet a, dès 1992, fait montre de scepticisme vis-à-vis des principes accusatoire

¹¹²⁰ V. *supra* n°325.

et dispositif et de la distinction du fait et du droit censés être retenus par les art.1 à 13 C.p.c.. Il énonce ainsi que « les dispositions des articles 1^{er} à 13 définissent un principe de coopération du juge et des parties dans l'élaboration du jugement vers quoi est naturellement tendue la procédure civile », ceci faisant du procès civil la « chose commune des parties et du juge »¹¹²¹.

Ce principe va au-delà de la distinction du fait et du droit qui ne répartit les rôles que sur la matière du litige. Il a pour ambition de remplacer le principe accusatoire, pris au sens large, par celui de coopération qui comporte, comme celui-ci, deux aspects : la coopération concernant l'instance et la coopération concernant la matière litigieuse¹¹²². Motulsky avait rejeté le caractère accusatoire du procès et l'avait remplacé par deux fondements distincts, principe d'initiative pour l'instance et distinction du fait et du droit pour la matière litigieuse. Le professeur Cadiet, au vu des articles du Code régissant la répartition des rôles qui ne peuvent refléter la distinction du fait et du droit, agit inversement. En rejetant la distinction motulskienne, il regroupe les règles régissant l'instance et la matière, qui ont pour point commun de mettre en place une collaboration entre les parties et le juge, sous la dénomination de « principe de coopération » qu'il élève au rang de « principe directeur général du procès civil tel qu'il est issu du NCPC »¹¹²³. En cela, il donne un guide de lecture éclairant ces dispositions préliminaires.

380. Contenu du « principe de coopération ». Selon ce principe, les parties et le juge ont des pouvoirs aussi bien dans l'instance que sur le litige. Selon le premier aspect du principe de coopération, les parties introduisent, conduisent et terminent l'instance tandis que le juge veille à son bon déroulement¹¹²⁴.

Le second aspect est celui qui vient directement concurrencer voire exclure la distinction du fait et du droit. Selon le principe de coopération dans le litige, chacun des principaux protagonistes du procès joue un rôle à la fois dans le fait et dans le droit. La frontière entre le fait et le droit, plus exactement les frontières que Motulsky avait tracées entre ces deux mondes¹¹²⁵, ne servent plus de ligne de partage entre les rôles de chacun. Il n'y a plus d'attribution symétrique des rôles en fonction des faits et du droit. Les parties ont la

¹¹²¹ CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°524, p.405.

¹¹²² Cf. JEULAND (E.), « La conception du procès civil dans le code de procédure civile de 1975 », *op. cit.*, p.102.

¹¹²³ *Ibid.*

¹¹²⁴ JEULAND (E.), *art. cit.*, p.103.

¹¹²⁵ Cf. *supra* n°131.

« primauté » de l'allégation des faits ¹¹²⁶, puisqu'elles les introduisent et déterminent l'objet de leur demande, mais le juge, bien que tenu par cette délimitation, a la disposition de tous ceux qui ont été ainsi introduits et peut demander des explications supplémentaires¹¹²⁷. De même, si le juge ne possède plus l'apanage du droit mais une primauté en ce domaine en tant que « spécialiste »¹¹²⁸, il lui revient le dernier mot en ce qui concerne le choix de la qualification, de la règle de droit et de son interprétation étant le seul à en tirer les effets juridiques¹¹²⁹. Toutefois, cette primauté s'éteint lorsque les parties décident de lier le juge sur des points de droit¹¹³⁰. Enfin, la preuve est le domaine de prédilection de la coopération, puisque la charge, le risque diront certains, qui pèse sur les parties a pour contreponds les pouvoirs d'instruction reconnus au juge. Motulsky avait déjà dégagé en la matière un « devoir de collaboration »¹¹³¹ des acteurs du procès et certains auteurs, réticents à admettre un principe général de coopération, lui concèdent une place à cet endroit-ci de la répartition des rôles¹¹³².

Ainsi conçu, il est évident que le principe de coopération rend exactement compte des règles du Code de procédure civile concernant la répartition des rôles sur la matière litigieuse. Il conforte également l'idée, que nous avons par ailleurs émise, selon laquelle la distinction du fait et du droit n'a jamais été contenue à cet endroit-là du Code. Pour ces deux principales raisons, il est inévitable que le principe de coopération puisse prendre le pas sur le fondement distinctif et susciter une grande adhésion doctrinale¹¹³³. Toutefois, si dans la doctrine le remplacement de l'un par l'autre n'est pas systématique, c'est que le principe de coopération peut présenter également quelques inconvénients.

¹¹²⁶ CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°539 et s., pp.424 et s.

¹¹²⁷ JEULAND (E.), « La conception du procès civil dans le code de procédure civile de 1975 », *op. cit.*, p.102.

¹¹²⁸ *Ibid.*

¹¹²⁹ *Ibid.*

¹¹³⁰ CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°545 et s., pp.430 et s.

¹¹³¹ A propos de l'art. 11 du décret de 1971, aujourd'hui art. 10 C.p.c., MOTULSKY (H.), *Droit processuel, op. cit.*, p.228.

¹¹³² GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile ...*, *op. cit.*, n°564 et s., pp.451 et s.

¹¹³³ De nombreuses thèses récentes prennent parti en faveur du principe de coopération. V. par ex. PENNEC (L.), *th. précit.*, spec. n°440, p.443 : « Il convient de relever que ce rattachement normatif ne répond pas à une distinction dogmatique du fait et du droit, mais plutôt à un principe de coopération entre le juge et les parties »; VERGES (E.), *th. précit.*, spec. n°128, p.137 : « le principe le plus apte à accéder à ce but est le principe de coopération. Celui-ci possède à la fois cette dimension contractuelle du procès qui consiste dans la participation de chaque partie à la progression du litige et dans la participation du juge dans la recherche des faits et de la règle de droit applicable ».

2 - *La coopération reprend la distinction : la coopération dans le fait et dans le droit*

381. Un principe distinguant fait et droit. Le principe de coopération résulte du constat que le fait n'appartient pas aux parties, pas plus que le droit n'est l'apanage du juge, chacun accomplissant son rôle dans l'un et l'autre des domaines. Les auteurs soutenant ce principe, ne présentent plus la répartition des rôles en décrivant d'abord le rôle des parties sur les faits puis celui du juge sur le droit, mais en évoquent le rôle des acteurs du procès dans le droit puis dans les faits¹¹³⁴. Ce serait tout à fait efficient s'il s'agissait de la distinction entre les *événements* et la *norme*, puisque ces deux éléments se distinguent aisément selon le critère de normativité et qu'ils sont effectivement les matériaux de base du procès. Cependant, la distinction sur laquelle se fonde l'exigence de coopération est celle développée par Motulsky entre *domaine factuel* et *juridique*. C'est sur ce point que nous ne pouvons faire notre le principe de coopération proposé par le professeur Cadiet puisque nous avons essayé de montrer la fragilité de cette distinction dynamique¹¹³⁵. Or, ce principe n'efface pas la distinction du fait et du droit, au contraire elle devient un de ses fondements.

Cependant, ce principe tel que le décrit le professeur Cadiet refuse la « propriété » que Motulsky octroyait aux parties et aux juges sur leurs apanages respectifs et la remplace par une primauté de chacun. Seule la preuve est le domaine d'une coopération pleine et entière dénué de toute prérogative prioritaire de l'un ou l'autre des acteurs du procès. L'explication en est simple : la preuve ne peut être rangée selon la règle distinctive¹¹³⁶.

La coopération s'appuie sur la structure de la distinction qui malheureusement est intenable dans la réalité processuelle. En revanche, Motulsky avait confié au fondement distinctif une finalité remarquable consistant dans la revalorisation de l'office du juge et l'équilibre des rôles qui en résultait¹¹³⁷. Or si la distinction motulskienne ne permet pas d'y parvenir, la coopération ne semble pas défendre un tel idéal. Elle exprime l'existence du rôle de chacun dans les différentes étapes et tâches du procès. Le principe de coopération se nourrit des aspects critiquables de la distinction du fait et du droit, sans reprendre entièrement cet idéal de justice qu'elle portait.

¹¹³⁴ CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, op. cit., pp.405 et s. ; VERGES (E.), *Procédure civile*, op. cit., n°38 et s.

¹¹³⁵ Cf. *supra* n°308.

¹¹³⁶ Cf. *supra* n°179 et n°336s.

¹¹³⁷ Cf. *infra* n°427.

382. En s'appuyant sur la distinction du fait et du droit, le principe de coopération proposé par le professeur Cadiet la conserve en partie tout comme la distinction perpétue un peu le caractère accusatoire du procès au travers du principe dispositif. Dès lors, il n'est pas étonnant que les écrits doctrinaux conservent et accumulent tous ces fondements lorsqu'il s'agit de décrire la répartition des rôles entre les parties et le juge sur la matière litigieuse.

C - De la coopération à l'accumulation de fondements

383. Dans les écrits doctrinaux, les fondements de la répartition des rôles entre les parties et le juge sur la matière du litige sont divers. Les critères sont apparus sans emporter une adhésion unanime et surtout sans que la jurisprudence n'en consacre officiellement un seul. Ils se sont ainsi accumulés au lieu de se succéder. Nous avons déjà montré que l'accusatoire ne convient plus à la répartition des rôles et que la distinction du fait et du droit n'en a jamais été le critère approprié et l'est encore moins au regard du droit positif actuel. Pourtant, si ces fondements sont toujours invoqués dans les manuels de procédure ce n'est pas seulement dans un souci d'historicité de la distinction, c'est avant tout parce que le principe de coopération n'a pas su emporter l'adhésion de toute la doctrine. Du moins pas encore.

La coopération révèle également des limites lorsqu'il s'agit de fonder la répartition des rôles entre les parties et le juge sur la matière du litige (1). La doctrine restant divisée sur le fondement à adopter, ceux-ci s'accumulent (2).

1 - La coopération, fondement limité de la répartition

384. Outre le fait qu'il s'appuie sur la distinction du fait et du droit, le principe de coopération est un fondement de la répartition des rôles critiqué principalement pour trois raisons. D'abord, il est d'origine purement doctrinale tout comme l'est la distinction. Ensuite, il se fonde sur un postulat contestable. Enfin, il apparaît davantage descriptif que prescriptif et, dès lors, insuffisant à régir la répartition.

385. Un principe doctrinal. Le professeur Cadiet affirme à propos « des dispositions relatives à l'instance (art.1^{er} à 3), aux faits (art. 6 à 8) [et] au droit » qu'« il n'est pas excessif d'y voir la

consécration d'un principe de coopération du juge et des parties à l'œuvre de justice »¹¹³⁸. On conviendra volontiers que ces dispositions puissent décrire une coopération du juge et des parties puisque chacun joue un rôle dans ces trois composantes du procès. Néanmoins, nous avons quelques peines à y voir un principe directeur dans la mesure où il s'agit d'une proposition doctrinale qui, si elle présente l'atout d'être proche de la réalité du procès civil et des textes qui le régissent et de décrire les dispositions préliminaires du Code avec beaucoup de réalisme et de pédagogie, n'a jamais été consacrée en tant que principe

Sa source est, pour l'instant, purement doctrinale. Il n'a jamais été ni repris ni officiellement consacré par la jurisprudence. Or la doctrine, bien qu'ayant un rôle éminent à jouer, n'est pas une source directe du droit. S'il existe en droit communautaire un principe de coopération, également dénommé « principe de coopération loyale »¹¹³⁹, celui-ci n'a cependant aucun rapport avec notre matière puisqu'il concerne les institutions.

386. Un postulat contestable. Nous l'avons dit, le fondement textuel du principe mis en lumière par le professeur Cadiet est très convaincant car il est vrai qu'il ressort des textes une idée de coopération des parties et du juge. Cependant, un postulat plus critiquable nous semble fonder ce principe. En effet, la coopération pose comme axiome l'accord des parties sur la résolution du litige. Les parties auraient la volonté de voir le litige résolu en justice. Or si c'était réellement le cas, il ne saurait être question en procédure civile de « manœuvres dilatoires ». Certaines parties n'ont pas d'intérêt à la résolution du litige et en ont tout à fait conscience. C'est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles il existe un juge de la mise en état¹¹⁴⁰ et des dispositions permettant d'enjoindre la production de pièce ou encore l'accomplissement d'acte de procédure. Dans ces cas-là, il s'agit bien plus, comme nous le croyons, pour les parties d'obtempérer que de coopérer.

387. Un principe descriptif. Le principe de coopération énoncé par le professeur Cadiet est convaincant parce que chaque disposition du Code, semble y correspondre et s'y fonder parfaitement. Cela n'a rien d'étonnant puisque l'éminent auteur part du constat que sur chacun des éléments du procès, chaque protagoniste a un rôle à jouer, que la tâche qui lui est dévolue soit facultative ou obligatoire. Ce principe est en réalité une description de la répartition des

¹¹³⁸ CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°516, p.395.

¹¹³⁹ Art. 4 TUE.

¹¹⁴⁰ Pour un développement plus complet sur la mise en état v. *infra* n°397.

rôles, qui finalement se fonde sur le fait qu'à chacune des étapes du procès les parties et le juge ont un rôle à jouer ce qui est le fruit de l'évolution de la conception de l'office du juge tant souhaitée par Motulsky. Le juge n'est plus un arbitre, il officie à chaque instant et dans chaque matière du procès.

Cependant s'il est ainsi le reflet parfait des règles contenues dans le C.p.c., il n'est pas celui de tout le droit positif. Nous l'avons vu, la jurisprudence s'est écartée des textes en ce qui concerne l'intensité des pouvoirs du juge du fond en matière de relevé d'office. Rappelons qu'elle a décidé que le juge n'avait que la faculté, et non l'obligation, de relever d'office un moyen de droit allant ainsi à l'encontre de la doctrine mais surtout de l'art. 12 C.p.c. qui fait obligation au juge d'appliquer le droit¹¹⁴¹. Ainsi, le contenu de ce texte et l'interprétation qu'en fait la Cour de cassation ne concordent pas. On peut alors se demander si le principe de coopération peut venir renforcer l'interprétation littérale qu'il convient de faire de l'art.12 C.p.c. et que le professeur Cadiet approuve, afin d'inciter les Hauts magistrats à revenir sur leur position. Malheureusement, le principe de coopération n'y parvient pas. Autant la distinction du fait et du droit inclinait à penser qu'il s'agissait d'une obligation de relever d'office un moyen de droit, autant le principe de coopération nous semble silencieux sur le sujet. Son caractère descriptif, qui lui permet d'embrasser parfaitement les règles régissant la matière et d'emporter l'adhésion d'un grand nombre, n'apporte pas clairement de réponse au problème. Il n'indique pas où positionner le curseur permettant de déterminer l'intensité des pouvoirs du juge. Le principe de coopération est éclairant mais il est aussi consensuel ; il décrit, il ne prescrit pas¹¹⁴².

La vision d'une coopération entre les parties et le juge est idyllique mais elle ne semble ni avérée ni efficiente. Ce que souhaitaient Motulsky et les rédacteurs du NCPC était un équilibre des rôles¹¹⁴³, ce qu'a mis en place la jurisprudence est un déséquilibre des rôles. La coopération ne suppose et ne supporte ni l'un ni l'autre. Elle n'exprime pas réellement de conception de l'office du juge sur ce point.

¹¹⁴¹ Cf. *supra* n°330.

¹¹⁴² Dans un sens contraire le professeur Vergès le conçoit comme un principe la fonction est notamment, de permettre la formulation d'autres normes ». Le principe étant doctrinal et son interprétation permettant d'aboutir à des règles contradictoires, nous ne pouvons souscrire à une telle assertion. Cf. VERGES (E.), *th. pré cit.*, note 22, p.46.

¹¹⁴³ Cf. *infra* n°427.

2 - Accusatoire, distinction, dispositif et coopération : des fondements accumulés

388. Aucun des fondements proposés ne s'étant révélé apte à répartir intégralement les rôles entre les parties et le juge sur la matière litigieuse, la doctrine réagit de deux manières. Une partie des auteurs expose tous les fondements recensés : accusatoire, principe dispositif, distinction du fait et du droit et parfois coopération sans les exclure ou les hiérarchiser. Cela s'entend car chacun de ces fondements éclaire d'une manière différente la répartition des rôles sans la mettre à jour totalement. En revanche, d'autres auteurs les prennent tous en considération afin de mieux les exclure et de conserver celui qui obtient leur préférence, généralement la distinction du fait et du droit ou la coopération.

En proposant de nouveaux fondements sans exclure les précédents, le discours doctrinal est source de confusion. L'exemple le plus topique est certainement donné par un auteur qui continue à utiliser le vocable, et donc le critère¹¹⁴⁴, de cause afin de délimiter l'office du juge.

Cette conservation va donc au-delà de la simple controverse doctrinale et fait de la distinction du fait et du droit un fondement supplémentaire, un fondement qui est surabondant de par son caractère inopérant. Nous avons souhaité démontrer qu'elle n'était pas apte à régir le rôle qui lui est assigné nous pensons également qu'elle est préjudiciable puisqu'elle ajoute à la confusion.

389. La distinction du fait et du droit subsiste dans le discours doctrinal sur la répartition des rôles alors même qu'elle est inopérante, que divers fondements normatifs l'atténuent et que les fondements doctrinaux s'accumulent. Cette intrication des fondements, montrent que la distinction est surabondante en ce domaine.

Ce trait s'affermir encore lorsque l'on se rend compte que les textes du C.p.c. répartissent avec précision les rôles des protagonistes du procès en décrivant les activités nécessaires à la résolution du litige.

¹¹⁴⁴ STAES (O.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, notamment p.101.

SECTION 2 - L'abandon de la distinction pour un retour à la précision des textes

390. Les principes que nous avons précédemment étudiés soit influencent la répartition mais ne la régissent pas réellement soit ont pour ambition de la régir mais n'ont pas connu de consécration jurisprudentielle.

Le maintien de la distinction du fait et du droit ajoute à la confusion. En effet, conserver un fondement qui n'est ni normatif ni opérant est à la fois inutile et dommageable au regard du fourmillement de principes précédemment présenté.

Nous en proposons donc l'abandon sans toutefois souhaiter avoir recours au fondement doctrinal connaissant le plus de succès actuellement : le principe de coopération. En effet, écarter un fondement inapproprié au profit d'un principe essentiellement descriptif ne nous semble pas judicieux. De plus, comme nous avons eu l'occasion de le faire remarquer, adopter une coopération des parties et du juge revient à conserver une certaine distinction du fait et du droit ce qui ne permet pas de mettre fin à la confusion des fondements.

Nul n'est donc besoin ni de recourir à la distinction du fait et du droit, qui n'est pas un fondement opérant et ne concourt qu'à rendre un peu plus illisible la matière, ni de chercher un autre critère qui, pour l'instant, ne serait qu'un critère surabondant provenant d'une interprétation des textes. Au contraire, il nous semble opportun d'effectuer un retour au véritable fondement de la répartition des rôles c'est-à-dire aux textes du Code de procédure civile.

L'étude de ces quelques dispositions du Code permet d'en démontrer le caractère suffisant. En effet, la répartition des rôles pose trois grands problèmes que les textes résolvent alors que ni la distinction du fait et du droit ni la coopération ne permettent de les régler intégralement.

Ces trois problèmes majeurs sont ceux qu'avait tenté de résoudre Motulsky en superposant les distinctions factuelle et juridique. Le premier concerne le cadre du litige qui s'impose au juge et auquel l'auteur avait répondu par la distinction *des éléments de fait (intangibles) et des éléments de droit*¹¹⁴⁵. Le deuxième problème concerne la distribution des activités auquel a tenté de répondre vainement la distinction entre *activités de fait et de droit*. La distinction globalisante entre *domaine factuel et juridique* avait pour ambition de mettre fin

¹¹⁴⁵ Voir *supra* l'exposé de la controverse sur la cause n°59.

à la dernière interrogation qui porte sur l'intensité du rôle du juge du fond. Les deux premiers problèmes concernent la répartition des rôles au sens strict tandis que le dernier interroge l'intensité de l'office du juge.

Si la distinction a failli à la tâche qui lui a été assignée nous entendons montrer qu'au contraire les textes de par leur précision et technicité apportent une réponse à chacune de ces interrogations d'abord en opérant une répartition précise des activités (§1) ensuite en précisant l'intensité de l'office du juge (§2).

§1 - La répartition précise des activités du procès

391. Comment les rôles sont-ils répartis ? Autrement dit, quelles sont les activités à accomplir par les parties ? Quelles sont celles qui reviennent au juge ? Quelles sont les activités que peuvent accomplir à la fois les parties et le juge ? La distinction du fait et du droit répond en octroyant les activités juridiques au juge, les activités factuelles aux parties et en ignorant la dernière question. Cependant, cette réponse est inopérante en pratique.

Nous montrerons que contrairement à la distinction, en adoptant une conception temporelle de la répartition (A), le Code de procédure civile opère une distribution suffisante des activités (B).

A - La conception temporelle de la répartition des rôles dans le C.p.c

392. La distinction du fait et du droit est censée répartir les rôles sur la matière litigieuse, et à l'exclusion du déroulement de l'instance, en fonction de la nature de cette matière.

Nous allons nous attacher à démontrer que le Code de procédure civile ne répartit pas les rôles *en fonction de la nature* de la matière litigieuse comme le faisait la distinction mais *sur* des éléments de cette matière et *en suivant* les temps du procès.

1 - Une répartition des activités sur la matière du litige

393. Le Code de procédure civile ne répartit pas les rôles en fonction de la nature de la matière litigieuse, il attribue simplement des activités qui portent sur des éléments du litige sans tenir compte de leur nature.

D'une attribution *de* la matière litigieuse aux parties (objet et cause de la demande), la doctrine a considéré que le NCPC avait abouti à une répartition des rôles *sur* la matière litigieuse. Dans l'esprit commun, la matière litigieuse est alors composée uniquement d'éléments factuels et juridiques. Aux parties le fait, au juge le droit. La formule est séduisante mais trop simple pour être opérante. Elle comporte deux écueils.

D'abord la matière litigieuse comprend autre chose que du droit et des faits, elle est notamment constituée de moyens, outils des parties qui englobent le droit et le fait au sein d'un raisonnement.

Ensuite, le Code de procédure civile ne distribue pas la matière litigieuse comme le laisse entendre l'axiome mais des rôles, autrement dit des tâches, des activités. Or les activités, nous l'avons déjà longuement évoqué, peuvent porter à la fois sur des éléments de fait et des éléments de droit. La preuve et la qualification sont de ce fait rebelles à la distinction.

Ainsi, il n'est pas possible d'effectuer la distribution des activités en fonction de la nature factuelle ou juridique des composantes sur lesquels elles portent puisque cela suppose qu'une tâche n'ait pour objet qu'une seule catégorie d'éléments composant cette matière et nous pensons avoir démontré que ce n'était pas le cas¹¹⁴⁶.

Or, le Code devant contenir des dispositions qui distribuent les rôles de manière effective ne pouvait adopter la distinction du fait et du droit qui n'est pas efficiente. A s'en tenir à une distinction stricte entre le fait et le droit, une répartition des rôles en fonction de la matière litigieuse n'est pas possible.

394. Selon nous, les rédacteurs du Code de procédure civile n'ont matériellement pas pu retenir la distinction du fait et du droit comme fondement et se sont davantage orientés vers une répartition des activités portant sur des éléments du litige quelle que soit la nature de ces derniers. Il nous apparaît que si les éléments de la matière litigieuse importe, puisque les tâches

¹¹⁴⁶ V. *supra* n°179-180.

que devront accomplir les protagonistes du procès les ont pour objet, leur nature est indifférente lors de la répartition.

Toutefois, aucun des éléments du procès, qu'il s'agisse de l'objet, des faits, des preuves et des règles de droit n'est réservé à un seul des protagonistes du procès. Les parties formulent l'objet du litige mais c'est au juge de le qualifier comme il le ferait d'ailleurs pour tout fait allégué par les parties. La règle de droit est appliquée par le juge mais peut être choisie par les parties. Enfin les preuves sont l'objet d'une recherche conjointe.

Certes, la matière est en jeu dans la répartition des rôles mais elle n'est pas l'essentiel.

2 - Une répartition des activités suivant les temps du procès

395. Le terme « procès » puise ces racines dans le mot latin *procedere* qui signifie « aller de l'avant »¹¹⁴⁷. Le procès est dynamique, il met en mouvement la matière du litige dans un cadre formel¹¹⁴⁸ et au travers de tâches à accomplir à chacune de ces étapes. Cette conception temporelle du procès¹¹⁴⁹ se retrouve dans le Code de procédure civile et influe sur la répartition des rôles. En effet, il dessine une évolution progressive de la répartition des tâches, le rôle des parties s'amenuisant au fil de l'avancé du procès et au profit de celui du juge, et non une conception schématique, monolithique : le fait puis le droit¹¹⁵⁰. Elle est aujourd'hui renforcée par la scission en deux temps de l'instance.

396. Constat d'une conception temporelle du procès. Pragmatiques, les règles du Code de procédure civile décrivent à chaque étape du litige le rôle de chacun. Ainsi, le Code ne scinde pas la matière litigieuse en fait et en droit afin de la distribuer aux parties mais scinde au travers des sections I à V du C.p.c. les étapes du procès civil. La section I concerne l'instance et pose le cadre temporel du procès. L'article 1 C.p.c.¹¹⁵¹ régit l'introduction et le terme de l'instance,

¹¹⁴⁷ AMRANI-MEKKI (S.), « Procès », *Dictionnaire de la justice, op. cit.*, p. 1081.

¹¹⁴⁸ Nous renvoyons ici au deux acceptions généralement reconnues à la notion de procès, son sens formel et son sens matériel. En ce sens v. AMRANI-MEKKI (S.), « Procès », *op. cit.*, pp. 1081-1083 et CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, v^o Procès, p.803.

¹¹⁴⁹ Pour une étude exhaustive de la prise en compte du temps dans le procès civil, cf. AMRANI-MEKKI (S.), *th. précit.*

¹¹⁵⁰ De manière imagée, le C.p.c. dessine la répartition des rôles selon une courbe bien plus que selon un « diagramme en bâtons » (qui serait composé de deux bâtons : le fait et le droit).

¹¹⁵¹ Art 1 C.p.c. : « Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi ».

les articles 2¹¹⁵² et 3¹¹⁵³ C.p.c. s'attardent sur le déroulé de l'instance. Une fois le cadre temporel posé reste à en préciser le contenu, soit les différents temps du procès. Il convient d'abord de déterminer l'objet du litige (section II), puis d'alléguer les faits qui soutiennent cette prétention (section III), qui devront ensuite être prouvés (section IV). Les faits étant fixés, il reste à leur appliquer le droit (section V). Si les sections II et III sont relatives à la matière factuelle, la section IV consacrée aux « preuves » mêle matière factuelle et juridique tout comme la section V au travers des dispositions relatives à la qualification.

Le procès est scindé en étapes obligatoires dont la succession conduit à l'énoncé de la solution du litige : formulation de l'objet du litige, allégation des faits, preuve des faits pertinents, application du droit aux faits au sens large. Certes, cela dissimule quelque peu le cheminement et la richesse de la réflexion du juge qui est selon Motulsky un va-et-vient constant entre le fait et le droit : choix syncrétique de la règle de droit au regard des faits bruts puis preuve des faits en fonction de la règle choisie¹¹⁵⁴. Elle dissimule également la multitude d'échanges qui peut avoir lieu sur chacun de ces points. De plus nombreux auteurs reconnaissent que le raisonnement du juge, souvent perçu comme un syllogisme inversé, s'écarte du cheminement théorique du procès qui partant des faits (objet de la demande et soutiens de la demande) conduit à une solution de droit¹¹⁵⁵. Motulsky paraît peu s'éloigner de cette conception qui est d'ailleurs en partie fondée sur le syllogisme judiciaire qu'il réhabilite¹¹⁵⁶ : « du « magma » des faits qu'il rencontrerait (...) le (...) juriste aurait à extraire la substance juridique en passant par les diverses phases (...) de la réalisation du droit »¹¹⁵⁷. Toutefois, elle a l'avantage de présenter les étapes clés du procès en dessinant le squelette.

Des faits bruts à leur prise en compte par le droit afin d'aboutir à une solution du litige, voilà le chemin que semblent suivre les premiers articles du C.p.c. Cette conception du procès était perceptible avant la prétendue adoption de la distinction du fait et du droit par le NCPC. De l'objet et la cause fixés par les parties, le juge cheminait vers la solution du litige. La distinction du fait et du droit est venue justifier la nature factuelle de la cause et il nous semble, comme nous avons déjà eu l'occasion de l'affirmer¹¹⁵⁸, qu'elle a été retenue par les rédacteurs

¹¹⁵² Art 2 C.p.c. : « les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient d'accomplir les actes de la procédure dans les formes et délais requis ».

¹¹⁵³ Art 3 C.p.c. : « le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires ».

¹¹⁵⁴ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation....*, op. cit., n°84 et 85, pp.85 et s.

¹¹⁵⁵ Cf. supra n°260.

¹¹⁵⁶ V. le chapitre de sa thèse intitulé « justification du syllogisme juridique » in MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation....*, op. cit., pp.49 et s.

¹¹⁵⁷ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation....*, op. cit., n°149, p.174.

¹¹⁵⁸ Cf. supra n°174s.

du C.p.c. uniquement pour cela. Elle ne semble pas avoir réellement conduit à une répartition matérielle des rôles qui de toute manière est irréalisable. La répartition est bien plus temporelle.

397. Confirmation par la scission temporelle de l'instance. Cette conception temporelle que nous venons de mettre en exergue se voit confirmée et renforcée par la scission en deux phases du procès civil. « La scission de la phase contentieuse en deux temps – celui de la préparation de l'affaire et celui de son jugement – est aujourd'hui une chose acquise »¹¹⁵⁹. C'est là l'avis d'une grande partie de la doctrine¹¹⁶⁰ qui reconnaît aujourd'hui dans le procès civil deux phases autonomes : la mise en état et le jugement. S'il a toujours été admis que le procès civil est structuré selon une phase d'instruction puis une phase de jugement¹¹⁶¹, la consécration d'une phase autonome de la mise en état, sous l'exigence européenne de délai raisonnable et selon une « démarche de qualité » et de « célérité »¹¹⁶², affermit cette distinction. Par l'instauration d'un magistrat de la mise en état dès 1965¹¹⁶³ devenu véritable « maître du temps processuel » par le décret du 28 décembre 2005¹¹⁶⁴ et titulaire de compétences exclusives¹¹⁶⁵ « se profile une dissociation de la phase de jugement et de celle de mise en état de l'affaire »¹¹⁶⁶. Synonyme d'instruction, la mise en état s'est émancipée pour devenir la « phase préparatoire de la procédure » qui « se développe sous le contrôle d'un magistrat spécialement investi de cette mission depuis le moment où celui-ci est saisi jusqu'à l'ordonnance de clôture »¹¹⁶⁷. Elle est le temps principalement de « l'instruction approfondie de l'affaire » mais aussi du « jugement de contestations incidentes (exception d'incompétence, de nullité etc.) » et de « la prise de mesures provisoires »¹¹⁶⁸. Elle concerne « toutes les affaires non directement renvoyées à l'audience »¹¹⁶⁹.

¹¹⁵⁹ MAUGAIN (G.), *La modélisation du procès. Emergence d'un schéma procédural en droit interne*, université de Bourgogne, 2010, n°88, p.113.

¹¹⁶⁰ Notamment parce que dans les cas où il y a une mise en état, cette phase prend officiellement par une ordonnance de clôture. V. par ex. DOUCHY-LOUDOT (M.), « La scission des phases de l'instance : la mise en Etat », *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, pp.233-245 ; GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *op. cit.*, n° 1803-1815, pp.1162-1169.

¹¹⁶¹ Selon le professeur Douchy-Oudot cette structuration en deux phases du procès civil remonterait aux années 1930, cf. DOUCHY-LOUDOT (M.), « La scission des phases de l'instance : la mise en Etat », *op. cit.*, p.236 ; v. également DESDEVICES (Y.), « Procédure civile », *Dictionnaire de la justice, op. cit.*, pp. 1071-1072.

¹¹⁶² MAGENDIE (J.-Cl.) (pres.), rapport *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, 15 juin 2004 ; DOUCHY-LOUDOT (M.), « La scission des phases de l'instance : la mise en Etat », *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, pp.233-234.

¹¹⁶³ Décret n°65-782 du 13 octobre 1965.

¹¹⁶⁴ Décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005.

¹¹⁶⁵ En ce sens v. DOUCHY-LOUDOT (M.), « La scission des phases de l'instance : la mise en état », *op. cit.*, p.238.

¹¹⁶⁶ DOUCHY-LOUDOT (M.), « La scission des phases de l'instance : la mise en Etat », *op. cit.*, p.234.

¹¹⁶⁷ CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, v° *Mise*, p.657.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*

¹¹⁶⁹ *Ibid.*

Le magistrat de la mise en état a deux types de pouvoir¹¹⁷⁰, un pouvoir de contrôle par lequel il régle et oriente le procès en prenant des mesures d'administration judiciaire et un pouvoir juridictionnel par lequel il ordonne des mesures d'instruction selon l'art. 770 C.p.c.¹¹⁷¹ ou encore statue sur les exceptions de procédure comme en dispose l'art. 771 1° C.p.c.¹¹⁷². Il contrôle le déroulement du procès, tranche certaines questions de procédure¹¹⁷³ et instruit les faits.

398. Deux idées ressortent de cette émergence de la phase de mise en état.

D'abord, et bien que la mise en état ne soit pas nécessaire dans tous procès civil¹¹⁷⁴, elle confirme l'idée que le Code de procédure civile n'adopte pas une distribution des rôles en fonction de la matière litigieuse mais une description des rôles à chaque étape du procès qui est lui-même constitué de deux grands temps : la mise en état (art. 4 à 11 C.p.c.) et le jugement sur le fond (art.11 et 12 C.p.c.). Dès 1965, il est confié au magistrat de la mise en état des pouvoirs en matière d'administration judiciaire de la preuve. L'accroissement de ses pouvoirs en a fait un juge autonome à la fois maître des « faits du procès »¹¹⁷⁵, le temps en étant partie intégrante, et juge des faits du litige.

Ensuite, elle confirme que le juge a toujours eu un rôle lors de cette première phase et donc lorsqu'il s'agit de traiter des faits. Comme nous l'avons dit, le juge de la mise en état n'est pas seulement gestionnaire des « faits du procès » il est également « gestionnaire de l'instruction civile »¹¹⁷⁶ et administre la preuve des faits. Le domaine factuel et le temps du traitement des faits n'appartiennent pas aux parties et semblent ne jamais leur avoir été réservés par le NCPC. De même, le droit n'en est pas exclu et la présence d'un magistrat de la mise en état en atteste.

¹¹⁷⁰ En ce sens v. par ex. LE BARS (Th.) ET HERON (J.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°591 et s., pp. 479 et s.

¹¹⁷¹ Art 770 C.p.c. : « le juge de la mise en état exerce tous les pouvoirs nécessaires à la communication, à l'obtention et à la production des pièces ».

¹¹⁷² Art. 771 1° C.p.c. : le JME est seul compétent pour « Statuer sur les exceptions de procédure, les demandes formées en application de l'article 47 et sur les incidents mettant fin à l'instance ; les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge ».

¹¹⁷³ Il ne les tranche pas toutes puisqu'il ne connaît pas des fins de non-recevoir selon l'avis de la Cour de cassation, Cass. Avis, 13 nov. 2006, n°06-00.012, JCP G, II, 10027, note SALATI (O.). En ce sens v. également, HERON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°600, p.486.

¹¹⁷⁴ Par exemple les affaires simples, en état d'être jugé rapidement, ne nécessitent pas le passage par une telle étape, Cf. SALATI (O.), « Mise en état », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2013, n°28-5.

¹¹⁷⁵ Sur la notion de faits du procès v. *supra* n°175.

¹¹⁷⁶ MAGENDIE (J.-Cl.) (pres.), rapport *Célérité et qualité de la justice devant la Cour d'appel*, 24 mai 2008, p.73.

399. La répartition des rôles n'est ni fondée sur la distinction du fait et du droit ni entièrement effectuée en fonction de la matière du litige. Au contraire les tâches du procès semblent être distribuées selon leur survenance dans le procès et selon la conception temporelle du procès que nous avons pu découvrir dans le Code de procédure civile à l'occasion de l'énoncé de ces premiers principes directeurs (art.1 à 12 C.p.c.).

A chacun de ces temps du procès, les rédacteurs du NCPC ont prévu un certain nombre de tâches dont l'accomplissement permet d'accéder au stade suivant¹¹⁷⁷. Ce qui apparaît remarquable, c'est que pour chacune de ces étapes est précisé le rôle à la fois du juge et des parties et que plus *on avance dans les étapes du procès plus le rôle des parties s'amenuise*. Partant de ce constat le Professeur Cadiet conclut à un principe de coopération. Pourtant ce n'est pas parce que chacun des protagonistes du procès a un rôle à jouer à chaque étape du procès que cela implique une coopération. Concurrence et obtempération sont également envisageables et la matière probatoire en fournit les meilleurs exemples.

A chaque étape du procès doivent être accomplies certaines tâches qui peuvent incomber tant aux parties qu'au juge.

B - La distribution suffisante des activités selon les temps du procès

400. Le Code de procédure civile impartit de manière précise, sans utiliser un critère quelconque, des activités aux parties, d'autres au juge et enfin en partage certaines. L'exposé consistera alors en une description succincte de ces tâches¹¹⁷⁸ selon les temps du procès précédemment mis à jour.

Ces tâches ont été parfaitement mises en évidence par le professeur Jeuland¹¹⁷⁹ et consiste à « poser le problème par une prétention fondée sur des allégations », à « administrer la preuve afin d'établir les faits », à qualifier les faits à et à interpréter la règle de droit si nécessaire en précisant les catégories juridiques. Il en aperçoit une dernière dans la « direction du procès qui permet d'organiser les 4 tâches précédentes ».

¹¹⁷⁷ Ce qui peut être rapproché du pollysyllogisme utilisé pour décrire le raisonnement du juge.

¹¹⁷⁸ Puisque nous avons déjà détaillé précisément le rôle de chacun selon le droit positif, V. *supra* n°322s.

¹¹⁷⁹ JEULAND (E.), *Droit processuel, op. cit.*, n°248, p.258.

Tout en conservant l'idée de cette succession de tâches indispensables qu'il convient de distribuer nous nous autoriserons à les intituler différemment afin de rester au plus près des textes. Nous nous permettrons toutefois de prendre un peu de liberté avec la première tâche qui correspond à un problème particulier et qui n'est autre que la fixation du cadre du litige (1). Viennent ensuite la détermination des faits (2), la preuve des faits (3), l'application du droit aux faits (4) et enfin la tâche qui transcende tous les temps du procès : la direction de celui-ci (5).

1 - La fixation du cadre du litige

401. La distinction des éléments de fait et de droit étaient censée permettre d'identifier le champ d'action du juge saisi du litige en lui interdisant tout ce qui demeurerait à l'extérieur. Ce domaine a d'abord correspondu à la cause puis aux faits. Cependant, la substitution de la notion de faits à celle de cause justifiée par la distinction du fait et du droit n'a réglé qu'un temps le problème et ne correspond plus à la réalité car tous les faits ne sont pas interdits au juge puisque seuls le sont ceux demeurés hors du débat.

Selon le Code qui règle précisément la question, il appartient aux parties de fixer le cadre du litige qu'il soit temporel ou matériel. Par un acte introductif d'instance les parties donnent naissance au procès et dessinent les contours par l'énoncé de leurs prétentions.

402. Le cadre temporel : introduction de l'instance. L'instance ne peut être introduite que par les parties. Les parties peuvent si elles le souhaitent mettre fin à l'instance prématurément c'est-à-dire avant l'énoncé du jugement. En effet selon l'art. 1 C.p.c. « Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi ».

403. Le cadre matériel : formulation de l'objet et des prétentions. Cette étape s'effectue dès l'introduction de l'instance, même si l'objet peut par la suite être modifié, et permet de délimiter en partie le cadre matériel. Cette tâche appartient pleinement aux parties selon l'art. 4 du C.p.c. qui 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 ». C'est à elles qu'il revient de formuler leur prétention et de donner ainsi vie et consistance au litige.

Les parties ont également la possibilité de fixer le cadre juridique du procès du moment que le litige ne concerne pas l'ordre public.

404. Rôle négatif du juge. La fixation du cadre de l'instance appartient exclusivement aux parties et permet de délimiter le cadre de l'office du juge dans un procès particulier en lui posant des interdictions. Ainsi le juge civil ne peut se saisir d'office. Il ne peut modifier la physionomie matérielle du procès en altérant l'objet du litige c'est-à-dire en statuant *ultra* ou *infra petita*. Il ne peut non plus utiliser des faits restés hors du débat. Il n'aura pas non plus la possibilité de choisir la règle de droit si les parties ont fait le choix de déterminer un cadre juridique.

Le cadre du procès demeure intangible pour le juge et en limite l'activité.

2 - La détermination des faits

405. Nous préférons parler de détermination, voire de choix des faits, au lieu d'allégation car cette notion est trop connotée. L'allégation au sens strict renvoie immédiatement à la charge qui pèse sur les parties. Or la section III du C.p.c. qui s'attache aux faits dispose au-delà de cette simple allégation et laisse une place au juge dans cette tâche.

406. Rôle des parties. Ce temps du procès comporte lui-même plusieurs étapes. La charge de l'allégation des faits pèse sur les parties conformément à l'art. 6 C.p.c. et le choix des faits à introduire dans le débat leur appartient exclusivement selon l'art. 7 al.1 C.p.c. Une nouvelle fois il en découle une interdiction pour le juge qui ne peut puiser des faits hors du débat.

407. Rôle du juge. Cependant, le juge peut également relever un fait (parmi ceux qui sont dans le débat) qui lui semble mieux convenir au soutien de la prétention (art. 7 al.2). Il peut de plus demander des explications sur ces faits (art.8 C.p.c.). Le juge n'est donc pas passif lors de la détermination des faits et son rôle lors de cette étape est précisément déterminé par le C.p.c. Bien qu'il touche aux faits et puisse contrevenir à la distinction du fait et du droit, il est normativement fondé. De plus, chaque fait se choisissant au regard d'une règle juridique et inversement, il est bon qu'il puisse se renseigner sur ce point afin de rendre la solution la plus juste possible, les droits des parties étant garantis par le contradictoire.

3 - La preuve légale des faits.

408. Deux étapes sont ici nécessaires. La recherche de la preuve s'impose avant que ne puissent être appréciées les preuves. Lors de la première phase, les parties doivent apporter la preuve des faits selon l'art. 9 C.p.c qui dispose qu'« il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ». Si besoin, elles peuvent demander l'intervention du juge qui selon l'art.10 C.p.c. « a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles ». Le juge a ici de larges pouvoirs puisque « les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus ».

La seconde phase de cette étape est purement judiciaire puisqu'il s'agit d'apprécier les preuves rapportées et de leur conférer une valeur probante selon les règles régissant la matière. Elle n'appartient déjà plus à la mise en état mais au temps du jugement.

4 - Le jugement par application du droit aux faits

409. Il s'agit ici de la phase de jugement au sens strict qui revient à appliquer le droit aux faits débattus et prouvés durant la phase de mise en état. Cependant, l'application du droit aux faits comporte diverses activités qui sont essentiellement judiciaires. Si le choix d'une qualification et de la règle de droit, ainsi que son interprétation, peuvent être partagés entre les parties et le juge, c'est ce dernier qui va appliquer la norme et en déduire les conséquences juridiques afin de donner une solution au litige.

410. La qualification. De nos jours, les parties doivent dans la plupart des cas proposer une qualification aux faits retenus. Si les parties n'en proposent aucune, le juge choisira la qualification appropriée. Si les parties ont avancé une qualification, soit elle est correcte et le juge peut s'y tenir soit elle est erronée et l'art. 12 al2 l'oblige à « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Cette règle vaut également pour l'objet du litige. La qualification peut être le fruit d'une coopération mais ce n'est pas forcément le cas. Elle peut également être imposée par les parties comme c'est le cas pour la règle de droit.

411. Le choix de la règle de droit. Si l'instance n'a pas été introduite par voie d'assignation, les parties n'ont pas d'obligation de proposer une règle de droit. Cette hypothèse reste toutefois marginale : dans la majorité des cas, l'assignation introduit l'instance et les parties ont alors le choix entre proposer une règle de droit, selon l'art. 56 C.p.c., qui les oblige à produire un exposé des moyens en droit, et l'art. 753 C.p.c., qui les oblige à récapituler ces mêmes moyens, ou imposer la règle de droit au litige, ce que leur permet l'art.12 al.3 C.p.c. lequel dispose que le juge « ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ». Généralement, elles retiennent la première option. Le juge est alors libre de trancher le litige en fonction de la règle de droit dont l'application se justifie le mieux au regard de l'espèce. Les parties proposent le droit et le juge en dispose.

412. L'interprétation du droit. Lors de cette opération judiciaire, rien n'empêche les parties et leur conseil de proposer l'interprétation de la règle de droit qui leur est favorable. Cependant, c'est au juge qu'il convient de retenir l'interprétation la plus authentique du droit.

413. La déduction des conséquences légales. Au travers, de leurs moyens les parties auront nécessairement effectué cette étape-ci puisqu'elle revient à conclure à l'obtention ou non du résultat recherché. C'est à ce stade que la prétention est accueillie ou non. Pourtant, le juge est le seul à pouvoir faire jouer l'effet juridique de la règle de droit. Faisant ainsi, il dit le droit et tranche le litige dans l'espoir de mettre fin au conflit.

5 - La direction du procès.

414. Déroulement de l'instance. Cette tâche dépasse le cadre de notre étude mais il n'est pas inintéressant de s'y arrêter un instant. Cela permet de se rendre compte de la distinction entre répartition des rôles sur *l'instance* et celle sur *la matière litigieuse*. Le procès est un temps qui se doit d'être le plus court possible selon les exigences actuelles¹¹⁸⁰. Une fois le cadre temporel

¹¹⁸⁰ V. notamment le principe de délai raisonnable découvert par la CEDH dans son art.6§1, présent dans l'art. 47 al.3 (Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial...) de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne ou encore l'exigence de célérité présentes dans deux recommandations du Conseil de l'Europe, n°R(84) 5 du 28 février 1984 « sur les principes de procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la

fixé les parties conduisent l'instance tout en respectant les délais qui leurs sont impartis pour accomplir leurs actes de procédure (art. 2 C.p.c.). Cependant, le juge joue ici un rôle primordial puisque selon l'art.3 C.p.c.¹¹⁸¹ il veille au bon déroulement de l'instance notamment grâce à la possibilité d'impartir des délais. Le juge assure la direction du procès. Nous retrouvons ici l'idée d'une distinction entre la fixation du cadre et la maîtrise de l'instance plus qu'une maîtrise des parties ou une main commune du juge et des parties.

Les parties fixent le cadre du procès et accomplissent les charges qui leurs incombent, le juge officie à l'intérieur des limites ainsi posées. Les textes ont permis de répartir une à une les tâches qu'il convient d'accomplir afin d'aboutir à la solution du litige. Il reste à démontrer qu'ils apportent également une réponse à la dernière question qui est souvent posée en la matière : l'intensité du rôle du juge.

§2 - La précision de l'intensité de l'office du juge

415. Les activités étant précisément distribuées par le Code de procédure civile sans qu'il ne soit besoin de faire appel à une des multiples distinctions du fait et du droit, il nous reste à constater que le Code règle également, de manière moins évidente nous le concédons, la dernière interrogation que soulève la répartition des rôles à savoir l'intensité des pouvoirs du juge. Alors que la distinction fait appel à une différenciation des domaines factuel et juridique pour poser un office obligatoire (le juge en bon propriétaire a des devoirs) et que la coopération n'indique rien sur la réponse à apporter à un tel problème la lecture du Code renseigne et répond à cette interrogation par le truchement de l'art. 12 C.p.c.

Nous allons nous attacher à démontrer que le Code répond à cette interrogation en confiant au juge un office obligatoire selon la lettre de l'art. 12 C.p.c. (A) qui correspond également à la conception de l'office plénier du juge contenu dans l'esprit du C.p.c. (B).

justice » et R (86) 12 du 16 septembre 1986 « relative à certaines mesures visant à prévenir et réduire la surcharge de travail des tribunaux », qui auraient donné naissance à un véritable « principe de célérité ». Cf. par ex. AMRANI-MEKKI (S.), « Le principe de célérité », *RFAP*, E.N.A., 2008, n°125, pp.43-53.

¹¹⁸¹ Art. 3 C.p.c. : « Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires ».

A - Un office obligatoire selon la lettre de l'art. 12 C.p.c.

416. Nous avons vu les difficultés que pouvaient poser la détermination de l'office du juge. Après avoir rappelé brièvement le problème nous montrerons que l'art. 12 C.p.c. apporte des éléments de répons.

417. Rappel du problème. Avant d'aller plus avant, il convient de délimiter précisément la question. Il ne s'agit pas ici de connaître de l'intensité des pouvoirs du juge lors de chaque tâche du procès mais seulement lors de la dernière qui consiste pour le magistrat à appliquer le droit aux faits. En effet, lors des précédentes étapes du procès, ses pouvoirs sont clairement définis par le Code : de l'interdiction de fixer ou modifier le cadre du procès (art.5 C.p.c.) à la possibilité de puiser des faits dans le débat (art. 7 al2) et d'ordonner des mesures d'instruction (art.10 C.p.c.). La question s'est portée sur la qualification des faits et le choix de la règle de droit. Distinguant obligation de requalifier et faculté de relever d'office une règle de droit, la réponse apportée par la jurisprudence dans sa décision du 21 décembre 2007¹¹⁸² n'a pas satisfait la doctrine essentiellement parce qu'elle va à l'encontre de l'article 12 C.p.c. pour trois raisons : la distinction de la qualification et du choix de la règle de droit, l'utilisation de l'indicatif et les termes de l'art. 12 C.p.c. Rappelons ici les trois premiers alinéas de cet article :

« Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat »

418. La distinction entre requalification et relevé d'un moyen de droit. Pour certains auteurs cette distinction est impossible en pratique car ces deux opérations sont trop étroitement liées au point d'être souvent confondues. Pourtant, choisir une qualification n'entraîne pas forcément le choix d'une règle de droit. Une partie peut très bien avoir conscience d'avoir signé un contrat de vente sans connaître la règle de droit qui lui est applicable. Elle ne conduit pas non plus automatiquement au choix de la bonne règle de droit. Par exemple, l'épouse qui décide d'agir en annulation de l'acte de disposition effectué par son mari sur leur maison commune

¹¹⁸² Cf. *supra* n°330.

constituant le logement familial et dont elle a eu connaissance un an et demi auparavant pourra voir sa demande rejetée sur le fondement de l'art. 215 C.civ. alors que celle-ci aurait été accueillie selon l'article 1427 C. civ. De même, par le mécanisme de la substitution de motifs¹¹⁸³, la Cour de cassation peut changer la règle de droit appliquée dans la décision sans modifier la qualification retenue par le juge du fond. De plus, que les deux opérations soient parfois étroitement liées ne soulève aucun problème puisque le juge du fond a le pouvoir de réaliser autant l'une que l'autre. Enfin, l'art. 12 C.p.c. distingue ces deux activités judiciaires.

La question n'est donc pas de savoir s'il est possible en pratique de changer le fondement juridique sans modifier la qualification et inversement mais si la distinction établie par cet article a des incidences sur l'intensité des pouvoirs du juge d'effectuer l'une ou l'autre opération. La lettre du Code ne donne aucune indication sur le changement de fondement juridique par le juge. L'al. 2 de l'art. 12 C.p.c. se prononce simplement sur l'obligation faite au juge du fond de faire recouvrer aux faits leur juste qualification juridique. Par l'utilisation d'un argument *a contrario* on pourrait avancer que puisque le devoir ne concerne que la qualification, le relevé d'un moyen de droit n'est que facultatif pour le juge. Cet argument est d'ailleurs corroboré par l'ancien al.3 de ce même article qui disposait avant son annulation que « le juge peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties ». Ceci a conduit certains auteurs à affirmer que la décision rendue par les Hauts magistrats bien que critiquable dans l'esprit était conforme aux textes¹¹⁸⁴. Rappelons simplement qu'un article d'un décret annulé par le Conseil d'Etat n'existe plus en tant que tel et que s'il persiste dans les mémoires il est toutefois dépourvu de valeur normative.

Nous ne souscrivons pas à cet argument *a contrario* et préférons étudier l'alinéa 2, qui ne se prononce pas sur le relevé d'un moyen de pur droit à la lumière de l'alinéa 1 de l'art. 12 C.p.c.

419. L'indicatif de l'art.12 C.p.c. La modification du fondement juridique étant absente de l'al.2 c'est à l'al.1 du même article qu'il convient de se référer. « Le juge tranche le litige », voici l'alinéa et l'indicatif en question. L'interprétation de l'utilisation de l'indicatif par le législateur est toujours délicate en droit¹¹⁸⁵. Si l'on convient avec le professeur Bergel que

¹¹⁸³ Sur ce mécanisme v. *infra* n°554.

¹¹⁸⁴ V. par ex. DESHAYES (O.), « L'office du juge à la recherche de sens... », *op. cit.*, n°12 et de manière plus nuancée GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *op. cit.*, n°534, p.431.

¹¹⁸⁵ Sortons pour une fois du champ du droit privé pour illustrer notre propos par un exemple de droit public et tout particulièrement par la controverse autour de l'art.13 de la Constitution dont l'usage de l'indicatif à susciter

« l'usage de l'indicatif ou du futur n'est pas neutre »¹¹⁸⁶, nous ne saurions précisément déterminer s'il est porteur d'un impératif ou d'une faculté. Autant les termes « pouvoir » et « devoir » ne font aucun doute quant à ce qu'ils impliquent autant la conjugaison d'un verbe à l'indicatif présent laisse planer des interrogations. Pourtant, pour une grande partie de la doctrine l'indicatif vaut impératif. Le juge doit trancher le litige et pour cela il doit choisir la bonne règle de droit. Toutefois, cette interprétation de l'emploi de l'indicatif n'étant pas toujours admise, nous renforcerons notre propos par l'étude des termes de cet art.12 al.1 C.p.c.

420. Les termes de l'art. 12 C.p.c. La première partie de cet alinéa dispose que le juge « tranche le litige » c'est-à-dire qu'il y met fin en y apportant une solution. Il doit le faire sous peine de déni de justice prévu par l'art.4 C.civ et au vu de l'indicatif utilisé. De plus, selon le même alinéa *in fine* il résout le litige « conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Même si le litige peut être tranché en équité à la demande des parties et selon le dernier alinéa de cet article, elle est en principe exclue. Le juge doit rendre une solution selon le droit. Il doit faire application du droit aux faits et il doit le faire « conformément » aux règles de droit. La solution du litige exige donc qu'elle soit rendue au regard de la règle de droit adéquate et dans la limite du cadre factuel tout comme c'est le cas pour l'opération de requalification.

L'article 12 C.p.c. qui dispose que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables » porte selon nous une obligation générale¹¹⁸⁷ pour le juge d'une juste application du droit aux faits selon une interprétation littérale mais également par la conception de l'office du juge qu'il sous-tend.

de nombreuses question parmi les auteurs de droit constitutionnel et trois interprétations : l'indicatif ne signifie rien, l'indicatif révèle une faculté et enfin « l'indicatif vaut impératif », interprétation qui semble la plus suivie. Pour une analyse de l'argumentation et un aperçu de cette controverse v. notamment LE POUHRIET (A.-M.), « Ordonnances : signature et nature », *R.A.J.F.*, 24 oct. 2000, <http://www.rajf.org/spip.php?article13>.

¹¹⁸⁶ BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique, op. cit.*, p.238.

¹¹⁸⁷ D'autant plus qu'à suivre la distinction posée par la jurisprudence entre l'obligation de requalifier et la faculté de relever d'office un moyen de droit conduit à la conclusion absurde qu'il vaut mieux pour une partie un mauvais conseil qui se trompera dès le choix de la qualification puisque le juge sera obligé de rectifier qu'un avocat médiocre qui ne commettra l'erreur qu'au moment du choix de la règle de droit.

B - Un office obligatoire selon l'esprit du C.p.c

421. L'article 12 C.p.c. décrit le rôle technique du juge mais combiné aux autres articles du chapitre préliminaires du C.p.c. il en livre également la substance. L'obligation qui existe pour le juge de trancher le litige en appliquant la bonne règle de droit aux faits par le jeu de la qualification et du relevé d'office du moyen de droit se dessine au travers de la conception de l'office du juge civil retenue par le NCPC et qui transparait aujourd'hui encore dans le C.p.c. Cette conception redonne au juge toute sa fonction, toute sa place. Il est désormais « au cœur du procès ».

L'office du juge est central parce qu'il est conçu comme un office plénier (1). Paradoxalement, il n'en découle pas un juge omnipotent mais un équilibre des rôles (2).

1 - La conception de l'office du juge portée par le Code de procédure civile.

422. L'article 12 C.p.c. parce qu'il prend place au sein des principes directeurs du procès n'est pas neutre. Sa double facette, à la fois technique et porteuse d'un idéal, caractérise la plupart des règles appartenant à ces principes directeurs. Il est difficile d'en faire abstraction lorsque l'on s'interroge sur la répartition des rôles. Il convient de garder à l'esprit que ces principes directeurs ont été choisis au regard d'un idéal de justice.

La réponse à apporter à la question de l'intensité des pouvoirs du juge ne peut faire abstraction de la conception de l'office du juge, notion qu'il convient avant tout de préciser.

423. Notion d'office du juge. « Si flou et vague qu'il soit, l'office du juge, c'est d'abord la fonction de juger »¹¹⁸⁸. Cette affirmation rend compte de la pensée doctrinale majoritaire selon laquelle l'office du juge est de juger. « Qu'est-ce que juger »¹¹⁸⁹ s'interrogent alors d'éminents auteurs. Une fois de plus la doctrine s'accorde sur une réponse : « dire le droit et trancher les litiges »¹¹⁹⁰. Cette maxime fait consensus et s'applique à tout juge qu'il appartienne à l'ordre administratif ou judiciaire, qu'il s'agisse du juge pénal ou civil¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁸ DARCY (G.), « Regard elliptique sur l'office du juge », *Actes du colloque - L'office du juge*, Sénat, 2006, p.533.

¹¹⁸⁹ WIEDERKEHR (G.), « Qu'est-ce qu'un juge », *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, LGDJ, 1996, p.580 ; FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les offices du juge », in *Jean FOYER, Auteur et législateur*, Mélanges Jean Foyer, PUF, 1997, p.464.

¹¹⁹⁰ V. par ex. BERGEL (J.-L.), « Introduction générale », *Actes du colloque - L'office du juge*, *op. cit.*, pp.12-13.

¹¹⁹¹ En ce sens v. NORMAND (J.), « Office du juge », *Dictionnaire de la justice*, *op. cit.*, p. 925.

Trancher le litige recouvre dans l'esprit de la plupart des auteurs le fait de mettre fin au conflit en donnant une solution de droit. Ce sont là les deux caractéristiques les plus souvent avancées de l'office du juge. Le juge aurait de ce fait un rôle social et un rôle juridictionnel puisqu'il doit « apaiser les conflits en légitimant les solutions qu'il y apporte par le droit positif qu'il lui incombe d'appliquer »¹¹⁹².

Les dissensions apparaissent lorsque l'on s'interroge sur ce que recouvre l'expression « trancher le litige »¹¹⁹³ et que l'on approche ainsi de l'office du juge dans un sens plus technique. Le sens technique de l'office du juge a été défini par le doyen Normand comme « les *pouvoirs* et les *obligations* qu'il exerce ou doit respecter dans l'accomplissement des fonctions qui lui sont dévolues »¹¹⁹⁴. A cet égard, on parle plus volontiers de « rôle du juge ». Loin de s'opposer ces deux acceptions se complètent, la première traçant les contours de l'office du juge, la seconde définissant son contenu. Les contours influencent forcément le contenu. En effet il existe plusieurs manières de trancher un litige et les juges civil, pénal et administratif en usent de trois différentes. Certes, c'est toujours conformément aux règles de droit et en vue de rétablir une certaine paix sociale, mais le juge est plus ou moins actif dans l'accomplissement de cette tâche.

424. Evolution de l'office du juge dans le procès civil. Le paramètre pris en compte semble être celui des intérêts en jeu et donc de la nature du procès. Jusque-là considéré comme la résolution d'un conflit entre particuliers ne mettant en jeu que des intérêts purement privés, le procès civil ne laissait qu'un rôle mineur au juge. Passif dans la recherche de la vérité, il jouait de son sifflet d'arbitre afin de choisir, entre deux propositions, la plus convaincante.

Cependant, l'idée a émergé que les intérêts en jeu dans le procès civil n'étaient pas purement privés mais qu'il y était également question de respect de la règle de droit et d'apaisement de conflits sociaux. Le procès civil n'est pas un service privé dont les particuliers ont la libre disposition mais un service public. Cette prise de conscience s'est faite peu à peu notamment sous l'influence des écrits de Motulsky¹¹⁹⁵.

¹¹⁹² BERGEL (J.-L.), « Introduction générale », *Actes du colloque ...*, op. cit., 2006, p.14 ; v. également l'opinion du professeur Frison-Roche pour qui il s'agit de offices distincts parmi les offices du juge, cf. FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les offices du juge », in Jean FOYER, *Auteur et législateur*, Mélanges Jean Foyer, PUF, 1997, pp.463-476.

¹¹⁹³ En ce sens v. l'opinion du doyen Wiederkehr selon laquelle « si tout le monde s'accorde sur la formule « dire le droit et trancher les litiges », c'est parce qu'on ne réfléchit guère à sa signification ou que chacun lui en prête une différente, celle qui lui convient », WIEDERKEHR (G.), préface in D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 236, Paris, 1994, p.XV.

¹¹⁹⁴ NORMAND (J.), « Office du juge », *Dictionnaire de la justice*, op. cit., p. 925.

¹¹⁹⁵ Cf. MOTULSKY (H.), « Prolégomènes... », op. cit., p.275.

L'office du juge civil dépend donc de la conception que l'on retient du procès civil entre procès d'intérêts privés ou publics, d'initiative privée ou publique. De là dépend la figure du juge arbitre ou du juge pleinement juge libre de trancher le litige conformément à la règle de droit. La distinction du fait et du droit défendait la dernière de ces conceptions.

425. La conception portée par la distinction. La distinction du fait et du droit est un mauvais fondement de la répartition des rôles en ce qu'elle n'est pas opérante. Sa simplicité apparente dissimule une structure complexe qui ne parvient cependant pas à s'adapter à la réalité du procès. Néanmoins, la distinction conserve une grande force dans le discours doctrinal. L'explication en est simple : malgré ses faiblesses et malgré la fragilité de ses fondements¹¹⁹⁶ elle porte un idéal de justice. Ce qui la fonde et qui la justifie réellement et qui est la plupart du temps dissimulé *est une conception de l'office du juge.*

Cette conception est celle de Motulsky. Elle est évidemment politique, comme la plupart sinon toute vision de l'office du juge¹¹⁹⁷ et c'est certainement pourquoi cette justification de la répartition des rôles n'apparaît que rarement.

Ce que refusait Motulsky était le rôle de simple arbitre du juge découlant du caractère accusatoire du procès. En définitive, en affirmant que le droit est l'apanage du juge, il ne souhaitait pas autre chose que redonner sa place au juge en tant que spécialiste du droit afin de parvenir aux solutions les plus justes possibles et à une meilleure qualité de la justice. Il rééquilibre les rôles afin d'augmenter les chances de parvenir à la vérité judiciaire et à la meilleure solution. Le juge est à même, en tranchant ainsi le litige, de ramener la paix sociale.

426. La conception exigeante retenue dans le C.p.c. L'article 12 C.p.c. réaffirme ce qu'est l'office du juge en général : « il tranche les litiges ». Le juge doit apporter la solution au litige. Il ne doit le faire ni passivement, c'est là une des indications données par l'emploi de l'indicatif, ni seulement en fonction de ce que proposent les parties. Il agit « conformément aux règles de droit ». Sur la question de l'application du droit, sauf dans de rares cas, il est libre dans ses choix. Il ne peut s'agir de la simple validation d'un syllogisme proposé par l'une des parties¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁶ Cf. 1^{ère} partie.

¹¹⁹⁷ En ce sens v. VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr.), *Cassation et juridiction...*, *op. cit.*, spec. n°375, pp.352-353.

¹¹⁹⁸ MAUGAIN (G.), *La modélisation du procès...*, *op. cit.*, pp.292 et s.

Il est « maître » en son « domaine » selon la pensée motulskienne. C'était le point de départ et la raison d'être de la distinction du fait et du droit de l'auteur et c'est certainement le cœur de l'office du juge retenu par le C.p.c. *La persistance de la distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé s'explique alors. Ce n'est point elle qui a été adoptée dans le Code de procédure civile., car elle est techniquement impossible à réaliser, mais la conception qu'elle porte.*

La revalorisation de l'office du juge qu'elle entraînait a sans aucun doute été adoptée dans le NCPC. Il est réellement et pleinement le juge du litige et les parties n'ont plus un rôle prépondérant dans le procès civil. Les pouvoirs du juge se sont accrus et le rôle de *juris dictio* lui est pleinement reconnu par l'art.12 al 1 C.p.c. : « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Dans le cadre du procès contentieux en général, c'est-à-dire sans qu'un accord des parties soit intervenu pour lier le juge, celui-ci n'est pas dépendant de la règle de droit et de la qualification proposées par les parties. Il connaît le droit, il en a une vision d'ensemble et sait l'appliquer. Les parties, bien qu'assistées d'un conseil juridique ne peuvent prétendre à pareille compétence.

Au vu de cet office revalorisé du juge, parce qu'il doit apporter une solution au litige en appliquant le droit et parce qu'ainsi il peut ramener la paix sociale, on pourrait penser que trop de pouvoirs lui sont confiés et que le procès civil se rapproche du procès pénal. Pourtant, tout comme la distinction du fait et du droit, le Code de procédure civile est porteur d'un équilibre des rôles qui découle en partie de cette conception pleine et entière de l'office du juge.

Reconnaissons, comme nous y invite le professeur Lefort, « aux rédacteurs du Code de procédure civile de 1975 le mérite d'avoir su et pu imposer une voie médiane, de composition, entre une tradition libérale fortement ancrée et les nécessités d'un interventionnisme judiciaire modéré mais nécessaire. L'équilibre ainsi réglé est contenu dans les principes directeurs du procès »¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁹ LEFORT (C.), « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », *Justices et droit du procès...*, *op. cit.*, p.808.

2 - La conception de l'office du juge porteuse d'un équilibre des rôles

427. La conception de l'office du juge civil ainsi retenue conduit nécessairement à un équilibre pour une double raison : elle confère au juge un entier pouvoir de *juridictio* tout en le soumettant au droit.

A cet égard, remarquons que cet équilibre est porté par la distinction du fait et du droit. Par son attribution symétrique elle suppose un équilibre des rôles entre les parties et le juge. Chacun est maître de son apanage parce qu'il en a la connaissance et, à ce titre, chacun dispose du dernier mot en son domaine. Cependant, reposant sur des fondements fragiles et étant le produit d'un cheminement comportant de nombreux vices, la distinction s'est révélée dès le départ inapte à fonder cet équilibre.

Si les textes n'ont pas adopté la distinction ils semblent avoir consacré l'idée que Motulsky défendait à travers elle. Les parties n'ont plus la disposition du procès car la justice est un service public. En revanche si le juge a vu ses pouvoirs s'accroître il ne devient pas pour autant un magistrat plénipotentiaire. Les limites de son office se trouvent à la fois dans les prérogatives reconnues exclusivement aux parties, c'est-à-dire dans le cadre qu'elles sont seules à pouvoir fixer, mais surtout, et l'on a tendance à l'omettre, *dans l'intensité de son office*¹²⁰⁰. Le procès civil reste un affrontement d'intérêts privés que le Code ne renie pas. Cette particularité permet aux parties d'introduire l'instance et de choisir le cadre du procès. A l'intérieur de ce cadre, le juge a tous les pouvoirs nécessaires pour rendre la justice conformément aux règles de droit. Cependant, les pouvoirs qui lui sont reconnus à chaque étape du procès ont pour *contrepoids une obligation*, un devoir.

Il a une obligation de trancher le litige *conformément au droit* et non une option. Il en découle la garantie pour les parties d'obtenir une justice de qualité, les gardant d'une justice facultative. La solution se préserve d'une vérité toute relative¹²⁰¹. De la même façon, l'égalité devant la justice est assurée puisqu'en ce cas la qualité de leur conseil juridique ou le juge devant lequel les parties se trouvent sont indifférents, le magistrat devra toujours appliquer la règle adéquate même si cette dernière n'a pas été proposée.

¹²⁰⁰ Il est insuffisant selon nous d'admettre comme le fait Normand que « l'office du juge contient, en relief, ce que les parties ont en creux et réciproquement », in NORMAND (J.), « Office du juge », *op. cit.*, p. 925. De même, les auteurs du précis Dalloz ne parlent de « contrepoids » qu'à propos des monopoles reconnus aux parties ; cf. GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *op. cit.*, n°1814, p.1168.

¹²⁰¹ En ce sens v. DESHAYES (O.), « L'office du juge à la recherche de sens... », *op. cit.*, n°29.

428. Dès lors, si la distinction du fait et du droit, dont le spectre plane toujours sur la répartition des rôles, n'a pas permis de défendre cet équilibre mis à mal par la jurisprudence¹²⁰², les textes auraient dû suffire. Toutefois, du fait du caractère facultatif des pouvoirs du juge affirmé par la jurisprudence, les charges pèsent désormais sur les parties et la liberté dont jouit le juge dans l'exercice de ses pouvoirs n'est plus contrebalancée. Les considérations purement pragmatiques dont l'essentiel réside dans la volonté de désencombrer les tribunaux ont pris le pas sur un guide structurellement défaillant. Pourtant, comme le souligne le professeur Jeuland « il faut répartir les tâches de manière équilibrée, de telle sorte que l'on ait le plus de chance de dégager une solution au litige »¹²⁰³ et cet équilibre est ancré dans les textes et doit être respecté et préservé par la jurisprudence.

Le jour où le Code de procédure n'a plus été qualifié de « nouveau »¹²⁰⁴, la jurisprudence a opéré un retour à l'esprit de l'ancien Code en revenant à un déséquilibre auquel avaient pourtant souhaité mettre fin les rédacteurs du NCPC. Le professeur Deshayes remarque à ce propos que « le procès cesse d'être le lieu de révélation d'un ordre préexistant et idéalement juste pour devenir une instance d'évaluation comparative des prétentions. D'un point de vue historique, la nouveauté a des goûts de retour en arrière. Car c'était précisément le propre du code de 1975 que d'avoir voulu rompre avec la conception plus passive du rôle du juge qui était celle du législateur de 1806 »¹²⁰⁵.

429. Les textes, clairs et précis, techniques et conceptuels, répartissent précisément les rôles et en constituent un fondement suffisant. La conception de l'office du juge qu'ils renferment et de laquelle découle un *équilibre* des rôles se doit d'être protégée notamment en évitant le recours à de trop nombreux fondements doctrinaux dont fait partie la distinction du fait et du droit.

¹²⁰² Nous faisons ici référence à l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 21 décembre 2007 que nous avons déjà eu l'occasion d'étudier en détail. Cf. *supra* n°330.

¹²⁰³ JEULAND (E.), *Droit processuel*, *op. cit.*, n°251, p.259.

¹²⁰⁴ Le NCPC a été privé de son caractère « nouveau » par l'art. 26 de la Loi n° 2007-1787 du 20 déc. 2007 relative à la simplification du droit, J.O., p. 20639.

¹²⁰⁵ DESHAYES (O.), *Ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 2.

430. La distinction du fait et du droit n'est pas l'unique fondement de la répartition des rôles. Des principes normatifs, comme la contradiction, qui n'ont pas directement pour objet d'impartir les rôles influencent la répartition. D'autres principes, d'origine doctrinale, soit parce qu'ils ont un temps reflété les règles de répartition (accusatoire) soit parce qu'ils tentent d'en décrire les règles actuelles (coopération), sont avancés comme des fondements directs. Pourtant, aucun d'entre-eux, pas même la distinction du fait et du droit, n'est apte à régir cette répartition. Au contraire, leur multiplication crée la confusion et explique en partie les libertés qu'a pu prendre la jurisprudence.

Nul n'est donc besoin d'ajouter à la confusion. Le retour aux textes du Code de procédure civile s'impose actuellement et démontre que ses rédacteurs avaient répondu à toutes les questions que pouvait poser la répartition: fixation du cadre, distribution des rôles de chacun et intensité de l'office du juge sans se soucier de la nature des éléments de la matière litigieuse le tout au regard d'un *équilibre des rôles* sous-entendu par ces textes. Au plan *technique* donc, la distinction du fait et du droit est parfaitement inutile.

Cependant, elle subsiste au plan *symbolique*. En effet, si la distinction semble indéfectiblement liée à la répartition des rôles c'est qu'une grande partie de la doctrine est attachée à l'idéal dont elle est porteuse et la conception de l'office du juge qui en découle. Or, cette *conception est conservée* dans les dispositions du Code de procédure civile. Puisque ces dernières répartissent précisément les rôles *rien n'empêche désormais de rendre sa liberté à la distinction qui nuit plus qu'elle n'éclaire la matière pour n'en conserver que l'essence : l'équilibre des rôles.*

CONCLUSION DU TITRE 1.

431. La distinction du fait et du droit est idéale parce qu'elle suppose deux catégories, le fait et le droit, capables d'absorber tous les éléments du procès ce qui n'est pas le cas. Elle l'est encore parce qu'elle a pour vocation de résoudre tous les problèmes que pose la répartition des rôles entre les parties et le juge. Pour cela elle regroupe trois niveaux de distinction : éléments factuels et juridiques, activités portant sur le fait ou sur le droit et domaine du fait et du droit. Chacun de ces domaines est attribué à un des acteurs du procès, le juge ou les parties.

Pourtant, si la distinction du fait et du droit dessinée par Motulsky ne trace pas une frontière entre le fait et le droit, elle est garante d'un équilibre entre inquisitoire et accusatoire en posant des obligations pour le juge en droit et en lui conférant des pouvoirs sur le fait. En ne conservant que ces derniers, le droit positif a rompu cet équilibre en invoquant le caractère désuet de la distinction. Cela n'était pas difficile, puisque la distinction n'a pas été intégralement adoptée par les rédacteurs du nouveau Code de procédure civile¹²⁰⁶ qui ont limité son rôle au remplacement de la notion de « cause » par celle de « faits »¹²⁰⁷. La conception motulskienne du rôle du juge, selon laquelle « le droit est son domaine ; la Justice est sa vocation »¹²⁰⁸, remarquable par la haute conception de la justice qui en émane, aurait gagné à être justifiée par un argument plus solide et adéquat que la distinction du fait et du droit. En réalité, elle l'est car les textes du Code de procédure civile s'ils n'adoptent pas la distinction font leur l'équilibre des rôles qu'elle sous-entend.

Motulsky a conçu une distinction du fait et du droit idéale et idéale mais qui demeure irréalisable et de ce fait irréalisée. Les rédacteurs du NCPC lui ont conféré une place minime mais en ont conservé l'essentiel : un idéal de justice, office du juge et équilibre en sont les maîtres mots.

La distinction du fait et du droit n'a pas sa place dans la répartition des rôles sur la matière litigieuse. Elle n'est pas apte à remplir le rôle qui lui est confié puisque théoriquement on ne peut distribuer les rôles en fonction de la frontière qu'elle trace et pratiquement ni la

¹²⁰⁶ Le professeur Brenner a fait un constat similaire en matière d'autorité de la chose jugée : « on n'a sans doute pas assez souligné que les idées de Motulsky sur le point qui nous intéresse n'ont été que très partiellement consacrées lors de la recodification de la procédure civile ». BRENNER (Cl.), « les conceptions actuelles de l'autorité de la chose jugée en matière civile au regard de la jurisprudence », *Le nouveau code de procédure civile (1975 – 2005)*, Economica, Paris, 2006, p.222.

¹²⁰⁷ Cf. *supra* n°174.

¹²⁰⁸ MOTULSKY (H.), « La cause de la demande... », *op. cit.*, p.125.

jurisprudence ni les textes ne la respectent. Selon nous, son abandon s'impose au vu de son inutilité et de la précision des textes.

Il nous reste à démontrer que, pour des raisons assez similaires, la distinction n'a pas à demeurer le fondement de l'étendue du contrôle de cassation.

TITRE 2 : LA DÉLIMITATION DU CONTROLE DE CASSATION PAR LA DISTINCTION

432. Le recours en cassation a été institué afin de veiller à ce que les juges respectent les lois lorsqu'ils tranchent un litige¹²⁰⁹. Dévolu à la juridiction de cassation depuis la Révolution, ce contrôle a été strictement encadré afin que les juges de la Haute juridiction servent le corps législatif sans être eux-mêmes législateurs. La compétence de la Cour a également été délimitée par rapport à celle des tribunaux de première et deuxième instance afin qu'elle garde sa spécificité. En effet, la Cour de cassation n'est pas juge du fond, elle est la gardienne des lois et de leur application uniforme sur le territoire.

La doctrine a associé à cette fonction particulière la distinction du fait et du droit. Parce que la Cour n'est pas une juridiction ordinaire mais une juridiction extraordinaire son action est limitée au droit. Parce que la juridiction suprême de l'ordre judiciaire n'est pas un troisième degré de juridiction, elle ne connaît pas du fond des affaires. Parce que la doctrine assimile le « fond » au « fait »¹²¹⁰, la Cour de cassation voit son contrôle limité par la distinction du fait et du droit. Plus exactement, en ce domaine, la doctrine conçoit la distinction comme celle entre les questions de fait et les questions de droit dont seules les secondes sont censées être l'objet du contrôle de la Haute juridiction.

Pourtant, aucun texte régissant le recours en cassation ne mentionne la distinction du fait et du droit sous quelque forme que ce soit et aucune disposition du Code de procédure ou d'organisation judiciaire ne l'érige, même implicitement, en fondement de l'étendue du contrôle de cassation.

Dès lors, il n'est pas surprenant que l'étude du contrôle exercé par la Cour de cassation montre que celle-ci dessine ses propres limites qui ne concordent pas toujours avec la frontière entre le fait et le droit. Que la Cour se permette de déplacer cette séparation ou qu'elle s'autorise à la franchir, dans tous les cas elle ne la respecte pas. Si la distinction du fait et du droit, ou plus exactement celle des questions fait et des questions de droit, n'est pas le fondement de la

¹²⁰⁹ Sur l'histoire de la Cour de cassation *cf. supra* n°42s.

¹²¹⁰ Sur l'assimilation des notions de « fond » et de « fait » voir *supra* n°187s.

délimitation du contrôle de cassation, il convient de s'en détacher afin de mieux dévoiler les véritables limites du contrôle de cassation.

Ainsi, parce que la distinction du fait et du droit est critiquable comme fondement de l'étendue du contrôle de cassation (chapitre 1) nous proposons un renouvellement de l'analyse en la matière (chapitre 2).

CHAPITRE 1 - CRITIQUE DE LA DISTINCTION COMME FONDEMENT

433. La Cour de cassation est une juridiction dont la fonction n'est pas réellement de juger - elle ne juge pas au sens commun du terme - mais d'exercer un contrôle. Ce contrôle est, selon la plupart des auteurs et selon la doctrine de la Cour de cassation même, limité par la distinction du fait et du droit. Il ne s'exerce que dans le droit et sur le droit.

Cependant, la doctrine attachée à la distinction du fait et du droit, après avoir assimilé, de manière contestable selon nous, le fond au fait afin de prouver que la distinction était contenue dans les textes régissant le pourvoi en cassation et après avoir démontré la viabilité de cette distinction d'un point de vue théorique, modifie l'objet de son discours. Il ne s'agit plus de limiter le contrôle au droit mais de manière plus précise aux *questions de droit* à l'exclusion des *questions de fait*.

Si l'on retient cette distinction comme fondement de la délimitation de ce contrôle il faut alors admettre qu'il doit obligatoirement s'exercer sur les questions de droit et uniquement sur celui-ci. Pourtant, ce n'est pas le cas. L'étude des décisions rendues par la Cour de cassation, à l'exception de la chambre criminelle, montre qu'elle laisse parfois de côté ce que la doctrine qualifie de *questions de droit*¹²¹¹ tout en se préoccupant de certaines *questions de fait*.

Ainsi, la distinction est un fondement éminemment critiquable dans le domaine de la cassation puisqu'à la fiction du contrôle obligatoire du droit (section 1) s'oppose la réalité d'un contrôle aléatoire des questions de fait et de droit (section 2)

¹²¹¹ Cf. *supra* n°121.

SECTION 1 - La fiction du contrôle obligatoire du droit

434. D'après la distinction, il est commun d'énoncer que les faits sont hors de portée de la Cour de cassation, qu'ils sont interdits devant son prétoire ou encore que la Cour « contrôle le droit ». Ces formules ont l'avantage d'être agréables, pédagogiques et de marquer les esprits mais elles restent quelque peu absconses. Il faut en réalité y lire deux propositions qui relèvent de deux distinctions différentes. D'abord, ces expressions sous-entendent que la Cour n'assure que le respect des normes selon la distinction des *éléments de faits* et des *normes juridiques*. Ensuite, elles affirment que le contrôle de la Haute Cour ne peut porter que sur les *questions de droit* au vu de la distinction entre les *questions de fait et de droit*.

La distinction du fait et du droit désigne à la fois *ce vers quoi tend* le contrôle et *ce sur quoi porte* le contrôle. A suivre un tel fondement, le respect de la norme est l'objectif du contrôle (§1) alors que la question de droit est l'objet du contrôle de cassation (§2).

§1 - Le respect de la norme, objectif du contrôle

435. Il n'est pas tout à fait exact d'affirmer que la Cour de cassation « contrôle le droit ». Sa mission première n'est pas véritablement de *contrôler* la règle de droit mais d'en *assurer le respect*. D'autres juridictions ont compétence pour contrôler la règle de droit au travers de sa conformité à la Constitution ou aux traités internationaux¹²¹².

La protection du droit comme mission de la Cour de cassation est prévue par l'article 604 C.p.c. et correspond à la distinction, que nous avons pu qualifier de statique et théorique, entre la norme et le fait¹²¹³. Cette distinction étant tout à fait claire et viable, il est possible de déterminer quelles sont les règles que protégera la Cour par le biais de son contrôle.

¹²¹² Après que le Conseil constitutionnel se soit reconnu incompétent pour effectuer tout contrôle de conventionalité (Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975), la Cour de cassation a reconnu cette compétence aux juges judiciaires ordinaires qui l'effectuent sous son contrôle (Cass. ch.mixte, 24 mai 1975, n°73-13.556, Société des Cafés Jacques Vabres, Bull. ch. mixte, D. 1975, p. 497, concl. Touffait), décision suivie quelques années après par le Conseil d'Etat (CE, Ass. Plén., 20 oct. 1989, Nicolo, recueil p. 190, concl. Frydman).

¹²¹³ Cf. *supra* n°95s.

La Haute Cour assure la protection des règles de droit contre les jugements (A) les règles de droit ainsi protégées étant déterminées selon la distinction du fait et du droit (B).

A - Une protection des règles de droit contre les jugements

436. De nombreux auteurs qui étudient les conditions du pourvoi en cassation déclinent les normes qui font l'objet d'un contrôle¹²¹⁴. A cet égard il n'est pas inutile de préciser que la Haute juridiction judiciaire ne contrôle pas la loi mais, selon l'art. 604 C.p.c., la conformité du jugement au droit.

Cette précision peut apparaître superflue mais elle n'est pourtant pas sans conséquence. L'utilisation des expressions « normes contrôlées » ou « contrôle du droit »¹²¹⁵ pose deux problèmes. D'abord, et comme nous l'avons déjà souligné, elles dissimulent l'utilisation de deux distinctions du fait et du droit différentes avancées pour fonder le contrôle de cassation. Elles tendent ainsi à faire de la distinction un fondement universel capable de résoudre toutes les difficultés que peuvent soulever la cassation, voire la procédure civile¹²¹⁶. Ensuite, elles conduisent certains auteurs¹²¹⁷ à soutenir que la Cour abandonne le contrôle de certaines normes du fait de la compétence d'autres juridictions. Or ce n'est ni une atteinte à la distinction du fait et du droit ni une exception en raison de la concurrence d'une autre juridiction. La justification en est bien plus simple, le contrôle de cassation porte sur les jugements et non sur la règle de droit.

C'est pourquoi la Cour de cassation n'a pas pour mission de *contrôler le droit* mais de *protéger les règles de droit*. Elle exerce donc un contrôle de la conformité des jugements aux règles de droit (1) et non un contrôle de la conformité des règles de droit à d'autres normes hiérarchiquement supérieures (2).

¹²¹⁴ V. notamment BORE (J.) et BORE (L.), *La cassation en matière civile, op. cit.*, n°60.01 à 67.238, pp.223 et s. ; « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°288-313.

¹²¹⁵ Expression utilisée notamment in GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *op. cit.*, n°1291, p.888.

¹²¹⁶ Sur le même phénomène dans l'utilisation de la distinction comme fondement de la répartition des rôles, v. *supra* n°301s.

¹²¹⁷ V. par ex. BORE (J.) et BORE (L.), *La cassation en matière civile, op. cit.*, n°62.01 et s., pp. 239 et s., notamment en ce qui concerne l'interprétation.

1 - Le contrôle de la conformité des jugements aux règles de droit

437. La Cour de cassation a pour mission de faire respecter le droit lors de tout jugement. Elle veille à ce que le juge ne viole aucune règle de fond ou de forme. Il s'agit là du rôle premier de la Cour et qui explique pourquoi elle a été placée « auprès du Corps législatif »¹²¹⁸ par les parlementaires de la Révolution. Si son rôle s'est par la suite accru, les compétences qui lui sont reconnues aujourd'hui se rattachent toutes à ce rôle originel : elle est la « sentinelle établie pour le maintien des lois »¹²¹⁹.

438. Gardienne du droit. C'est le premier rôle confié au tribunal de cassation par la loi du 1^{er} décembre 1790 qui, rappelons-le, dans son article 3, lui donne compétence pour annuler « toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi »¹²²⁰. Cette disposition découle de la mission qui est assignée à ce tribunal qui n'est pas conçu comme un troisième degré de juridiction mais comme le « garde du corps des lois »¹²²¹.

Ceci ne correspond que partiellement aux contours de la mission actuelle de la règle de droit. En effet, pour les révolutionnaires tout le droit était constitué par les textes de loi¹²²². L'élargissement de la compétence des juges suprêmes s'est opéré par celui de la notion de « droit ». Un premier pas a été franchi 20 ans après l'instauration de la juridiction de cassation par l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 qui substitue à notion de « loi »¹²²³ celle de « textes de loi ». Depuis la protection par la Cour de cassation s'est étendue « aux règles de droit »¹²²⁴.

439. Garante de l'unité jurisprudentielle. La compétence de la Cour de cassation s'est encore accrue selon une autre voie. Initialement rattachée « auprès du corps législatif », la juridiction de cassation a pour seule fonction de veiller à l'application de la nouvelle législation sur tout le territoire. La loi selon les révolutionnaires étant claire, précise et réglant toutes les situations,

¹²¹⁸ Loi du 27 novembre – 1^{er} décembre 1790, *op. cit.*

¹²¹⁹ PRIEUR, cité in MARTY (G.), *op. cit.*, p. 61.

¹²²⁰ Art. 3 de la Loi du 1^{er} décembre 1790 portant institution d'un tribunal de cassation et réglant sa composition, son organisation et ses attributions.

¹²²¹ D'AGUESSEAU cité in MARTY (G.), *ibid.*

¹²²² Art. 3 du décret des 27 novembre-1^{er} décembre 1790.

¹²²³ « La justice est rendue souverainement par les Cours impériales ; leurs arrêts, quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité, ne peuvent être cassés que pour une contravention expresse à la loi ». Art.7, Loi 20 avril 1810.

¹²²⁴ Art. 604 CPC et désormais art.1020 CPC modifié par le décret n°2008-484 du 22 mai 2008 - art. 14 et qui dispose désormais que « L'arrêt vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée. » et non plus « sur le texte de loi ».

les difficultés que la qualification peut soulever sont écartées. L'interprétation est confiée au corps législatif par le biais du référé législatif.

Dans ce système légicentriste, le texte de loi est tout le droit, et c'est lui que le tribunal doit faire respecter grâce à deux cas d'ouverture, la contravention expresse à la loi et la violation de forme. Ce sont les erreurs de droit flagrantes, expressions d'une rébellion du juge contre la loi qui sont ainsi sanctionnées¹²²⁵. Le contrôle est éminemment disciplinaire.

Cette mission s'est élargie avec la disparition de la peur de la résurgence des Parlements d'Ancien régime et l'apparition officielle de la Cour de cassation, le 18 mai 1804¹²²⁶. La mission unificatrice de la jurisprudence, que certains souhaitaient donner au tribunal de cassation, apparaît avec cette Cour grâce à l'unité législative réalisée par les codifications. La voie de l'interprétation est ainsi ouverte à la Haute Cour, confortée par l'article 4 du Code civil de 1804, obligeant les juges à se prononcer même en cas « de silence, obscurité ou insuffisance de la loi ». La suppression du référé législatif, difficile à mettre en œuvre en pratique, et la loi du 1^{er} avril 1837, obligeant la seconde juridiction de renvoi à suivre l'avis de la Cour suprême, confirment l'interprétation de la loi comme nouvelle compétence de la Haute juridiction ce qui a pour conséquence d'ouvrir la voie à un contrôle de l'interprétation.

440. L'article 604 C.p.c. dispose que « 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 ». Il énonce la mission confiée à la Cour. Celle-ci veille à ce qu'aucune loi ne soit violée à l'occasion d'un jugement. En assurant le respect du droit, elle en est la gardienne. En imposant ce respect dans les jugements, elle est la garante de l'unité jurisprudentielle.

Cependant, ces missions ne lui donnent pas le pouvoir de contrôler la conformité des règles de droit à d'autres normes. Si toutefois elle détient en partie ce pouvoir c'est indépendamment de la distinction du fait et du droit.

¹²²⁵ MARTY (G.), *op. cit.*, pp. 64-65.

¹²²⁶ Dénomination due à l'article 136 du sénatus-consulte du 28 floréal an XII.

2 - L'exclusion des contrôles de conformité des normes entre-elles

441. Indépendamment de son pouvoir de cassation, mais souvent à l'occasion d'un pourvoi, la Cour peut être amenée à vérifier la conformité d'une règle de droit à une autre règle de droit sans que toutefois cela n'influe sur l'étendue de son contrôle.

Afin de les exclure du champ de la distinction du fait et du droit, mais également parce qu'on peut les retrouver à l'occasion d'un pourvoi, nous allons exposer succinctement le contrôle indirect de constitutionnalité (a) et le contrôle de conventionalité (b) exercés par la Cour de cassation.

a - Le contrôle indirect de constitutionnalité

442. En principe, la Cour de cassation n'est pas compétente pour exercer un contrôle de constitutionnalité des lois. Cependant, avec l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), la Haute Cour civile semble parfois exercer ce contrôle.

443. Principe : absence de contrôle. Si la Cour refuse de connaître des normes constitutionnelles c'est qu'il n'est pas dans sa fonction d'effectuer un contrôle de constitutionnalité¹²²⁷ qui conduit à vérifier si la loi est conforme à la Constitution, contrôle dont la compétence revient au Conseil Constitutionnel. Pour être tout à fait juste, nous mentionnerons qu'un tel contrôle s'est produit par deux fois dans le passé, dans des cas très particuliers¹²²⁸.

Cette solution constante, réservant désormais le contrôle au Conseil constitutionnel, est conforme à l'interdiction de prendre part à l'exercice du pouvoir législatif posée dès 1790¹²²⁹. Toutefois, il convient de noter que ce principe, formulé par l'arrêt Paulin¹²³⁰, ne concerne que

¹²²⁷ Cass. Crim., 26 févr. 1974, n°72-93.438, *Bull. crim.*, n°82, D. 1974. 273, concl. Touffait.

¹²²⁸ MESTRE (J.-L.), « Le contrôle de la constitutionnalité de la loi par la Cour de cassation sous la II^{de} République », *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu ...*, pp. 291-310. Dans les arrêts Gauthier et Gent, des 15 mars et 17 novembre 1851, la Cour de cassation a accepté d'examiner l'inconstitutionnalité des dispositions de la loi du 9 août 1849.

¹²²⁹ Décret des 16-24 août 1790, Article 10, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série 1787-1799, 95 volumes, textes publiés par Jérôme Mavidal et Emile Laurent, Paris, Librairie administrative Paul Dupont, 1875-1879, citées A.P., t. XVIII, pp. 104-110 ; DUVERGIER (J.-B.), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État depuis 1788 par ordre chronologique*, Paris, 1824, t. 1, pp.310-333.

¹²³⁰ Cass. 11 mai 1833, S. 1833. 1. 347. Réaffirmation du principe que l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi « ne peut être portée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire » in Cass Civ 2^e, 20 déc. 1956, *Bull. civ.*, n° 714, p. 464, également cité in DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité », *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz 2007.

le contrôle du fond de la loi, le contrôle formel de constitutionnalité étant quant à lui autorisé. Cet arrêt de 1833 n'ayant pas été infirmé¹²³¹, on peut remarquer que par ce contrôle formel, la Cour s'attache au respect des seules règles à caractère réellement normatif. Elle peut ainsi écarter une règle qui ne serait pas formellement une loi au sens constitutionnel.

444. Exception : la QPC. Avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité dans le paysage juridique français, il convient désormais de modérer le propos selon lequel la Cour de cassation n'a aucun rôle à jouer dans le contrôle de constitutionnalité des lois. En effet, devant n'importe quelle juridiction traitant de son litige un particulier peut soulever le moyen selon lequel la disposition légale applicable à son litige porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution afin de l'écarter¹²³². La Cour de cassation joue alors le rôle de « filtre » en décidant de renvoyer ou non la question ainsi posée par un justiciable au Conseil Constitutionnel en appréciant le « caractère sérieux »¹²³³ que présente le moyen. Ce rôle conféré à la Cour est loin d'être anodin parce qu'elle est devenue par ce biais une « juridiction constitutionnelle *in parte qua* puisque le caractère sérieux d'une question ne peut s'apprécier qu'en se référant aux exigences constitutionnelles »¹²³⁴. De plus, pendant un temps, la Haute Cour a estimé que ce rôle lui permettait de soustraire au contrôle des Sages ses propres interprétations des dispositions législatives¹²³⁵, ce qu'elle n'a pas manqué de faire¹²³⁶. A ce titre, elle opérait un contrôle de constitutionnalité *de ses propres interprétations* dans le but de « préserver le rôle du juge dans l'interprétation de la loi »¹²³⁷ puisque selon son rapport annuel « les juridictions suprêmes, en vertu de leur pouvoir d'interprétation de la loi, peuvent donc interpréter ces normes en leur restituant leur signification conforme aux principes constitutionnels ou, à l'inverse, dire que ces textes, tels qu'interprétés et appliqués par elles, ne portent pas atteinte à la Constitution »¹²³⁸. La Cour de cassation, toutefois, a abandonné cette position¹²³⁹ se raliant ainsi à la décision du Conseil constitutionnel selon laquelle « en posant

¹²³¹ MESTRE (J.-L.), *op. cit.* p. 292.

¹²³² Pour un exposé développé sur la QPC, v. *supra* n°331.

¹²³³ Ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958, art. 23-4.

¹²³⁴ THERY (Ph.), « De la question prioritaire de constitutionnalité comme révélateur des mentalités : La Cour de cassation demeure et ne se rend pas... », *RTD Civ.*, 2010, p. 810.

¹²³⁵ Cass. Crim., QPC, 19 mai 2010, n°09-82.582, D. 2010.236, obs. NICO (H.), *RTD Civ.* 2010.508, obs. DEUMIER (P.).

¹²³⁶ Cass. Ass. plén., QPC, 31 mai 2010, n° 12025, n° 09-70.716., *RTD Civ.*, 2010, p. 810, obs. THERY (Ph.) ; Cass. Crim., QPC, 10 nov. 2010, n° 6376, n° 10-85.678, *JCP* 2010. 1147, obs. MATHIEU (B.).

¹²³⁷ *Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation - Le droit de savoir*, La documentation française, 2011, p.478.

¹²³⁸ *Rapport...*, *Op. cit.*, p.480.

¹²³⁹ Cette solution a d'abord été adoptée au sein de ses chambres (Cass. Crim. 19 janv. 2011, n° 10-85.159 et n°10-85.305, D. 2011. 800, note PERRIER (J.-B.); *Cahier Cons. Const.*, 2011. 236, obs. DISANT (M.) ; Cass. Civ. 1^{re}, 16 nov. 2010, n°10-40.042, D. 2011. 209, note ROUX (J.), et 1042, obs. LEMOULAND (J.-J.) et VIGNEAU (D.), *AJ fam.*

une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »¹²⁴⁰.

Si la Cour de cassation ne s'est donc pas octroyé une part du contrôle de constitutionnalité, elle s'est reconnu, en revanche, le droit d'exercer un contrôle de conventionalité.

b - Le contrôle de conventionalité

445. En marge de son contrôle de cassation, et comme tout juge interne, la Cour de cassation effectue un contrôle de conventionalité. Alors que dans un premier temps elle ne s'était reconnu le droit de contrôler la conformité d'une loi à un traité seulement si celui-ci lui était postérieur¹²⁴¹, depuis le célèbre arrêt *Société des cafés Jacques Vabres*, elle assure un contrôle de conventionalité que la loi en question soit intervenue après ou avant la promulgation du traité¹²⁴². C'est du refus du Conseil constitutionnel de se reconnaître cette compétence qu'elle a tiré ce pouvoir¹²⁴³. Ce contrôle concerne tous les traités¹²⁴⁴ du moment que la condition de réciprocité est remplie¹²⁴⁵.

2010. 545 ; Cass. Civ. 2^e, 10 mars 2011, n°10-40.075, Inédit) avant d'être affirmée par l'assemblée plénière (Cass. Ass. plén. 20 mai 2011, *Bull. crim.*, ass. plén., n°7, n° 11-90.025, n°11-90.032, n°11-90.033 et 11-90.042, *D.* 2011. 1346, obs. LIENHARD (A.); *ibid.* 1426, point de vue CHAGNOLLAUD (D.); *ibid.* p. 1775, note MAZIAU (N.), *Gaz. Pal.* 2011, n°151, p.7, note ROUSSEAU (D.)). La Cour de cassation a par la suite renvoyée au Conseil constitutionnel une QPC portant sur l'interprétation qu'elle avait de l'art.3 de l'ordonnance du 7 mars 1944, cf. Cass. Civ. 1, 12 avr. 2012, n°11-24.756, Inédit. En marge de ce courant, la chambre sociale a refusé de renvoyer une QPC en établissant une distinction entre « une jurisprudence purement interprétative d'une « disposition législative précise » et une jurisprudence créatrice d'une règle jurisprudentielle rendue au visa de dispositions législatives », selon les mots de GUILLAUME (M), « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2014, n°144.

¹²⁴⁰ Cons. Const., 6 oct. 2010, Cons. 2, n° 2010-39, QPC, *JO*, 7 oct. 2010 154 ; *D.* 2010, p. 2293, obs. GALLMEISTER (I.), p. 2744, note CHENEDE (F.) ; *Constitutions* 2011, p. 75, obs. CHEVALLIER (P.) et Cons. Const., 14 oct. 2010, Cons. 4, n° 2010-52 QPC, *JO*, 15 oct. 2010 540 ; *D.* 2011, p. 529, chron. MAZIAU (N.) ; *RTD Civ.* 2011, p.90, obs. DEUMIER (P.) ; *Gaz. Pal.* 21 oct. 2010, n° 294, p. 12, note ROUSSEAU (D.) ; *RFDA* 2011, p. 353, étude EVEILLARD (G.) ; *Constitutions* 2011, p. 361, obs. CAPELLO (A.).

¹²⁴¹ Cass. Civ. 10 fév. 1948, *D.* 1948, p.165, note P.-L. P.

¹²⁴² Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, n°73-13.556, *Bull. ch. mixte*, n°4 ; *D.* 1975, p.497, concl. Touffait ; *JCP* 1975. II. 18180, concl. Touffait.

¹²⁴³ Cons. Const., 15 janv. 1975, n°74-54DC, *D.* 1975, p.529, note HAMMON (L.), *AJDA*, 1975, p.134, note RIVERO (J.).

¹²⁴⁴ Ex. Cass. Civ. 1^{re}, 15 févr. 1977, n°75-14.111, *Bull. civ. I*, n° 83.

¹²⁴⁵ La Cour de cassation admet qu'il n'y a pas réciprocité seulement si est publiée, en ce sens, une note du ministère des affaires étrangères au journal officiel. V. par ex. Cass. Civ. 1, 6 mars 1984, n°82-14.008, *Bull. civ. I*, n°85 et BORE (J.) et BORE (L.), *La cassation en matière civile, op. cit.*, n°61.102, pp.262-263.

446. Ces contrôles sont certes exercés *lors* d'un recours en cassation mais ne constituent pas *le* contrôle de cassation. Par ce dernier, la Cour veille au respect du droit et non au contrôle de celui-ci même si elle peut le faire incidemment. En conséquence, nous nous abstenons de parler de contrôle de telle ou telle norme, bien que cela soit d'usage courant, et nous utiliserons de préférence les termes de « protection » ou « respect » des normes.

B - Les normes protégées par le contrôle de cassation

447. La distinction en séparant le fait et le droit selon un critère de normativité permet de déterminer quelles sont les règles dont l'atteinte mérite d'être sanctionnée par la Haute Cour. Cependant, prenant en compte que le degré de généralité atteint par une règle n'est pas toujours identique, elle adapte son contrôle. Elle conçoit alors la distinction du fait et du droit de manière plus souple.

Nous pouvons identifier les normes intégralement protégées selon la distinction (1) et les normes protégées partiellement selon une distinction plus souple (2).

1 - Les normes à protéger selon la distinction

448. La distinction du fait et du droit donne compétence à la Cour de cassation pour connaître des violations des règles de droit et incompétence pour contrôler les faits. Il nous faut donc identifier les règles de droit afin d'exclure les autres qui n'appartiennent qu'à la catégorie factuelle et ne méritent pas la protection de la Haute Cour.

449. L'identification des « règles de droit ». La protection qu'octroie la Cour est fondée sur la distinction du fait et droit¹²⁴⁶. Il s'agit de la même distinction qui permet d'identifier les règles qui n'ont pas à faire l'objet de preuve devant les juges du fond¹²⁴⁷. Elle conduit à déterminer si une règle est une règle de droit selon un critère de normativité.

Selon ce critère, le contrôle des Hauts magistrats doit assurer le respect des textes à caractère général et impératif ou comme l'observent Messieurs Boré « la Cour de cassation réserve son *contrôle complet* aux normes qui remplissent le triple caractère d'être écrites, d'être

¹²⁴⁶ Etablie selon le critère de normativité v. *supra* n°95s.

¹²⁴⁷ Cf. *supra* n°338s.

françaises et d'être d'une application très large sinon générale »¹²⁴⁸. La protection de la Haute Cour bénéficie donc pleinement aux textes législatifs et réglementaires ainsi qu'aux principes jurisprudentiels et maximes déduits de la loi.

Les *lois* doivent bien sûr être en vigueur. Leur abrogation, même par mégarde, les soustrait à la protection de la Haute Cour. Le sort de la « légalisation », pratique formelle prévoyant « l'attestation, par les autorités consulaires françaises, de l'authenticité de la signature et de la qualité du signataire d'un acte établi par des autorités étrangères »¹²⁴⁹ en est un bon exemple. Privée de source avec l'abrogation de l'ordonnance de 1681 qui la contenait, elle ne pouvait plus être imposée par les juges. Par une solution rendue en 2009¹²⁵⁰, la Cour de cassation lui a redonné son caractère impératif en l'intégrant à la coutume internationale¹²⁵¹.

450. En effet, la *coutume internationale*, comme de nombreuses normes à valeur supra-législatives, doit être respectée par les juges du fond sous peine d'encourir la censure de la juridiction de contrôle. Toutefois, dans certains cas, cette dernière pose des conditions à l'accomplissement de son contrôle. Elle vérifie l'absence de violation d'un Traité international, de valeur supérieure à la loi selon l'art. 55 de la Constitution à condition que le Traité en cause soit pourvu d'un effet direct, c'est-à-dire qu'il soit directement applicable en droit interne « en cré[ant] des droits en faveur des particuliers »¹²⁵². Par conséquent, la juste application de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant a pu ne pas être garantie par la Cour de Cassation¹²⁵³.

¹²⁴⁸ BORE (J.) et BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°282.

¹²⁴⁹ Sur l'épopée de cette règle en quête de source cf. DEUMIER (P.), « Règle recherche source désespérément (histoire d'un transfert normatif de l'ordonnance royale de 1681 vers la coutume internationale) », *RTD civ.*, 2009, 490.

¹²⁵⁰ « malgré l'abrogation de l'ordonnance de la marine d'août 1681, la formalité de la légalisation des actes de l'état civil établis par une autorité étrangère et destinés à être produits en France demeure, selon la coutume internationale et sauf convention contraire, obligatoire », Cass. Civ. 1^{ère}, 13 juin 2009, n° 08-13.541, *Bull. civ. I*, n°116; *D.* 2009. AJ 1609, obs. DE GAUDEMONT (C.); *ibid.* 2004, note CHEVALIER (P.); *JCP N* 2009. 1260, note FONGARO (E.); *AJ fam.*, 2009. 299, obs. CHENEDE (FR.); *Defrénois*, 2009, p. 1717, obs. CALLE (J.); *ibid.* 1846, obs. MASSIP (J.); *RTD civ.*, 2009, p. 490, obs. DEUMIER (P.); *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 500, obs. LAGARDE (P.).

¹²⁵¹ DEUMIER (P.), *Ibid.* ; sur les suites de cette solution v. la jurisprudence concernant les adoptions plénières d'enfants haïtiens qui exigent la légalisation de l'acte d'adoption simple édicté en Haïti au vu de l'appartenance de cette règle à la coutume internationale, Cass. Civ. 1^{ère}, 28 nov. 2012, n° 12-30.090, *Bull. civ. I*, n°245, *AJ fam.*, 2013, p.55, obs. SALVAGE-GEREST (P.); GUEZ (Ph.), « Quand la Cour de cassation fait obstacle à l'adoption plénière des enfants d'Haïti », *D.*, 2011, p. 2016.

¹²⁵² BORE (J.) et BORE (L.), *La cassation en matière civile, op. cit.*, n°61.94, p.262.

¹²⁵³ Cass. Civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, n°91-11.310, *Bull. civ. I*, n° 103; *D.*, 1993, p. 361, note MASSIP (J.); *Rev. crit. DIP*, 1993, p. 449, note LAGARDE (P.); *JCP* 1993. I. 3677, note NEIRINCK (C.) et MARTIN (P.-M.); Cass. Civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, *Bull. civ. I*, n° 195 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 15 juill. 1993, *Bull. civ. I*, n° 259; *D.* 1994. 191, note MASSIP (J.); *JCP*, 1994. II. 22219, note BENHAMOU (Y.). Depuis, par deux arrêts de principe du 18 mai 2005, la Cour de cassation a reconnu l'effet direct de la Convention de New York et en garantit donc l'application. Cass. Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n° 02-16.336, *Bull. civ. I*, n° 211, *D.* 2005, p. 2125, note LEMOULAND (J.-J.); *ibid.* 1147, obs. GRANET-

En revanche, la Cour de cassation sanctionne toute atteinte à la *Convention EDH*, directement applicable en droit interne. Récemment, elle a par exemple eu l'occasion de casser une décision de Cour d'appel faisant une mauvaise application du principe d'égalité des armes reconnu par la Cour européenne des Droits de l'Homme¹²⁵⁴. Cependant, la Haute Cour française a précisé que la méconnaissance de règles de la convention ne pouvait donner lieu à annulation. Ainsi, l'exigence de délai raisonnable de l'art. 6§1 qui « ne peut fonder l'annulation de la décision attaquée ; elle permet seulement de saisir, le cas échéant, la juridiction nationale compétente d'une demande en réparation ou, s'il y a lieu, la CEDH »¹²⁵⁵. En effet, annuler une décision sur un tel fondement ne modifierait en rien la solution et ne reviendrait qu'à allonger un délai déjà fort déraisonnable.

451. *Les principes*, notamment les principes généraux, « découverts » par les magistrats dans leur décision, et dont la loi est censée être la véritable source sont concernés par le contrôle. Ainsi, il n'est pas rare que la Cour casse des décisions, au visa d'un principe tel que « nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui »¹²⁵⁶, « *fraus omnia corrumpit* »¹²⁵⁷ ou encore « le principe selon lequel l'exception de nullité est perpétuelle »¹²⁵⁸.

452. La nature normative des *conventions collectives* a longtemps interrogé et paraît toujours poser des difficultés. La doctrine semble en majorité s'accorder sur une nature dualiste : « la convention ou l'accord collectif serait conventionnel compte tenu de sa formation qui repose sur un accord de volontés mais aussi un acte d'origine privée à vocation réglementaire puisque son effet normatif s'impose au sein d'une collectivité identifiée »¹²⁵⁹. Cependant d'autres auteurs refusent de voir dans la convention collective à la fois un contrat et

LAMBRECHTS (Fr.); *Defrénois*, 2005, p. 1493, note MASSIP (J.); *AJ fam.*, 2005, p. 321, obs. CHENEDE (Fr.); *Dr. fam.*, 2005, n° 153, note MURAT (P.); *RTD civ.*, 2005, p. 583, obs. HAUSER (J.) et n° 02-20.613, *Bull. civ. I*, n° 212; *D.* 2005. 1909, note EGEA (V.); *ibid.*, p. 627, THERY (P.), *RTD civ.* 2005. 585, obs. HAUSER (J.); *Rev. crit. DIP*, 2005, p. 679, note BUREAU (D.); *JCP* 2005. II. 10015, concl. PETIT (C.), note CHABERT (C.).

¹²⁵⁴ Cass. soc., 4 juin 2014, n°12-28.740 n°12-28.741 et n°12-28.742, *Bull. civ. V*, n°132 ; *Dalloz actualité*, 20 juin 2014, obs. PEYRONNET (M.); *Dr. soc.* 2014, p. 775, obs. BOULMIER (D.), *D.* 2014, p.1677, obs MOULY (J.).

¹²⁵⁵ Cass. Soc. 29 mai 1991, n°90-60.411, *Bull. civ. V*, n° 278 ; Cass. Soc. 10 mai 2001, n°99-42.757, Inédit, *Gaz. Pal.*, 2003, p. 24, obs. Perdriau (A.).

¹²⁵⁶ Cass. Req., 15 juin 1892, S. 1893, 1, 291 ; Cass. civ. 1^{ère} 4 avr. 2001, n°98-13.285, *Bull. civ. I*, n°105 ; *D.* 2001. 1824, note BILLIAU (M.); *Defrénois* 2001. 721, obs. AUBERT (J.-L.); *RGDA* 2001, p.689, note MAYAUX (L.); *LPA*, 2002, n°62, note GOSSELIN-GORAND (A.).

¹²⁵⁷ « principe selon lequel la fraude corrompt tout ». Cass. Com., 6 juill. 1981, n°79-14.711, *Bull. civ. IV*, n°303 ; Cass. civ. 3^{ème}, 21 janv. 2009, n° 07-19.916, *Bull. Civ. III*, n°15, *AJDI*, 2009. 787, note FOREST (G.); *Gaz. Pal.* 2009. 1927, note BARBIER (J.-D.); *Defrénois* 2009. 1934, note LIBCHABER (R.).

¹²⁵⁸ Cass. civ. 3^e, 10 mai 2001, n°99-11.762, *Bull. civ. III*, n°61, *D.*, 2001, p. 3156, note LIPINSKI (P.).

¹²⁵⁹ DECHRISTE (C.), « Les limites de la nature « réglementaire » de la convention collective », *Dalloz actualité*, 5 avr. 2007.

un règlement à l'instar du Professeur Jestaz qui affirme qu' « il faut (...) prendre la convention collective pour ce qu'elle est, ni contrat, ni loi, et pas davantage une catégorie éclatée, du genre : contractuelle dans sa formation et réglementaire dans ses effets. La chauve-souris est certes un animal utile, qui détruit toute sorte d'insectes ou de vermineux malencontreux, mais qui n'a jamais fait avancer d'un pas la science juridique »¹²⁶⁰. Pourtant, la Cour de cassation étend son contrôle aux conventions collectives¹²⁶¹, ce qui pourrait s'expliquer par son caractère en partie réglementaire¹²⁶². Pour d'autres auteurs, c'est leur « large portée » qui explique cette prise en compte¹²⁶³.

453. Enfin, notons que la Haute Cour s'assure du respect de la loi seulement à l'égard des jugements¹²⁶⁴ sans connaître de la légalité des *actes administratifs*, réglementaires ou non, mais elle veille au respect de ces actes par le juge du fond. Cependant, comme on le verra, la garantie qu'elle leur accorde est soit intégrale soit partielle selon leur caractère individuel ou général.

454. L'exclusion des autres règles. Les règles ne pouvant être qualifiées de normes juridiques sont classées au rang de fait et à ce titre ne sont pas protégées par la juridiction suprême.

455. Les *contrats*, bien qu'étant la loi des parties, sont dépourvus du caractère de généralité et ne doivent pas faire l'objet d'un contrôle. C'est effectivement le cas depuis un arrêt des chambres réunies du 2 février 1808¹²⁶⁵.

456. Les *coutumes et usages auxquels la loi ne renvoie pas*, sont, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, dépourvus du caractère normatif et ne peuvent prétendre au statut de règle de droit. Ils appartiennent au domaine factuel. Pourtant, ils sont généralement qualifiés de normes par la doctrine qui s'intéresse aux sources du droit et qui y voit des « règles

¹²⁶⁰ JESTAZ (Ph.), *Autour du droit civil*, Dalloz, 2005, p.481.

¹²⁶¹ Cass. ass. plén., 6 fév. 1976, n°74-40.223, *Bull. civ., Ass. plén., n° 2*; *Dr. soc.*, 1976, 472, note SAVATIER (J.); *JCP* 1976. II. 18481, note GROUDEL (H.).

¹²⁶² En ce sens v. DECHRISTE (C.), *ibid.*

¹²⁶³ Sur le contrôle de la violation des « stipulations contractuelles à large portée » v. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *op. cit.*, note 410, p.668.

¹²⁶⁴ Ceci est tout à fait conforme à l'art. 604 CPC, à la mission de la Cour et à la séparation des autorités judiciaire et administrative mais sans doute moins à la distinction générale du fait et du droit.

¹²⁶⁵ Cass., sect. réun., 2 févr. 1808, *Lubert c/ Wancareghem, S.*, chron. ; *D., Jur. Gén., V° Cassation*, n° 1573, concl. MERLIN ; *GAJC*, T.2, 12° éd., 2008, n° 160, pp.153-156.

spontanées »¹²⁶⁶, les premières revêtant un caractère général et les secondes se limitant à une application restreinte « à une profession..., à une région...ou à une localité »¹²⁶⁷.

457. A une autre échelle, les *principes et usages du commerce international*, subissent un sort à peu près similaire, la Cour refusant d'en assurer le respect¹²⁶⁸ car « de caractère coutumier - comme ne procédant pas du mode de formation de la coutume mais jouissant au contraire d'un caractère contractuel - comme n'étant que supplétifs des dispositions du contrat qui n'y sont pas exprimées »¹²⁶⁹.

458. La question a également pu se poser du caractère normatif des règles énoncées par la *jurisprudence*. La Cour de cassation refuse généralement d'assurer le respect de sa jurisprudence¹²⁷⁰ au motif que, conformément à la prohibition des arrêts de règlements, elle ne peut énoncer de règles de droit.

459. Enfin les juges suprêmes n'imposent pas le respect des *circulaires administratives* dépourvues du caractère réglementaire¹²⁷¹. Ils ont également eu l'occasion de préciser que « les recommandations de la Commission des clauses abusives ne sont pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie de la cassation »¹²⁷².

2 - Les normes partiellement protégées selon une distinction souple

460. La distinction du fait et du droit semble être un fondement efficient et respecté par la Haute Cour en ce qui concerne l'identification des règles qu'elle se doit de protéger. Le contrôle des lois et règlements est évident, complet et constant.

¹²⁶⁶ DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit, op. cit.*, p.398.

¹²⁶⁷ CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V° Usage, p.1045.

¹²⁶⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 6 janv. 1987, n°84-17.274, *Bull. civ. I*, n°2 ; *JDI* 1987. 638, note GOLDMAN (B.) ; *Rev. arb.* 1988. 463, note LEBOULANGER (P.).

¹²⁶⁹ MOREAU (B.), « Arbitrage international », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2014, n°104.

¹²⁷⁰ « La sécurité juridique invoquée ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée », Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, n°98-11.982, *Bull. civ.I*, n° 97, *D.* 2000, p. 593, note ATIAS (Ch.); *CCC* 2000, n° 126, note LEVENEUR (L.); *RTD civ.*, 2000, p. 592, obs. GAUTIER (P.-Y.); *ibid.*, p.666, obs. MOLFESSIS (N.). Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, n°04-10.101, *Bull. civ. I*, n°136, *D.* 2006. 2894, note MARMOZ (Fr.); *JCP* 2006. I. 166, n° 9, obs. STOFFEL-MUNCK (Ph.) ; *JCP N* 2006. 1217, note BUY (F.) ; *Deffrénois* 2006. 851, obs. GELOT (B.), et p.1200, note HEBERT (Fr.) ; *RDC*, 2006, p. 1234, obs. CARVAL (S.) ; *RTD civ.* 2006, p. 521, obs. DEUMIER (P.), et p.580, obs. GAUTIER (P.-Y.).

¹²⁷¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 22 déc. 1953, *Bull. civ. I*, n° 378 ; Cass. Civ. 2^e, 18 mai 1967: *Bull. civ. II*, n° 182, Cass. Civ. 3^e, 23 mars 1982, n°80-16.648, *Bull. civ. III*, n° 77; Cass. Com., 13 nov. 1990, n°89-12.826, *Bull. civ. IV*, n° 272.

¹²⁷² Cass. Civ. 1^{ère}, 13 nov. 1996, n°94-17.369, *Bull. civ. I*, n° 399; *D.* 1997. Somm. 174, obs. DELEBECQUE (Ph.).

Pourtant, certaines règles sont généralement qualifiées de normatives au regard des sources du droit mais ne sont toutefois pas considérées comme telles en procédure civile. Nous avons déjà rencontré ce phénomène en matière de preuve des coutumes et usages¹²⁷³, de même que nous allons remarquer que seuls les usages auxquels la loi renvoie expressément sont protégés par les juges de cassation. Cependant, la Cour accepte de veiller au respect de certaines de ces règles mais, semblant considérer que leur degré de généralité ou de contrainte n'est pas suffisant, elle ne leur accorde qu'une protection partielle. A ce stade de notre étude, nous n'entrerons pas dans le détail du contrôle « incomplet » qui en découle, nous constaterons seulement que c'est le cas des usages auxquels la loi fait référence, du droit étranger et des normes dont l'interprétation appartient à une autre juridiction.

461. Les usages auxquels la loi renvoie. La Cour de cassation protège les usages du moment qu'une loi y renvoie¹²⁷⁴. Cependant, même dans ce cas et parce que leur force obligatoire est variable¹²⁷⁵, la Cour ne protège pas ces usages contre toutes les atteintes qui peuvent leur être portées. Si elle veille à leur application, elle ne soucie guère de leur constatation¹²⁷⁶ et de leur interprétation¹²⁷⁷.

462. Le droit étranger. Il est une nouvelle fois possible d'établir un parallèle avec le domaine de la preuve puisqu'il s'agit de la même distinction et de la même question¹²⁷⁸ : la loi étrangère mérite-t-elle le même traitement que la loi interne ? La Cour l'a longtemps considérée comme un fait soit en estimant, selon les spécialistes de droit international privé, qu'elle perdait son caractère contraignant en passant la frontière, soit, selon les processualistes, parce que ce traitement justifiait sa nature.

Au début du XXe siècle, la principale critique, faite par le doyen Marty¹²⁷⁹ à l'égard de la distinction du fait et du droit, touchait à l'absence de contrôle de la loi étrangère. Cette critique n'est aujourd'hui plus entièrement fondée puisque ce dernier est admis, la loi étrangère

¹²⁷³ Cf. *supra* n°339.

¹²⁷⁴ Cass. Civ. 3^e, 10 juin 1970, *Bull. civ. III*, n° 293. Pour un exemple de censure d'un arrêt d'une cour d'appel ayant refusé d'appliquer un usage auquel la loi renvoyait v. Cass. civ. 3^e, 5 févr. 2014, n°13-10.174, *Bull. civ. III*, n°15 ; *D.* 2014. Actu. 420, obs. ROUQUET (Y.) : « Attendu qu'il résulte de ce texte [art. L145-14 C. com.] que l'indemnité, égale au préjudice causé par le non renouvellement du bail qui comprend notamment la valeur marchande du fonds de commerce, est déterminée suivant les usages de la profession ».

¹²⁷⁵ CORNU (G.) (Dir.), *Ibid.*

¹²⁷⁶ Cass. soc. 13 févr. 1948: *Bull. civ. III*, n° 174.

¹²⁷⁷ Solution affirmée depuis le XIXe siècle, cf. Cass. Civ., 5 janv. 1855, *DP*, 1855, 1, 85 ; Cass. civ. 1^{re}, 19 oct. 1955: *Bull. civ. I*, n° 348, Cass. soc., 7 juin 1979, n°78-40.166, *JCP*, 1979. IV. 262.

¹²⁷⁸ Cf. *supra* n°343.

¹²⁷⁹ MARTY (G.), *op. cit.*, p.366.

étant désormais assimilée, à juste titre, à « une règle de droit ». Cependant les remarques de Marty restent en partie d'actualité puisque le contrôle n'est que partiel à l'instar de celui des autres normes précitées. La loi étrangère ne bénéficie pas intégralement de la vigilance de la Haute Cour française qui ne sanctionne pas les atteintes portées à son interprétation¹²⁸⁰.

463. Les normes dont l'interprétation appartient à une autre juridiction. Nous ne ferons ici qu'énumérer ces normes, nous y reviendrons plus en détail ultérieurement¹²⁸¹. Appartiennent à cette catégorie les traités internationaux, les normes communautaires et les actes administratifs non réglementaires.

Ayant précisé que le contrôle de cassation tend à faire respecter les règles de droit, il nous reste à déterminer ce sur quoi il porte, toujours sous l'angle de la distinction du fait et du droit.

§2 - La question de droit, objet du contrôle

464. L'objet du contrôle se détermine selon la distinction des questions de fait et des questions de droit. Une première approche de la jurisprudence de la Cour de cassation permet de se rendre compte de ce que la juridiction contrôle effectivement des questions de droit.

Après un bref rappel sur la notion de question de droit (A), nous exposerons les questions de droit contrôlées par la Cour de cassation (B).

A - La notion de questions de droit

465. Nous avons cherché à expliciter la notion de question de droit à la fois dans la jurisprudence et dans la doctrine.

466. Dans la jurisprudence. La jurisprudence ne donne que peu d'indication sur la notion de « question de droit ». Une recherche de cette expression dans les arrêts de la Cour de cassation nous apprend qu'elle n'utilise pas la notion afin d'indiquer les limites de son propre contrôle.

¹²⁸⁰ Cf. *infra* n°484.

¹²⁸¹ Cf. *infra* n° 478 s.

Plusieurs arrêts font mention de l'expression mais concernent généralement un contentieux spécifique. Par exemple, et en s'éloignant quelque peu du cœur de notre sujet, on se rend compte de ce que la chambre criminelle utilise l'expression dans son dispositif lorsqu'il s'agit de vérifier que le jury n'a pas été saisi d'une question de droit¹²⁸². De même, dans le domaine qui nous intéresse, il s'agit généralement pour la Haute Cour de s'assurer qu'un expert n'a pas été saisi d'une question de droit¹²⁸³, qu'un aveu n'a pas été porté sur une telle question ou encore que son avis qui « ne peut être sollicité qu'à l'occasion d'une demande soulevant une question de droit, au sens de l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire »¹²⁸⁴ a bien été sollicité selon cette règle. Ce sont là les trois matières essentielles dans lesquelles on trouve l'expression « question de droit » dans le dispositif énoncé par les juges de cassation¹²⁸⁵.

En revanche, et en dehors de ces contentieux, il arrive que l'on retrouve l'expression « question de droit » formulée dans un des moyens du demandeur au pourvoi. Pour toute réponse, soit la Cour de cassation exerce son contrôle soit elle se borne à constater que la question relève de l'« appréciation souveraine des juges du fond ».

Si la Cour n'utilise pas la notion de question de droit, ce qui peut apparaître logique puisqu'en acceptant d'effectuer son contrôle on peut penser qu'elle reconnaît implicitement que la question est de droit, elle use peu de celle de « question de fait » pour exclure son contrôle. Une *recherche des termes* dans la jurisprudence de la Cour de cassation¹²⁸⁶ nous a de manière

¹²⁸² V. par ex. Cass. Crim., 11 janv. 1989, n°88-82.375, *Bull. crim.*, n°12.

¹²⁸³ La compétence de l'expert est limitée aux appréciations de fait selon l'art. 232 et 238 C.p.c. V. par ex. Cass. Com. 3 mars 2004, n°02-10.586, Inédit, *RTD com.*, 2004, p. 555, obs. GROSCLAUDE (L.) ; Cass. Com., 16 oct. 2003, n°01-17.520, *Bull. civ. II*, n°305, *D.* 2003. *IR* 2802.

¹²⁸⁴ Cass., Avis, 24 fév. 1995, n° 09-40.022, *Bull. civ. avis*, n° 1 ; *RTD civ.*, 1995, p.688, obs. PERROT (R.).

¹²⁸⁵ A l'exception d'arrêt de la chambre criminelle, qui demeure hors du champs de notre étude mais que nous tenions à signaler, qui ont pu disposer que « Attendu que par ces énonciations qui relèvent la réunion de tous les éléments constitutifs des délits retenus a la charge du prévenu, la cour d'appel a donné une base légale a sa décision ; que, des lors, les moyens réunis qui n'offrent à juger aucune *question de droit* et qui se bornent à tenter de remettre en discussion devant la cour de cassation l'appréciation faite par les juges du fond de la valeur des éléments de preuve soumis aux débats contradictoires ne sauraient être accueillis », Cass. Crim., 4 dec. 1977, n°77-93.423, *Bull. crim.*, n°340 et Cass. Crim., 1 oct. 79, n°78-93.884, *Bull. crim.*, n°264.

¹²⁸⁶ Toujours en excluant la chambre criminelle de notre champ de recherche.

surprenante conduit à un faible nombre d'arrêtés, une vingtaine seulement, qui utilisent la notion de question de fait afin de justifier que le reproche échappe à son contrôle¹²⁸⁷.

Les attendus prennent alors la forme suivante : « le point de savoir si le fonds de commerce a ou n'a pas été ruiné est une *question de fait* dont l'appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond »¹²⁸⁸ ou bien encore « la question de savoir si une partie a eu ou non connaissance d'une décision judiciaire, est une *question de fait* relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond »¹²⁸⁹ ou enfin « la détermination du caractère des ouvertures pratiquées sur l'héritage d'autrui constitue une *question de fait* qu'il appartient au juge du fond de trancher souverainement »¹²⁹⁰. Sur cette vingtaine d'arrêtés il est notable que cinq d'entre eux reprennent exactement ce dernier attendu¹²⁹¹.

467. Plusieurs points méritent d'être relevés à la vue de ces résultats. Il convient d'abord de constater que la Cour ne prend jamais la peine de définir ce qu'est une question de fait : elle se contente au cas par cas de qualifier une question de la sorte afin de l'exclure de son contrôle sans autre justification¹²⁹². Il est également surprenant que la Cour utilise peu cette notion et qu'elle ne semble d'ailleurs plus y recourir depuis de nombreuses années. En effet, les arrêtés que nous avons relevés s'échelonnent entre 1961 et 1996. Actuellement, la Cour n'utilise plus cette expression et si des recherches révèlent l'emploi de « question de fait » au-delà de cette période, l'expression se trouve généralement développée dans les moyens, les magistrats

¹²⁸⁷ Recherche effectuée dans la base de donnée jurisprudentielle de Dalloz.fr sur les arrêtés allant jusqu'au 31 juin 2014 qui a donné 23 résultats selon les entrées croisées « question de fait » et « appréciation » (qui ont conduit à rencontrer les formules « question de fait relevant de l'appréciation » et « question de fait dont l'appréciation souveraine » et ont donné quatre résultats) et en croisant les entrées « question de fait » et « contrôle » (11 résultats dont 10 correspondant à la formule « question de fait qui échappe au contrôle et aucune à « question de fait échappant au contrôle »). Enfin ont été croisées les entrées « questions de fait » et « souverain » (1 résultat), « question de fait » et « souverainement » (7 résultats) et Cf. Cass. Civ.1, 16 février 1965, n° 62-10.748, *Bull. civ. I*, n°131 ; Cass. Civ. 1, 26 janv. 1970, n° 68-13.763, *Bull. civ. I* n°36 ; Cass. Civ. 1, 8 janv. 1974, n° 72-12.612, *Bull. civ. I* n°10 ; Cass. Civ 1, 19 fév. 1974, n° 72-13.040, *Bull. civ. I* n°61 ; Cass. Civ.1, 26 mai 1982, n° 81-12.696, *Bull. civ. I* n°202 ; Cass. Civ. 1, 20 oct. 1987, n° 84-14.429, Inédit ; Cass. Civ. 1, 29 nov. 1989, n° 88-12.434, Inédit ; Cass. Civ. 1, 25 octobre 1989, n° 87-19.104, Inédit ; Cass. Civ. 1, 2 nov. 1994, n° 93-11.613, *Bull. civ. I* n°316 ; Cass. Civ.1, 23 mai 1995, n° 93-11.183, Inédit, Cass. Civ. 2, 7 dec. 61, *Bull. civ. II*, n°842 ; Cass. Civ. 3, 29 oct. 1970, n° 69-10.462, *Bull. civ. III* n°552 ; Cass. Civ. 3, 30 mai 1972, n° 71-12.562, *Bull. civ. III* n°345 ; Cass. Civ. 3, 6 juin 1972, n° 71-11.279, *Bull. civ. III* n°369 ; Cass. Civ.3, 8 mai 1973, n° 71-14.774, *Bull. civ. III* n°326 ; Cass. Civ. 3, 16 juill. 1974, n° 73-11.275, *Bull. civ. III* n°311 ; Cass. Soc., 4 oct. 1990, n° 88-41.203, Inédit ; Cass. Soc., 12 déc. 1990, n° 87-43.832, n° 87-44.311, n° 88-40.452, n° 90-43.299, *Bull. civ. V* n°653 ; Cass. Civ.1, 2 nov. 94, 93-11.613, *Bull. civ. I* n°316 ; Cass. Com., 12 mars 1996, n° 93-19.278, Inédit.

¹²⁸⁸ Cass. Soc., 12 déc. 1990, n° 87-43.832, n° 87-44.311, n° 88-40.452, n° 90-43.299.

¹²⁸⁹ Cass. Civ. 1, 29 nov. 1989, n° 88-12.434, Inédit.

¹²⁹⁰ Cass. Civ.3, 8 mai 1973, n° 71-14.774, *Bull. civ. III*, n°326.

¹²⁹¹ Cass. Civ. 1, 24 fév. 1965, n° 63-11.341, *Bull. civ. I* n°154 ; Cass. Civ.3, 5 fév. 1970, n° 68-10.358, *Bull. civ. III*, n°95 ; Cass. Civ. 3, 11 mars 1970, n° 68-10.040, *Bull. civ. III*, n°187 ; Cass. Civ. 3, 1^{er} juillet 1975, n° 74-10.271, *Bull. civ. III*, n° 231.

¹²⁹² Mais il est vrai que la Haute Cour est économe en matière d'explication, cf. MALHIÈRE (F.), *th. précit.*

préférant indiquer dans leurs motifs que « sous le couvert de violation de la loi, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion devant la Cour de cassation l'appréciation souveraine par le tribunal »¹²⁹³ ou encore que « que la nécessité de verser des pièces supplémentaires relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond (...) le moyen ne peut être accueilli »¹²⁹⁴.

La jurisprudence de la Cour de cassation ne donne que peu d'indications sur les notions de questions de fait et de droit et donc sur la distinction qui lui est attachée. On peut douter une fois de plus du caractère normatif du fondement distinctif. La doctrine est un peu plus explicite sur le sujet.

468. Dans la doctrine. Nous avons déjà exposé les différentes conceptions qu'avait retenues la doctrine de la distinction des questions de fait et de droit¹²⁹⁵. Nous laisserons de côté la conception tautologique de la distinction, fruit de la résignation de certains observateurs, qui conduit à qualifier de question de droit celles que la Cour de cassation accepte de contrôler. Nous rejoignons en cela la pensée de Motulsky selon laquelle « la doctrine ne doit pas se borner à enregistrer les oscillations de la jurisprudences ; elle doit, justement, confronter la construction dogmatique avec les solutions pratiques et, tout en recevant l'impulsion que peuvent lui apporter ces dernières, servir de guide aux praticiens et, s'il le faut, combattre les entraînements et erreurs auxquels ils peuvent se laisser aller »¹²⁹⁶.

Pour l'essentiel, les divergences doctrinales ne portent pas sur le contenu de la catégorie « question de droit » mais sur sa justification et plus particulièrement sur ce qui légitime de ranger la qualification juridique parmi ces questions¹²⁹⁷. Mis à part ce point particulier, la doctrine s'accorde en grande majorité pour désigner de la sorte toute question portant sur la qualification juridique des faits, le choix de la règle de droit ainsi que son application et son interprétation. Sont alors des questions de fait toutes celles qui sont préalables à la qualification c'est-à-dire celles qui touchent à l'appréciation des faits (constat de leur existence, appréciation de leur valeur probante et interprétation)¹²⁹⁸.

¹²⁹³ A propos du caractère frauduleux de la désignation d'un représentant de section syndicale, Cass. Soc., 18 déc. 2013, n° 13-16.988, Inédit. Pour des formulations identiques voir également Cass. Soc., 28 mars 2012, n° 11-17.118, Inédit ; Cass. Civ.2, 18 mars 2010, n° 09-12.271, Inédit.

¹²⁹⁴ Cass. Civ.1, 29 mai 2013, n° 12-14.359, Inédit.

¹²⁹⁵ Cf. *supra* n° 133.

¹²⁹⁶ MOTULSKY (H.), *Principes...*, *op. cit.*, p.141.

¹²⁹⁷ Cf. *supra* n° 138s.

¹²⁹⁸ Par ex. selon le professeur Kernaleguen, appréciation des faits et qualification sont « deux opérations successives et nettement distinctes : dans la première le magistrat cherche à fixer le complexe de faits de la manière la plus précise possible : il se détermine sur l'existence des faits allégués, sur la valeur des éléments de preuve

D'après la distinction du fait et du droit censée fonder la délimitation du contrôle de cassation, la Haute Cour doit porter son jugement seulement sur les questions de droit.

B - Les questions de droit contrôlées

469. Selon la distinction des questions de droit et des questions de fait, la Cour de cassation ne doit contrôler que les premières sans revenir sur la constatation et l'appréciation des faits qu'ont effectués les juges du fond pour aboutir à la solution de droit. On constate qu'en règle générale la Cour paraît se fonder sur un tel critère puisqu'elle accepte de faire porter son contrôle sur la qualification des faits, le choix de la règle de droit, son interprétation et la déduction des conséquences légales qui en est faite tout en refusant de revenir sur l'appréciation des faits des juges du fond qu'elle déclare « souveraine ». Nous verrons simplement quelques exemples de l'existence de ces contrôles puisque des ouvrages sont déjà consacrés à la question et les recensent de manière quasi-exhaustive¹²⁹⁹. Nous les présenterons en suivant les trois catégories généralement retenues par la doctrine¹³⁰⁰ : contrôles de la qualification, de l'application et de l'interprétation du droit.

470. Contrôle de la qualification. Qualifier juridiquement un fait revient à le classer dans une catégorie juridique qui permettra de déterminer par la suite la règle de droit qui lui est applicable. La chambre sociale effectue un tel contrôle quand elle valide le raisonnement d'une Cour d'appel qui avait pu décider « que les erreurs reprochées [à un] praticien procédaient d'une grave négligence mettant en péril la santé de patientes, (...) que ce manquement aux obligations professionnelles constituait une faute grave rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, peu important que celui-ci n'ait pas fait l'objet d'une mesure de mise à pied »¹³⁰¹. Selon cette décision, la Cour d'appel avait correctement qualifié les faits constatés de « faute

rapportés. Il précise la teneur et la portée de ces faits par l'interprétation qu'il en donne. L'ensemble de ces appréciations relève du pouvoir souverain dont est investi le juge du fond », KERNALEGUEN (Fr.), *th. précit.*, p.301. Ainsi toutes les opérations préalables à la qualification, dont la preuve, posent des questions de fait. Dans le même sens v. également, MOTULSKY (H.), *th. précit.*, p.156.

¹²⁹⁹ BORE (J.) et BORE (L.), *La cassation en matière civile, op. cit.*. En son temps, le doyen Marty avait également fondé sa recherche en étudiant méthodiquement et de manière quasi-complète la jurisprudence. Cf. MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit...*, *op. cit.*

¹³⁰⁰ Cf. par ex. BORE (J.) et BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.* et *La cassation en matière civile, op. cit.*

¹³⁰¹ Cass. Soc., 21 mai 2014, n°13-14.635, Inédit. Le même jour la chambre sociale a rendu deux autres arrêts dans lesquels elle contrôle la notion de « faute grave », cf. Cass. Soc., 21 mai 2014, n°13-14.189, Inédit et n°13-17.618, Inédit.

grave ». La première chambre civile ne se prive pas non plus d'un tel contrôle. Elle vérifie, par exemple que l'intention libérale a été constatée par la Cour d'appel afin que celle-ci puisse qualifier une vente de « donation déguisée ». A défaut, la qualification est erronée et l'arrêt encourt la cassation¹³⁰². La deuxième chambre civile, quant à elle, s'assure du respect de la qualification de « faute » au sens de l'article 1382 C.civ.¹³⁰³. Pour sa part, la troisième chambre civile contrôle qu'un chemin est justement qualifié de « chemin d'exploitation » au sens de l'art. L162-1 du Code rural et de la pêche maritime avant que son usage ne soit déclaré commun¹³⁰⁴. De plus, la qualification pouvant avoir pour objet du droit, cette même chambre a eu l'occasion de contrôler le caractère « interprétatif » d'une loi¹³⁰⁵. Enfin, la chambre commerciale ne manque pas de contrôler, entre autres, que le caractère « abusif » d'une résiliation a été justement appliqué aux faits en cause¹³⁰⁶. On peut penser qu'*a fortiori* le contrôle de la qualification est encore plus strict devant la chambre criminelle...

471. Contrôle de l'application. Le contrôle de l'application du droit correspond à la fonction première et originaire du contrôle de cassation. Il s'agit de vérifier que les juges du fond ont appliqué aux faits présentés devant eux la règle de droit qui leur étaient destinées et qu'ils en ont tiré les conséquences légales que cette règle commandait. Le contrôle du choix de la règle de droit en est une composante mais reste rare car une fois la qualification adéquate donnée aux faits les chances de commettre une erreur en ce domaine diminuent. Nous verrons quelques exemples parmi ceux, nombreux, qui existent et conduisent souvent à une substitution de motifs¹³⁰⁷. La Cour recherche si la règle de droit choisie par les juges du fond est bien applicable aux faits constatés et qualifiés. Ainsi, une Cour d'appel qui a appliqué la présomption de mitoyenneté à un plafond a vu son arrêt cassé puisque selon l'art. 653 C.civ. cette présomption ne concerne que les murs séparatifs¹³⁰⁸. La Cour de cassation contrôle à cet effet qu'une loi nouvelle sur laquelle les juges du fond ont fondé leur solution est bien applicable à l'instance

¹³⁰² Cf. par. Ex. Cass. Civ. 1, 19 mars 2014, n°13-14.795 ; *Bull. civ. I*, n°42 ; *AJ fam.*, 2014, p. 326, obs. LEVILLAIN (N.).

¹³⁰³ V. par ex. Cass. Civ. 2, 23 mai 2013, n°12-21.025, Inédit.

¹³⁰⁴ Cf. par. Ex. Cass. Civ. 3, 17 déc.2013, n°12-21.559, Inédit.

¹³⁰⁵ Cass. Civ. 3, 27 fév. 2002, n°00-17.902, *Bull. civ. III*, n°53 ; *GAJC*, Dalloz, 12^e éd., n°9, pp.69-77 ; *D.* 2002. AJ 1142, obs. ROUQUET (Y.) ; *JCP E* 2002. 678, note SAINTURAT (M.-L.) ; *RTD civ.*, 2002, p. 599, obs. MOLFESSIS (N.) ; *RTD com.*, 2002, p. 269, obs. MONEGER (J.).

¹³⁰⁶ Cf. par ex. Cass. Com., 11 mars 2014, n°13-11.777, Inédit.

¹³⁰⁷ Mécanisme qui permet à la Cour de cassation de modifier la règle de droit retenue dans l'arrêt et de rejeter le pourvoi après l'avoir ainsi corrigé. Cf. *infra* n°554.

¹³⁰⁸ Cass. Civ. 3^e, 8 juin 1988, n°87-12.178, *Bull. civ. III*, n°107 également étudié in JOBARD-BACHELLIER (M.-N.) et BACHELLIER (X.), BUK LAMENT (J.), *La technique de cassation...*, *op. cit.*, p.157.

en cours¹³⁰⁹. Elle vérifie également l'applicabilité de la loi étrangère à l'instance et ainsi le respect de la règle de conflit¹³¹⁰. De même, elle s'assure que les juges du fond ont bien pris en compte toutes les dispositions s'appliquant au litige. Elle a ainsi pu casser pour refus d'application de la loi un arrêt dans lequel une Cour d'appel avait bien tenu compte de l'existence d'une récompense selon l'art.1433 C.civ. mais pas des modalités d'évaluation posées par l'art. 1469 C.civ¹³¹¹. Un tel contrôle implique également la vérification de la réunion de toutes les conditions que la loi pose avant que le juge puisse faire jouer ses effets¹³¹². Enfin, le contrôle de l'application du droit réside également dans la vérification des déductions légales effectuées par les juges du fond.

472. Contrôle de l'interprétation. La Cour de cassation exerce également son contrôle sur l'interprétation que les juges du fond ont pu donner d'un texte en vigueur. Ce pouvoir lui est reconnu depuis la suppression du référé législatif¹³¹³ et lui permet de préciser une loi, de s'assurer de l'uniformité de son interprétation sur le territoire français mais aussi de faire évoluer cette loi. Toutes les chambres s'adonnent à un tel contrôle et nous en donnerons quelques exemples. La chambre sociale vérifie l'interprétation d'une convention collective¹³¹⁴. La première chambre civile a circonscrit le domaine d'application des mentions manuscrites que doivent contenir les actes de cautionnement selon les articles L.313-7 et L313-8 C. conso. en en excluant les actes authentiques à l'occasion de son contrôle d'interprétation¹³¹⁵ ou a, dans un autre domaine interprété l'art. 3 C.p.c. de manière à y découvrir un principe de loyauté¹³¹⁶. Encore récemment, la deuxième chambre a dû interpréter plusieurs dispositions afin de déterminer la sanction attachée à l'inobservation de l'obligation, pour le notaire, de faire figurer

¹³⁰⁹ V par ex. Cass. Civ. 1, 24 janv. 2006, n° 02-12.260, *Bull. civ. I*, n°30, *RTD Civ.* 2006, p.163, note MARGUENAUD (J.-P.). Arrêt rendu à propos de l'article 1er I de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Pour un autre ex. V. Cass. Civ. 1, 14 mai 2012, n°12-29-209, Inédit, à propos de la loi de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 modifiant l'art. 267-1 C.civ.

¹³¹⁰ Cf. *supra* n°462.

¹³¹¹ Cass. Civ.1, 16 avr. 1991, n°89-11.324, *Bull. civ. I*, n°35, *JCP N* 1992. II. 207, n° 9.

¹³¹² V. par ex Cass. civ. 1, 11 sept. 2013, n°12-14.905, Inédit, *Gaz. Pal.*, 2013, p.3801, obs. ROUSSILLE (M.); *Defrénois*, 2013, p.1239, note PIEDELIEVRE (S.).

¹³¹³ Le référé législatif, qui obligeait la Cour de cassation à renvoyer au Parlement une question qui soulevait un problème d'interprétation, a été supprimé une première fois par la loi du 27 ventôse an VIII avant d'être réintroduit par une loi du 16 sept. 1807 et définitivement supprimé par la loi du 1er avril 1807. Sur ce point cf. REMY (Ph.), « La part faite au juge », *Pouvoirs*, n°107, 2013, pp.22-36. Marty date les premières cassations pour fausse interprétation ou plus exactement pour contrevention au sens raisonnable de la loi dès l'an IX (par ex. Cass, 4 thermidor an IX), cf. MARTY (G.), *La distinction...*, *op cit.*, n°47, p.76.

¹³¹⁴ V. par ex. Cass. Soc, 12 juin 2014, n° 13-15.416 13-15.417 13-15.418, *Bull. civ. V*, n°143.

¹³¹⁵ Cass. Civ. 1, 24 fev. 2004, n°01-139.30, *Bull. civ. I*, n°60.

¹³¹⁶ Cass. Civ. 1, 7 juin 2005, n° 05-60.044, *Bull. civ. I, D.* 2005. 2570, note BOURSIER (M.-E) ; *RTD Civ.* 2006 p. 151, note PERROT (R.), *JCP*, 2005, I, n+ 183, n°12, p.2056, note CLAY (T.).

les procurations en annexe de l'acte authentique ou de les déposer au rang de ses minutes et sur laquelle ces textes demeuraient muets¹³¹⁷. Par un tel contrôle, la troisième chambre civile a pu sanctionner l'interprétation extensive qu'une Cour d'appel a faite de l'art. 117 C.p.c. relatif aux nullités de fond¹³¹⁸. De même, ces derniers temps, la chambre commerciale s'est assurée de de l'exactitude de l'interprétation faite par les juges du fond de la loi du 26 juillet 2005 sur les entreprises en difficultés¹³¹⁹. Enfin, si les chambres divergent sur l'interprétation d'un texte alors c'est à l'Assemblée plénière qu'il revient de trancher la controverse comme elle l'a fait à propos de l'article 12 C.p.c. dans son arrêt du 21 décembre 2007¹³²⁰.

Il convient de remarquer que parfois le contrôle de l'interprétation se confond avec celui de la qualification car, en vérifiant une qualification, il arrive que la Haute Cour doive en préciser les contours et ainsi interpréter la notion légale. L'arrêt *Césaréo*¹³²¹ permet d'illustrer notre propos. En vérifiant que les faits relevés caractérisaient bien une « cause identique » constitutive de l'autorité de chose jugée ne pouvant donner lieu à un nouveau procès, les Hauts magistrats, en n'exigeant pas la présence d'un fondement juridique identique a donné une nouvelle interprétation, fût-elle *contra legem*, à l'article 1351 C. civ.

473. Toutes les formations de la Cour de cassation pratiquent un contrôle de l'interprétation. Les exemples choisis nous permettent de remarquer que ce dernier est divers puisqu'il peut porter sur la délimitation du domaine d'applicabilité d'une règle, sur la précision d'une des notions qu'elle contient ou encore sur la détermination de la sanction attachée à la disposition en question. De même, nous avons bien souvent rencontré des difficultés pour déterminer si un arrêt relevait du contrôle de l'interprétation ou de l'application de la loi. Il nous a fallu constater que bien des fois la Haute Cour interprète un texte à l'occasion d'un contrôle qui porte sur l'application du droit. Prenons l'exemple précédemment cité du plafond auquel la Cour a refusé de voir appliquer la présomption de mitoyenneté. Elle aurait très bien pu décider

¹³¹⁷A propos des art. 8 et 23 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, Cass. Civ. 2°, 21 mars 2013, n° 11-25.256 et n° 11-22.312, Inédits. Arrêts rendus après une divergence avec la 1^{ère} chambre civile qui fut réglée par la chambre mixte. Autre exemple, elle a donné une interprétation extensive de la notion de « les instruments de travail nécessaires à l'exercice personnel de l'activité professionnelle » en y incluant ceux nécessaires à la recherche d'un emploi, cf. Cass. Civ. 2, 11 juin 2012, n° 11-15.055, *Bull. civ. II*, n° 126, *D.*, 2012, p.1941, note LAUVERGNAT (L.); *ibid.* Pan. 2013. 1578, obs. LEBORGNE (A.); *Dr. et proc.*, 2012, p. 211, note LEBORGNE; *Procédures* 2012, n° 278, note PERROT (R.); *Dr. fam.*, 2013, n° 131, note GUERLIN (G.).

¹³¹⁸Cass. Civ. 3, 13 nov. 2013, n° 12 -24.870, *Bull. civ. III*, n° 142, *D.*, 2014, p.2705, obs. FRICERO (N.).

¹³¹⁹Cass. Com., 12 mars 2013, n° 11-24.365, *Bull. IV*, n° 38, *D.*, 2013, Actu, p. 702, obs. LIENHARD (A); *RTD com.* 2013, p. 349, obs. MARTIN-SERF (A.); *JCP E* 2013. 1341, note LEBEL (Ch.); *ibid.* 1434, n° 12, obs. PETEL (Ph.); *RJ com.*, 2013, p. 251, note SORTAIS (J.-P.); *Gaz. Pal.*, juill. 2013, p. 15, obs. HENRY (L.-C.).

¹³²⁰*Cf. supra* n° 330.

¹³²¹Cass. Ass. Plén., 7 juillet 2006, *cf. supra* n° 322.

qu'un plafond doit être qualifié de mur séparatif quitte à laisser le lecteur sens dessus-dessous. Le contrôle aurait alors porté sur la qualification des faits et aurait donné lieu à une interprétation extensive de l'art. 653 C.civ. Il ne faut donc pas confondre le contrôle de l'interprétation et l'interprétation formulée par la Cour à l'occasion du contrôle même si parfois la séparation est mince.

Nous avons constaté que la Cour contrôle bien des questions de droit, vérifions maintenant, de manière incidente, qu'elle s'abstient de contrôler les questions de fait.

474. Absence de contrôle des questions de fait. Les questions de fait sont celles qui portent le plus souvent sur le constat et l'appréciation (voire l'interprétation) des faits, ce qui selon la doctrine semble inclure les questions touchant à la preuve d'un fait¹³²². Nous avons déjà pu noter que dans la plupart de ces cas, la Haute Cour mentionne qu'il s'agit du pouvoir souverain des juges du fond et que la question n'a pas à être à nouveau discutée devant elle¹³²³. Nous nous contenterons donc à ce stade de l'étude de présenter quelques exemples pour illustrer cette absence de contrôle des « faits ».

Un plaideur qui invoque la dénaturation de la « volonté des parties » se heurte à l'absence de contrôle de l'interprétation d'un fait et son moyen est en principe rejeté par les hauts magistrats¹³²⁴. De même, les juges de cassation ne s'attardent pas sur les appréciations relevant du pouvoir discrétionnaire des juges du fond comme par exemple le « refus de renvoyer une affaire »¹³²⁵, le « rejet d'une demande de production de pièce »¹³²⁶. On peut douter que ces exemples correspondent à des appréciations purement factuelles. Pourtant la doctrine les classe généralement au rang de questions de fait, notamment en raison de l'absence de contrôle de cassation.

Concernant l'établissement de la preuve d'un fait remarquons que la Cour ne contrôle pas si la preuve de l'impossibilité d'agir¹³²⁷ a été ou non rapportée par un créancier d'aliment ou celle d'un vice caché par un acquéreur¹³²⁸.

¹³²² Cf. *supra* n°468.

¹³²³ Cf. *supra* n°467.

¹³²⁴ Cf. par ex. Cass. Soc., 28 novembre 2000, n°98-41.377, Inédit : « un grief de dénaturation ne peut porter sur l'interprétation d'un fait matériel de sorte que la prescription prévue par l'article R. 143-14 du Code du travail était applicable » ; Cass. Civ. 1^{ère}, 3 fev. 1981, n°79-16.501, *Bull. civ. I*, n°38. ; Cass. Soc., 11 avril 2008, n°07-40.033.

¹³²⁵ Cass. Civ. 2, 3 avril 2014, n°13-16.293, Inédit.

¹³²⁶ Cass. Civ. 1, 12 fev. 2014, n°12-15.333, Inédit.

¹³²⁷ Cass. Civ. 1, 18 janv. 1978, n°74.15.166, *Bull. civ. I*, n°26.

¹³²⁸ Cass. Civ.1, 28 mai 2014, n°13-12.108, Inédit.

475. Nous venons de constater à travers ces divers exemples, puisés dans les arrêts récents rendus par toutes les sections civiles de la Cour régulatrice, qu'effectivement les juges de cassation contrôlent ce que la doctrine nomme « question de droit ». Pour chacune de ces questions nous avons découvert un contrôle récent effectué par chacune des chambres de la Cour. Toutefois, pour que le contrôle de cassation soit réellement délimité par la distinction, il faut également que la Cour n'exerce sa fonction que sur ces questions de droit et qu'elle laisse de côté celles qui revêtent un caractère factuel. Or nous allons voir que ce n'est pas le cas.

SECTION 2 - La réalité du contrôle aléatoire des questions de fait et de droit

476. La Cour suprême judiciaire française veille au respect de *tout le droit*, dans le sens où elle accorde sa protection à toutes normes juridiques. A ce niveau-ci, la Haute Cour respecte la frontière que trace le critère de normativité même si elle l'assouplit parfois. Pour déterminer l'objectif du contrôle de cassation, la *distinction du fait et du droit* semble être un fondement opérant.

De plus, elle contrôle effectivement des questions de droit et tous les types de questions de droit relevés par la doctrine et à l'inverse elle refuse de connaître des questions de fait. Dès lors, bien que quasiment dépourvue de fondement normatif, il se pourrait que la *distinction des questions de fait et des questions de droit* soit le fondement effectif du contrôle de cassation comme le soutient une grande majorité de la doctrine. Cependant, pour qu'elle dessine réellement les contours du contrôle de cassation, ce simple constat est insuffisant. Il faut également vérifier que les Hauts magistrats contrôlent toutes les questions de droit. En effet, la distinction est perçue par la doctrine davantage comme un classement que comme une séparation¹³²⁹. C'est pourquoi, quand on dit que la Cour de cassation contrôle *le droit* on sous-entend *toutes* les questions de droit. De plus, il convient de s'assurer que les juges de cassation ne portent jamais leur attention sur des questions de fait, ou si c'est le cas qu'il ne s'agisse que d'incursions exceptionnelles et justifiables de ce côté-ci de la frontière.

¹³²⁹ Sur la notion de distinction et sa double signification cf. *supra* n°5.

Or, un rapide examen de la jurisprudence de la Cour de cassation, que ce soit au travers du recensement effectué par d'éminents auteurs ou à partir de nos propres recherches, nous amène au constat inverse. D'une part, la Cour de cassation abandonne le contrôle de quelques-unes des questions de droit (§1), d'autre part elle s'autorise le contrôle de certaines questions de fait (§2).

§1 - L'abandon du contrôle de quelques questions de droit

477. La Cour de cassation doit, selon la distinction du fait et du droit, porter son contrôle sur toutes les questions de droit. Or, sa propre jurisprudence révèle qu'elle refuse de s'adonner à ce contrôle exhaustif, se désintéressant de l'interprétation de certaines normes et de l'exactitude de certaines qualifications.

Le premier cas s'explique aisément et pourrait constituer une simple exception à la distinction. En effet, il s'agit d'une compétence qui lui fait défaut puisqu'elle appartient à d'autres juridictions ou que la norme a une force contraignante ou une généralité moindre que ce que l'on pourrait attendre. En revanche, le second cas est au-delà de l'exception car il semble vider le principe de son sens. Il constitue une véritable atteinte au critère distinctif et s'explique d'autant moins que le contrôle de la qualification est variable.

Le classement des questions opéré selon la distinction est donc mis à mal puisque la Cour de cassation est incompétente pour connaître de certaines interprétations (A) et effectue un contrôle inconstant des qualifications (B).

A - L'incompétence pour le contrôle de certaines interprétations

478. Deux explications peuvent être avancées à l'absence de contrôle de l'interprétation de certaines normes. D'une part, il existe d'autres juridictions expressément compétentes pour interpréter les normes en questions et à l'avis desquelles la Haute Cour doit se ranger. La distinction n'est ainsi pas réellement remise en cause mais cela porte atteinte à l'effet d'exhaustivité qu'on lui prête. D'autre part, la Cour de cassation paraît appliquer une

distinction souple du fait et du droit lui permettant de ne protéger que partiellement d'autres normes.

L'incompétence de la Cour de cassation pour interpréter certaines normes trouve sa raison d'être dans la compétence d'autres juridictions (1) et dans une conception souple de la distinction du fait et du droit (2).

1 - La compétence d'autres juridictions

479. Les normes dont le contrôle de l'interprétation n'appartient pas à la Cour suprême des juridictions judiciaires sont, comme nous avons déjà eu l'occasion de le relever¹³³⁰, les normes communautaires. Jusque dans les années 1990, c'était également le cas pour les traités internationaux. Puisque la Cour est dépourvue du pouvoir de les interpréter elle doit se plier au mécanisme du renvoi préjudiciel auprès des juridictions compétentes en la matière.

480. Evolution de l'interprétation des traités internationaux. Ce fut d'abord le cas en matière de traité internationaux où la Cour devait renvoyer la question au ministère des Affaires étrangères¹³³¹. Du fait de leur manque de clarté, certaines dispositions de ces traités peuvent soulever des difficultés d'application. Or la Haute Cour devant contrôler leur application doit leur donner un sens et pour cela les interpréter. Jusque dans les années 1990, la Cour de cassation se déclarait incompétente lorsque les dispositions à interpréter touchaient « l'ordre public international »¹³³² ou selon une autre formule « le droit public international »¹³³³. Puis, suivant l'évolution adoptée par le Conseil d'Etat¹³³⁴, les juges civils ont refusé la compétence de l'autorité gouvernementale en admettant qu'il est « de l'office du juge d'interpréter les traités internationaux invoqués dans la cause soumise à son examen, sans qu'il soit nécessaire de solliciter l'avis d'une autorité non juridictionnelle »¹³³⁵. Les juges du fond interprètent les traités,

¹³³⁰ V. *supra* n°463.

¹³³¹ Solution traditionnelle depuis 1839 et le célèbre arrêt Napier, Fox contre le duc de Richmond, Cass. Civ. 24 juin 1839, *DP*, 1839, 1, p.257 ; *S.*, 1839, 1, p.577, également cité in LACHAUME (J.-Fr.), « Droit international et juridiction judiciaire », *Rép. droit international*, Dalloz, 2013.

¹³³² Cf. par ex. Cass. Civ. 1, 7 juin 1989, n° 87-14.212, *Bull. civ. I*, n°224 : « attendu que les tribunaux peuvent interpréter les dispositions d'un traité dès lors qu'elles ne mettent pas en cause l'ordre public international ».

¹³³³ Cf. par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 19 mars 1963, *D.* 1963. 529, note Malaurie ; Cass. Civ. 1^{re}, 18 nov. 1986, *AFDI*, 1987, p. 890.

¹³³⁴ CE 29 juin 1990, GISTI, req. n° 78519, Lebon 171, concl. ABRAHAM ; *GAJA*, 19^e éd., n° 92 ; *GDJDA*, 15^e éd., p. 95.

¹³³⁵ Cass. Civ. 1, 19 dec. 1995, n° 93-20.424, *Bull. civ. I*, n° 470 ; *Rev. crit. DIP* 1996, 468, note OPPETIT (B.) ; *JDI* 1997, 1009, note IDOT (L.) ; *RGDIP*, 1996, 599, note ALLAND (D.). Notons que la chambre criminelle n'admet

les juges de cassation contrôlent cette interprétation en émettant à cet effet leur propre interprétation.

Désormais, la Haute Cour judiciaire française a tout pouvoir en matière de traités internationaux ce qui n'est pas le cas pour les dispositions relevant du droit communautaire.

481. Interprétation des normes communautaires. Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne est prévu à l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹³³⁶. Il donne compétence exclusive à la CJUE pour interpréter le droit primaire (traités), dérivé (règlement, directive, décision...) et parfois subsidiaire de l'union européenne puisque les arrêts de la CJUE sont eux-mêmes susceptibles d'un renvoi en interprétation¹³³⁷. Dès lors, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont obligation¹³³⁸, contrairement aux juges du fond qui n'en ont que la faculté, de procéder au renvoi préjudiciel chaque fois que se pose une question d'interprétation du droit communautaire et de sursoir à statuer. Cette obligation n'existe qu'en présence d'un « doute sur la manière raisonnable de résoudre la question posée »¹³³⁹. La réponse donnée par la CJUE s'impose aux juridictions nationales et la Cour de cassation vérifie l'application correcte de la norme communautaire ainsi interprétée¹³⁴⁰. Une fois l'interprétation confirmée par la CJUE, l'obligation de renvoi disparaît¹³⁴¹. Toutefois, les juges gardent la possibilité de saisir à nouveau la CJUE sur l'interprétation de la même norme, cette dernière se réservant ainsi la possibilité de faire évoluer son interprétation¹³⁴².

482. Interprétation des actes administratifs réglementaires. En matière d'interprétation de certaines normes administratives, le mécanisme est sensiblement différent. La séparation des

cette solution que depuis 2004, *cf.* Cass. Crim. 11 févr. 2004, n° 02-84.472, *Bull. crim.*, n° 37, *Gaz. Pal.*, 2004. 2. Somm. 2688, obs. A.C.

¹³³⁶ Art. 267 al.1 TFUE : « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union ».

¹³³⁷ CJCE ord., 5 mars 1986, *Wünsche c/ Allemagne*, aff. 69/85, *Rec.* 947, point 15 ; CJCE, 11 juin 1987, *Pretore di Salò c/ X*, aff. 14/86, *Rec.* 2545, point 12, également cités in PICOD (F.) et RIDEAU (J.), « Renvoi préjudiciel », *Répertoire de droit communautaire*, Dalloz, janv. 2006, (mise à jour : octobre 2013), n°66.

¹³³⁸ Art. 267 al. 3 TFUE : « lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour ».

¹³³⁹ CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT c/ Ministère de la santé*, aff. 283/81, *Rec.* 3415, point 16. Par cet arrêt la Cour a reconnu la théorie de l'acte clair utilisé par le Conseil d'Etat ; *cf.* PICOD (F.), RIDEAU (J.), *op. cit.*, n°28.

¹³⁴⁰ « Il appartient à la juridiction nationale d'appliquer les règles de droit communautaire, telles qu'interprétées par la Cour, à un cas Concret », CJCE, 8 févr. 1990, *Staatsecretaris van Financiën c/ Shipping and Forwarding Enterprise Safe*, aff. C-320/88, *Rec. I.* 285 et Cass. Civ. 2^e, 21 mars 1968, *Bull. civ. II*, n° 94.

¹³⁴¹ Cass. Civ. 2^e, 28 avr. 1967, *Bull. civ. II*, n° 158.

¹³⁴² *Cf.* CJCE 29 janv. 1975, *Alaimo c/ préfet du Rhône*, aff. 68/74, *Rec.* 109.

autorités administrative et judiciaire posée par la loi des 16-24 août 1790 a conduit le Tribunal des conflits, dans l'arrêt *Septfonds*¹³⁴³, à instaurer un renvoi préjudiciel entre les deux Cours suprêmes françaises. Selon cet arrêt « l'interprétation d'un tel acte lui est permise mais non l'appréciation de sa légalité »¹³⁴⁴. Le tribunal des conflits, au regard du principe d'effectivité du droit communautaire¹³⁴⁵, a tempéré cette solution lorsque l'acte administratif est susceptible de porter atteinte au droit de l'union européenne¹³⁴⁶.

La Cour de cassation conserve de manière générale le pouvoir d'interpréter les normes. L'existence de renvoi préjudiciel en matière d'interprétation des normes communautaires ne constitue pas à proprement parler une exception à la distinction du fait et du droit.

De plus, la distinction souple du fait et du droit que nous avons eu l'occasion d'évoquer semble octroyer tout pouvoir à la Cour de cassation seulement sur les normes suffisamment générales mais sans exclure totalement les normes pourvues d'une généralité relative de sa protection. Les normes que nous allons maintenant étudier paraissent relever de cette distinction.

2 - L'incompétence selon une distinction souple du fait et du droit

483. Certaines normes ne pouvant être considérées comme du fait ont toutefois un degré de généralité ou de contrainte insuffisant pour donner lieu à une protection complète de la Cour de cassation. Il s'agit de certains usages et surtout du droit étranger.

484. Le droit étranger. Longtemps le débat doctrinal s'est concentré sur la nature de la loi étrangère la plupart des processualistes affirmant qu'elle était une norme devant être traitée

¹³⁴³ TC., 16 juin 1923, S. 1923, 3, p. 49, note HAURIUO (M.) ; DP, 1924, 3, p. 41, concl. MATTER (P.).

¹³⁴⁴ GALLET (J.-L.), « Juge judiciaire et droit administratif », *AJDA*, 2013, p. 391.

¹³⁴⁵ CJCE 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-106/77

¹³⁴⁶ TC, 17 oct. 2011, *SCEA du Chéneau, M. Cherel c/ INAPORC, CNIEL*, req. n^{os} 3828 et 3829, *Lebon* ; *AJDA* 2012. 27, chron. GUYOMAR (M.) et DOMINO (X.) ; *D.* 2011. 3046, note DONNAT (F.) et 2012. 244, obs. FRICERO (N.) ; *RFDA* 2011. 1122, concl. SARCELET (J.-D.), 1129, note SEILLER (B.), 1136, note ROBLOT-TROIZIER (A.) et 2012. 339, étude MESTRE (J.-L.) ; *Constitutions* 2012. 294, obs. LEVADE (A.) ; *RTD civ.* 2011. 735, obs. REMY-CORLAY (P.) ; *RTD eur.* 2012. 135, étude RITLENG (D.).

comme telle¹³⁴⁷ d'autres déduisant de son régime procédural sa nature factuelle¹³⁴⁸. Plus modérée, la doctrine internationaliste a plaidé pour un régime hybride de la loi étrangère puisque cette dernière ne pouvait se laisser enfermer dans la distinction du fait et du droit. Cette idée se fonde sur la perte du caractère impératif de la norme étrangère lorsqu'elle franchit frontière¹³⁴⁹.

Le professeur Audit affirme que « la pratique jurisprudentielle a dégagé en France le statut procédural de la loi étrangère indépendamment du débat théorique sur sa nature juridique, lequel a tendu à s'enfermer dans l'alternative « droit ou fait » »¹³⁵⁰. Si cette assertion comporte une part de vérité nous ne pensons pas que la Cour ait oublié la distinction du fait et du droit en ce qui concerne la loi étrangère ni les critiques qui lui ont été faites à cet égard par d'éminents auteurs. L'évolution de la jurisprudence en atteste. Refusant que la loi étrangère soit appliquée d'office par le juge du fond, la Cour de cassation a pendant longtemps rejeté le contrôle de son application. Puis, estimant peu à peu que si les éléments du litige révélaient un élément d'extranéité le juge devait appliquer une loi étrangère désignée par la règle de conflit française¹³⁵¹, la Cour a mis en place le contrôle de cette application. Pour établir cette jurisprudence, elle semble s'être davantage fondée sur le respect dû à la règle de conflit qui est une norme¹³⁵² que sur la nature de la loi étrangère.

Au demeurant, il ressort de cette évolution jurisprudentielle¹³⁵³ que lorsque les droits sont indisponibles et que des faits du dossier font apparaître un élément d'extranéité, le juge du fond doit appliquer la loi étrangère désignée par la règle de conflit française et que la Cour de

¹³⁴⁷ Parmi les plus célèbres voir MOTULSKY (H.), « L'office du juge et la loi étrangère », *op. cit.*, pp.337-375 et MARTY (G.), *La distinction...*, *op. cit.*, n°72 et s, p.119 et s., et spec. n°88.

¹³⁴⁸ Pour un exposé précis de cette doctrine cf. MELIN (Fr.), *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil*, Reims 2000, PUAM, 2002, spec., pp.25-58.

¹³⁴⁹ En ce sens v. par ex. AUDIT (B.), *Droit international privé*, Economica, 6^e ed., 2010, n°260, pp.235-236.

¹³⁵⁰ AUDIT (B.), *op. cit.*, n°285, p.256.

¹³⁵¹ Pour un développement plus complet sur l'évolution du traitement procédural de la loi étrangère voir *supra* p.343s.

¹³⁵² Dans l'arrêt Bisbal, Cass. Civ. 1, 12 mai 1959, *pré. cit.*, la Cour refuse l'application d'office de la loi étrangère estimant que « les règles françaises de conflit de lois ne sont pas d'ordre public en tant qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère et de faire, en ce cas, appel à la loi interne française laquelle a vocation à régir tous les rapports de droit privé» faisant ainsi du caractère normatif d'une règle un élément nécessaire mais insuffisant.

¹³⁵³ Pour des ex. récents v. Cass. Civ.1, 11 fev. 2009, *Bull. civ. I*, n° 28, *BICC* 15 juin 2009, n° 818, *D.* 2009. AJ 565, obs. EGEA (V.); *JCP* 2009. Actu. 105, obs. CORNUT; *Dr. fam.* 2009, n° 81, note FARGE ; Cass. Civ. 1^{re}, 28 juin 2005, n° 00-15.734, *Bull. civ. I*, 2005, n° 289, *D.* 2005. IR 2853; *ibid.* 2748, obs. KENFACK (H.); *ibid.* 2006. Pan. 1496, obs. COURBE (P.) et JAULT-SESEKE (F.); *Rev. crit. DIP* 2005. 647, obs. MUIR WATT (H.) et ANCEL (B.) ; Cass. Com. 28 juin 2005, n° 02-14.686, *Bull. IV*, 2005, n° 138, *BICC* 15 oct. 2005, n° 1941; *GADIP*, 5^e éd., n° 83; *D.* 2005. Pan. P.2755, obs. KENFACK (H.); *D.* 2006. Pan p. 1495, obs. COURBE (P.); *Rev. crit. DIP*, 2005, p. 645, note ANCEL (B.) et MUIR WATT (H.).

cassation contrôle cette application et en sanctionne le défaut au visa de l'art. 3 C.p.c.¹³⁵⁴. Il en est de même lorsque les parties ont invoqué expressément l'application d'un droit étranger disponible¹³⁵⁵. Enfin, il est à noter qu'elle contrôle également que le juge, aidé si besoin par les parties, en a recherché la preuve, c'est-à-dire le contenu.

Toutefois, si nous évoquons une distinction souple du fait et du droit à l'égard de la loi étrangère c'est que son manque de caractère impératif paraît ne pas en faire une norme à part entière la privant ainsi d'une protection totale de la Cour de cassation. En effet, il est courant de lire que celle-ci refuse d'en contrôler l'interprétation¹³⁵⁶. Ainsi, selon MM. Boré, « *Les juges du fond déterminent donc souverainement, d'une part, quelles sont les règles, législatives, coutumières ou jurisprudentielles, qui constituent la loi nationale de l'intéressé et, d'autre part, quelle interprétation il convient d'en donner* »¹³⁵⁷.

485. Cependant, même s'il est vrai que la Cour de cassation rejette des moyens aux motifs que « sous couvert du grief non fondé de violation de la loi le moyen ne fait que remettre en discussion devant la Cour de cassation le pouvoir souverain des juges du fond pour l'interprétation de la loi étrangère »¹³⁵⁸, son contrôle n'est pas absolument absent puisqu'elle estime que « s'il incombe au juge français, qui applique une loi étrangère, de rechercher et de justifier la solution donnée à la question litigieuse par le droit positif de l'Etat concerné, l'application qu'il fait de ce droit étranger, quelle qu'en soit la source, légale ou jurisprudentielle, échappe, sauf dénaturation, au contrôle de la Cour de cassation »¹³⁵⁹.

Le contrôle de dénaturation qu'elle exerce sur les contrats « clair et précis » a été importé depuis 1876 en matière de droit international. Pourtant ce n'est que depuis 1961 dans son arrêt *Montefiore*¹³⁶⁰, « après une longue éclipse »¹³⁶¹, que la Cour de cassation accepte à nouveau

¹³⁵⁴ En ce sens v. AUDIT (B.), *op.cit.*, n°280, p.252 ; BORE (J.) ET BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°290-291 ; FOHRER-DEDEURWAERDER (E.), « Conflit de lois », *Jcl. Civil Code*, Fasc. 60, 2010, n°30-32.

¹³⁵⁵ V. par ex. Cass. Com., 5 fev. 2002, n°97-20.193, Inédit.

¹³⁵⁶ AUDIT (B.), *op.cit.*, n°281, p.253 ; BORE (J.) ET BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°293-299.

¹³⁵⁷ BORE (J.) ET BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°293.

¹³⁵⁸ Cass. Civ. 1, 17 dec. 2009, n°07-21.115 n°07-21.553, *Bull. civ. I*, n°253, *RTD Com* 2010, p.121, note POLLAUD-DULIAN (Fr.), *Propr. intell.* 2010. 733, obs. LUCAS (A.).

¹³⁵⁹ Cass. Soc., 1 juil. 2009, n°08-40.164, Inédit. Pour d'autres ex. v. Cass. civ. 1, 17 dec. 2008, n°08-11.864, Inédit, *Rev. Crit. DIP*, 2009, p.53, obs. MUIR WATT (H.) ; Cass. Civ.1, 22 oct. 2008, n°07-14.934, *Bull civ I*, n°235, *D.* 2008, p. 2869, obs. ÉGEA (V.) ; *AJ fam*, 2009, p.83, obs. BOICHE (A.), *Rev. Crit. DIP*, 2009, p.53, obs. MUIR WATT (H.).

¹³⁶⁰ Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 1961, *Montefiore c/ Colonie du Congo Belge*, *Rev. crit. DIP*, 1962, p. 329, note LAGARDE ; *JDI*, 1962, p. 686, note GOLDMAN ; *D.* 1963, p. 37, note FRANCESKAKIS ; *JCP G* 1962, II, 12521, note LOUIS-LUCAS.

¹³⁶¹ BORE (J.) ET BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°296.

d'appliquer un tel contrôle. Il y est ici un peu différent puisque la Haute juridiction s'assure qu'il n'y a pas méconnaissance du sens littéral et que pour son interprétation le juge du fond a recherché des sources étrangères¹³⁶².

Pour certains auteurs, il ne peut y avoir dénaturation si le texte doit être interprété. La dénaturation ne peut s'opérer que lorsqu'aucune interprétation du texte n'est nécessaire¹³⁶³ (le texte étant clair). Nous pensons, au contraire qu'il s'agit d'un contrôle de l'interprétation¹³⁶⁴. En effet, qu'est-ce qu'un contrôle de dénaturation si ce n'est la vérification de l'interprétation donnée par le juge du fond ? La Cour semble elle-même l'admettre en déclarant « que la cour d'appel a procédé à l'interprétation, laquelle est exclusive de dénaturation, de l'ordonnance fédérale suisse »¹³⁶⁵ en question. De même, la Cour a pu reprocher à des juges du fond d'avoir méconnu « le sens littéral de la loi étrangère au profit de l'interprétation donnée en droit interne à la loi française ». N'est-ce pas là le choix entre deux interprétations ?

Une fois encore nous pensons qu'il s'agit d'une confusion entre les pouvoirs d'interprétation de la Cour de cassation, qu'elle a acquis après la suppression du référé législatif, et le contrôle qu'elle exerce de la conformité à l'interprétation officielle, qui est désormais la sienne, et qu'elle a toujours exercé.

Il reste que la norme étrangère ne bénéficie pas de l'interprétation de la Haute Cour, tout comme les usages.

486. Les usages. Règles de droit non écrites, de nombreux usages ont pourtant été codifiés. Dans ces cas-là et en tant que loi écrite, la Cour de cassation en contrôle aussi bien l'application que ce qu'elle en sanctionne la fausse interprétation. C'est le cas des usages commerciaux codifiés par la loi du 13 juin 1866¹³⁶⁶. En revanche, quand la loi se contente de renvoyer à un

¹³⁶² « en méconnaissant ainsi le sens littéral de la loi étrangère (...) sans faire état d'aucune autre source de droit positif sénégalais donnant à la disposition litigieuse le sens qu'elle lui attribue, la cour d'appel a dénaturé la loi étrangère », arrêt « *Africatours* », Cass. Civ. 1, 1 juill. 1997, *JCP G.*, n°83, oct. 1998, II, 10170, comm. FILLION-DUFOULEUR (B.).

¹³⁶³ Cf. par ex. Goldman : « l'interprétation inexacte cesse, pour faire place à la dénaturation lorsqu'il n'y a rien à découvrir » cité in FILLION-DUFOULEUR (B.), « L'application de la loi étrangère et le contrôle de dénaturation », *JCP G.*, n°83, oct. 1998, II, 10170, n°4.

¹³⁶⁴ « une telle impression de clarté est généralement liée au fait que la compréhension immédiate du texte a privilégié implicitement un critère d'interprétation, parmi d'autres possibles, et en a dégagé spontanément une signification unique parmi d'autres possibilités », VAN DE KERCHOVE (M.), « La théorie des actes de langage et la théorie de l'interprétation juridique » in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, AMSELEK (P.) (dir.), PUF, 1986, pp.227-228.

¹³⁶⁵ Cass. Soc., 1 juil. 2009, n°08-40.164, Inédit.

¹³⁶⁶ Cass. Req., 8 janv. 1894, S.1895, 1, p. 174.

usage, la Cour de cassation refuse d'en vérifier l'interprétation donnée par les juges du fond¹³⁶⁷, tout comme leur existence¹³⁶⁸.

L'explication tient à leur manque de généralité. La codification s'est intéressée aux usages et a semblé laisser de côté ceux qui ne sont que locaux et dont l'interprétation uniforme importe peu au plan national¹³⁶⁹.

Selon une distinction souple du fait et du droit, l'incompétence pour connaître de certaines interprétations peut s'entendre. En revanche, que les questions de qualification ne soient pas toutes prises en compte par la Cour de cassation interroge davantage au regard de la distinction.

B - L'inconstance dans le contrôle des qualifications

487. Selon la conception doctrinale majoritaire de la distinction du fait et du droit, la qualification est une question de droit que les juges de cassation doivent contrôler. Or c'est loin d'être le cas puisque la Haute Cour abandonne le contrôle de certaines qualifications estimant qu'elles relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond. Une partie de la doctrine a tenté de trouver un critère expliquant les choix de la Cour de cassation. Cependant, face à une telle inconstance dans l'exercice de ce contrôle seul l'aléa paraît être un critère valable au point que certains auteurs en viennent à soutenir que le droit est ce que contrôle la Cour¹³⁷⁰.

Nous n'entrerons pas dans la recherche du critère permettant de prévoir un contrôle de qualification d'abord parce que nous ne croyons pas qu'il y en ait un et ensuite parce qu'à ce stade de notre étude il convient simplement d'expliquer et d'illustrer en quoi ce contrôle est inconstant et ainsi comment il porte atteinte à la distinction du fait et du droit.

Le contrôle qu'exerce la Cour de cassation sur les qualifications est inconstant parce qu'il n'existe pas de contrôle continu et total de toutes les qualifications. Le contrôle des qualifications est lacunaire (1) et même parfois temporaire pour certaines qualifications (2).

¹³⁶⁷ V. par ex. Cass. Civ., 5 janv., 1855, *DP*, 1855, 1, p.85 ; Cass. Civ. 1, 19 oct. 1955, *Bull. civ. I*, n° 348; Cass. Soc. 7 juin 1979, n°78-40.166, *Bull. n°492, JCP 1979, IV*, p.262.

¹³⁶⁸ Cass. Soc. 13 févr. 1948, *Bull. civ. III*, n° 174.

¹³⁶⁹ En ce sens v. BORE (J.) et BORE (L.), *La cassation en matière civile, op. cit.*, n°62-83, p.274.

¹³⁷⁰ « On appellera alors question de droit, celle sur laquelle la Cour de cassation accepte d'exercer son contrôle complet... », BORE (J.) et BORE (L.), *La cassation en matière civile, op. cit.*, n°60.04, p.250. On aboutit ainsi à une inversion des critères... V. également *supra* n°137.

L'absence d'explication rationnelle à ce sujet confère un caractère arbitraire au contrôle de qualification (3).

1 - Le contrôle lacunaire des qualifications

488. Nous avons constaté que la Cour de cassation exerce un contrôle sur les qualifications retenues par les juges du fond. Cependant, une étude plus poussée de ce contrôle dévoile l'existence de qualifications non contrôlées. Déjà en 1929, Marty faisait état de ce contrôle lacunaire dans l'étude qu'il consacre à la distinction du fait et du droit. Malgré la reconnaissance quasi-unanime de la qualification comme question de droit, les recherches, entre-autres, de MM. Boré révèlent que ce contrôle incomplet persiste. Notre propre dépouillement de la jurisprudence récente conduit au même constat. Certaines formules indiquent l'absence du contrôle et fournissent quelques exemples de l'abandon du contrôle de qualification.

489. Formules indiquant l'absence du contrôle. Le style lapidaire de la Cour de cassation ne permet pas toujours de constater aisément la présence ou l'absence d'un contrôle de qualification. Certaines formules, relevées notamment par Mme Jobard-Bachelier et M. Bachelier, révèlent avec certitude la présence ou l'absence d'un contrôle. Ainsi en est-il de l'utilisation des expressions « pouvoir souverain d'appréciation » et « l'usage par le juge des pouvoirs qu'il tient de la loi »¹³⁷¹ qui marquent généralement le refus de la Cour d'exercer son contrôle. En revanche, les expressions « a pu » ou « a justement déduit » sont les marqueurs du contrôle. Cependant, il ne faut pas oublier que certains arrêts sont complexes et répondent à plusieurs questions et qu'il peut être difficile de se rendre compte du contrôle effectué par la Haute Cour. Par exemple, quand elle juge que « c'est dans l'exercice de *son pouvoir souverain pour apprécier* tant la valeur et la portée des éléments de preuve qui lui était soumis *que le caractère injurieux*, au regard des dispositions de l'art. 232 du Code civil »¹³⁷², il ne fait aucun doute que la Cour refuse de vérifier si les faits constatés souverainement correspondent à la catégorie « caractère injurieux ». En revanche, quand elle affirme que « de ces constatations et énonciations procédant de *son pouvoir souverain d'appréciation* de la valeur et de la portée des faits et éléments de preuve soumis à son examen, la cour d'appel *a pu* déduire l'existence d'une

¹³⁷¹ JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BACHELLIER (X.) et BUK LAMENT (J.), *op. cit.*, p.113.

¹³⁷² Cass. Civ. 2, 4 oct. 1978, n°77-13.009, *Bull. civ.* II, n°202.

faute inexcusable de l'employeur à l'origine de l'accident et l'absence de faute inexcusable du salarié victime »¹³⁷³, il faut en déduire qu'elle a effectivement contrôlé la qualification de « faute inexcusable » et que le rappel du pouvoir souverain des juges du fond ne porte que sur la question de la preuve des faits.

490. Exemples d'abandon du contrôle. Ces précisions terminologiques étant faites, nous allons nous attacher à donner quelques exemples du caractère incomplet du contrôle de cassation qui touche toutes les formations et toutes les matières.

Commençons ces constatations par un petit inventaire à la Prévert en relevant que la Cour de cassation soustrait son contrôle lorsqu'il s'agit de parer les faits des qualifications de « vice caché »¹³⁷⁴, de « vice apparent » au sens de l'article 1642 C.civ.¹³⁷⁵, d' « intention libérale »¹³⁷⁶, d' « acceptation d'une succession »¹³⁷⁷, l' « insanité d'esprit du testateur »¹³⁷⁸, de « biens d'équipement », d' « intérêt plus important » en matière de clause d'inaliénabilité¹³⁷⁹... Généralement, elle ne contrôle pas non plus si les faits constatés constituent un « motif grave » nécessaire à justifier la révocation d'une adoption¹³⁸⁰ ou encore le non-renouvellement d'un bail commercial¹³⁸¹.

Ce premier aperçu étant donné, il est remarquable que dans une même matière certaines qualifications sont délaissées. Ainsi, en matière contractuelle, la Cour de cassation contrôle la qualification des contrats¹³⁸² qu'il s'agisse d'un bail¹³⁸³, d'un contrat de travail¹³⁸⁴ dont la durée déterminée est aussi vérifiée¹³⁸⁵. En revanche, elle laisse à l'appréciation souveraine des juges du fond la qualification de contrat de société et l'accord de volonté nécessaire à la formation du contrat¹³⁸⁶.

¹³⁷³ Cass. Civ.2, 19 juin 2014, n°13-17.497, Inédit.

¹³⁷⁴ Cass. Civ. 1, 26 mars 1980, n°78-16.195, *Bull. civ. I*, n° 107.

¹³⁷⁵ Cass. Com., 15 fev. 1982, n°80-12.826, *Bull. civ. IV*, n°59.

¹³⁷⁶ Cass. Req. 19 juill. 1881, *DP*, 1882, 1, p. 220 ; Cass. Civ. 1^{re}, 25 fevr. 1997, n° 94-22.022, *Bull. civ. I*, n° 70, *D.* 1999., *Somm.* 309, obs. NICOD (M.); *Defrénois*, 1997, p.1448, obs. CHAMPENOIS (G.); *Dr. fam.*, 1997, n° 116, note LECUYER (H.); *RTD civ.*, 1998, p. 439, obs. PATARIN (J.); *ibid.* 1999. 655, obs. ZENATI (Fr.).

¹³⁷⁷ Cass. Civ 1, 23 avril 1981, n°76-16.756, *Bull. civ. I*, n°132.

¹³⁷⁸ Cass. Civ. 1, 25 mars 2009, n° 08-11.237, Inédit.

¹³⁷⁹ Au sens de l'article 900-1, cf. Cass. Civ. 1, 25 juin 1980, n°79-12.149, *Bull. civ.I*, n°198.

¹³⁸⁰ Cass Req. 5 mai 1937, *DH 1937*, p. 316 ; Cass. Civ. 1^{re}, 20 mars 1978, n°76-13.415, *Bull. civ. I*, n° 114.

¹³⁸¹ Cass. Com. 22 mars 1961, *Bull. civ. III*, n° 150 ; Cass. Civ. 3^e, 2 oct. 1996, n°95-10.167, Inédit.

¹³⁸² Depuis Cass. ch. réunies, 26 juill. 1823, *S.* 1823, 1, 380.

¹³⁸³ Cass. Com, 2 fevr. 1967, *Bull. civ. III*, n°58.

¹³⁸⁴ Cass. Soc. 21 nov. 1968, *Bull.*, n°185.

¹³⁸⁵ La Cour contrôle par exemple la requalification d'un contrat à durée déterminée en durée indéterminée, cf. par ex. Cass. Soc., 25 juin 2014, n° 12-21.411, Inédit.

¹³⁸⁶ Cass. Com. 20 mai 1980, n°78-15.443, *Bull. IV*, n°209 ; Cass. Civ. 1, 25 juin 2013, n°12-21.058.

Il est encore plus surprenant de noter d'une matière à l'autre des qualifications qui semblent pourtant proches, pour ne pas dire identiques, ne subissent pas le même contrôle. On constate que si la deuxième chambre contrôle à juste titre la qualification de « faute » en matière de responsabilité civile au sens de l'art. 1382 C.civ.¹³⁸⁷, la première chambre civile refuse de vérifier si les faits entrent dans cette catégorie en matière de divorce estimant que c'est par « une appréciation souveraine des éléments de preuve soumis à son examen (...) que les griefs allégués (...) constituaient une faute au sens de l'article 242 du code civil »¹³⁸⁸.

L'étonnement s'accroît encore lorsqu'il apparaît que dans une même matière la Cour de cassation *ne contrôle pas uniformément des qualifications quasi-similaires*. En droit du travail, il est curieux qu'elle ne contrôle pas la qualification d'« accident de trajet »¹³⁸⁹ mais celle d'« accident du travail »¹³⁹⁰. Ce choix interroge autant que celui qui conduit la Cour à refuser de contrôler « l'intérêt de l'enfant » lors de l'attribution d'un prénom à la naissance alors qu'elle surveille toute atteinte à la notion d'« intérêt légitime » quand il s'agit de changer de prénom¹³⁹¹. En admettant même que le choix soit guidé par l'importance de la qualification, il nous semble que c'est l'inverse qui devrait se produire. A quelques exceptions près, la notion d'« intérêt » paraît, en droit de la famille, être abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond. C'est le cas pour « l'intérêt de l'enfant » à être restitué dans le cadre d'une procédure d'adoption¹³⁹² ou quand il s'agit de déterminer la garde de l'enfant au cas de divorce¹³⁹³. Lors de « réflexions désabusées », André Perdriau remarquait également l'incohérence qu'il existe

¹³⁸⁷ Cass. Civ. 1, 14 nov. 2012, n°11-24.726, *Bull. civ. I*, n°241; *D.* 2012, p.2736; *JCP N* 2013, n° 1019, note POUMAREDE (M.); *RCA* 2013, n° 67, obs. WALTZ (B.); Cass. Civ.2, 30 avr. 2014, n°13-10.718, Inédit (qui illustre également le contrôle du lien de causalité).

¹³⁸⁸ Cass. Civ. 1, 11 sept. 2013, n°12-18.569, Inédit; Cass. Civ. 2^e, 9 oct. 1996, n° 95-10.461, *Bull. civ. II*, n° 224, *RTD civ.*, 1997, p.103, obs. HAUSER (J.); Cass. Req. 6 févr. 1890, *DP* 1890, 1, 122.

¹³⁸⁹ Cass. ch. réun., 27 avr. 1956, *Caisse rég. sécur. soc. c/ Vve Bégillon*, *D.* 1956, *Jur.* p. 468; *JCP* 1956, II, n° 9336, note G.H.G.; Cass. ass. plén., 13 déc. 1985, *DRASS de Limoges c/ Mme Santi*, *Bull. ass. plén.*, n° 11; *D.* 1986, *Jur.* p. 225, concl. CABANNES (J.), note DUNES (A.); *Dr. soc.* 1986, p. 158, note LE TALLEC (G.); *JCP*, 1986, II, n° 20636, note SAINT-JOURS (Y.); Notons une reprise temporaire du contrôle après Cass. Ass. plén. 3 juill. 1987, n°86-14.914 n°86-14.917, *Bull. ass. plén.*, n°3, *JCP G* 1988..II.20933, obs. GODARD (O.); *D.* 1987.573, concl. CABANNES (J.); avant qu'il ne soit à nouveau abandonné : Cass. Soc. 16 mars 1995: *Bull. civ. V*, n° 95; *GADSS*, n° 53; *D.* 1996. Somm. 41, obs. PRETOT (X.); *JCP E* 1995. II. 696, obs. SAINT-JOURS (Y.); Cass. Civ. 2^e, 22 mars 2005, *D.* 2005, p. 2996, note SAINT-JOURS (Y.).

¹³⁹⁰ Par ex. Cass. Soc., 23 janv. 1985, n° 83-13.771, *Bull V*, n°53; Cass. Civ. 2, 18 oct. 2005, n°04-30.352, *Bull civ. II*, n°253, *JCP S*, 2005, p.1423, obs. ASQUINAZI-BAILLEUX (D.); *RDSS* 2005. 1065, obs. VERKINDT (P. Y.).

¹³⁹¹ Curiosité relevée in JOBARD-BACHELLIER (M.-N.)..., *op. cit.*, p.121, à propos des arrêts Cass. Civ. 1, 15 fevr. 2012, n° 10-27512 11-19963, *Bull. civ. I*, n°32 et Cass. Civ. 1, 23 mars 2011, n°10-16.761, *Bull. civ. I*, n°60.

¹³⁹² Selon l'art. 348-3 C. civ. cf. Cass. Civ.1, 22 nov. 1989, n°88-10.596, *Bull. civ. I*, n°357.

¹³⁹³ Cass. Civ.2, 4 mars 1987, n°85-18.708, *Bull. civ. II*, n°61.

à contrôler « les éléments de la société de fait » et non « ce qui désigne un associé ou un dirigeant de fait »¹³⁹⁴.

Enfin, notre incompréhension est totale lorsque l'on se rend compte que pour une notion identique les chambres de la Cour régulatrice ne s'accordent pas sur le fait de contrôler ou non une qualification. Ainsi en fut-il en matière de référé pour la qualification du « caractère manifestement illicite du trouble »¹³⁹⁵, la deuxième chambre l'ayant laissé au pouvoir souverain des juges du fond, la première chambre n'arrivant pas à se décider et les trois autres chambres la contrôlant assidument¹³⁹⁶. Certes, l'Assemblée plénière a pour rôle de mettre fin à de telles divergences et à cet égard elle a parfaitement joué son rôle¹³⁹⁷. Encore faut-il que par la suite elle n'en décide autrement.

Cette liste est loin d'être exhaustive. L'absence de contrôle de la qualification est donc avérée et est déjà en soi critiquable. Il devient difficilement acceptable lorsque la Cour s'octroie le pouvoir de faire fluctuer son contrôle dans le temps.

2 - Le contrôle temporaire de certaines qualifications

491. Cette inconstance du contrôle de cassation a été relevée et critiquée par de nombreux auteurs¹³⁹⁸. Nous n'en proposerons ici que quelques exemples afin de démontrer la persistance de ce phénomène. Que la Cour ait d'abord refusé puis accepté le contrôle de certaines qualifications¹³⁹⁹ ne pose aucun problème puisqu'au contraire elle semble ainsi se rallier à la théorie du contrôle général prônée par la majorité de la doctrine et en accord avec la

¹³⁹⁴ PERDRIAU (A.), « Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de Cassation », *JCP G.*, 1991, I, 3538, n°23, 3538.

¹³⁹⁵ Cf. NORMAND (J.), « Référé-provision. Le contrôle, par la Cour de cassation, de l'obligation non sérieusement contestable », *RTD civ.*, 2001, p. 428.

¹³⁹⁶ V. par ex. Cass. Civ. 2^e, 27 nov. 1996, n°94-16.122, *Bull. civ. II*, n° 269, p. 162 ; Cass. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1997, n°96-12762 96-12876, *Bull. civ. I*, n° 249, p. 166 ; Cass. Civ. 1^{re}, 20 déc. 2000, n°98-13.875, *bull civ I*, n° 341 ; Cass. Civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, n°97, 15.163, *Bull. civ. I*, n°27, D. 2000, p.409, BIGOT (C.), *D.*, 2001, p.1199, note GRIDEL (J.-P.) ; Cass. Civ. 3^e, 4 oct. 2000, n°98-23.150, *Bull. civ. III*, n°159 ; Cass. Com. 30 juin 1998, n°96-19.401, *bull. IV*, n°217 ; Cass. Com., 3 oct. 2000, n°97-20.520, *Bull. civ. IV*, n°148 ; Cass. Soc. 21 mars 2000, n°99-40.003, *Bull. civ. V*, n° 118.

¹³⁹⁷ Ass. Plén. 28 juin 1996, n°94-15.935, *BICC.*, n° 435 du 15 sept. 1996 ; *RTD civ.*, 1997, p.216, note NORMAND (J.) ; *Gaz. Pal.* 13 juill. 1996, note PERDRIAU (A.) ; *D.*, 1996, p.497, concl. WEBER (J.-F.), note COULON (J.-M.), *JCP* 1996, I, p.3972, chron. PERINET-MARQUET (H.) et *JCP G.*, 1996, II, 22712, note MEMETEAU (G.).

¹³⁹⁸ Par ex. PERDRIAU (A.), « Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de Cassation », *op. cit.* ; BORE (J.) ET BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°347.

¹³⁹⁹ Cass. soc. 10 déc. 1985, n°82-43.820, *Bull. civ. V*, n° 594. Pour certains auteurs, le revirement a lieu dès cette date, les arrêts de la chambre sociale ne mentionnant plus que la possibilité d'une cassation pour « erreur manifeste de qualification ». En ce sens v. GAUDU (Fr.) et VATINET (R.), *Droit du travail*, Dalloz, 5^e ed. 2013, n°273, 218-219 ; CRISTAU (A.), « Contrat de travail à durée indéterminée (Rupture - Licenciement pour motif personnel : conditions) », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2014, n°229.

distinction du fait et du droit. Là où la critique apparaît c'est lorsqu'elle abandonne un contrôle ou encore quand après l'avoir abandonné elle décide en toute discrétion de le rétablir.

492. Abandon d'un contrôle de qualification. Il n'est pas rare que lorsqu'une nouvelle disposition légale entre en vigueur la Cour de cassation s'applique à contrôler la qualification d'une ou plusieurs des notions qu'elle contient, afin de les préciser. Une fois ces définitions posées, les Hauts magistrats s'autorisent à rendre leur liberté aux juges du fond pour qualifier les faits concernés¹⁴⁰⁰. Ce propos peut être illustré¹⁴⁰¹ par le cas de la qualification de « cause réelle et sérieuse » justifiant un licenciement pour motif personnel selon l'article L.1232-1 C. trav.¹⁴⁰². Contrôlée depuis son introduction dans la Code du travail en 1973, cette notion légale ne l'est plus depuis un revirement de jurisprudence dont les prémisses sont apparues dès 1985¹⁴⁰³. C'est par des arrêts du 21 janvier 1987¹⁴⁰⁴ que la Cour a finalement renoncé à ce contrôle jugeant que la Cour d'appel « par une décision motivée, n'a fait qu'user, en statuant comme elle l'a fait, des pouvoirs qu'elle tient des dispositions de l'article L. 122-14-3 du Code du travail ». Néanmoins, elle se réserve le contrôle de la motivation¹⁴⁰⁵.

Cependant, les libertés prises par les juges du fond rappellent à la Cour que son contrôle ne doit pas être que normatif car elle n'a pas seulement une mission d'interprète du droit, elle est avant tout la gardienne de son application uniforme. Elle se trouve alors obligée de rétablir le contrôle délaissé.

493. Abandon puis rétablissement d'un contrôle de qualification. Nous donnerons ici deux exemples. Le premier a été relevé et critiqué par plusieurs auteurs dont MM. Boré dans leurs ouvrages de référence¹⁴⁰⁶ et le doyen Jacques Normand¹⁴⁰⁷. En matière de référé, l'art. 809

¹⁴⁰⁰ En ce sens v. BORE (J.) ET BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°347 ; PERDRIAU (A.), « Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de Cassation », *op. cit.*

¹⁴⁰¹ Pour d'autres ex. v. notamment JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), *op. cit.*, pp.131-134.

¹⁴⁰² Ancien art. L.121-14-3 C. trav. Issu de la Loi n°73-680 du 13 juillet 1973, « modification du code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail a durée indéterminée ».

¹⁴⁰³ Cass. Soc. 21 janv. 1987, n°83-44.546, n°83-41.682, *Bull. V*, n°31.

¹⁴⁰⁴ Dans le même sens v. WAQUET (Ph.), « Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse du licenciement », *Droit social*, Dalloz, 1992, p. 980.

¹⁴⁰⁵ Cass. Soc. 21 janv. 1987, n°84-40.856, *bull. V*, n°30 : « le conseil de prud'hommes ne pouvait, sans donner de motif à sa décision, déduire l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement ».

¹⁴⁰⁶ BORE (J.) ET BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°347 ; « La cassation en matière civile », *op. cit.*, n°67.233, p.355.

¹⁴⁰⁷ NORMAND (J.), « Référé-provision. Le contrôle, par la Cour de cassation, de l'obligation non sérieusement contestable », *op. cit.*

C.p.c.¹⁴⁰⁸ donne des pouvoirs au magistrat compétent pour prendre des mesures en cas de « contestation sérieuse ». Dans un premier temps, la notion a été contrôlée avant d'être abandonnée¹⁴⁰⁹ puis reprise¹⁴¹⁰ face aux conséquences qu'une absence de sanction peut entraîner, les décisions des juges des référés étant exécutoires et devenant souvent définitives¹⁴¹¹.

Le deuxième réside dans la fluctuation du contrôle de la faute intentionnelle en matière d'assurance. L'art. L.113-1, al. 2, c. assur. dispose dans son deuxième alinéa que « l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». C'était donc tout naturellement que la qualification de « faute intentionnelle » était traditionnellement contrôlée ce qui a d'ailleurs permis à la juridiction unificatrice d'en affiner le sens¹⁴¹². Cette solution a été maintenue jusqu'en 2000, date à laquelle la Haute Cour estime que « l'appréciation par les juges du fond du caractère intentionnel d'une faute, au sens de l'art. L. 113-1, al. 2, c. assur., est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation »¹⁴¹³. Puisqu'à la Cour de cassation « il n'y a que le provisoire qui dure »¹⁴¹⁴, en 2003, les Hauts magistrats se saisissent à nouveau de la qualification de la notion « au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances, qui implique de créer le dommage tel qu'il est survenu »¹⁴¹⁵, contrôle maintenu depuis lors¹⁴¹⁶.

Nous avons d'abord constaté que toutes les qualifications ne sont pas l'objet du contrôle de cassation puis que le renoncement ou la présence d'un contrôle ne sont pas permanents. Cette insécurité juridique ainsi créée se renforce quand il apparaît qu'aucun critère ne permet de

¹⁴⁰⁸ Art. 809 C.p.c. : al.1 « Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. » al.2 : « Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ».

¹⁴⁰⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 4 oct. 2000, n° 97-20.867 et n° 97-20.990, *Bull. civ. I*, n° 239, *RTD civ.*, 2001, p. 428, note NORMAND (J.).

¹⁴¹⁰ Cass. ass. plén., 16 nov. 2001, n°99-20.114, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 13; *D.* 2002. 598, note PUIGELIER (C.); *JCP* 2001. II. 10646, concl. DE GOUTTES, note A. P.; *JCP* 2002. I. 132, n° 28, obs. CADIET (L.); *Procédures* 2002, n° 4, obs. PERROT (R.); *LPA* mars 2002, p. 19, note BOUJEKA (A.)

¹⁴¹¹ BORE (J.) ET BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°347.

¹⁴¹² En ce sens v. AVRIL (Y.), « La faute intentionnelle de l'avocat », *D.*, 2011, p.355.

¹⁴¹³ Cass. Civ. 1, 4 juill. 2000, n°98-10.744, *Bull. civ. I*, n°203, p.133, *D.*, 2001, p.1614, comm. BONNARD (J.).

¹⁴¹⁴ Pour paraphraser et détourner les mots de J. et L. Boré, « En France, il n'y a que le provisoire qui dure » (à propos de la jurisprudence relative au référé), *in ibid.*

¹⁴¹⁵ Cass. Civ. 1, 27 mai 2003, n° 01-10.478, *RDI*, 2003, p. 438, obs. GRYNBAUM (L.); *RGDA*, 2003, p.463, note KULLMANN (J.); *RCA*, 2003, n° 82, note GROUDEL (H.).

¹⁴¹⁶ Cass.civ.2^e, 1 juil. 2010, n°09-14.884, *Bull. civ. II*, n°131, *D.* 2011, p. 355.

déterminer si une qualification appartient à l'appréciation des juges du fond ou dépend de la Haute juridiction.

3 - Le caractère arbitraire du contrôle de qualification

494. Le contrôle incomplet de la qualification que s'autorise la Cour de cassation porte atteinte à la distinction du fait et du droit. Certains auteurs ont tenté de la justifier en intégrant des critères propres à la qualification qui ne dépendent plus de son caractère factuel ou juridique. La plupart des critères proposés par la doctrine sont hélas inefficaces à expliquer les aléas du contrôle mis à part celui de désencombrement mais qui conduit hélas à un contrôle arbitraire et incertain.

495. Critères proposés par la doctrine. L'existence d'une appréciation souveraine d'un nombre conséquent et disparate de qualifications confirme que la Cour de cassation porte atteinte à la distinction des questions de fait et questions de droit censée régir son office et que ce critère est peu opérant en la matière. Des auteurs ont tenté d'expliquer l'absence de ces contrôles essayant ainsi de minorer les violations portées à la distinction en leur donnant le statut de simple exception tout à fait justifiée. Mme Jobard-Bachelier et M. Bachelier ont tenté une justification par l'existence de critères principaux (« qualification procédant d'appréciation d'ordre essentiellement factuel », « possibilité et nécessité d'unification des solutions) et secondaires (« importance des conséquences juridiques », « souci de protection d'une certaine catégorie de sujets de droit »)¹⁴¹⁷. Maîtres Jacques et Louis Boré, fervents défenseurs de la distinction du fait et du droit ont avancé un grand nombre de critères¹⁴¹⁸ mais qui recourent sensiblement ceux dégagés par les précédents auteurs : seront abandonnées les notions requérant une appréciation factuelle poussée (« cas où il lui apparaît que le législateur a entendu s'en remettre à une appréciation concrète des juges du fond, insusceptible de toute généralisation », « notions impliquant l'appréciation d'un état psychologique ou mental », « économique », de « technique industrielle » ou « quantitative ») alors que la vigilance de la Cour se portera plus spécifiquement sur des notions nouvelles ou desquelles dépendent des garanties juridictionnelles.

¹⁴¹⁷ JOBARD-BACHELLIER (M.-N.)..., *op. cit.*, pp.131-121.

¹⁴¹⁸ BORE (J.) ET BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°347-351 ; in JOBARD-BACHELLIER (M.-N.)..., *op. cit.*, pp.128-129.

496. Des critères doctrinaux inefficaces. Tous ces critères peuvent expliquer en partie le contrôle incomplet effectué Quai de l'Horloge mais ils ne le justifient en rien. Les nombreuses incohérences du contrôle exercé par les Hauts magistrats, comme par exemple la différence de traitement entre « accident de travail » et « accident de trajet », font échec à tout effort de systématisation de la part de la doctrine. Même les tenants de la distinction en arrivent à la conclusion qu'« il n'existe pas de critère absolu et définitif permettant de déterminer avec certitude si une qualification doit, ou non, être contrôlée par la Cour de cassation »¹⁴¹⁹.

497. Le « souci de désencombrement » de la Cour. Plus simplement, on peut penser que la Cour refuse de porter son appréciation sur des qualifications qu'elle trouve trop factuelles, alors même que les faits ont été constatés et présentés dans l'arrêt qui lui est soumis, parce qu'elle rejette la distinction telle que la conçoit la doctrine. Elle préfère une distinction souple dont elle est la seule à déterminer le critère. On en aboutit alors à la seule justification envisageable et sur laquelle s'accorde une grande majorité de la doctrine : une politique de désencombrement¹⁴²⁰ amène la Cour de cassation à abandonner le contrôle de certaines qualifications qu'elle pense avoir suffisamment précisées ou qui lui semblent d'une importance normative moindre. Elle délaisse son rôle de Cour unificatrice pour se concentrer sur celui, moins disciplinaire et plus normatif, d'interprète officiel du droit et de source du droit. Cependant, elle ne peut garantir une interprétation du droit qu'en s'assurant de son application uniforme ce qui explique la reprise du contrôle de quelques-unes des qualifications un temps abandonnées aux pouvoirs souverains des juges du fond. Il en résulte un contrôle subjectif et imprévisible et une insécurité juridique latente.

Ce refus d'assurer le respect de toutes les qualifications légales est difficilement justifiable d'un point de vue juridique et porte atteinte à la distinction du fait et du droit. Si l'on peut comprendre que le succès dont elle est victime contraint la Cour à adopter une politique jurisprudentielle, cela reste surprenant au regard des contrôles qu'elle effectue, par ailleurs, dans le domaine du fait.

¹⁴¹⁹ BORE (J.) ET BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°342.

¹⁴²⁰ BORE (J.) ET BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°342 ; CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN (O.) *op. cit.* n°246, p.84.

§2 - La présence du contrôle de certaines questions de fait

498. L'étude de la jurisprudence nous apprend également que forte du refus d'exercer son contrôle sur toutes les questions de droit, la Cour s'autorise également à l'étendre dans le domaine des faits. Deux contrôles lui permettent de connaître des questions de fait et de porter de la sorte atteinte à la distinction du fait et du droit. Elle vérifie à la fois que certains faits ont été correctement interprétés et que les faits qui ont permis d'aboutir à la solution du litige ont réellement été constatés et portés à la connaissance des juges du fond.

Cette connaissance des questions de fait s'effectue au travers des contrôles de dénaturation des faits¹⁴²¹ et de motivation. Certains auteurs considèrent que le contrôle de dénaturation est une des formes du contrôle de motivation¹⁴²². Cependant, nous le concevons comme un contrôle à part car il ne se limite pas selon nous à un simple contrôle formel. Il consiste en un contrôle direct des questions de fait car il amène les juges du fond à vérifier l'appréciation de certains faits tandis que le contrôle de motivation n'est qu'un contrôle indirect, un contrôle formel.

Dès lors, la Cour de cassation exerce un contrôle direct des questions de fait qui est celui de la dénaturation des écrits (A) et un contrôle formel par celui de la motivation des arrêts (B).

A - Le contrôle de la dénaturation des écrits

499. Selon la doctrine, il découle de l'identité entre le « fond » et « le fait » l'interdiction pour la Cour de cassation de contrôler le fait et plus précisément les questions de fait. Dès lors les juges du droit, selon l'expression doctrinale, ne doivent ni apprécier directement les faits, ni contrôler l'appréciation factuelle des juges du fond. Or, il est bien question de cela lors des contrôles de dénaturation des contrats (1) et de dénaturation des éléments de preuve (2).

¹⁴²¹ Sur cette question, le travail de référence demeure la thèse de Catherine Marraud, MARRAUD (C.), *La notion de dénaturation en droit privé français*, th. Nancy 1972, Presses Universitaires de Grenoble, 1974.

¹⁴²² « La dénaturation n'est pas un cas autonome d'ouverture à cassation ; elle se ramène le plus souvent à un manque de base légale (insuffisance de motifs) », GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile ...*, *op. cit.*, p.903 ; BORE (J.) ET BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°324.

1- Le contrôle de la dénaturation des contrats (instrumentum)

500. Le contrôle de dénaturation des contrats est apparu assez tôt dans l'histoire de la juridiction de cassation. Depuis, il est exercé de manière continue et son contenu n'est pas sans conséquence sur la distinction du fait et du droit.

501. Apparition du contrôle de dénaturation. Les contrats, « loi des parties » selon l'art. 1134 C. civ., ont pendant un temps été considérés comme de véritables lois par les juges de cassation qui en vérifiaient l'interprétation¹⁴²³. Puis, en 1808, le procureur Merlin arguant que ces normes privées ne pouvaient faire l'objet d'un référé législatif prône l'abandon d'un tel contrôle¹⁴²⁴ et est suivi par la Haute juridiction dans un célèbre arrêt du 2 février 1808¹⁴²⁵. Deux autres arrêts plus explicites suivent, dont l'un porte « que le pourvoi n'étant fondé que sur la violation des principes de la loi du contrat, n'offre aucun moyen réel de cassation »¹⁴²⁶. Cependant, la question réapparaît avec la suppression en 1837 du référé législatif, perçu comme un obstacle au contrôle de dénaturation, et avec l'éclosion d'« abus souvent scandaleux »¹⁴²⁷ commis par les juges du fond et restés impunis en l'absence de contrôle. Il est alors introduit un nouveau critère dans le débat : la clarté du texte en cause¹⁴²⁸. Le texte obscur suppose une interprétation alors que les dispositions contractuelles claires ne sont susceptibles que de dénaturation. En 1868¹⁴²⁹, la chambre civile de la Cour de cassation adopte cette distinction en censurant l'interprétation abusive d'une « clause claire et précise » d'un testament par les juges du fond¹⁴³⁰. Puis, la notion de contrôle de dénaturation apparaît dans un arrêt du 15 avril 1872 dans lequel il est jugé qu'il « n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent, et de modifier les stipulations qu'elles renferment »¹⁴³¹. En 1876, elle confirme cette jurisprudence en estimant qu'une Cour

¹⁴²³ V. par ex. Cass. civ., 4 brumaire an VII, S., chr. ; Cass. civ., 19 prairial an VII, Jur. gén., V° cassation, n°1569 ; Cass. civ. 26 pluviôse an X, Jur. Gén., V° Cassation, n°1569 ; Civ. 30 prairial an XIII, Jur. Gén., V° Cassation, n°9569. V. également MARRAUD (C.), *thèse précit.*, p. 20.

¹⁴²⁴ CHENON (E.), *Origines, conditions et effets de la cassation, op. cit.*, p.157.

¹⁴²⁵ Cass. , sect. réun., 2 févr. 1808, *Lubert c/ Wancareghem*, S., chron. ; D., Jur. Gén., V° Cassation, n° 1573, concl. MERLIN ; *GAJC*, T.2, 12^e éd., 2008, n° 160, pp.153-156.

¹⁴²⁶ Cass. Req., 5 juill. 1808, D., V° Cassation, n°1573. V. également FAYE (E.), *La Cour de Cassation*, Paris, 1903, *La Mémoire du droit*, 1999, n°169, pp.188-189.

¹⁴²⁷ MARRAUD (C.), *thèse précit.*, p.21.

¹⁴²⁸ CHENON (E.), *op. cit.*, n°48, p.159.

¹⁴²⁹ Cass. Civ., 20 janv. 1868, S. 1868, 1, 100 ; D. 1868, 1, 22.

¹⁴³⁰ MARRAUD (C.), *thèse précit.*, p.21.

¹⁴³¹ Cass. Civ., 15 avr. 1872, *Veuve Foucauld et Coulombe c/ Pringault*, *GAJC*, 11^e éd., 2000, n° 160 ; *DP* 1872, 1, p.176 ; S., 1872, 1, p. 232.

d'appel « fait une appréciation souveraine [d'un contrat] et ne tomberait sous la censure de la Cour de cassation, que si elle dénaturait le sens clair et positif de la cassation »¹⁴³².

Depuis lors, et à une exception près¹⁴³³, les juges de cassation refusent d'interpréter les contrats¹⁴³⁴, au regard de leur nature incontestablement factuelle, reconnaissant en la matière le pouvoir souverain des juges du fond, mais exercent un contrôle de dénaturation. La Cour rappelle régulièrement que « de ces constatations et énonciations, procédant de son *interprétation souveraine de la clause* litigieuse que ses termes *ambigus* rendaient nécessaire, la cour d'appel a pu déduire, *hors de toute dénaturation...* »¹⁴³⁵ et vise l'art.1134 C. civ. pour sanctionner les juges du fond d'avoir méconnu un acte.

502. Contenu du contrôle de dénaturation. Le contrôle de dénaturation des contrats que s'est accordé la Cour de cassation lui permet d'analyser un écrit présenté dans l'arrêt et d'en sanctionner le sens qui lui a été conféré à tort par les juges du fond. Il ne fait donc aucun doute qu'elle apprécie l'écrit et contrôle l'appréciation qu'en ont donnée les juges du fond. Au sens de la distinction du fait et du droit, peu importe qu'il soit question d'une dénaturation et non d'une interprétation, il s'agit à n'en pas douter de la mise en œuvre du contrôle d'une question de fait.

Toutefois, pour limiter cette atteinte à la distinction, la Cour a posé des conditions à l'exercice de ce contrôle. L'écrit doit avant tout être dénué d'ambiguïté puisque, rappelons-le, ce contrôle repose sur la théorie de l'acte clair. Ce caractère apparaît quand « pour un esprit éclairé »¹⁴³⁶, le texte est susceptible d'un seul sens alors qu'au contraire l'ambiguïté demeure lorsque « la rédaction prête à des interprétations opposées »¹⁴³⁷. Si les termes laissent subsister un doute la Cour de cassation admet que le contexte puisse redonner sa clarté au texte. La

¹⁴³² Cass. Req., 11 juill. 1876, D. 77, 1, p.176. FAYE (E.), *La Cour de Cassation*, op. cit., n°169 bis, p.189.

¹⁴³³ La Cour de cassation s'octroie le droit de contrôler les clauses types des contrats d'assurance, cf. par ex. Cass. Civ. 18 mars 1942, S. 1943, 1, p. 13, note *HOUIN*; Cass. ass. plén., 13 déc. 1974, n°73-10.831, *Bull. ass. plén.*, n°3, *JCP*, 1975, II, p. 18017, rapp. LEMERCIER; Cass. Civ. 1^{re}, 16 mai 1995, n°92-15.310, *bull. civ. I*, n°208, D. 1995, p. 349.

¹⁴³⁴ Pour un exemple récent v. par ex. Cass. Com. 11 avr. 2012, n°10-20.505, *Bull. civ. IV*, n° 80; D., 2012, p.1123; *RDC*, 2012, p. 755, obs. GENICON (T.).

¹⁴³⁵ Cass. Civ. 2, 7 fev. 2013, n°11-24.154, Inédit.

¹⁴³⁶ Selon l'expression de Edouard LAFERRIERE in *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault et Cie, 1887-1888, Tome 1, p.449.

¹⁴³⁷ Cass. Civ. 12 janv. 1938, *DH*, 1938, p.197, Cass. Com. 15 mai 1950, D, 1950, p. 773.

volonté des parties est également prise en compte¹⁴³⁸. Enfin, le caractère clair du contrat suppose l'absence d'opposition entre les clauses¹⁴³⁹.

Dès lors, la Haute Cour contrôle le sens que donnent les juges du fond à un contrat et casse l'arrêt si elle découvre que la solution de droit donnée par ces derniers est incompatible avec le sens qui apparaît clairement dans l'acte ou au regard de son contexte. Ainsi par l'interprétation qu'elle donne d'un contrat, une Cour d'appel ne peut modifier les stipulations contractuelles en substituant par exemple un complément de prix à un droit d'usage et d'habitation¹⁴⁴⁰. De même, il lui est défendu d'ajouter une condition¹⁴⁴¹, une obligation¹⁴⁴² ou au contraire d'omettre une clause¹⁴⁴³. Autre exemple plus concret, les juges du fond ne peuvent refuser d'identifier une cession de créance prévue clairement et précisément dans les clauses d'un acte notarié¹⁴⁴⁴.

Il ne s'agit là que de quelques exemples parmi le grand nombre d'arrêts que rend la Cour de cassation en ce domaine. La dénaturation concerne tous les types de contrat (contrat de travail¹⁴⁴⁵, d'agence de voyage¹⁴⁴⁶, bail¹⁴⁴⁷, promesse de cession d'action¹⁴⁴⁸...) et s'étend même étrangement, sous le même visa, aux actes unilatéraux, tel le testament¹⁴⁴⁹.

503. Conséquence du contrôle de dénaturation. Par ce contrôle les juges de cassation apprécient directement les faits. Pour s'en convaincre, il n'y a qu'à voir la reproduction des clauses litigieuses dans les arrêts de la juridiction suprême¹⁴⁵⁰ suivie de l'appréciation qu'ils en retiennent. Par là même, ils contrôlent l'appréciation qu'en ont retenue les premiers juges. De plus, ils ne se limitent pas à connaître des actes clairs puisque pour en qualifier un ainsi ils

¹⁴³⁸ En ce sens v. *ibid.*

¹⁴³⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 10 mai 1965, *Bull. civ. I*, n° 306.

¹⁴⁴⁰ Cass. Civ. 3^e, 1^{er} mars 1989, *Bull. civ. III*, n° 56; *Rép. Def.* 1990, p.1208, note VION; *RTD civ.* 1991. 113, obs. MESTRE (J.).

¹⁴⁴¹ Cass. Civ. 1^{re}, 4 nov. 1968, *Bull. civ. I*, n° 262 ; Cass. Com. 4 déc. 1979, n°78-10.613, *Bull. civ. IV*, n° 323.

¹⁴⁴² Cass. Civ. 1^{re}, 3 mars 2011, n°09-70.754, *Bull. civ. I*, n° 43; *D.*, 2011, p. 818, *CP* 2011. 955. obs. GHESTIN (J.); *RLDC* 2011/82, n° 4229, obs. PAULIN (A.); *RDC* 2011. 841, note DESHAYES (O.).

¹⁴⁴³ Cass. Civ. 3^e, 19 nov. 1970, *Bull. civ. III*, n° 616.

¹⁴⁴⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 20 mars 2001, n°99-14.982, *bull. civ. I*, n°76, *D.* 2001. IR 1213.

¹⁴⁴⁵ Cass. Soc., 3 août 1948, *D.* 1948, p. 536 ; Cass. Soc., 5 janv. 1956, *D.* 1956, p. 391.

¹⁴⁴⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 24 mai 1989, n°88-10307 88-10549, *Bull. civ. I*, n° 207, *RTD Com.* 1990, p.97, note BOULOC (B.).

¹⁴⁴⁷ Cass. Civ. 3^e, 11 dec. 1984, n°83-13.063, *Bull. civ. III*, n°209; Cass. Civ. 3^e, 30 juin 2004, n°02-20.721, *Bull. civ. III*, n° 134 ; *AJDI* 2004, p. 805, obs. ROUQUET (Y.); *RDC* 2005. 354, obs. SEUBE (J.-B.).

¹⁴⁴⁸ Cass. Civ. 1, 5 fev. 2009, n°07-20.672, Inédit.

¹⁴⁴⁹ Contrôle ancien et toujours d'actualité, cf. notamment Cass. Civ. 7 fevr. 1912, *DP* 1912, 1, p. 433; *S.* 1914, 1, p. 305, note HUGUENEY et Cass. Civ. 1, 8 mars 2005, *Bull. civ. I*, n°119, *Dr. Fam.*, 2005, n°98, note MURAT ; *RTD civ.*, 2005.

¹⁴⁵⁰ V. par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 20 mars 2001, *précit.*

doivent l'apprécier en tenant compte, si besoin, du contexte. Les juges du droit connaissent directement de tous les contrats et donc de certains faits. Par ce biais ils exercent un véritable contrôle des questions de fait.

Il convient d'ajouter à la connaissance des contrats celle de certains éléments de preuve puisque la Cour leur étend son contrôle de dénaturation.

2 - Le contrôle de la dénaturation des éléments de preuve.

504. La Cour de cassation ne limite pas son contrôle de dénaturation aux conventions mais l'étend aux éléments de preuve écrits dont l'appréciation et l'interprétation dépendent, en principe et selon son propre aveu, du pouvoir souverain des juges du fond. Le fondement de ce contrôle des écrits est assez contestable et son contenu amène le juge du droit sur le terrain du fait.

505. Fondement du contrôle. La Cour a élargi son contrôle de dénaturation¹⁴⁵¹, initialement introduit pour les contrats, dont la nature factuelle pouvait interroger, à tous les faits « écrits » et clairs. Nous avons relevé ce qu'il y a de surprenant à voir les juges de cassation effectuer un contrôle de dénaturation des testaments sous le visa de l'art. 1134 C. civ. Ce n'était en réalité qu'un des signes du tour général qu'a pris ce contrôle. En effet, sous ce visa la Haute juridiction sanctionne toutes les dénaturations des écrits par les juges du fond alors qu'il est sans aucun doute inadapté aux éléments de preuve. Il s'explique pourtant si l'on admet avec la plupart des auteurs que la Cour a « découvert » dans cette disposition un principe « selon lequel le juge ne doit pas dénaturer les éléments de preuve »¹⁴⁵² et plus généralement les écrits.

La création jurisprudentielle d'un contrôle de dénaturation des preuves a suscité de nombreuses critiques doctrinales puisqu'il ne s'accorde ni avec la distinction du fait et du droit ni avec l'art. 1134 C. civ. dont il est censé ressortir. Certains auteurs ont émis l'idée de viser

¹⁴⁵¹ Notons que la chambre commerciale a quelque temps résisté à ce contrôle de la dénaturation « intellectuelle » des écrits jusqu'à un arrêt du 31 janv. 1995. Cf. PERDRIAU (A.), « Conditions de recevabilité du moyen tiré du grief de dénaturation », *JCP G.*, n° 9, 1995, II, 22385 comm. Sous Cass. com., 31 janv. 1995, *Sté Dream's Car et a. c/ Cébé et a.*, n° 93-10.535, Inédit.

¹⁴⁵² En ce sens v. MORVAN (P.), « *Les principes généraux du droit et la technique des visas de principe dans les arrêts de la Cour de cassation* », conférence du 4 avril 2006 prononcée à la Cour de cassation, in *Droit et technique de cassation* (CD Rom), coll. Droit in-situ, 2007 et également consultable sur le site de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_morvan.pdf, n°56. V. également JOBARD-BACHELLIER (M.-N.)..., *op. cit.*, p.100.

dorénavant un principe interdisant « de dénaturer les éléments de la cause »¹⁴⁵³ ou autrement dit « l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer les documents de la cause »¹⁴⁵⁴. La Haute juridiction semble avoir répondu favorablement pendant un temps à cette requête mais revient la plupart du temps à son visa initial ou au visa de l'art. 4 C.p.c. lorsqu'il s'agit de pièces de procédure. Pour ces dernières le visa peut paraître plus approprié¹⁴⁵⁵ mais résulte toutefois d'une lecture extensive de l'art. 4 C.p.c. qui interdit la modification de l'objet du litige et non celle des actes de procédure, sauf quand bien sûr la lecture erronée de ceux-ci conduit à changer celui-là.

Si l'apparition de ce contrôle général des écrits et plus particulièrement des éléments de preuve apparaît critiquable au regard du fondement choisi pour l'exercer, il l'est davantage encore au regard de la distinction car il conduit les magistrats de cassation à apprécier eux-mêmes les faits écrits.

506. Contenu du contrôle. Tout comme en matière contractuelle, le grief de dénaturation, « reproche[nt] à la décision attaquée d'avoir donné un sens qu'ils n'avaient pas aux termes clairs et précis d'un écrit »¹⁴⁵⁶. Il s'agit de sanctionner par ce biais « une erreur grossière, qui se manifeste indépendamment de toute considération d'ordre juridique »¹⁴⁵⁷. La dénaturation consiste en une mauvaise lecture par les juges du fond de l'écrit qui leur est présenté.

A ce titre, et de manière très critiquable, la Cour de cassation oppose cette fois-ci le fait à l'écrit (et non plus à l'acte ou au droit) et s'assure seulement que le second n'a pas fait l'objet d'une dénaturation. Elle a ainsi pu refuser d'exercer son contrôle parce que « la dénaturation invoquée ne vis[ait] pas un *écrit* mais, en réalité, le *fait* que Mme X... avait commencé à travailler pour le compte du CILAL avant même le 1er septembre 1980, date à laquelle devait prendre effet l'engagement souscrit le 27 juin 1980, et que *l'appréciation de la portée d'un fait est exclusive de toute dénaturation* »¹⁴⁵⁸. Pour qu'elle accepte de vérifier si le juge du fond a

¹⁴⁵³ VOULET (J.), « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », *JCP G.*, 1971, p. 2410, n°16.

¹⁴⁵⁴ PERDRIAU (A.), « Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G.*, n° 39, sept. 1986, I, p. 3257, n°44.

¹⁴⁵⁵ En ce sens. v. *ibid.*

¹⁴⁵⁶ PERDRIAU (A.), *ibid.*

¹⁴⁵⁷ PERDRIAU (A.), « Les écritures des procès civils au regard de la Cour de cassation », *JCP G.*, 2 janv. 1991, I, p.3479, n°9.

¹⁴⁵⁸ Cass. Soc., 24 janv. 1990, n°86-40.154, *Bull. V*, n°22. Elle refuse de contrôler la dénaturation d'un événement qui ne fait pas l'objet d'un écrit.

commis ou non une dénaturation, il faut donc un écrit, puisque « la dénaturation des faits ne saurait donner ouverture à cassation »¹⁴⁵⁹, qui soit clair et dépourvu d'ambiguïté.

Cet écrit peut prendre la forme d'un acte de procédure telles des conclusions¹⁴⁶⁰ ou tel un acte d'appel¹⁴⁶¹. De manière plus générale il peut s'agir de n'importe quel écrit présenté en tant que preuve devant les juridictions du fond. De la sorte, les juges de cassation ont jugé qu'une Cour d'appel « a dénaturé les termes clairs et précis d'une facture »¹⁴⁶², de relevés de compte¹⁴⁶³, d'un constat d'huissier¹⁴⁶⁴, d'une lettre émanant d'une commune¹⁴⁶⁵.

Nous ne saurions en dresser une liste exhaustive puisque tout écrit, du moment qu'il est clair, peut faire l'objet d'une dénaturation selon la Cour de cassation. Au regard de ce contrôle, il ne fait aucun doute que la Cour, sans toutefois rechercher elle-même des faits, apprécie et interprète tous ceux qui revêtent la forme scripturale et les compare aux interprétations et appréciations données par les juges du fond. Ce contrôle correspond en tout point à la définition du contrôle de la question de fait.

Cette forme de contrôle n'est pas la seule à s'exercer sur les questions de fait puisque c'est également le cas de celui qui se porte sur la motivation.

B - Le contrôle de la motivation des arrêts

507. En toute matière, quelle que soit la règle de droit en jeu, la Cour de cassation se reconnaît toujours le droit d'exercer un contrôle de la motivation souvent qualifié de « minimal »¹⁴⁶⁶, de « disciplinaire »¹⁴⁶⁷ par opposition au contraire normatif ou par

¹⁴⁵⁹ Cass. Soc., 24 janv. 1990, n°87-40.562, Inédit. Nous nous permettons de souligner la maladresse de la formule qui pour être concise devient absconse.

¹⁴⁶⁰ Par ex. Cass. Com. 8 mai 1978, n°76-15.237, *Bull. civ. IV*, n°131 ; Cass. Soc. 22 déc. 1988, n°85-44516, *Bull. civ. V*, n° 700.

¹⁴⁶¹ Cass. Civ. 2^e, 10 juill. 2003, *Bull. civ. II*, n° 236; *D.* 2003, IR, 2337; *Procédures* 2003, n° 233, note PERROT (R.).

¹⁴⁶² Cass. com., 31 janv. 1995, *Sté Dream's Car et a. c/ Cébé et a., précit., JCP G.*, n°9, 31 mars 95, II, 22385, com. PERDRIAU (A.).

¹⁴⁶³ Cass. Civ. 1^{ère}, 29 sept. 2004, n°03-16.400, Inédit.

¹⁴⁶⁴ Cass. Soc. 12 juill. 1989, n°87-42.538, Inédit.

¹⁴⁶⁵ Cass. civ. 3^e, 11 déc. 1984, n°83-14.455, *Bull. civ. III*, n°213.

¹⁴⁶⁶ En ce sens v. BORE (J.) ET BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°280.

¹⁴⁶⁷ En ce sens v. MARTY (G.), *La distinction...*, *op. cit.*, p.367. Sur le contenu variable de la notion v. PERDRIAU (A.), Le rôle disciplinaire du juge de cassation, *JCP G.*, n°28, 2002, I, 150.

« snobisme » selon certains¹⁴⁶⁸, ou bien encore de « formel » puisque ouvert pour vice de forme¹⁴⁶⁹.

De nombreux auteurs reconnaissent que ce contrôle de motivation est une atteinte à la distinction du fait et du droit puisqu'il amène le juge du droit à porter son appréciation dans le domaine des faits¹⁴⁷⁰.

Nous allons montrer qu'effectivement la Cour de cassation par ce contrôle de motivation effectue un contrôle formel de l'appréciation factuelle (1). En effet, en portant son contrôle sur la suffisance des motifs elle contrôle l'existence de l'appréciation factuelle (1) et par celui de la qualité des motifs elle en contrôle la consistance (2).

1 - Le contrôle de motivation : contrôle formel de l'appréciation des faits

508. Né peu de temps après la Cour¹⁴⁷¹, ce contrôle sanctionne l'obligation pour les juges de motiver leur décision prévue à l'art. 455 C.p.c.¹⁴⁷² et reconnue au niveau européen par la CEDH au travers de l'article 6§1 CESDH¹⁴⁷³. L'obligation de motiver a un double rôle : elle protège [le justiciable] contre l'arbitraire »¹⁴⁷⁴ en lui indiquant les raisons de la solution retenue par le juge et elle met la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle¹⁴⁷⁵.

Dès lors, seules les décisions prises dans le cadre du pouvoir discrétionnaire du juge du fond y échappent¹⁴⁷⁶. En revanche, que ce dernier ait décidé d'appliquer une règle de droit française ou une norme étrangère, qu'il s'agisse de faire jouer les effets d'un contrat, la Cour de cassation veille par ce contrôle « à imposer au juge du fond une motivation suffisante et

¹⁴⁶⁸ BORE (J.) et BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°452.

¹⁴⁶⁹ *Contra* au regard du défaut de base légale cf. GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile...*, *op. cit.*, n°1313, p.903.

¹⁴⁷⁰ Par ex. HERON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°832 et s., pp. 687 et s.

¹⁴⁷¹ Il sanctionnait le non-respect de l'obligation de motiver prévu à l'art. 6 de la loi du 20 avril 1810. En ce sens v. FAYE (E.), *La Cour de Cassation*, *op. cit.*, 1999, n°82, p.106.

¹⁴⁷² Art. 455 al. 1 C.p.c. : « Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé ».

¹⁴⁷³ CEDH 19 avr. 1994, *Van de Hurk c/ Pays-Bas*, req. n° 16034/90 ; CEDH, 10 mai 2012, *Jean-Louis Magnin c/ France*, req. n° 26219/08, *Procédures* 2012, n° 218, obs. FRICERO (N.).

¹⁴⁷⁴ FAYE (E.), *La Cour de Cassation*, *op. cit.*, p.107., v. également GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile...*, *op. cit.*, p.729.

¹⁴⁷⁵ En ce sens v. notamment CADJET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°878, p.669 ; HERON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°834, p.688.

¹⁴⁷⁶ Cf. *supra* n°203 HERON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, notamment n°834, p.689.

cohérente, afin d'éviter toute dégradation de la fonction judiciaire »¹⁴⁷⁷. Par ce biais elle sanctionne tout arrêt présentant un défaut de motif ou un manque de base légale, c'est-à-dire une absence ou une insuffisance de motifs¹⁴⁷⁸, et s'assure ainsi de la quantité et de la qualité¹⁴⁷⁹ des motifs ce qui la conduit inévitablement à connaître des questions de fait.

Il convient de noter avec Marty, et malgré ce que pourrait laisser entendre la notion de « défaut de base légale » grief qui conduit à un contrôle de la motivation, que la Cour porte exclusivement son attention sur des motifs de fait¹⁴⁸⁰. C'est d'autant plus vrai qu'elle refuse désormais de contrôler à ce titre une contradiction des motifs de droit¹⁴⁸¹.

Cependant, contrôler les motifs de fait ne veut pas dire connaître des faits. En effet, la Cour ne prend pas plus en considération les faits que lorsqu'elle effectue un contrôle de qualification. L'atteinte à la distinction du fait et du droit, malgré ce que laissent penser certains auteurs, ne se situe pas à ce niveau-là. La distinction réellement utilisée est celle entre les *questions de fait* et les *questions de droit*, les premières consistant dans l'examen d'un point qui relève de l'appréciation des juges du fond. Or, par ce contrôle la Cour de cassation se prononce sur l'existence et la consistance dans l'arrêt de l'appréciation des juges du fond. Il y a donc sans aucun doute une certaine forme de contrôle d'une question de fait. Le doyen Le Bars y voit « un contrôle indirect des questions de fait »¹⁴⁸². Nous irons plus loin car s'il peut conduire à un *contrôle indirect des faits*, il est surtout *un contrôle direct des questions de fait qui reste cependant formel*. Il est vrai que la Cour de cassation différencie bien contrôle de l'appréciation, qu'elle refuse, et contrôle de motivation¹⁴⁸³, cependant nous maintenons que la contrôle de la motivation est un contrôle formel de l'appréciation des juges du fond qui porte ainsi atteinte à la distinction des questions de fait et de droit.

L'étude plus concrète du contrôle de motivation tend à le démontrer.

¹⁴⁷⁷ BORE (J.) ET BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°452 qui se réfèrent à Cass. Com., 22. fev. 1983, *Bull. civ. IV*, n°75.

¹⁴⁷⁸ Selon les définitions proposées in HERON (J.) ET LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p.676.

¹⁴⁷⁹ Distinction empruntée aux professeurs Le Bars et Héron, cf. HERON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, notamment n°836, p.691.

¹⁴⁸⁰ MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit...*, *op. cit.*, p.282.

¹⁴⁸¹ Depuis un arrêt de Cass. Civ. 1^{re}, 16 nov. 1976, n°75-111.30, *Bull. civ. I*, n° 348 selon HERON (J.) ET LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°839, p.693.

¹⁴⁸² LE BARS (Th.), *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé, op. cit.*, n°832-833, p. 687.

¹⁴⁸³ Cf. par ex. Cass. Civ. 1, 19 mars 2014, n°13-14.790, Inédit, *RTD Civ.*, 2014, p.349, note HAUSER (J.).

2 - *Le contrôle de la suffisance des motifs : contrôle de l'existence de l'appréciation factuelle*

509. Par le contrôle « quantitatif » de la motivation, la Haute Cour s'assure en premier lieu de l'existence du constat et de l'appréciation des faits. Une motivation est suffisante lorsqu'elle justifie la solution retenue et lorsqu'elle répond à tous les moyens avancés par les parties. A cet égard, le doyen Le Bars distingue la motivation « élémentaire » de la motivation « en réponse à des moyens opérants »¹⁴⁸⁴. La cour de cassation par son contrôle s'assure que les motifs retenus par les juges du fond répondent à ces deux critères.

510. Contrôle de la « motivation élémentaire ». Pour être suffisante la motivation doit avant tout exister¹⁴⁸⁵. Une fois cette condition remplie, le Haut juge s'assure que tous les motifs factuels que requiert l'application d'une règle de droit sont présents. En effet, pour appliquer une règle de droit, le juge du fond doit avoir constaté tous les éléments factuels qui en constituent les présupposés ou « les éléments générateurs », comme les nommait Motulsky¹⁴⁸⁶. Autrement-dit, les faits correspondant aux conditions légales contenues dans une règle de droit et dont le magistrat souhaite faire jouer les effets juridiques doivent apparaître dans l'arrêt. A défaut, la Cour ne peut se prononcer sur l'application correcte du droit aux faits. Par exemple, elle ne peut estimer si les faits, qui n'apparaissent que très partiellement, ont été correctement qualifiés : la Cour de cassation qui ne trouve pas dans l'arrêt les faits pouvant correspondre à une intention libérale condition nécessaire à la qualification de donation, sanctionne la Cour d'appel pour défaut de base légale¹⁴⁸⁷.

En matière de motivation, la Haute juridiction civile a découvert le principe selon lequel « toute décision de justice doit se suffire à elle-même et contenir les éléments de fait susceptibles de la justifier »¹⁴⁸⁸. Elle en tire plusieurs conséquences sur la présence formelle des motifs de fait. La Cour de cassation, comme l'ont noté MM. Boré¹⁴⁸⁹, n'admet pas que la motivation ne soit qu'apparente. Une Cour d'appel ne peut se contenter de viser des documents

¹⁴⁸⁴ LE BARS (Th.), *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°406, p. 290-291.

¹⁴⁸⁵ Cass. Soc. 22 sept. 2010, n°09-40.343, Inédit. V. également GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *Procédure civile...*, *op. cit.*, p.904.

¹⁴⁸⁶ MOTULSKY (H.), *Principes...*, *op. cit.*, p.74.

¹⁴⁸⁷ En l'espèce les juges du fond semble s'être attachés à relever et constater les faits permettant de qualifier l'acte de « déguisé » mais pas ceux permettant de le qualifier de « donation », Cass. Civ. 1, 25 sept. 2013, n°11-26.626, Inédit.

¹⁴⁸⁸ V. par ex. Cass. soc. 8 oct 1992, n°89-42.770, Inédit ; Cass. Civ. 2, 7 juin 2007, n° 06-13.776, Inédit.

¹⁴⁸⁹ BORE (J.) ET BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°468.

de la cause dans son arrêt¹⁴⁹⁰ ou d'utiliser des formules de motivation telle que « recevable et justifiée par les explications fournies par le demandeur et les documents produits »¹⁴⁹¹ ou encore en reproduisant la prétention d'une partie¹⁴⁹². On s'approche ici du contrôle de la qualité des motifs que nous étudierons ultérieurement.

511. Contrôle de la « motivation en réponse à des moyens opérants ». « La motivation doit porter sur chacun des chefs de demande et sur chacun des moyens invoqués au soutien des conclusions », à défaut le grief de « défaut de réponse à conclusions » est constitué¹⁴⁹³. Dès lors, La Cour ne se contente pas de vérifier la présence de motifs justifiant la solution choisie et retenue par les juges du fond, elle s'assure également, toujours en se fondant sur l'art. 455 C.p.c., qu'ils ont répondu à tous les moyens que la partie déboutée a soulevés devant eux. Si elle met en évidence des faits qui selon elle constituent une faute, les juges du fond doivent se prononcer à ce sujet et pour que la Cour puisse vérifier leur réponse, ils doivent émettre une motivation à ce sujet¹⁴⁹⁴. De même, une juridiction du fond « qui ne s'explique pas sur tous les éléments de preuve produits par les parties au soutien de leurs prétentions méconnaît les exigences de l'article 455 du code de procédure civile »¹⁴⁹⁵.

Toutefois, elle assortit cette obligation de deux conditions. D'une part, il doit véritablement s'agir de moyens et non d'arguments. La frontière entre les deux n'est pas toujours aisée à repérer d'autant plus que la Cour paraît la déplacer à son gré¹⁴⁹⁶, comme elle le fait pour celle entre le fait et le droit. L'argument est de nature à persuader par « une affirmation de fait qui ne fonde son autorité que sur sa logique ou son équité » alors que le moyen a pour but de convaincre en proposant un véritable raisonnement fondé sur une règle de droit¹⁴⁹⁷. Selon la conception légèrement différente du doyen Le Bars, le moyen se distingue de l'argument parce que sa « conclusion est le bien-fondé de la demande »¹⁴⁹⁸. D'autre part, le moyen doit être opérant, c'est-à-dire qu'il doit pouvoir peser sur la solution du litige.

¹⁴⁹⁰ Cass. soc. 25 oct. 1989, n°86-45.070, Inédit ; Cass. Civ. 2, 7 juin 2007, n° 06-13.776, *précit.*

¹⁴⁹¹ Cass. Civ. 2, 22 juin 1988, n°87-13.970 *Bull. civ. II*, n° 151.

¹⁴⁹² Cass. Soc., 1^{er} févr. 1996, n°94-15.354, *Bull. civ. V*, n°38, *Droit social*, 96, p.144, obs. LYON-CAEN (P.).

¹⁴⁹³ *Rapport annuel de la Cour de cassation 2010. Le droit de savoir, op. cit.*, p.225.

¹⁴⁹⁴ Par ex. Cass. Civ. 1, 14 oct. 2010, n°09-14.446, Inédit.

¹⁴⁹⁵ Cass. Civ. 1, 17 dec. 2009, n°08-17.900, *Bull. civ. I*, n°252, *Dalloz actualité*, 14 janv. 2010, obs. GALLMEISTER (I.).

¹⁴⁹⁶ LE BARS (Th.), *th. précit.*, n°328, p.240.

¹⁴⁹⁷ CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN (O.) *op. cit.* n°363, p.124.

¹⁴⁹⁸ LE BARS (Th.), *thèse précit.*, n°328-329, pp. 240-241.

3 - *Contrôle de la qualité des motifs : contrôle de la consistance de l'appréciation factuelle*

512. La motivation suffisante doit en plus être de qualité, c'est-à-dire que le contenu des motifs doit être à même de justifier la règle de droit employée. Comme le rappelle un rapport annuel de la Juridiction unificatrice « la motivation implique pour le juge l'obligation d'expliquer clairement les raisons qui le conduisent à se déterminer. Il importe donc que ses motifs soient rigoureux et pertinents »¹⁴⁹⁹.

Dès lors, les motifs d'ordre général, dubitatifs, hypothétiques ou encore contradictoires ne sont pas à même de soutenir une solution de droit et entraînent la cassation de l'arrêt et son renvoi afin que soit rejugée l'affaire. En revanche, l'arrêt peut être sauvé si de tels motifs sont surabondants c'est-à-dire si l'arrêt présente d'autres motifs à même de justifier la décision¹⁵⁰⁰.

513. Le premier défaut que reproche la Cour de cassation à la motivation des juges du fond est sa généralité. C'est le cas de motifs qui s'appuient sur des considérations factuelles d'ordre général sans apprécier les circonstances spéciales de l'espèce. Des juges se sont par exemple prononcés par des motifs généraux en décidant de refuser la publicité des débats parce que dans le cadre d'une procédure disciplinaire des avocats elle porterait atteinte aux intérêts de la justice. Or ils ne pouvaient en décider ainsi qu'en considération de la procédure spécialement dirigé contre Me. X¹⁵⁰¹.

514. De même, le motif dubitatif s'apparente à une absence de motifs et les Hauts magistrats admettent à ce titre le grief de défaut de motif. L'adjectif dubitatif s'applique à un « motif insuffisamment affirmatif sur un élément décisif du litige qui affecte la base du jugement et l'expose à la censure de la Cour de cassation en ce qu'il laisse planer une incertitude relativement au point à trancher »¹⁵⁰². Par un motif dubitatif les juges émettent un doute sur la réalité d'un fait, généralement exprimé par les expressions « il semble » ou il « paraît » comme le relève le professeur Le Bars¹⁵⁰³, tout en fondant leur solution sur celui-ci. Dès lors, les juges

¹⁴⁹⁹ Rapport annuel de la Cour de cassation 2010, *op. cit.*, p.226.

¹⁵⁰⁰ V. par ex. Civ. 1, 26 juin 2013, n°12-13.698, Inédit. (motifs dubitatifs mais surabondants).

¹⁵⁰¹ Cass. Civ. 1, 25 avr. 1989, n°87-14.964, *Bull. civ. n°165, RTD civ.* 1990, p. 144, obs. PERROT (R.).

¹⁵⁰² CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V° dubitatif, p. 374.

¹⁵⁰³ Cf HERON (J.) ET LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°838, p.693 et les exemples qu'il en donne : Cass. Civ. 3, 21 fev. 2001, n°99-17.966, *Bull. civ. III*, n°22, *D.* 2002. Somm. 932, obs. PIGNARRE (L.-Fr.), *AJDI*

du fond font état de motifs dubitatifs lorsque pour faire droit à une demande d'heures supplémentaires ils se fondent sur le fait qu'un salarié a envoyé 15 % de ses courriels en dehors des heures d'ouverture de la concession dans laquelle il travaille d'où « *il semble admis qu'il s'est trouvé sur son lieu de travail au-delà de 35 heures hebdomadaires, vraisemblablement accomplies pendant les heures d'ouverture* »¹⁵⁰⁴. Notons que ce motif aurait également pu être qualifié d'hypothétique puisque à partir d'un fait douteux les juges semblent émettre une hypothèse sur l'existence d'un autre¹⁵⁰⁵.

515. Le motif hypothétique est assez proche du motif dubitatif en ce qu'il se « fonde sur un fait dont il suppose l'existence »¹⁵⁰⁶. Il en est ainsi quand une Cour d'appel déboute un appelant de sa prestation compensatoire en *supposant* que puisqu'il a versé des sommes pour ses enfants et pour s'acquitter d'une taxe foncière c'est qu'il dispose d'autres sources de revenu que son allocation adulte handicapé¹⁵⁰⁷.

516. Enfin, la Cour de cassation contrôle également que les motifs adoptés ne sont pas contradictoires car dans ce cas ils s'annulent privant ainsi l'arrêt de motifs. La Cour de cassation s'assure donc qu'il n'existe pas de contradiction entre les motifs de fait. Les juges du fond ne peuvent retenir, par exemple, d'une part que la preuve d'un accident n'est pas établie et d'autre part l'existence de l'accident en l'absence de contestation à ce sujet¹⁵⁰⁸.

Les contrôles de dénaturation et motivation témoignent de ce que la Cour de cassation ne limite pas son contrôle aux questions de droit. Le contrôle aléatoire de la qualification dessine un contrôle de cassation en deça du droit. De plus, parce qu'il est imprévisible, ce contrôle de la qualification ne saurait être admis comme étant une simple exception à la distinction du fait et du droit.

2002. 412, obs. COHET-CORDEY (Fr.) ; Cass. Civ. 2^e, 6 dec. 1995, n°93-21.748, *Bull. civ. II*, n°302 ; Cass. Civ. 2^e, 3 nov. 1993, 91-21.973, *Bull. civ. II*, n°303.

¹⁵⁰⁴ Cass. Soc., 12 mai 2013, n°11-28.903, Inédit.

¹⁵⁰⁵ Si conceptuellement la frontière est parfaitement claire, cf. MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « La cassation, sanction d'une atteinte à la logique », *op. cit.*, dans les arrêts, « la frontière n'est pas toujours nette entre le motif dubitatif et le motif hypothétique », HERON (J.), LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°838, p.693.

¹⁵⁰⁶ HERON (J.), LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°838, p.693.

¹⁵⁰⁷ Cass. Civ.1, 28 mai 2014, n°13-10.978, inédit.

¹⁵⁰⁸ « Attendu qu'après avoir relevé que la preuve de l'accident n'était pas établie, la cour d'appel a, néanmoins, retenu la responsabilité de la Régie, au motif qu'elle ne discutait pas l'existence de l'accident, et rejeté son appel en garantie », Cass. Civ. 1, 8 fevr. 2000, n°97-22.387, Inédit.

Ainsi, au vu de ce qui précède, il nous paraît difficile de soutenir l'efficiace et la pertinence de la distinction du fait et du droit dans la délimitation du contrôle de cassation.

CONCLUSION CHAPITRE 1.

517. Selon la distinction du *fait* et du *droit*, la Cour de cassation française détermine les normes dont elle assure le respect. Généralité et abstraction sont les critères qu'elle cherche dans une règle avant de s'assurer de son respect. A cet effet, la Cour de cassation paraît réellement se fonder sur la distinction du fait et du droit dont elle adopte toutefois une conception souple en modulant son contrôle, par exemple, en fonction du degré de généralité de la norme en cause.

Par ailleurs, selon la distinction des *questions de fait* et des *questions de droit*, celle qui est avancée par la doctrine comme fondement de l'étendue du contrôle de cassation, la Haute juridiction doit limiter son contrôle aux questions de droit (qualification, interprétation et application au sens strict de la règle de droit) et abandonner les questions de fait (appréciation des faits au sens large) au pouvoir souverain des juges du fond. Or si elle contrôle des questions de droit, elle en délaisse certaines. Elle exclut volontairement de sa compétence certaines qualifications. Ceci n'est pas conforme à la distinction et aucun autre critère cohérent ne semble pouvoir l'expliquer. A l'inverse, elle contrôle certaines questions de fait au travers des contrôles de motivation et dénaturation.

Dès lors, la distinction des questions de fait et des questions de droit est un fondement inopérant et inapte à délimiter le contrôle de cassation. Il n'est pas adéquat.

Pourtant, un critère doit être proposé afin de connaître les limites du contrôle de la Haute Cour et afin que celui-ci ne demeure pas totalement « incontrôlable »¹⁵⁰⁹.

¹⁵⁰⁹ Selon l'expression du doyen Perdriau. PERDRIAU (A.), « Une notion incontrôlable : le contrôle de la Cour de Cassation », *Gaz. Pal.*, 1997,2, doct., pp.1039-1040.

CHAPITRE 2 - PROPOSITION D'UN RENOUVELLEMENT DE L'ANALYSE

518. La majorité de la doctrine érige la distinction entre le fait et le droit, qu'elle explicite comme étant en réalité celle entre les questions de fait et de droit, comme fondement de la délimitation de l'étendue du contrôle de cassation. Cependant, nous venons de montrer que la limite de ce contrôle ne se confond pas avec la frontière entre les questions de droit et les questions de fait. D'une part, la Haute juridiction abandonne le contrôle d'une partie des qualifications qui sont pourtant considérées comme des questions de droit. D'autre part, elle exerce son contrôle sur des questions de fait par le biais des contrôles de motivation et de dénaturation.

La distinction du fait et du droit n'est pas normative car elle ne découle d'aucune source du droit. Purement doctrinale selon nous, elle est de plus incertaine car ce ne sont pas une mais plusieurs frontières qui sont susceptibles d'en ressortir. Au regard d'un tel critère, la Cour de cassation peut donc moduler les frontières de son contrôle sans contrainte et sans que l'observateur extérieur puisse dire si le contrôle qu'elle s'est octroyé ou celui qu'elle a refusé d'exercer entre ou non dans son domaine de compétence. Le contrôle de motivation en est une bonne illustration : la majorité de la doctrine s'accorde à la fois pour reconnaître qu'il constitue une atteinte à la distinction du fait et du droit mais également qu'il est nécessaire à l'exercice de la fonction de la Haute juridiction. Quant à l'abandon d'une partie des qualifications à l'appréciation souveraine des juges du fond, il montre que même lorsqu'il est certain qu'une question doit être vérifiée, la Cour se sert de l'ambiguïté de la distinction pour moduler un contrôle qui devrait pourtant être obligatoire.

519. Dès lors, parce que la distinction ne correspond pas à ce que devrait être en théorie le contrôle de cassation et qu'elle n'a que peu d'influence en pratique, il paraît justifié de rechercher un autre critère qui corresponde à l'esprit de la cassation et qui soit suffisamment clair pour être opérant en pratique.

La distinction du fait et du droit sous-tend deux idées. En partant de l'article 604 C.p.c. qui dispose que la Cour de cassation « ne connaît pas du fond des affaires », la doctrine majoritaire en déduit l'interdiction de « connaître le fait » et de « connaître du fait »¹⁵¹⁰. D'une part, elle indique le droit comme domaine de compétence de la Haute juridiction et conséquemment lui interdit de *connaître le fait*. D'autre part, elle détermine la question de droit comme objet du contrôle de cassation prohibant le *jugement du fait*. La proposition d'un nouveau fondement doit donc prendre en compte ces *deux niveaux de discours*.

Sans inventer un nouveau fondement, nous nous proposons de remettre au premier plan une distinction qui existe déjà en matière de cassation mais qui est souvent délaissée quand il s'agit de déterminer l'étendue du contrôle de cassation : celle entre *l'arrêt* et *l'affaire*. La Cour de cassation est *juge de l'arrêt et non du droit*. Ainsi, et conformément au droit positif, en plus du droit, elle connaît des faits du moment qu'ils se trouvent dans l'arrêt.

A partir de cette distinction et au regard des textes, nous montrerons que ce ne sont pas les questions de droit qui sont contrôlées mais les activités juridictionnelles qui peuvent conduire le juge à violer une règle de droit.

En conservant toujours à l'esprit que la finalité du contrôle de cassation est d'assurer le respect des règles de droit à l'occasion des jugements afin « de réaliser l'unification de la jurisprudence dans la mesure nécessaire au maintien de l'unité de législation »¹⁵¹¹, nous proposons de remplacer la distinction du fait et du droit par la distinction de l'arrêt et de l'affaire comme fondement de la compétence de la Cour (section 1) et d'en déduire que l'activité juridictionnelle est le véritable objet du contrôle (section 2).

¹⁵¹⁰ Selon la distinction opérée par le Professeur Kernaléguen qui met en garde contre la confusion entre « connaître le fait » et « connaître du fait », cf. KERNALÉGUEN (Fr.), *th. précit.*, p. 345.

¹⁵¹¹ MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit...*, *op. cit.*, n°48, p.78.

SECTION 1 - Le véritable fondement de la compétence de la Cour de cassation : la distinction de l'arrêt et de l'affaire

520. L'article L411-2 C.o.j. renseigne sur la compétence de la Cour de cassation en disposant que « La Cour de cassation statue sur les pourvois en cassation formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire. La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire ».

Du dernier alinéa de cette disposition nous déduisons non la distinction du fait et du droit comme le font la plupart des auteurs¹⁵¹² mais celle de l'arrêt et de l'affaire, dont nous allons rappeler l'existence (§1). Elle donne à la Cour de cassation compétence pour juger l'arrêt (§2) et suppose son incompétence pour trancher l'affaire (§3).

§1 - L'existence de la distinction de l'arrêt et de l'affaire

521. Nous avons vu que les textes laissaient transparaître cette distinction de l'arrêt et de l'affaire. Nous nous permettrons toutefois, après en avoir explicité le contenu (A), de rappeler la formulation textuelle de la distinction (B) avant d'en souligner l'utilisation doctrinale (C).

A - Le contenu de la distinction de l'arrêt et de l'affaire

522. Pour ne pas tomber dans l'écueil de la définition fonctionnelle¹⁵¹³ ou tautologique, il convient en premier lieu de préciser tant la notion d'affaire que celle d'arrêt.

523 . La notion d' « arrêt ». Nous devrions, pour être tout à fait exact, parler de jugement au sens large puisque la Cour de cassation peut connaître des décisions de justice, à l'exclusion

¹⁵¹² Cf. *supra* n°187s.

¹⁵¹³ Comme nous l'avons souligné, une notion fonctionnelle n'est pas opportune en cette matière.

des arrêts de cassation¹⁵¹⁴, rendues en dernier ressort¹⁵¹⁵. Les arrêts de Cour d'appel sont concernés au premier chef mais également les jugements de première instance insusceptibles d'appel¹⁵¹⁶. Précisons que les jugements rendus à l'occasion d'une voie de recours extraordinaire autre que la cassation, tierce opposition ou recours en révision, sont également susceptibles de recours en cassation dans la mesure où les décisions de la juridiction dont ils émanent le sont¹⁵¹⁷.

Toutefois, la plupart du temps les pourvois sont formés contre des arrêts de Cour d'appel. De plus, comme nous nous appuyons sur une distinction qui existe déjà¹⁵¹⁸ nous ne nous permettrons pas d'en modifier les termes et parlerons à notre tour d'« arrêt » en ayant cependant conscience qu'il s'agit plus exactement de jugements rendus en dernier ressort.

524. La notion d'affaire. A ce stade, on se contentera de rappeler la notion ultérieurement mise en lumière lorsqu'il s'est agi d'explicitier l'expression « fond de l'affaire » de l'art. L.411-2 C.o.j¹⁵¹⁹. Nous employons le terme « affaire » selon son sens premier et général retenu, notamment, par le dictionnaire de l'association Capitant : « Cause soumise au juge ; espèce dont il est saisi »¹⁵²⁰. Il est alors synonyme de litige et se rapproche de la notion de contestation. Connaître du litige reviendrait donc à trancher le « différend », le « conflit » entre les parties¹⁵²¹ *en appliquant le droit au fait*.

525. La frontière entre l'arrêt et l'affaire. La distinction entre l'arrêt et l'affaire correspond à celle entre le jugement et le litige¹⁵²². Dès lors, la compétence de la Haute Cour s'arrête à la lisière du conflit qu'elle n'a pas à trancher alors qu'elle bénéficie pleinement de ses pouvoirs de juridiction de cassation lorsqu'elle souhaite juger l'arrêt. Concrètement, toutes les opérations qui la conduisent à apporter une solution au litige *en appliquant le droit aux faits* lui sont en

¹⁵¹⁴ Cass. Civ. 2^e, 24 juin 1998, n° 96-14.161 96-14.203, *Bull. civ. II*, n° 207; *RG proc.* 1999. 217, obs. WIEDERKEHR (G.).

¹⁵¹⁵ Art. 605 C.p.c. et art. 606 C.p.c. qui précise : « 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 ». Pour une liste exhaustive des décisions contre lesquelles un pourvoi en cassation est envisageable cf. BORE (J.) et BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°16-154.

¹⁵¹⁶ En ce sens v. CADJET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°875, pp.665-666.

¹⁵¹⁷ Pour la tierce opposition v. art. 591 C.p.c.,

¹⁵¹⁸ Cf. *infra* n°530.

¹⁵¹⁹ V. *supra* n°206.

¹⁵²⁰ CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V° affaire, pp. 39-40.

¹⁵²¹ CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V° litige, p. 615.

¹⁵²² Distinction également relevée in DAMIEN (A.) et BORE (J.), « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile », *RFDA*, 1990, p.777.

principe interdites. En revanche, tous les actes qui lui permettent *de contrôler l'application correcte du droit aux faits* lors du jugement relèvent de son entière compétence.

B - La formulation textuelle de la distinction de l'arrêt et de l'affaire

526. Nous avons vu par ailleurs¹⁵²³ que la distinction du fait et du droit n'apparaissait ni ne transparaissait explicitement des règles normatives régissant le pourvoi en cassation. Nous allons voir maintenant qu'à l'inverse la distinction de l'arrêt et de l'affaire est présente dans la lettre des textes (1) et qu'elle est cohérente avec l'esprit de ces textes (2).

1 - La présence dans les textes

527. Comme nous l'avons déjà relevé les deux principaux textes qui régissent la compétence de la Cour de cassation sont les articles L411-2 C.o.j. et 604 C.p.c.. Le premier règle la compétence de la Haute juridiction au regard des juridictions du fond et dispose que « la Cour de cassation ne connaît pas du fond des *affaires* »¹⁵²⁴. L'article 604 C.p.c. s'attache plus précisément à définir l'objet du pourvoi en cassation qui selon lui « tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du *jugement* qu'il attaque aux règles de droits ». Si à la lecture de ces deux articles on ne perçoit pas la distinction du fait et du droit, la règle de droit y cherchant en vain son opposé, les termes *affaires* et *jugement* y sont explicitement distingués.

L'interdiction de « connaître du fond de l'affaire », posée à l'art. L411-2 C.o.j., a conduit la doctrine à affirmer que la distinction du fait et du droit fonde la compétence de la Cour de cassation. Parce que la Haute Cour ne doit pas avoir connaissance du *fond*, la doctrine lui interdit de connaître le *fait*. Or, ce ne sont pas tous les faits qui sont soustraits à sa connaissance, ce sont seulement ceux qui ne figurent pas dans l'arrêt et qui la conduiraient à ordonner des mesures d'instruction. Pour notre part, et parce que nous pensons avoir démontré que *le fond ne saurait en aucun cas correspondre au fait*¹⁵²⁵, nous considérons que c'est *l'affaire*, notion prise dans le sens de litige¹⁵²⁶, qui est interdite à la juridiction suprême. On nous objectera qu'il

¹⁵²³ Cf. *supra* n°186 s.

¹⁵²⁴ art. L.411-2 C.O.J.

¹⁵²⁵ V. *supra* n°197 s.

¹⁵²⁶ CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V° Affaire, p.39.

est question dans l'article L411-2 C.o.j. du *fond de l'affaire* et pas simplement de *l'affaire*. Or nous avons montré que ces deux expressions devaient être tenues pour synonymes notamment au regard des débats parlementaires qui ont conduit à la création de la juridiction suprême civile où il n'est question que d'une incompétence pour trancher *l'affaire*¹⁵²⁷.

Remarquons également que la « connaissance » dont il est question dans l'art L.411-2 C.o.j. ne doit pas être comprise dans son sens courant, comme le sous-entendent parfois les tenants de la distinction, mais selon son acception juridique. Il s'agit pour le juge de cassation de ne pas « avoir autorité et compétence pour juger »¹⁵²⁸ du litige. A l'inverse, l'article 604 C.p.c. lui offre la compétence de connaître des *jugements* afin de contrôler leur conformité au droit.

528. L'interprétation que nous donnons de ces deux textes et la distinction de l'arrêt et de l'affaire à laquelle nous concluons nous semblent conformes à la conception originelle de la l'institution. Déjà l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810 portait : « la justice est rendue souverainement par les Cours impériales ; leurs arrêts, quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité, ne peuvent être cassés que pour une contravention expresse à la loi ». *La justice est du ressort des juges de première et deuxième instances, la légalité des opérations juridiques, qui forment l'arrêt, appartient aux Hauts magistrats.* Cela se comprend si l'on entend par justice l'« action de reconnaître le bon droit de quelqu'un, de lui accorder ce qu'il est juste qu'il obtienne »¹⁵²⁹.

La compétence de chacune des catégories de juridictions, du fond et de cassation, semble de ce fait nettement séparée et conforme à leurs missions respectives.

2 - La cohérence avec l'esprit des textes

529. La distinction de l'arrêt et de l'affaire apparaît expressément dans les dispositions relatives à la Cour de cassation et se révèle de plus conforme à la mission qui lui a été confiée à l'origine et aux évolutions qu'elle a connues.

« Pour bien déterminer le rôle spécial de la Cour de Cassation dans notre organisation judiciaire, il importe de rappeler le but que s'est proposé le législateur en créant cette juridiction

¹⁵²⁷ V. *supra* n°52-54.

¹⁵²⁸ Selon le *dictionnaire de l'Académie française*, 9^e ed.

¹⁵²⁹ *Ibid.*

et qu'il ne faut jamais perdre de vue »¹⁵³⁰. C'est là, le rappel du caractère de la Haute Cour. On ne peut l'oublier sous prétexte d'une meilleure application de la distinction du fait et du droit.

Répetons-le, la mission de la Cour de cassation est d'assurer l'unité d'application et d'interprétation de la loi pour garantir l'égalité de tous les citoyens devant celle-ci. Pour cela elle veille au respect de la règle de droit et il ne lui est alors pas nécessaire de connaître du litige, autrement dit de l'affaire. Au contraire, cela reviendrait à faire de la Haute Cour un banal degré de juridiction supplémentaire, lui faisant perdre toute sa spécificité et son intérêt. Pour reprendre les mots d'Ernest Faye, si la Haute Cour « au lieu de se prononcer uniquement sur la légalité des arrêts, [était] saisie directement d'affaires » cela lui « serait funeste [...] Augmenter ses attributions, à raison de la confiance qu'elle inspire, serait méconnaître la cause même à laquelle elle a dû cette confiance »¹⁵³¹.

Si au XVII^e siècle le recours en cassation a été ouvert au plaideur, c'est essentiellement pour que soient mieux signalées, et ainsi contrôlées, les errances des juges¹⁵³². Cette mesure a d'ailleurs produit ses effets en élargissant le domaine du contrôle de cassation. Toutefois, elle ne vise en aucun cas à prendre en considération un intérêt purement privé. Cette conception était encore intacte lors de l'instauration du Tribunal de Cassation sous la Révolution. Elle l'est demeurée lorsque celui-ci a cédé la place à la Cour de cassation en 1804. Si la Cour souhaite garder sa spécificité, sa place privilégiée aux confins du législatif et du judiciaire et sa capacité à dire le droit, elle n'a aucun intérêt à dépasser sa compétence. Elle n'a aucun avantage à connaître de l'affaire, domaine où, selon l'heureuse comparaison de Maître Xavier Bachellier, elle est « comme l'Albatros de Baudelaire, lorsqu'il se pose sur le pont du navire : “*ses ailes de géant l'empêchent de marcher*” »¹⁵³³.

Enfin, nous reprendrons les mots du conseiller Perdriau selon lequel « il arrive même, exceptionnellement, que la technique de cassation l'amène [la Cour] à s'appuyer exclusivement sur des constatations factuelles qui lui sont propres. Cela ne la détourne pas pour autant de sa mission essentielle, normative et régulatrice »¹⁵³⁴. En effet, parfois, la mission des juges de cassation les amène à effectuer des contrôles, dénaturation et motivation, contraires à la distinction du fait et du droit et qui sont pourtant nécessaires à sa mission. Comme nous le verrons, il s'agit simplement du contrôle de la conformité des arrêts à certaines règles de droit.

¹⁵³⁰ FAYE (E.), *op.cit.*, p.14.

¹⁵³¹ FAYE (E.), *Ibid.*

¹⁵³² MARTY (G.), *op. cit.*, p. 47.

¹⁵³³ BACHELLIER (X.), « Le pouvoir souverain des juges du fond », *Droit et technique de cassation*, 2009, étude au *BICC* n°702 du 15 mai 2009.

¹⁵³⁴ PERDRIAU (A.), « les chambres civiles de la Cour de cassation jugent-elles en fait ? » *JCP*, 1993. I, 3683, n°61.

Alors que la distinction du fait et du droit constitue un obstacle à la mission de la Cour de cassation, celle de l'arrêt et de l'affaire en rend compte parfaitement. Les libertés que prennent les Hauts magistrats deviennent, sous cet angle, plus que légitimes, nécessaires.

C - L'utilisation doctrinale de la distinction de l'arrêt et de l'affaire

530. La distinction de l'arrêt et de l'affaire est d'un usage fréquent dans les écrits doctrinaux. Elle s'y confond parfois avec la distinction du fait et du droit alors qu'en d'autres endroits elle la complète et s'en différencie. Enfin, elle y est parfois critiquée et niée.

531. Confusion des deux distinctions. Dans cette première hypothèse, les auteurs l'admettent au même titre que la distinction du fait et du droit dont elle n'est qu'une expression équivalente¹⁵³⁵. Les auteurs du *Vocabulaire juridique* relèvent ainsi que « la Cour suprême, juge du droit et non juge du fait, connaît des jugements et non de l'affaire »¹⁵³⁶.

Ainsi, pour justifier l'absence de prise en considération de la loi nouvelle intervenue entre la décision de la Cour d'appel et le pourvoi, on relève que « la Cour de cassation juge de la légalité de l'arrêt »¹⁵³⁷. Sur le même point, le professeur Chabas indique que « La Cour de cassation juge la décision qui lui est déférée »¹⁵³⁸. Il précise sa pensée affirmant qu'« En effet, elle ne juge *pas les procès* »¹⁵³⁹. Elle se contente de rechercher si les formes de procédure ont été respectées, et si la loi a été correctement appliquée, sans se prononcer sur le fond même du procès : *elle juge les jugements*¹⁵⁴⁰ »¹⁵⁴¹. Il n'est pas le seul à affirmer explicitement cette distinction. Ainsi, un président de chambre à la Cour de cassation écrit-t-il qu'elle « ne re-juge pas l'affaire, mais juge la conformité de la décision attaquée aux règles de droit »¹⁵⁴².

¹⁵³⁵ V. par ex. BORE (J.) et BORE (L.), « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, n°277 ; CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°873, p.664 ; LEFORT (C.), *Procédure civile*, *op. cit.*, n°503, p.756.

¹⁵³⁶ CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V° Cassation, p.151.

¹⁵³⁷ BORE (J.) et BORE (L.), *op. cit.* p. 257.

¹⁵³⁸ CHABAS (F.), MAZEAUD (H., L. et J.), *op. cit.*, p.247.

¹⁵³⁹ en italique dans le texte.

¹⁵⁴⁰ *Idem.*

¹⁵⁴¹ CHABAS (F.), MAZEAUD (H., L. et J.), *op. cit.*, p.215.

¹⁵⁴² WEBER (J. -F.), « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », Fiche méthodologique en matière civile, *BICC*, n°702 du 15 mai 2009.

De telles occurrences de la distinction de l'arrêt et de l'affaire ne manquent pas¹⁵⁴³. Cependant, elles sont énoncées en tant que synonymes de la distinction du fait et du droit ou comme conséquences de celle-ci. Or, les faits et le fond de l'affaire ne sauraient se confondre et c'est pourquoi nous rejetons cette assimilation. De plus, pour mieux appréhender les limites du contrôle de la Cour de cassation, il convient de se détacher de la distinction du fait et du droit, ce que peu d'auteurs semblent faire. La distinction de l'arrêt et de l'affaire ne nous paraît pertinente que si elle est autonome.

532. Différenciation des distinctions. Pour d'autres auteurs les deux distinctions sont autonomes. Ils utilisent la scission entre le fait et le droit uniquement pour déterminer l'étendue du contrôle de cassation et expliquent par la distinction de l'arrêt et de l'affaire pourquoi la Haute Cour renvoie l'affaire à une autre juridiction¹⁵⁴⁴.

Pour Roger Perrot, la Cour de cassation « présente en effet deux caractères très particuliers qui font toute son originalité : d'une part, elle est juge du droit et non point juge du fait, et d'autre part, elle est juridiction de cassation »¹⁵⁴⁵. De même qu'elle n'est pas juge du fait puisqu'elle « n'a pas à examiner les faits, c'est-à-dire, la mineure du syllogisme : l'appréciation des faits relève de la souveraineté des juridictions dites du fond, c'est-à-dire, en principe des cours d'appel qui statuent en « dernier ressort » »¹⁵⁴⁶ elle n'est que juge du jugement car « son rôle n'est pas de rejurer l'affaire comme le ferait une cour d'appel, en substituant son propre arrêt à la décision qui lui est déférée »¹⁵⁴⁷.

Nous adhérons à cette différenciation des deux distinctions puisque comme nous croyons l'avoir démontré, il existe bien deux points à régir et que la distinction du fait et du droit ne peut être ce fondement global que certains avancent. Cependant nous irons plus loin en lui déniaut toute place dans le domaine de la cassation.

¹⁵⁴³ Il en est également fait mention pour la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA dans sa fonction de juge de cassation. Elle est décrite comme « juge de l'arrêt et non de l'affaire ». ASSI (E. A.), « La cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : un troisième degré de juridiction ? », *RIDC*, n°4, 2005.

¹⁵⁴⁴ V. par ex. LE BARS (Th.), *th. précit.*, n°54-59, p.46-49 ; KERNALEGUEN (Fr.), *th. précit.*, p. 345 ; *Institutions judiciaires, op. cit.*, n°252, p.153.

¹⁵⁴⁵ PERROT (R.), *Institutions judiciaires, op. cit.*, n°221, p.176.

¹⁵⁴⁶ PERROT (R.), *op. cit.*, p.177.

¹⁵⁴⁷ PERROT (R.), *op. cit.*, p.178.

533. Contestation de la distinction de l'arrêt et de l'affaire. Enfin, certains auteurs¹⁵⁴⁸, à la suite de Jacques Héron¹⁵⁴⁹ condamnent cette distinction, lui préférant sans conteste celle du fait et du droit, car pour eux l'affaire est en partie transmise à la Cour de cassation qui juge l'affaire en droit.

Jacques Héron mentionne l'existence de cette distinction comme communément admise, mais elle n'a, selon lui, pour seuls fondements que « le goût de la formule » et « un souci pédagogique »¹⁵⁵⁰. Pour lui, la Cour suprême judiciaire « n'est pas juge de l'arrêt, elle est juge de l'affaire ou, plus simplement encore, elle est juge »¹⁵⁵¹. Il distingue bien juge de l'arrêt et juge du droit, mais préfère la distinction entre juge du fait et juge du droit plus juste, selon lui¹⁵⁵².

534. La distinction de l'arrêt et de l'affaire n'est pas nouvelle : elle existe en doctrine qu'elle soit utilisée comme synonyme de la distinction du fait et du droit ou comme complément de celle-ci. Une fois encore nous préférons emprunter notre propre chemin et la considérer indépendamment de la distinction du fait et du droit qui n'est pas opérante en matière de cassation et qui, contrairement à celle de l'arrêt et de l'affaire, n'est en adéquation ni avec les textes ni avec la mission confiée à la Haute Cour.

De plus, contrairement à ce qu'affirme son principal adversaire, nous allons montrer qu'elle est tout à fait efficiente.

§2 - L'efficiencia de la distinción de l'arrêt et de l'affaire

535. La distinction de l'arrêt et de l'affaire contrairement à celle du fait et du droit est tout à fait opérante puisqu'on se rend compte, au regard des règles régissant la cassation, de l'incompétence de la Cour pour trancher l'affaire (A) et de sa compétence pour juger l'arrêt (B).

¹⁵⁴⁸ LUXEMBOURG (F.), « La Cour de cassation, juge du fond », *D*, 2006, p. 2358.

¹⁵⁴⁹ HERON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 1^{ère} ed. 1991, n° 677-680 pp.491-494 et 5^e ed., 2012, n°805-809, pp. 666-663. Notons que le doyen Le Bars n'a pas modifié dans les dernières éditions du manuel la critique émise par Héron bien qu'il admette volontiers la distinction de l'arrêt et de l'affaire.

¹⁵⁵⁰ HERON (J.) ET LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, 2e éd, 2002, p. 597, n ° 780.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*

¹⁵⁵² HERON (J.) et LE BARS (Th.), *op.cit.*, p. 598, n ° 781.

A - L'incompétence pour trancher l'affaire

536. La distinction de l'arrêt et de l'affaire trace une frontière entre le jugement contre lequel une partie a formé un pourvoi et l'affaire comprise dans le sens de litige (que le jugement prend lui-même pour objet). Selon cette distinction l'objet du jugement des magistrats de cassation n'est pas le droit mais l'arrêt ce qui exclut de leur compétence le litige dont ils ne peuvent connaître ou plus exactement juger.

Cette incompétence se traduit par l'absence d'effet dévolutif du pourvoi en cassation (1) et l'obligation faite à la Cour de cassation de renvoyer l'affaire après cassation (2).

1 - L'absence de dévolution de l'affaire

537. Nous entendons démontrer que contrairement à ce qu'a pu écrire le doyen Héron et au vu de la notion d'effet dévolutif, il n'y a pas de dévolution de l'affaire en droit mais transmission de l'arrêt au Quai de l'Horloge.

538. Notion d'effet dévolutif. Jacques Héron conteste la distinction de l'affaire et de l'arrêt en ce qu'elle s'appuie sur l'absence d'effet dévolutif traditionnellement admis en matière de cassation. Nous allons étudier l'effet dévolutif au travers de l'appel, exemple le plus topique, afin de montrer que la cassation en est dépourvu. L'appel, voie de recours ordinaire, se caractérise en partie par son effet dévolutif par lequel sont transmis aux juges du second degré « les demandes qui ont déjà fait l'objet d'une décision »¹⁵⁵³ par de précédents juges. L'effet dévolutif de l'appel est prévu par les art. 561 à 567 C.p.c., les deux premiers disposant respectivement que « 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 » et que la dévolution s'opère soit des chefs de jugement critiqués soit du tout¹⁵⁵⁴.

L'effet dévolutif emporte plusieurs conséquences. Tout d'abord, il dessaisit la juridiction du fond¹⁵⁵⁵ et porte l'affaire à la connaissance des juges d'appel. Notons que ce n'est

¹⁵⁵³ LE BARS (Th.) et HERON (J.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°739, p. 604.

¹⁵⁵⁴ Art. 562 C.p.c. : « L'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent.

La dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs, lorsqu'il tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible ».

¹⁵⁵⁵ V. FERRAND (F.), « Appel », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2014, n°889 et s.

pas l'ensemble du litige qui est dévolu mais seulement « ce qui a été tranché par les premiers juges »¹⁵⁵⁶ puisqu' « il ne peut être dévolu à la cour plus qu'il n'a été jugé au premier degré », et « qu'il n'est dévolu qu'autant qu'il est appelé »¹⁵⁵⁷. La dévolution, à la différence de l'évocation¹⁵⁵⁸, s'opère seulement pour les « éléments de fait et de droit du litige ayant précédemment subi l'épreuve du premier degré de juridiction »¹⁵⁵⁹. Autre conséquence de l'effet dévolutif prévu par l'art. 564 C.p.c.¹⁵⁶⁰, les demandes nouvelles sont interdites en appel. Surtout, il entraîne une véritable obligation de rejuger le litige, le juge d'appel ayant ainsi la charge de remplacer le premier arrêt. Pour de nombreux auteurs, il s'agit là de la caractéristique la plus importante de cet effet¹⁵⁶¹ et c'est celle que nous cherchons en vain lors du pourvoi en cassation.

539. Absence d'effet dévolutif du pourvoi. Les dispositions du Code de procédure civile traitant des effets de la cassation¹⁵⁶² ne mentionnent pas d'effet dévolutif pour cette voie de recours. Pourtant Jacques Héron affirme qu'il existe puisque les deux juridictions qui, selon lui, sont de même nature mais de degré différents, connaissent à la fois de l'affaire et du litige¹⁵⁶³.

Certes, nous devons reconnaître que la dévolution qui s'opère entre les juges de première et deuxième instance ne se limite pas à l'affaire mais au litige tel qu'il a été jugé. Il n'est alors pas étonnant comme le soulignait Jacques Héron que les juges d'appel comme ceux de cassation se réfèrent au jugement précédent puisque « Toute voie de recours s'ordonne (et ne peut s'ordonner) que par rapport à la décision antérieure, contre laquelle elle est exercée »¹⁵⁶⁴. Comme les juges de cassation, ceux d'appel se demandent s'il a été « apporté une solution adéquate »¹⁵⁶⁵ au litige. *Cependant que les juges d'appel connaissent à la fois du jugement et de l'affaire ne fait pas pour autant de la Cour de cassation un juge de l'affaire.*

¹⁵⁵⁶ LE BARS (Th.) et HERON (J.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°753, p. 615.

¹⁵⁵⁷ Traduction des adages *Tantum devolutum, quantum judicatum* et *tantum devolutum, quantum appellatum*, in CADIER (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°843, p.642.

¹⁵⁵⁸ C'est ce qui le différencie de l'évocation qui transmet la connaissance des points non encore jugés selon l'art. 568 C.p.c.

¹⁵⁵⁹ LEFORT (C.), *Théorie générale de la voie d'appel*, Angers, 2000, n°88, p.95 cité in SALHI (K.), *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, Caen 2004, p.277.

¹⁵⁶⁰ Art. 564 C.p.c. : « A peine d'irrecevabilité relevée 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 tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait ».

¹⁵⁶¹ SALHI (K.), *th. précit.*, n°392, p.277, v. également LE BARS (Th.), *thèse précit.*, n°56, pp.47-48.

¹⁵⁶² Art. 619 à 639 C.p.c.

¹⁵⁶³ Dans le même sens v. BORE (J.) et BORE (L.), *La cassation en matière civile, op. cit.*, n°103.11-103.13, pp. 602-603.

¹⁵⁶⁴ LE BARS (Th.) et HERON (J.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°805, p. 663.

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*

Ce qui différencie les juridictions du second degré de celle de cassation ne réside pas dans la connaissance du jugement précédent mais dans celle de l'affaire. Or la Cour d'appel doit trancher l'affaire¹⁵⁶⁶ et son arrêt, même confirmatif, remplacera celui des premiers juges¹⁵⁶⁷. A l'inverse, aucune disposition ne prévoit que la chose jugée est remise en question devant la Cour de cassation et son arrêt, même de rejet, ne peut se substituer à l'arrêt attaqué devant elle. Au contraire, il lui est explicitement interdit de trancher l'affaire selon l'art.604 C.p.c., même si parfois ce même code lui en offre la possibilité.

Dès lors, s'il n'y a pas remise en question de la chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit, il n'y a pas d'effet dévolutif au sens classique du terme. Le doyen Héron avait beau évoquer une dévolution limitée au droit, une fois de plus l'assertion ne nous semble pas résister à l'analyse.

540. Absence de dévolution de l'affaire en droit. Jacques Héron reconnaît un certain effet dévolutif au recours en cassation, contrairement à une grande majorité de la doctrine¹⁵⁶⁸, estimant que l'affaire est dévolue en droit à la juridiction suprême ce qui explique la possibilité qu'a celle-ci de juger en droit¹⁵⁶⁹. Il semble se référer ici aux possibilités qu'à la Cour de cassation de mettre un terme au litige en prononçant un jugement en droit par le biais de la substitution de motifs et de la cassation sans renvoi¹⁵⁷⁰.

« Juger en droit » reviendrait à trancher le litige en s'abstenant de « juger en fait » c'est-à-dire sans apprécier les faits¹⁵⁷¹. Par un jugement en droit, le magistrat se concentrerait sur l'application du droit aux faits préalablement constatés et appréciés. Cependant, si on peut penser qu'en substituant, par exemple, une qualification à celle erronée retenue par les juges du fond, la Cour met fin au litige, nous n'y voyons qu'une correction de l'arrêt qui a déjà tranché le litige et qui n'a donc pas à l'être à nouveau. De cette manière, l'arrêt n'est pas remplacé, il est confirmé ou « sauvé » selon l'expression même du doyen Héron¹⁵⁷².

¹⁵⁶⁶ Cass. Civ. 3^e, 4 mars 1980, n° 78-13.302, *Bull. civ.* III, n° 49, D. 1981. IR 147, obs. JULIEN ; Cass. Soc. 21 févr. 1980, n° 78-40.786, *Bull. civ.* V, n° 173.

¹⁵⁶⁷ LE BARS (Th.), *th. précit.*, n°56, p.47.

¹⁵⁶⁸ Par ex. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *op. cit.*, n°883, p.674 ; GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *op. cit.*, n°1318, p.908 ; COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile, op. cit.*, n°453, p.487, LEFORT (C.), *Procédure civile, op. cit.*, pp.503 et s.

¹⁵⁶⁹ « La possibilité pour la Cour de cassation de connaître de l'affaire en droit démontre l'existence d'une certaine dévolution de l'affaire », LE BARS (Th.) et HERON (J.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°809, p. 666.

¹⁵⁷⁰ Sur ces mécanismes et pour une critique de la conception qu'en retient Héron cf. *infra* n°553.

¹⁵⁷¹ D'après la définition de l'expression « juger en fait » donnée in CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN (O.) *Procédure civile, op. cit.*, n°198-199, p.72.

¹⁵⁷² LE BARS (Th.) et HERON (J.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°807, p. 664.

En revanche, il est vrai que par le biais de la cassation sans renvoi la Haute Cour donne une solution au litige en jugeant en droit mais ce n'est qu'une exception, une possibilité car, répétons-le, il n'existe pas d'obligation pour elle de trancher l'affaire. Or en faisant de ce mécanisme le principe et non plus l'exception, l'auteur nous semble méconnaître le rôle de la Haute Cour¹⁵⁷³.

2 - Le renvoi après cassation de l'affaire

541. Outre l'article L.411-2 C.o.j. et l'interdiction d'ordonner de nouvelles mesures d'instruction, l'incompétence de la Cour de cassation pour juger le litige se traduit dans l'obligation qui lui est faite après avoir cassé un *arrêt* de renvoyer *l'affaire* pour qu'elle soit jugée.

Cette obligation de renvoi est bien la preuve que les Hauts magistrats sont incompetents pour juger l'affaire. Il s'agit d'un principe (a) qui ne souffre que de quelques exceptions (b).

a - Le principe : l'obligation de renvoi

542. Si nous souhaitons exclure la distinction du fait et du droit du domaine de la cassation, nous ne souhaitons pas modifier les règles de compétence de la Haute Cour. Notre ambition est simplement de les clarifier. Or, à suivre les tenants de la distinction du fait et du droit, parce que la juridiction judiciaire suprême « ne connaît pas du fond des affaires », elle ne connaît pas du fait et doit donc renvoyer l'affaire afin qu'elle soit à nouveau jugée en fait et en droit. Cependant, si l'on extirpe la distinction du fait et du droit cette proposition reste vérifiable. L'obligation de renvoi dessine l'interdiction de connaître l'affaire.

543. Obligation de renvoi. Le renvoi après cassation correspond à la « décision par laquelle la Cour de cassation, après annulation de la décision attaquée, désigne la juridiction appelée à connaître de l'affaire, si la cassation implique qu'il soit à nouveau statué sur le fond (...) », la juridiction de renvoi étant par conséquent celle « désignée pour connaître de l'affaire après cassation »¹⁵⁷⁴.

¹⁵⁷³ Dans le même sens v. LE BARS (Th.), *th. précit.*, n°56, pp.47-48.

¹⁵⁷⁴ CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V° Renvoi, pp.886-887.

Ce mécanisme est généralement associé à la nature de la Cour de cassation : juridiction extraordinaire qui ne doit pas se comporter en troisième degré de juridiction. Depuis le XIX^e siècle il est courant de lire que « La Cour de cassation, n'étant pas un troisième degré de juridiction, doit en principe renvoyer la connaissance du fond de l'affaire à des juges qu'il lui appartient de désigner »¹⁵⁷⁵ et de nos jours encore les auteurs affirment qu'en cas de cassation sans renvoi « la Cour de cassation est alors un troisième degré de juridiction »¹⁵⁷⁶.

Ce principe du renvoi après cassation trouve son expression dans l'art. L431-4 C.o.j. qui dispose dans son premier alinéa qu' « en cas de cassation, l'affaire est renvoyée, sous réserve des dispositions de l'article L. 411-3C.p.c., devant une autre juridiction de même nature que celle dont émane l'arrêt ou le jugement cassé ou devant la même juridiction composée d'autres magistrats ». Il est la conséquence de la règle posée à l'art. L411-2 al. 2 C.o.j. selon laquelle « la Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire ».

La cassation a pour conséquence de « replace[r] les parties dans l'état où elles se trouvaient avant le jugement cassé »¹⁵⁷⁷. Or, la Cour de cassation n'a pas le pouvoir de pleine *juridictio*. Elle doit donc renvoyer l'affaire « devant une autre juridiction de même nature que celle dont émane l'arrêt ou le jugement cassé ou devant la même juridiction composée d'autres magistrats »¹⁵⁷⁸.

544. Interdiction de connaître l'affaire. Ainsi, « elle n'a pas le droit de juger le fond du litige, elle n'a que celui d'annuler la décision rendue pour fausse application de la loi aux faits de la cause, et, après avoir remis la cause et les parties au même et semblable état où elles étaient avant cette décision, de les renvoyer devant d'autres juges du même ordre qui, à nouveau, sont chargés de statuer sur le fond »¹⁵⁷⁹. Cela n'a alors aucun lien avec la distinction du fait et du droit ou ce serait confondre à nouveau la règle de compétence de la Cour par rapport aux juridictions du fond et les critères de délimitation de son contrôle par rapport à ce qui fut la requête civile¹⁵⁸⁰. Cet amalgame persiste de nos jours puisque, bien que certains auteurs

¹⁵⁷⁵ CHENON (E.), *Origines, conditions et effets de la cassation*, op. cit., n°58, p.195.

¹⁵⁷⁶ CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN (O.) *Procédure civile*, op. cit., n°1094, p.369, qui cependant nuancent la formule traditionnelle.

¹⁵⁷⁷ Art. 625 al.1 C.p.c.

¹⁵⁷⁸ Art. L 431-4 al.1 C.p.c.

¹⁵⁷⁹ CREPON (Th.), *Cour de cassation, origines, organisation, attributions, du pourvoi en cassation en matière civile*, Tome III, Paris, Larose et Forcel, 1892, n°2087, p.582.

¹⁵⁸⁰ V. *supra* n°57.

distinguent les qualités de juge du droit et de juge de cassation¹⁵⁸¹, nombreux sont ceux qui lient l'obligation de renvoi à la distinction du fait et du droit en en justifiant ainsi l'usage¹⁵⁸².

La distinction du fait et du droit devient un fondement global ce qui n'est ni souhaitable ni inéluctable. Un argument de droit comparé permet d'appuyer notre propos et de se rendre compte que le renvoi après cassation n'a pas à être lié à la distinction et est de plus spécifique à la Cour française et à quelques autres qui l'ont en tout point imitée.

545. Nous avons relevé que plusieurs pays, dont les Cours judiciaires suprêmes puisent leur origine dans la Haute juridiction française, retiennent la distinction du fait et du droit mais pas l'obligation de renvoi après cassation¹⁵⁸³. Tout comme le Conseil d'Etat français, qui refuse de se soumettre à la distinction du fait et du droit bien que certains auteurs aient pu le lui suggérer¹⁵⁸⁴, ces juridictions peuvent après avoir examiné le jugement ou l'acte en question connaître de l'affaire en mettant fin au litige. La doctrine de ces pays le justifie par une division de l'instance en deux phases dont seule la première correspond au contrôle de cassation. Dans un premier temps la juridiction de cassation exerce son contrôle sur les questions de droit mais une fois celui-ci effectué elle recouvre le pouvoir de *juridictio*. Dans ces pays, la distinction des questions de fait et de droit a une portée limitée à l'étendue du contrôle et n'influe pas sur la nécessité de renvoyer ou non après cassation. Il semble que, de même que l'obligation de renvoi n'est pas liée à la distinction du fait et du droit, le recours en cassation n'implique pas cette obligation. Ce n'est pas parce qu'elle ne juge pas les faits qu'elle renvoie après avoir cassé un arrêt, c'est parce qu'elle ne juge pas le litige.

Le mécanisme du renvoi après cassation est alors une particularité de la Cour de cassation indépendante de la distinction du fait et du droit et qui dessine au contraire une frontière entre l'arrêt et l'affaire que les magistrats ne doivent pas franchir lors de leur jugement.

Le dernier argument, que nous avons déjà développé par ailleurs¹⁵⁸⁵, qui permet de démontrer que le renvoi ne dépend pas de la distinction du fait et du droit mais bien de celle de l'arrêt et de l'affaire réside dans la comparaison entre le principe du renvoi et son exception.

¹⁵⁸¹ V. par ex. PERROT (R.), *Institutions judiciaires, op. cit.*, n°222, p.177 : « d'une part, elle est juge du droit et non point juge du fait, et d'autre part, elle est juridiction de cassation » ; v. également KERNALÉGUEN (Fr.), *Ibid.*

¹⁵⁸² Cf par ex. « La Cour de cassation ne juge pas les faits mais se borne à contrôler la conformité du jugement à la règle de droit . Elle ne connaît pas du fond des affaires », BOUCARD (Fr.), « Pourvoi en cassation. - Le renvoi après cassation », *JCl. Procédure civile*, Fasc. 762, 2010, n°1.

¹⁵⁸³ Cf. *supra* n°66 et n°68.

¹⁵⁸⁴ BOUSSARD (S.), *op. cit.*

¹⁵⁸⁵ Cf. *supra* n°540.

En l'absence de renvoi, la Haute juridiction aurait une connaissance élargie des faits puisqu'elle ne se limiterait plus à ceux contenus dans l'arrêt et elle pourrait ordonner des mesures d'instruction. Or l'exception qui lui permet de ne pas effectuer de renvoi et qui conduit la doctrine à affirmer que dans ce cas elle agit comme un troisième degré de juridiction ne lui permet pas d'explorer d'autres faits que ceux présentés dans l'arrêt. Ce qui diffère du principe c'est qu'exceptionnellement la Cour met un terme au litige, donne une solution à l'affaire.

D'autres cas permettent à la Cour de cassation de ne pas renvoyer : quand il n'y a plus rien à juger.

b - L'exception : l'absence de renvoi

546. Il est possible pour les juges de casser sans renvoi et l'art. 627 C.p.c. précise à cet effet que « la Cour de cassation peut casser sans renvoyer l'affaire dans les cas et conditions prévues par l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire ». Les dispositions de l'art. L411-3 C.o.j. prévoient deux catégories d'hypothèses dans lesquelles il est possible pour la Haute juridiction de déroger à cette obligation. La première ne correspond pas véritablement à une exception à la distinction de l'affaire et de l'arrêt puisqu'il s'agit des cas où il n'y a plus rien à juger. En revanche, la seconde hypothèse permet réellement à la Cour de cassation de juger l'affaire en droit et constitue à ce titre une véritable exception.

547. L'absence de renvoi sans jugement de l'affaire. Le premier alinéa de l'art. L411-3 offre la possibilité aux juges de cassation de « casser sans renvoi lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond ». Autrement-dit quand il n'y a « rien à juger »¹⁵⁸⁶, l'inutilité du renvoi en justifie l'absence.

Le pourvoi dans l'intérêt de la loi et celui pour excès de pouvoir¹⁵⁸⁷ ont constitué les premières hypothèses de cassation sans renvoi rejoints dès 1789 par la cassation pour contrariété de jugements. Le pourvoi dans l'intérêt de la loi est celui ouvert au procureur général près la Cour de cassation, contre les décisions en premier ou dernier ressort ayant définitivement acquis l'autorité de la chose jugée en vue de faire censurer par la Cour de cassation, dans un intérêt doctrinal et sans porter atteinte aux droits des parties, les violations de la loi dont elles

¹⁵⁸⁶ CHENON (E.), *op. cit.*, n°58, p.195 ; PERDRIAU (A.), « Usage des cassations sans renvoi », *JCP G.* n°27, 2001, I 333, n°27.

¹⁵⁸⁷ Pour un exemple récent cf. Cass. Civ.2, 6 mars 2014, n°13-10.854, Inédit.

sont entachés »¹⁵⁸⁸. N'ayant qu'un intérêt jurisprudentiel, les parties ne peuvent se prévaloir de la cassation. En cas de cassation prononcée pour contrariété de jugement, la Haute Cour annule un arrêt laissant l'autre subsister, une fois de plus il n'existe rien à trancher. Toutefois, si elle annule les deux arrêts¹⁵⁸⁹ la nécessité du renvoi réapparaît¹⁵⁹⁰. La cassation déclarant un appel irrecevable¹⁵⁹¹ ou l'instance d'appel périmée¹⁵⁹² n'a pas non plus vocation à renvoyer l'affaire, l'autorité de chose jugée étant acquise par le litige. Selon un exemple plus concret encore, l'ordonnance qui déclare à tort une procédure de mise en rétention irrégulière et annule de ce chef la rétention subira la cassation sans renvoi si les délais légaux de rétention sont expirés¹⁵⁹³. Ces quelques exemples suffisent à illustrer que dans ces cas-là, même si la Cour de cassation ne renvoie pas l'affaire elle ne tranche pas pour autant le litige puisqu'il n'y a plus rien à juger.

Cette exception au principe du renvoi après cassation est reconnue depuis l'origine de la juridiction¹⁵⁹⁴ puisqu'elle ne contrevient pas directement à la distinction de l'arrêt et de l'affaire. En revanche, depuis 1979¹⁵⁹⁵ le législateur a créé une véritable exception à la distinction en offrant la possibilité à la Haute juridiction de ne pas renvoyer et de juger en droit.

548. L'absence de renvoi avec jugement en droit. L'art. L411-3 COJ permet dans certains cas à la Cour de cassation de se comporter comme un véritable troisième degré de juridiction en mettant un terme à l'affaire. En effet, il dispose dans son alinéa 2 qu'« elle peut aussi, en cassant sans renvoi, mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée ». En pareil cas, les magistrats de cassation appliquent le droit aux faits au sens strict du terme c'est-à-dire sans apprécier les faits. Pour ce faire ils usent des faits présents dans l'arrêt, qui rappelons-le constituent leur domaine de compétence. Ils leur appliquent la règle de droit adéquate et en déduisent la solution de droit juridiquement exacte donnant ainsi une solution au litige. Ainsi, la Cour de cassation qui estime que la Cour d'appel a octroyé à un salarié une indemnité que la loi ne prévoyait pas dans son cas, casse la disposition de l'arrêt en

¹⁵⁸⁸ BORE (J.) et BORE (L.), *La cassation en matière civile, op. cit.*, n°141.04, p.754.

¹⁵⁸⁹ La possibilité lui est offerte par l'art. 618 al. 2 C. p.c. : « ... lorsque la contrariété est constatée, la Cour de cassation annule l'une des décisions ou, s'il y a lieu, les deux... ».

¹⁵⁹⁰ En ce sens v. BORE (J.) et BORE (L.), *La cassation en matière civile, op. cit.*, n°131.25, p.722.

¹⁵⁹¹ V. par ex. Cass. Civ. 1, 30 avril 2014, n°13-10.742, Inédit.

¹⁵⁹² V. par ex. Cass. Civ. 1, 10 fev. 2004, n°00-19.198, *bull. civ. I*, n°43, *RTD civ.* 2004, n°347, obs. PERROT (R.).

¹⁵⁹³ Cass. Civ. 1, 30 avril 2014, n°13-50.055, *Bull. civ. I*, n°73.

¹⁵⁹⁴ CHENON (E.), *op. cit.*, n°58, p.195.

¹⁵⁹⁵ Depuis la loi n°67-523 du 3 juillet 1967 pour l'assemblée plénière et la loi n°79-9 du 3 janvier 1979 pour toutes les autres formations de la Cour de cassation.

cause et ne renvoie pas l'affaire en déboutant elle-même le salarié de sa demande en indemnité¹⁵⁹⁶.

549. Certes, dans cette hypothèse de cassation sans renvoi, la juridiction civile suprême se comporte comme un degré de juridiction supplémentaire en tranchant le litige par un jugement en droit. Toutefois, il ne peut s'agir que d'une exception au principe au vu de la haute mission confiée à l'institution et des conséquences de ce mécanisme pour les parties puisqu'il les prive d'un réexamen de leur affaire en fait. L'ériger en principe, comme ont pu le faire Jacques Héron et d'autres auteurs à sa suite ne nous semble ni justifié ni souhaitable. Espérons que la Cour de cassation, par sa pratique, ne fasse pas de la cassation sans renvoi le principe *de facto* dans l'espoir de mettre fin à son engorgement et de raccourcir la durée des procès. Elle y perdrait sa raison d'être et son prestige.

Notons enfin, qu'un auteur¹⁵⁹⁷ a également émis l'idée que le rejet d'un pourvoi était un des moyens pour le juge de l'arrêt de mettre un terme au litige. Nous n'adhérons pas à cette thèse puisque le litige n'étant pas remis en cause devant la Haute Cour, il ne peut à nouveau y être mis un terme. C'est l'instance que clôt le rejet et non l'affaire.

Il ressort de ce qui précède que les juges de cassation demeurent incompetents pour juger l'affaire. Nous allons alors montrer qu'ils sont pleinement compétents pour juger l'arrêt.

B - La compétence pour juger l'arrêt

550. Selon la distinction de l'arrêt et de l'affaire, le juge de cassation est compétent pour juger l'arrêt mais devient incompetent dès qu'il s'approche de l'affaire. Cette distinction se traduit dans la règle de l'irrecevabilité des moyens nouveaux qui implique la seule connaissance

¹⁵⁹⁶ Solution rendue « conformément à l'article 627, alinéa 2, du code de procédure civile, la Cour de cassation est en mesure, en cassant sans renvoi, de mettre fin au litige par application de la règle de droit appropriée », Cass. Soc., 30 avril 2014, n°12-28.374, Inédit. Pour un autre ex. récent v. Cass. Civ.1, 28 mai 2014, n°13-17.051, Inédit. (dépend d'un avocat inscrits aux passifs d'une succession et qui n'auraient pas dû l'être). Pour une liste plus fournie d'exemples v. les ouvrages précités de MM. Boré.

¹⁵⁹⁷ PLUYETTE (G.), « La cassation voie d'achèvement du procès », intervention du 24 janvier 2011, cycle droit et technique de cassation, http://www.courdecassation.fr/IMG/File/Contribution_GPluyette_110124.pdf, p.1.

de l'arrêt (1). Elle s'illustre également par le relevé des motifs de droit qui permet la correction de l'arrêt (2).

1 - l'irrecevabilité des moyens nouveaux : la connaissance de l'arrêt

551. La connaissance de l'arrêt, et seulement de l'arrêt, par le juge de cassation se décèle dans les règles relatives à la recevabilité des moyens. La distinction du fait et du droit laisse entendre que seuls les moyens de droit sont recevables devant la Cour de cassation. Or, si les plaideurs doivent à peine de déchéance, dans un délai de quatre mois, remettre au greffe « un mémoire contenant les moyens de droit invoqués contre la décision attaquée »¹⁵⁹⁸, la qualité « de droit » n'est qu'un critère secondaire de la recevabilité.

En effet, l'article 619 al.1 C.p.c. dispose que « les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation », le moyen nouveau étant celui qui n'a pas été invoqué lors des instances précédentes¹⁵⁹⁹. L'al. 2 du même article prévoit cependant deux exceptions puisque « peuvent néanmoins être invoqués pour la première fois, sauf disposition contraire : 1° Les moyens de pur droit ; 2° Les moyens nés de la décision attaquée ».

La nouveauté du moyen étant le critère principal faisant obstacle à la recevabilité¹⁶⁰⁰, le moyen peut être présenté devant la Haute juridiction seulement s'il l'a déjà été devant la juridiction précédente et que cela se constate dans le jugement. Ce qui ne ressort pas du contenu de l'arrêt demeure hors du champ de compétence des juges de cassation. Dès lors, les moyens nés de la décision attaquée sont la conséquence de l'arrêt, ils ne pouvaient être relevés préalablement et sont à juste titre déclarés recevables. Les moyens qui prétendent que la motivation de l'arrêt de la Cour d'appel est viciée ou encore que la juridiction du fond a dénaturé un écrit appartiennent à cette catégorie¹⁶⁰¹.

Un moyen de pur droit peut également être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation. La jurisprudence déduit de cette disposition que les moyens nouveaux mélangés

¹⁵⁹⁸ Art. 978 al. 1 C.p.c.

¹⁵⁹⁹ En ce sens CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°882.

¹⁶⁰⁰ D'autres critères, que nous qualifierons de secondaires, de recevabilité existent : le moyen doit être sérieux, opérant... Pour un exposé complet de ces critères cf. par ex. BORE (J.) et BORE (L.), *La cassation en matière civile*, *op. cit.*, n°80.00 à 83.123, pp.472-522.

¹⁶⁰¹ En ce sens v. PERDRIAU (A.), *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation. Principes et méthodes de rédaction*, Paris, Litec, 1993, n°771-772, pp. 259-260.

de fait et de droit y sont interdits fussent-ils d'ordre public¹⁶⁰². Le moyen est de pur droit « lorsque son examen ne nécessite l'appréciation d'aucun fait qui n'ait déjà été retenu par les juges du fond »¹⁶⁰³. Une nouvelle fois, le juge de cassation est autorisé à se servir des faits (jugés) et non à s'écarter de l'arrêt. Par exemple, le demandeur au pourvoi qui n'a pas contesté le fait que le calcul de la récompense dont il est bénéficiaire lors de la liquidation de la communauté entre époux soit établi par rapport à la valeur de la dépense faite et non à celle du profit subsistant (ce que prévoit pourtant l'art. 1469 C. civ.) peut soulever la critique devant la Cour de cassation. Le moyen, bien que nouveau, est alors de pur droit et recevable si dans leur arrêt les juges d'appel ont constaté le montant correspondant au profit subsistant¹⁶⁰⁴.

La CEDH déplore la notion de moyen « nouveau mélange de fait et de droit », selon elle absconse¹⁶⁰⁵, mais ne la juge pas contraire aux exigences du procès équitable¹⁶⁰⁶ du moment que la Cour de cassation apprécie réellement ce caractère avant de déclarer un moyen irrecevable¹⁶⁰⁷. Elle nous semble pourtant claire si l'on l'examine au regard de la distinction de l'arrêt et de l'affaire et non par rapport à celle du fait et du droit qui une fois encore crée la confusion.

Les limites de la compétence de la Cour de cassation se confondent bien avec celle de l'arrêt, c'est également ce qui lui permet de corriger ce dernier.

2 - le relevé des motifs de droit : la correction de l'arrêt

552. Le juge de cassation, pour être juge de l'arrêt, n'en reste pas moins juge. A ce titre, il bénéficie des pouvoirs reconnus à tous juges par les principes directeurs dont celui de soulever les motifs de pur droit. Tout comme il peut relever un moyen de pur droit pour pallier la

¹⁶⁰² En ce sens v. PERDRIAU (A.), *op. cit.*, n°776, p.261. Contra v. BORE (J.) et BORE (L.), *La cassation en matière civile, op. cit.*, n°82.321-82-324, pp.504-505.

¹⁶⁰³ PERDRIAU (A.), *op. cit.*, n°773, p.260. Dans le même sens v. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Ibid.* ; HERON (J.) et LE BARS (Th.), *op. cit.*, n°818, p.673.

¹⁶⁰⁴ Cf. Cass. civ. 1, 27 mars 2007, n°05-14.491, Inédit et l'arrêt attaqué CA Lyon, civ. 2, 1 fev. 2005.

¹⁶⁰⁵ CEDH, 16 février 2012, N° 17814/10, *Tourisme d'affaires c. France*, JCP G, n° 10, 5 mars 2012, 293, note GONZALEZ (G.), *Procédure*, s n° 4, avr. 2012, comm. 114, FRICERO (N.).

¹⁶⁰⁶ CEDH, 29 août 2000, aff. 40490/98, *Jahnke et Lenoble c/ France*, JCP G 2000, II, n° 10435, note PERDRIAU (A.).

¹⁶⁰⁷ CEDH, 21 mars 2000, aff. 34553/97, *Dulaurans c/ France*, D. 2000, p. 883, obs. CLAY (T.), JCP G, 2000, II, n° 10344, note PERDRIAU (A.) ; *RTD civ.*, 2000, p. 635, obs. PERROT (R.) ; *RTD civ.*, 2000, p. 439, obs. MARGUENAUD (J.-P.).

défaillance des parties et de leurs conseils afin de prononcer la cassation d'une décision¹⁶⁰⁸, il peut à l'inverse sauver un arrêt, qui était normalement voué à la cassation en substituant ou complétant par un motif de pur droit l'arrêt ou en passant outre un motif de droit erroné mais surabondant¹⁶⁰⁹. Ce motif de pur droit correspond, à l'instar du moyen de pur droit, à celui dont la mise en œuvre ne nécessite pas de nouvelles appréciations de fait¹⁶¹⁰.

Cette faculté permet à la Cour de cassation non pas de trancher le litige, qui l'est déjà, mais d'effectuer un « sauvetage »¹⁶¹¹ tout en indiquant l'erreur. Nous allons montrer ce caractère correctif au travers de l'étude des techniques de substitution et de suppléance de motifs.

553. Caractère correctif. La substitution de motifs et la suppléance de motifs permettent à la Cour de cassation de corriger l'arrêt afin de rejeter le pourvoi soit en modifiant soit en ajoutant un motif à ceux retenus par les juges du fond. Selon Jacques Héron, qui comparait la juridiction de cassation à un enseignant chargé de noter le devoir de ses élèves, ces mécanismes qui permettent de sauver l'arrêt sont incompatibles avec une distinction de l'arrêt et de l'affaire. En effet, pour l'éminent auteur « aucun enseignant ne met une bonne note à un devoir dans lequel l'élève arrive à la solution exacte à la suite d'un raisonnement qui est faux. C'est pourtant ce que fait la Cour de cassation ». Or la métaphore ne nous semble pas propre à emporter la conviction car la Cour de cassation a certes pour mission de contrôler l'arrêt comme tout enseignant évalue ses élèves lors d'un contrôle, mais leurs buts sont différents. Dans le cas du contrôle opéré par l'enseignant, c'est l'intérêt de l'élève qui est en jeu tandis que dans celui effectué par la Haute Cour il s'agit de sauvegarder l'intérêt du droit et des parties et non celui du juge du fond. Il nous semble que l'on ne peut concevoir un lien de similitude entre les deux situations.

Dès lors, si l'on ne se laisse pas enfermer par la métaphore¹⁶¹², on conçoit aisément qu'en substituant un motif, les magistrats de cassation se contentent d'indiquer leur erreur aux

¹⁶⁰⁸ Art. 620 al.2 : « Elle peut, sauf disposition contraire, casser la décision attaquée en relevant d'office un moyen de pur droit ».

¹⁶⁰⁹ Art. 620 al.1 : « La Cour de cassation peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné ; elle le peut également en faisant abstraction d'un motif de droit erroné mais surabondant ».

¹⁶¹⁰ En ce sens v. JOBARD-BACHELLIER (M.-N.) et BACHELLIER (X.), BUK LAMENT (J.), *op. cit.*, p.49.

¹⁶¹¹ PERDRIAU (A.), *op. cit.*, n°773, n°972, p.331.

¹⁶¹² Sur la métaphore qui lie l'esprit, qui ne laisse « aucune liberté au destinataire » enfermant sa pensée dans un « tunnel mental », v. MATHIEU (M.-L.), *Les représentations dans la pensée des juristes*, Paris, IRJS Editions, coll. Les voies du droit, 2014, pp. 45 et s. ; « La pensée métaphorique », *Apprendre à douter...*, *op. cit.*, pp.113-130.

juges du fond sans la sanctionner puisque les intérêts du droit et des parties sont saufs. Cela ne remet pas en cause leur qualité de juges de l'arrêt.

Au contraire, parce qu'ils sont des mécanismes permettant à la Cour de corriger les arrêts sans trancher l'affaire, la substitution de motifs et la suppléance de motifs illustrent et confirment la compétence des juges de cassation pour juger l'arrêt et leur incompetence pour trancher l'affaire.

554. La substitution de motifs. Il s'agit de l' « opération qui permet à la Cour de cassation de rejeter le pourvoi en remplaçant, dans la décision attaquée, un motif erroné par un motif de pur droit »¹⁶¹³. Cette possibilité de « sauver le jugement », que s'est reconnue la Haute juridiction dès le XIX^e siècle¹⁶¹⁴ n'a été consacrée explicitement par le législateur qu'en 1979¹⁶¹⁵. Désormais, l'art. 620 al. 1 C.p.c. dispose que « la Cour de cassation peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné... ». Par ce mécanisme, la juridiction de cassation approuve et confirme la solution énoncée par les juges du fond mais pas l'argumentaire qui a conduit à ce résultat.

Prenons pour exemple la jurisprudence relative à l'attribution préférentielle de l'immeuble d'habitation en cas de rupture du concubinage et mésentente des concubins sur ce point. Comme souvent, en matière de concubinage, aucune disposition ne règle la question puisque, pour reprendre la formule napoléonienne aujourd'hui fortement relativisée, « les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux ». Dès lors, la Cour d'appel qui accorde l'attribution préférentielle au regard des dispositions prévues pour les conjoints¹⁶¹⁶ encourt la cassation pour avoir appliqué une disposition légale à un cas qu'elle ne prévoyait pas¹⁶¹⁷. En revanche, si la Cour d'appel refuse l'attribution préférentielle aux motifs que le concubin ne remplit pas les conditions exigées par la disposition en cause, la Cour de cassation rejette le pourvoi en substituant le motif erroné par le motif de droit justifiant réellement la décision : « l'attribution préférentielle (...) ne peut être demandée que par le conjoint, le partenaire d'un pacte civil de solidarité ou tout héritier » tout en reprenant la solution retenue

¹⁶¹³ CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V^o Substitution, p.986.

¹⁶¹⁴ Selon les recherches de Mme Prieur, cf. PRIEUR (E.), *La substitution de motifs par la Cour de cassation*, Economica, collection droit civil, 1986, n^o5, p.5.

¹⁶¹⁵ Décret n^o79-941 du 7 nov. 1979.

¹⁶¹⁶ Art. 1476 C.civ. qui renvoie aux dispositions de l'anc. art. 832 C.civ. désormais art. 832-1 C.civ.

¹⁶¹⁷ Cass. Civ. 1, 9 dec. 2003, n^o02-12.884, *Bull. civ. I*, n^o 253 ; *D.*, 2004, 2967, obs. VIGNEAU (D.) ; *AJ fam.*, 2004, p.63, obs. F.B. ; *RTD civ.*, 2004, 69, obs. HAUSER (J.).

par les juges du fond : « il en résulte qu'à défaut d'accord entre les parties, M. Y... ne pouvait prétendre à l'attribution préférentielle de l'immeuble litigieux »¹⁶¹⁸.

Les deux arrêts appliquent des dispositions légales à une situation qu'elles ne doivent pas régir, mais, parce qu'il aboutit à la même solution que le raisonnement correct, seul le second est sauvé et corrigé par la Cour de cassation qui ne peut modifier que les motifs d'une solution et non son dispositif car cela reviendrait à trancher l'affaire.

Pour qu'il y ait substitution de motifs, il faut donc que le dispositif soit juridiquement correct. Il faut également que le motif substitué soit de pur droit c'est-à-dire, contrairement à ce que son nom laisse supposer, qu'il ne repose sur aucun fait *qui n'apparaisse dans l'arrêt*. C'est pourquoi la Cour de cassation lorsqu'elle s'adonne à une substitution de motifs précise généralement « attendu que l'arrêt relève »¹⁶¹⁹, « constate »¹⁶²⁰, « qu'il ressort des énonciations de l'arrêt »¹⁶²¹. Ceci permet à la fois à la Cour de cassation de simplement corriger l'application de la règle de droit mais également de puiser dans les faits constatés dans l'arrêt mais sur lesquels la décision attaquée ne se fonde pas.

La compétence des juges du fond dans les faits se borne à ceux qui sont dans le débat, celle de la Cour de cassation est limitée aux faits qui, entrés dans le débat, ont été constatés par les juges du fond¹⁶²². Une fois de plus nous relevons que la frontière du pouvoir des juges ne correspond pas à celle qui sépare le fait du droit. Au contraire, la compétence du juge de cassation s'éteint seulement à l'approche des faits qui ne figurent pas dans l'arrêt et non de tous les faits.

555. La suppléance de motifs. L'art. 620 al.2 C.p.c., permet également à la Cour de cassation de faire abstraction, voire de gommer, un motif erroné avancé par les juges de fond s'il est « surabondant », c'est-à-dire s'il en existe un autre à même de justifier correctement la solution

¹⁶¹⁸ Cass. Civ. 1, 6 nov. 2013, n°12-26.446, Inédit, *RTD Civ.* 2014, p. 92, note HAUSER (J.).

¹⁶¹⁹ Cass. Civ. 3, 5 fev. 2014, n°12-19.047, *bull. civ. III*, n°17.

¹⁶²⁰ Cass. Com., 6 mai 2014, n°13-14.960, Inédit, *D.*, 2014, p.1485, note DONDERO (B.); *Rev. Sociétés*, 2014, p.550, obs LE CANNU (P.).

¹⁶²¹ Cass. Civ. 1, 4 dec. 2013, n°12-26.161, *bull. civ. I*, n°235, *D. 2014. 1059*, obs. GAUDEMET-TALLON (H.) et JAULT-SESEKE (F.); *ibid.* 1789, obs. BONFILS (Ph.) et GOUTTENOIRE (A.); *AJ fam.* 2014. 180, obs. BOICHE (A.); *RTD civ.* 2014. 104, obs. HAUSER (J.); *Gaz. Pal.* 2014, p. 288, obs. VIGANOTTI (E.); *JCP* 2014, n° 43, note BOSSE-PLATIERE (H.); *Dr. fam.* 2014, n° 19, obs. FARGE (M.).

¹⁶²² Cass. Civ. 1, 25 mai 1982, n°81-12.294 *Bull. civ. I*, n°187, *D.* 1984, p. 273, note PRIEUR (E.). Dans le même sens v. LE BARS (Th.) et HERON (J.), *op. cit.*, n°845, pp. 698-699.

retenue. En revanche, il reste silencieux sur la possibilité pour la Haute juridiction de venir suppléer l'insuffisance de motifs de droit par un motif propre ou adopté par elle.

La Cour de cassation s'est toutefois arrogé cette faculté¹⁶²³ qui n'a rien de critiquable tant elle est soumise à des conditions strictes qui l'obligent à respecter la distinction de l'arrêt et de l'affaire. La suppléance de motifs à pour point commun avec la substitution de motifs de permettre à un arrêt d'échapper à la cassation grâce à un motif de pur droit relevé par la Haute juridiction. En effet, un arrêt dépourvu de motif de droit devrait être cassé pour violation de l'art. 455 C.p.c.¹⁶²⁴ mais par la suppléance de motifs, la Cour de cassation vient le « compléter » en y « ajoutant ce qui manque »¹⁶²⁵. La Cour n'y aura recours que si les faits constatés dans l'arrêt sont suffisants pour déterminer la règle de droit que les auteurs du jugement visés ou auraient pu choisir¹⁶²⁶.

556. Ces techniques qui permettent à la Cour de cassation de maintenir un arrêt entaché d'une erreur de droit illustrent le fait que son domaine de compétence est bien l'arrêt et non le droit : par elles la Haute juridiction connaît des faits de l'arrêt sans trancher l'affaire.

Sa connaissance de l'arrêt lui permet de contrôler non les questions de droit mais la légalité dudit arrêt. Le contrôle de cassation étudie l'application du droit aux faits au travers de l'arrêt afin de déterminer s'il existe ou non une violation des règles de droit.

SECTION 2 - Le véritable objet du contrôle de cassation : l'opération juridictionnelle

557. La distinction du fait et du droit ne détermine pas plus l'étendue du contrôle de cassation qu'elle ne fixe la compétence de la Haute juridiction. Nous avons relevé que les juges

¹⁶²³ En ce sens v. PRIEUR (E.), *th. précit.*, n°83, p.93.

¹⁶²⁴ Cette solution semble rarement retenue par la Cour de cassation, cf. par ex Cass. Civ. 1, 13 janv. 1987, n°85-13.671, *Bull. civ. I*, 1987, n°8, p.6. En ce sens v. LE BARS (Th.) et HERON (J.), *op. cit.*, n°825, pp.680-681.

¹⁶²⁵ D'après l'étymologie latine du mot, CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V° Suppléance, p.991.

¹⁶²⁶ LE BARS (Th.), *th. précit.*, n°280-282-59, pp. 202-203.

suprêmes ne vérifiaient ni toutes les questions de droit, laissant de côté certaines qualifications, ni uniquement ces questions, appréciant les questions de fait au travers des contrôles de dénaturation et de motivation. Cependant, nous allons démontrer que contrairement à ce que la distinction laisse penser, s'il est possible de lui reprocher le contrôle incomplet des qualifications, il n'est pas envisageable de priver la Cour des deux autres contrôles au regard de la mission qui lui est confiée. Il y a incohérence entre la distinction du fait et du droit, prétendu fondement de l'étendue du contrôle, et la mission de la Haute juridiction.

On ne peut déterminer les limites du contrôle sans s'interroger sur la nature de celui-ci. Les premières dépendent de la seconde et les deux se décèlent dans l'art. 604 C.p.c. : « 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 ». Précisons qu'il convient d'entendre largement la notion de règle de droit puisque nous avons pu constater que la Cour de cassation assure le respect de toutes les normes, comme elle le fait par exemple pour les principes. Nous nous permettrons donc de parler « du droit » plutôt que « des règles de droit ». Dès lors, selon cet article, le contrôle de cassation est un contrôle de conformité au droit et, ce qui doit être conforme au droit c'est le jugement, que nous entendrons cette fois-ci selon son sens dynamique de jugement de l'affaire. Le contrôle porte donc sur le jugement et plus précisément sur toutes les opérations effectuées par le juge à cet effet.

Nous allons montrer que le contrôle de cassation est un contrôle de conformité au droit (§1) qui ne peut se limiter aux questions de droit. Au regard de sa nature ainsi déterminée nous en déduisons qu'il ne peut être qu'un contrôle des opérations juridictionnelles (§2).

§1 - Un contrôle de conformité au droit

558. On pourrait peut-être nous objecter qu'il conviendrait de parler plus simplement, et plus élégamment, de contrôle de légalité. Cependant, la notion prête à confusion¹⁶²⁷. Le contentieux de la légalité existe en droit administratif à côté du recours en cassation et est mis en œuvre lors du recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat n'est-il pas à la fois juge de la légalité et juge de cassation ? De même, il est vrai que la légalité se définit dans un sens

¹⁶²⁷ V. par ex. les quatre sens juridiques relevés par le professeur Cadiet, CADIET (L.), « La légalité procédurale en matière civile », *BICC*, n° 636, 2006, n°3, p.2.

premier comme la « conformité à la loi (au sens formel), plus largement au droit écrit, parfois même au Droit positif dans son ensemble »¹⁶²⁸ mais cette notion laisse planer le doute sur l'étendue du droit concerné. Or, la Cour de cassation est la gardienne de l'ensemble du droit positif français et nous nous en tiendrons, comme l'art. 604 C.p.c. nous le suggère, à l'affirmation selon laquelle *elle exerce un contrôle de conformité au droit*. Le contrôle est ainsi légitime à chaque fois qu'est soupçonnée une violation du droit lors du jugement.

La détermination de la nature du contrôle de cassation est étayée par deux constats : celui de l'ouverture du contrôle pour violation de la loi (A) et celui de son exercice pour violation des règles de droit (B) qui transcendent la distinction du fait et du droit.

A - L'ouverture du contrôle pour violation de la loi

559. Le recours en cassation est un recours extraordinaire dont l'accès est limité aux cas d'ouverture légalement déterminés. Ces cas d'ouverture à cassation rendent recevable le moyen et peuvent entraîner la cassation de l'arrêt. Dès lors, ils renseignent forcément sur la nature et l'objet du contrôle et donc sur son étendue. Ils permettent d'infirmer la délimitation fondée sur la distinction du fait et du droit et, comme on le verra ultérieurement, de confirmer que l'objet du contrôle est l'opération juridictionnelle dans la limite de ce que révèle l'arrêt.

Cependant, l'étude des ouvertures à cassation, au lieu de rendre compte simplement de la fonction du contrôle, crée la confusion car elles sont multiples et souvent classées de manière discutable par la doctrine. Pourtant, la hiérarchisation des critères employés par les auteurs permet d'éclairer la question et de se rendre compte que le contrôle de cassation n'a qu'une ouverture : la violation de la loi.

560. Multiplicité des « cas d'ouverture ». Les cas d'ouverture correspondent aux « hypothèses déterminées par la loi dans lesquelles [le] recours peut être exercé »¹⁶²⁹. Il s'agit, comme le souligne le doyen Le Bars reprenant Jacques Héron, de « la liste des griefs » qui peuvent être

¹⁶²⁸ CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V° légalité, pp.596-597.

¹⁶²⁹ CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V° Ouverture, p.719.

adressés à la Cour de cassation¹⁶³⁰ et qui doivent être précisés, selon l'art. 978 al. 2 C.p.c.¹⁶³¹, par le plaideur dans tous moyens de cassation qu'il invoque.

Aucun texte n'établit de liste exhaustive de ces cas d'ouverture. On se doit alors de se référer tout d'abord à l'art. 604 C.p.c. duquel il ressort que la violation de la loi est le cas d'ouverture à cassation. En effet, comme le soulignent les professeurs Cadiet et Jeuland, « les auteurs du nouveau code ont donc préféré renoncer à toute taxinomie en énonçant, prudemment, que le pourvoi tend à faire censurer par la Cour de cassation « la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit » (art. 604) »¹⁶³². De ce fait, de nombreux auteurs affirment que la violation de la loi est le seul cas d'ouverture à cassation¹⁶³³, la loi n'en prévoyant explicitement aucun autre¹⁶³⁴ et ne distinguant même plus entre la violation « des formes » et « la contravention expresse aux lois »¹⁶³⁵. Puisque « les voies de recours extraordinaires ne sont ouvertes qu'exceptionnellement ; (...) [et] ne peuvent être utilisés que dans les cas spécifiés par la loi »¹⁶³⁶, il n'est pas justifié d'y en adjoindre d'autre.

Pourtant, la Cour de cassation, comme il le lui a été suggéré¹⁶³⁷, a déterminé elle-même diverses ouvertures à cassation. A ce sujet, le professeur Cadiet relève que traditionnellement on enseignait « que le pourvoi n'était recevable qu'en cas de violation de la loi, d'incompétence, d'excès de pouvoir, de violation des formes et de contrariété des jugements »¹⁶³⁸. Cette liste n'est aujourd'hui plus exhaustive et il convient, selon la plupart des auteurs¹⁶³⁹, d'y ajouter la

¹⁶³⁰ HERON (J.) et LE BARS (Th.), *op.cit.*, n°820, p.675.

¹⁶³¹ Art. 978 al. 2 C.p.c. : « A peine d'être déclaré d'office irrecevable un moyen ou un élément de moyen ne doit mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture. Chaque moyen ou chaque élément de moyen doit préciser, sous la même sanction : - le cas d'ouverture invoqué ; - la partie critiquée de la décision ; - ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué ».

¹⁶³² CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°875, p.667.

¹⁶³³ Dans le même sens V. MARTY (G.), *op. cit.*, p. 86, PERDRIAU (A.) ; « Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de Cassation », *JCP éd. générale*, 1991, I, 3538, p. 361 ; MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « La cassation, sanction d'une atteinte à la logique », *op. cit.*, pp. 131-153.

¹⁶³⁴ On peut toutefois remarquer avec le professeur Cadiet que la loi « invite, dans d'autres dispositions [art.978], à indiquer explicitement « le cas d'ouverture invoqué » au soutien du pourvoi ». De même, certaines dispositions peuvent paraître suggérer des cas d'ouverture à cassation : art. 618 C.p.c pour la contrariété de décision ou encore l'art. 18 Loi n°67-523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation pour l'excès de pouvoir.

¹⁶³⁵ Distinction qui figurait dans l'art. 3 du décret des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, *op. cit.*

¹⁶³⁶ VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, Paris, collec. « Précis », 25^e ed. 1999, n°1314, p902

¹⁶³⁷ Il a pu un temps être question que le pouvoir réglementaire dresse la liste de ces cas d'ouverture mais le Conseil d'Etat a considéré que cela relevait du législateur voire de la jurisprudence. Cf. COTTIN (M.), *L'accès à la Cour de cassation. Etude du droit au pourvoi devant les chambres civiles de la Cour de cassation*, Saint-Etienne 1998, n°387, pp.266-267.

¹⁶³⁸ CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°876, pp.667-668.

¹⁶³⁹ Liste établit au regard des principaux manuels de procédure : CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°876-878, pp.668-669 ; HERON (J.) et LE BARS (Th.), *ibid.*, GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (Fr.), *op. cit.*, n°1307, p.899, CROZE (H.), MOREL (C.) et FRADIN (O.) *Procédure civile, op. cit.*, n°250, p.85.

perte de fondement juridique, le manque de base légale, le défaut de motifs, les motifs hypothétiques et le défaut de réponse à conclusions et la dénaturation¹⁶⁴⁰.

Toutefois, il convient de remarquer que ces cas généralement cités ne sont que des variantes de la violation de la loi. Ils traduisent les diverses manières dont le juge peut, à l'occasion du jugement, contrevenir à une règle de droit¹⁶⁴¹. En revanche, la distinction du fait et du droit n'apparaît pas dans ces classifications. Celles-ci ne devraient contenir que des cas constitués par des erreurs de droit, or nous avons vu l'ambiguïté des cas d'ouverture que sont le défaut et la contradiction de motifs et la dénaturation. Ils aboutissent à sanctionner l'appréciation des faits. Si « l'existence d'ouvertures à cassation ne suffit pas à rendre compte de la spécificité du pourvoi en cassation », la liste qui en est dressée interdit de fonder ce recours sur la distinction du fait et du droit comme le souhaiteraient pourtant les auteurs de cette assertion¹⁶⁴².

561. Critiques des classifications doctrinales. La liste des cas d'ouverture n'est pas indiscutable¹⁶⁴³ et les désaccords entre auteurs s'accroissent encore lorsque l'on s'intéresse aux classifications qu'ils proposent. Il en existe une pléiade et la violation de la loi n'y est généralement perçue que comme un cas parmi les autres.

Les critères pris en considération sont aussi divers que l'importance des cas, principaux ou marginaux¹⁶⁴⁴, la nature des vices¹⁶⁴⁵, la nature de la règle (forme ou fond)¹⁶⁴⁶. Citons quelques exemples. Motulsky proposait trois vices susceptibles d'ouvrir à cassation, à savoir le défaut de motif, la violation de la loi et le défaut de base légale¹⁶⁴⁷. La vision du professeur Aubert en diffère légèrement puisqu'il reprend cette conception mais en ne conservant que deux ouvertures : d'une part la violation de la loi, comprenant le défaut de motif, et d'autre part le défaut de base légale¹⁶⁴⁸. La classification proposée par les professeurs Cadiet et Jeuland

¹⁶⁴⁰ En ce sens BORE (J.) et BORE (L.), *La cassation en matière civile, op. cit.*, n°70.09, p.358 et JOBARD-BACHELLIER (M.-N.) et BACHELLIER (X.), BUK LAMENT (J.), *op. cit.*, p.140.

¹⁶⁴¹ AUBERT (J.-L.), « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en matière civile », *Dalloz*, 2005, chron. P.1115. Dans le même sens V. notamment GRIMALDI (C.), « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *D.*, 2007, p. 1448. La différence entre les deux cas tiendrait à la motivation, mauvaise dans un cas (qualité), insuffisante dans l'autre (quantité).

¹⁶⁴² HERON (J.) et LE BARS (Th.), *op.cit.*, n°820, p.677.

¹⁶⁴³ V. par ex les difficultés que certains auteurs ont pu avoir à reconnaître le manque de base légale comme cas d'ouverture, LE BARS (Th.), *th. précit.*, spec. n°3 et n°102 et s. pp.77 et s.

¹⁶⁴⁴ JOBARD-BACHELLIER (M.-N.) et BACHELLIER (X.), BUK LAMENT (J.), *op. cit.*, p.140.

¹⁶⁴⁵ Classification ancienne émise par Tarbé cite in MARTY (G.), *op. cit.*, p. 81.

¹⁶⁴⁶ FAYE (E.) cité in MARTY (G.), *ibid.*

¹⁶⁴⁷ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation...*, *op. cit.*, p. 162.

¹⁶⁴⁸ AUBERT (J.-L.), « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en matière civile », *Dalloz*, 2005, chronique p1115. Dans le même sens V. notamment GRIMALDI (C.), « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *D.*, 2007, p. 1448. La différence entre les deux cas tiendrait à la motivation, mauvaise dans un cas (qualité),

procède d'une idée encore distincte puisqu'ils séparent l'atteinte à la légalité de l'atteinte à la logique, comprenant le manque de base légale, le défaut et la contradiction de motifs ou encore le défaut de réponse à conclusions¹⁶⁴⁹.

562. La tâche est déjà ardue de dresser la liste des cas d'ouverture, certains se confondent alors que d'autres se recoupent, mais lorsqu'il s'agit d'en établir un classement l'exercice confine à l'impossible.

La plupart des classements proposés par les auteurs souffrent selon nous d'un écueil : ils se fondent sur la pratique, s'éloignant ainsi de la théorie de la cassation et par là même de la nature de ce contrôle. Il s'ensuit des propositions de classifications comprenant soit un grand nombre de catégories, afin que chaque cas trouve sa place sans empiéter sur le domaine d'un autre, soit un nombre plus raisonnable de catégories mais où chacune peut prétendre à recevoir un même cas. Celui proposé par le professeur Cadiet est une illustration de ce dernier type de classement car les atteintes à la logique qu'il soulève d'une part, heurtent également la légalité qu'il distingue d'autre part¹⁶⁵⁰.

La plupart des classements comportent ce défaut car ils se fondent sur la liste établie, au fil des arrêts et de l'histoire, par la jurisprudence. Or, lorsqu'il s'agit d'énoncer un cas d'ouverture, la Haute Cour semble parfois se fonder sur la *nature* de la loi violée (violation des formes ou violation de la loi substantielle) et d'autres fois justifier la cassation par la *manière* dont la loi a été violée. Le défaut de base légale est certainement une atteinte à la logique mais c'est en méconnaissant cette logique qu'il viole la règle de droit substantielle. Le défaut de motif, distingué par Motulsky, est également une violation de la loi tant substantielle que formelle¹⁶⁵¹.

Certaines classifications échappent à cette critique. Etablir une liste des cas marginaux et une autre des cas principaux permet de séparer nettement les cas d'ouverture. Cependant, il nous semble que c'est établir une hiérarchie là où la loi n'en prévoit pas sans que cela ne soit d'une grande utilité pour la technique de cassation : le cas d'ouverture permet le contrôle ou ne

insuffisante dans l'autre (quantité).

¹⁶⁴⁹ CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°876-878, pp.668-669.

¹⁶⁵⁰ En ce sens v. MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « La cassation, sanction d'une atteinte à la logique », *op. cit.*, p.131. Par exemple, l'absence de motivation interdit l'implication qui devrait exister entre les conditions de la règle de droit et ses effets.

¹⁶⁵¹ Cf. *infra* n°566.

le permet pas. La distinction des violations de la loi entre celles portant sur la forme et celles portant sur le fond évite ce reproche mais n'est pas toujours aisé à opérer en pratique.

563. Hiérarchisation des critères de classifications. Si l'on souhaite établir un classement des cas d'ouverture à cassation, ce à quoi nous ne saurions prétendre, il convient donc de prendre du recul avec les cas énumérés en pratique et de se tourner à nouveau vers la théorie de la cassation tout en tirant les enseignements de la liste dressée. La Cour de cassation, au travers des cas qu'elle se propose de censurer, laisse apparaître qu'elle censure les violations de toutes les lois en jeu lors d'un jugement et qu'elle contrôle la manière dont le juge a porté atteinte à la loi en cause. Le classement des cas d'ouverture à cassation doit alors être déterminé soit en se fondant sur la nature de la règle de droit en jeu soit sur la manière dont cette règle a été violée, à moins que l'on ne souhaite hiérarchiser les deux critères en précisant d'abord la nature de la loi violée avant que d'énoncer la manière dont elle a été violée. D'ailleurs, l'art. 978 C.p.c. exige ces deux critères dans les moyens des plaideurs alors que la Cour de cassation sépare les deux mentions, l'une apparaissant dans le visa l'autre étant invoquée dans le dispositif.

Quelle que soit la solution retenue il convient simplement de ne pas mettre sur un même plan deux critères dont l'un dépend de l'autre. Or, souvent, les classements proposés par la doctrine renvoient de part et d'autres d'une frontière des griefs dont certains, par exemple le défaut de motif, sont inclus dans un autre, la violation de la loi.

564. De l'étude des cas d'ouverture à cassation ressortent deux idées. D'abord que la Cour de cassation porte son attention sur la manière dont la loi a été violée, idée que nous développerons ultérieurement afin de démontrer que l'objet de son contrôle est l'activité du juge. Ensuite, qu'elle prend en compte toutes les règles de droit. La règle substantielle n'est pas la seule à être protégée par le recours en cassation, toute règle de droit dont la violation est suspectée entraîne l'exercice du contrôle.

B - L'exercice du contrôle pour violation des règles de droit

565. Le contrôle de cassation s'opère dès lors qu'un moyen invoque un grief découlant d'une violation de la loi. Suivant cette logique, nous remarquons que le contrôle s'exerce pour

la violation de toutes règles de droit (1). Ceci explique et justifie le contrôle des questions de fait qui est également exercé pour violation de la loi (2).

1 - Un contrôle exercé pour violation de toutes règles de droit

566. Les cas d'ouverture ont révélé, hormis le fait qu'il est possible de violer la loi de multiples façons, que plusieurs règles de droit sont susceptibles d'être violées au cours d'un procès. En effet, le jugement nécessite la mise en œuvre de *règles de différents niveaux* que les auteurs ne prennent pas toujours en considération ce qui les conduit à distinguer divers contrôles effectués à l'occasion du recours en cassation et ayant des finalités différentes. Pourtant la loi ne prévoit qu'un seul objectif au pourvoi : faire censurer la non-conformité du jugement aux règles de droit¹⁶⁵². Le contrôle ne peut se concevoir que de manière unitaire.

Il n'y a donc pas une diversité de contrôles de cassation susceptibles de protéger l'unique règle de droit substantielle mais, lors d'un jugement, la mise en œuvre de règles de droit hétérogènes (a) qui confirme l'homogénéité du contrôle (b).

a - L'hétérogénéité des règles de droit

567. La conception syllogistique de la décision judiciaire ne met en évidence que la règle substantielle et dissimule la multitude de règles intervenant à plusieurs niveaux et toutes aussi nécessaires les unes que les autres à la conduite du procès. Nous illustrerons l'hétérogénéité des règles de droit avant de montrer à quel point il est important de prendre en considération les règles procédurales.

568. Illustration de l'hétérogénéité. Le contrôle de la dénaturation, nous le verrons¹⁶⁵³, fait apparaître les règles de droit qui régissent *l'interprétation des faits*. Pour que le contrôle de ces règles soit effectif, les juges de cassation ne peuvent faire autrement que d'examiner certains faits.

D'autres règles de droit régissent *l'appréciation* et la *sélection* des faits. A titre d'exemple, on évoquera ce qui peut apparaître comme un contrôle de l'appréciation des juges

¹⁶⁵² Art. 604 C.p.c.

¹⁶⁵³ Cf. *infra* n°577.

du fond sur la valeur probante de certains faits : en 1951, un arrêt de la chambre commerciale¹⁶⁵⁴ avait paru limiter le pouvoir souverain en matière de présomption en refusant que les juges du fond se fondent sur un indice unique pour admettre la présomption. Cependant, il s'agissait simplement de la sanction d'une *fausse interprétation de la règle de droit* posée par l'article 1353 du Code civil selon lequel le magistrat ne « doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes ». Le revirement de jurisprudence intervenu en 1972¹⁶⁵⁵ et par lequel la Cour régulatrice admet la présomption fondée sur un indice unique ne s'explique que par le choix d'une interprétation extensive de cet article. Il convient, en effet, de ne pas confondre l'appréciation d'un fait, qui est souveraine, et l'interprétation d'une règle de droit dont le contrôle est assurée par la Cour suprême.

Si cette confusion est possible, c'est que l'on oublie trop souvent que le procès met en jeu des règles de droit de niveaux différents et que certains griefs qui peuvent concerner en apparence l'appréciation d'un fait touchent en réalité à la violation d'une règle de droit comme le montre par exemple la question de la dénaturation.

569. Considération des règles procédurales. Afin de démontrer que le pourvoi en cassation entraîne un *contrôle de la conformité au droit des activités juridictionnelles* nous devons rappeler la diversité des règles de droit en jeu dans le procès et qui sont susceptibles d'être violées. Généralement, on s'attache à l'atteinte à la loi directement applicable au litige et dont les effets donnent la solution. Le plus souvent, cette règle touche au fond du droit mais il n'est pas exclu qu'il s'agisse d'une règle de procédure¹⁶⁵⁶. Cependant, *lorsqu'il soumet le fait au droit le juge est lui-même soumis au droit et pourrait donc violer des lois régissant son activité*. La légalité procédurale est également en cause. Bien qu'elle connaisse de nos jours un certain discrédit, au point qu'un éminent auteur en soit venu à s'interroger sur son existence avant de la réaffirmer¹⁶⁵⁷, les règles de forme étaient pourtant les seules dont le respect était assuré par la cassation d'Ancien régime. De plus, il s'agit de règle de droit au même titre que les autres et l'article 604 C.p.c. ne distingue pas entre les normes qu'il convient de protéger¹⁶⁵⁸.

¹⁶⁵⁴ Cass. com., 9 mai 1951, n°51-03.236, *Bull. civ. II*, n° 163, *D.* 1951, p. 472.

¹⁶⁵⁵ Cass. civ.3, 28 nov. 1972, n°71-12.044, *Bull. civ. III*, n° 636.

¹⁶⁵⁶ Nous pensons ici, par exemple, à une règle de compétence qui mettrait fin au litige et dont l'application pourrait être contestée en cassation.

¹⁶⁵⁷ CADIET (L.), « La légalité procédurale en matière civile », *op. cit.*.

¹⁶⁵⁸ V. en ce sens PERDRIAU (A.), « Contrôle de la Cour de cassation », *Jcl.procédure civile*, 1998, Fasc. 789 : « tous les moyens, qu'ils soient disciplinaires, de procédure ou de fond, méritent d'être jugés avec une égale attention parce que, en toute hypothèse, ils dénoncent la non-conformité, réelle ou prétendue, à des règles de droit ».

Nous ne nous attarderons pas sur la violation de la règle de droit de fond dont nous avons largement évoqué le contrôle qui porte sur chaque étape de son application. En revanche, nous envisagerons plus longuement les règles procédurales. Loin d'être de moindre importance elles ont au contraire une importance majeure¹⁶⁵⁹. Bien qu'hétérogènes et de valeur différente¹⁶⁶⁰, elles garantissent la justesse de la solution du procès. « Ennemie jurée de l'arbitraire, *la forme est la sœur jumelle de la liberté* »¹⁶⁶¹. Certes, il faut se méfier des formules trop absolues mais ne pas respecter les règles procédurales rend la solution du litige incertaine. Si un élément factuel n'a pas été débattu contradictoirement, l'appréciation qu'en retiendra le juge sera dépourvue de certitude.

570. L'obligation de *motivation* est également une règle de forme qui mérite une attention plus particulière encore. Enjoignant au juge de motiver sa décision, elle est tout à la fois une disposition qui s'impose au magistrat et la condition d'exercice du contrôle de cassation. Elle permet de justifier l'application de la règle de fond substantielle mais également de rendre compte du respect par le juge des règles régissant son activité, par exemple, si le contradictoire a bien été respecté au regard des motifs. En l'absence de motivation, la décision, qui au demeurant est peut-être juste, est incertaine¹⁶⁶². Il apparaît alors compréhensible que, souvent, la Cour de cassation casse un arrêt pour un grief de motivation sans prendre la peine de s'intéresser au fond du droit¹⁶⁶³.

Une autre catégorie de règles procédurales, mérite également une attention plus spécifique : celles qui régissent *l'appréciation des faits*. On a coutume d'écrire qu'en ce domaine les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain qui donne lieu à un contrôle minimum. Le contrôle existe, qu'il soit qualifié de « minimum » n'a que peu d'intérêt, sauf peut-être au regard de la distinction du fait et du droit. La preuve en droit français est légale ce qui fait naître des contraintes tant pour les parties que pour le juge. Celui-ci doit apprécier les

¹⁶⁵⁹ Cela est d'autant plus vrai qu'il semble que l'on assiste à une substantialisation du droit processuel comme a pu le démontrer le professeur Egéa dans le domaine du droit de la famille, ÉGÉA (V.), *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Aix-Marseille III 2007, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, 2010, spec. n°171, p.115.

¹⁶⁶⁰ CADIET (L.), « La légalité procédurale en matière civile », *op. cit.*, n° 21 et s.

¹⁶⁶¹ JHERING (R. Von), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son existence*, trad. Malenaere (O. de), Paris, Maresq Ainé, 1878, tome 3, p.158.

¹⁶⁶² En ce sens v. HERON (J.) et LE BARS (Th.), *op.cit.*, n°834, p.688.

¹⁶⁶³ Sur l'importance de l'ordre d'examen des moyens cf. MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « La cassation, sanction d'une atteinte à la logique », *op. cit.*, p.141.

preuves selon la valeur que leur confère la loi. Il en est de même pour la règle selon laquelle les écrits ne doivent pas être dénaturés.

Tout comme l'obligation de motivation, certaines règles régissant la preuve portent sur l'appréciation des faits. Il est alors normal, qu'en tant que gardienne des lois, la Cour de cassation contrôle l'appréciation des faits. Cela ne constitue pas un autre contrôle que se permet la Haute Cour mais l'exercice normal de celui qui lui a été confié.

b - L'homogénéité du contrôle

571. Pour conserver toute sa pertinence à la distinction du fait et du droit, certains auteurs en ont réduit le domaine d'application au contrôle normatif du fond du droit¹⁶⁶⁴ en distinguant celui-ci du contrôle disciplinaire¹⁶⁶⁵, ou minimum¹⁶⁶⁶ qui correspond généralement au contrôle de la motivation. Remarquons qu'une telle distinction permet de conserver intacte la distinction du fait et du droit en la confinant au premier de ces contrôles. L'origine d'une telle distinction entre les contrôles se trouve certainement dans la thèse de référence de Gabriel Marty qui, peu convaincu par la distinction du fait et du droit¹⁶⁶⁷, propose de distinguer deux fonctions de la Cour de cassation : la première essentiellement disciplinaire, et la seconde, la seule selon lui à présenter un réel intérêt pour le droit, purement normative. Cependant s'agissant de cette dernière, il ne retient pas le critère de normativité pour déterminer les limites du contrôle mais « le critérium de la généralisation possible »¹⁶⁶⁸. Toutefois, cette distinction ne permet pas à la Cour de cassation d'assurer la plénitude de sa mission laquelle se trouve alors réduite à l'unité d'interprétation des lois. La Haute juridiction n'est plus en mesure d'assurer la pleine effectivité des règles de droit et l'égalité des citoyens devant la loi.

Le contrôle de la Cour de cassation n'a qu'une seule finalité : assurer le respect des règles de droit par le juge et sauvegarder l'application uniforme du droit que réclame le principe d'égalité. A cette occasion, il peut être nécessaire de dire le droit et de se livrer à une

¹⁶⁶⁴ PERDRIAU (A.), « Contrôle logique de la motivation », *Jcl. procédure civile*, 1998, Fasc. 790, « Contrôle formel de la procédure », *Jcl. procédure civile*, 1998, Fasc. 791, « Contrôle normatif du fond du droit », *Jcl. procédure civile*, 1998, Fasc. 792.

¹⁶⁶⁵ MARTY (G.), *La distinction...*, *op. cit.*, notamment p. 367 ; JOBARD-BACHELLIER (M.-N.) et BACHELLIER (X.), *op. cit.*, p. 47.

¹⁶⁶⁶ BORE (J.) et BORE (L.), *op. cit.* p. 250. Ce contrôle minimum est alors opposé au contrôle complet.

¹⁶⁶⁷ Pour une lecture différente de la thèse de Gabriel Marty, voir BOUSSARD (S.), *op. cit.* p. 369 : « il est possible de suivre le doyen Marty qui soutient que la Cour de cassation contrôle le droit à travers sa fonction juridique afin d'assurer l'unité d'interprétation du droit et contrôle indirectement le fait à travers la fonction disciplinaire qu'elle exerce sur la motivation des décisions juridictionnelles ».

¹⁶⁶⁸ MARTY (G.), *op.cit.*, pp. 364 et 366.

interprétation en tant que source du droit. *Les règles de droit sont hétérogènes, mais le respect qui leur est dû est le même et par conséquent leur contrôle doit être homogène. On ne saurait justifier une absence de contrôle de ces règles sous prétexte de la distinction du fait et du droit qui n'est finalement consacrée par aucun texte.*

Le contrôle de la Cour ne peut être perçu que comme unitaire. Il est un contrôle de légalité des arrêts, c'est-à-dire de conformité des opérations juridictionnelles aux règles de droit. La Haute Cour est bien, comme l'affirmait Jean Rivero, « juge de la conformité au droit des jugements rendus par les juridictions inférieures »¹⁶⁶⁹.

La nature du contrôle de cassation ainsi mise en évidence implique que soient contrôlées certaines « questions de faits » au travers des griefs de motivation et dénaturation.

2 - Les contrôles des « questions de fait » exercés pour violation des lois

572. Les contrôles de motivation et de dénaturation sont généralement perçus comme des atteintes portées par la Cour de cassation à la distinction du fait et du droit sans qu'ils soient pour autant réellement remis en cause. La raison en est simple : bien que *contraires à la distinction, ils demeurent conformes à la mission de la Haute juridiction*. Le contrôle de motivation assure la conformité à certains droits formel et substantiel (a) tout comme celui de la dénaturation (b).

a - le contrôle de motivation : la conformité au droit formel et substantiel

573. La motivation est une obligation légale qui incombe aux juges du fond. Sous cet angle il apparaît normal que la Cour suprême assure le respect de cette règle de forme. Elle permet de surcroît le respect de la règle substantielle en jeu dans le litige.

574. Le respect de la règle de forme. Tous les auteurs s'accordent sur le fait que l'absence de motivation constitue une violation de l'article 455 CPC qui dispose *in fine* que « le jugement doit être motivé ». Toutefois, ils n'en tirent aucune conséquence concernant la distinction du fait et du droit. Or si le contrôle de motivation oblige en apparence la Cour de cassation à sortir

¹⁶⁶⁹ RIVERO (J.), « La distinction du droit et du fait... », *op. cit.*, p.131.

du domaine du droit, ce n'est que pour assurer le respect de la règle de procédure édictée à cet article comme en atteste le visa des arrêts de censure¹⁶⁷⁰. Refuser d'examiner un moyen portant sur ce défaut équivaldrait à ne pas sanctionner la violation de cette norme législative ce qui serait contraire à la mission confiée par l'article 604 C.p.c. à la Cour suprême de censurer « la non-conformité du jugement (...) aux règles de droit ».

Le respect de l'article 455 C.p.c. est d'ailleurs essentiel puisque c'est lui qui permet à la Cour suprême, en posant l'exigence de motivation, de contrôler le respect de la règle de droit substantielle¹⁶⁷¹ et l'on observe en effet que cette affirmation est souvent reprise comme la justification de l'immixtion de la Cour dans les faits. Or c'est surtout la possibilité de méconnaître l'article 455 C.p.c. qui justifie le contrôle de motivation. La règle formelle, ainsi protégée, permet le contrôle effectif de la règle substantielle qui est une de ses raisons d'être.

Toutefois il est vrai que les vices affectant la motivation contreviennent également à la règle substantielle.

575. Le respect de la règle substantielle. La règle de forme contenue à l'article 455 C.p.c. peut-être en apparence respectée par les juges du fond mais la contravention à la loi peut alors venir du non-respect d'une implication prévue par une règle substantielle.

Pour expliquer cela, il convient de concevoir la règle juridique sous la forme d'une implication « p implique q »¹⁶⁷², p, l'antécédent, correspondant aux faits et q étant le conséquent, la solution. Dans cette perspective, tout d'abord, l'absence de motivation ou son insuffisance, porte atteinte à la nécessité de l'antécédent¹⁶⁷³. Ensuite l'incertitude des motifs affaiblit la preuve de ce même antécédent¹⁶⁷⁴. Enfin la contradiction de motifs est une atteinte à la consistance dudit antécédent¹⁶⁷⁵. Prenons l'exemple de la prescription régie par l'art. 2224C. civ. qui dispose que « les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». Les juges peuvent omettre de motiver en ne relevant pas la date du point de départ

¹⁶⁷⁰ Ex : Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2004, n°02-16.647, Inédit (motifs dubitatifs) ; Cass. soc., 6 mai 2009, n° 07-44.449, *Bull. V*, n°124, *JCP S* 2009. 1388, obs. DUMONT (Fr.). (défaut de motif) ; Cass. civ 1^{ère}, 3 juin 1997, n°95-17.112, *Bull. civ. I*, n°185 : « Vu l'article 455 du nouveau code de procédure civile ; (...) en statuant ainsi, sans donner aucun motif propre à cette décision, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisés ».

¹⁶⁷¹ En ce sens : MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « La cassation, sanction d'une atteinte à la logique », *op. cit.*, p. 136 : « seul le respect scrupuleux de la règle procédurale R₀ permet de vérifier le respect de la règle substantielle R₁ ».

¹⁶⁷² MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *op. cit.*, p. 131.

¹⁶⁷³ MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *op. cit.*, p. 135.

¹⁶⁷⁴ MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *op. cit.*, p. 136.

¹⁶⁷⁵ MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *op. cit.*, p. 142.

de la prescription, ils peuvent également supposer cette date et ils peuvent enfin relever un point de départ contradictoire avec la durée écoulée qu'ils constatent par ailleurs.

Dans ces trois cas le lien d'implication est altéré de sorte que la conséquence q n'aurait dû être déduite de la situation p et c'est en ce sens que le défaut de motivation porte atteinte à la règle substantielle.

Il s'agit certainement d'un contrôle pour atteinte à la logique comme l'affirment certains auteurs¹⁶⁷⁶, mais qui n'est qu'une variante du contrôle de légalité et non pas une composante autonome. En effet, on se trouve en présence d'une atteinte à une règle de droit qu'elle soit de procédure ou substantielle. Le contrôle de la motivation se justifie donc à double titre.

Par conséquent, ce contrôle ne peut être perçu comme une exception admise à la distinction du fait et du droit. Il est nécessaire et entre pleinement dans la compétence de principe de la Cour de cassation telle que légalement définie.

576. Dès lors, ce n'est pas l'examen des questions de fait par les Hauts magistrats qui est anormale, mais la distinction du fait et du droit qui est inadaptée au contrôle de cassation. On comprend les libertés que prend la Haute Cour au regard de ce critère de compétence.

Il en va de même pour la dénaturation, qui peut dans certains cas porter atteinte à deux règles substantielles.

b - le contrôle de dénaturation : la conformité au droit

577. Pour la Cour de cassation, le contrôle de la dénaturation consiste à vérifier que lors de l'appréciation d'un écrit qui constitue un élément de preuve le juge du fond n'a violé aucune règle de droit. Il est question d'une règle de forme, que nous avons déjà mentionnée, et de règles substantielles qui nous intéressent ici. La règle en cause est différente selon qu'il s'agit de la dénaturation d'un contrat ou de celle d'un écrit autre que le contrat.

¹⁶⁷⁶ PERDRIAU (A.), « Contrôle logique de la motivation », *op. cit.*. Dans le même sens CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°878, p.669.

578. Dénaturation des contrats. Le contrôle de la dénaturation, que l'on a vu précédemment¹⁶⁷⁷, trouve selon nous, sa justification dans l'obligation de sanctionner la violation d'une règle de droit.

En effet, derrière l'interprétation d'un contrat clair, se cache la violation de l'article 1134 du code civil. La mention de ce dernier au visa des arrêts de cassation en cas de dénaturation en atteste¹⁶⁷⁸. Le respect de l'acte clair est la conséquence nécessaire du respect de la volonté des parties. On notera par ailleurs que la Cour suprême belge agit de même, mais en se fondant pour sa part sur « la violation de la foi due aux actes »¹⁶⁷⁹.

Antérieurement à 1872, les juges du fond ne commettaient qu'un mal jugé¹⁶⁸⁰, alors non sanctionné, en donnant un sens différent au contrat. Le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation¹⁶⁸¹, c'est-à-dire l'admission d'un contrôle de dénaturation, est venu réaffirmer le caractère impératif de cette règle ce qui montre l'importance du contrôle quant à l'effectivité d'une règle.

579. Dénaturation des écrits. Reste le problème de la dénaturation des écrits, éléments de preuve, autre que les contrats pourtant sanctionnée sous le même visa. Il s'agit là d'une extension du champ d'application de l'art.1134 C. civ et par là même d'une atteinte que porte la Cour de cassation à cette disposition puisqu'elle l'applique à une situation qu'elle ne saurait régir. L'impression selon laquelle l'étendue du contrôle de cassation ne repose sur aucun fondement se trouve également renforcée.

Pour ces diverses raisons, l'abandon de ce visa « fictif »¹⁶⁸² a été appelé de leurs vœux par plusieurs auteurs. Le doyen Perdriau a proposé de rattacher la cassation pour dénaturation au visa de l'art. 4 C.p.c.¹⁶⁸³. Cependant, s'il est vrai que l'interprétation de ces écrits dépend de la procédure civile et non du droit des contrats, l'article 4 C.p.c. reste muet sur l'interprétation des écrits ne disposant que sur celle de l'objet du litige. Or, on ne trouve pas de dispositions

¹⁶⁷⁷ Cf. *supra*, n°500 s.

¹⁶⁷⁸ Ceci vaut autant pour la dénaturation des contrats que des éléments de preuve, la méconnaissance de l'un comme de l'autre étant sanctionnée au visa de l'article 1134 du code civil et du principe général qui en a été dégagé : « l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer les documents de la cause ». Ex : pour les éléments de preuve : Cass. civ 1^{ère}, 29 sept. 2004, n°03-16.400, Inédit.

¹⁶⁷⁹ BORE (J.) et BORE (L.), *op. cit.*, p. 277.

¹⁶⁸⁰ Req. 20 nov. 1871, *DP* 1872, 1, 187.

¹⁶⁸¹ Req. 22 juill. 1872, *DP* 1873, 1, 111.

¹⁶⁸² MORVAN (P.), « *Les principes généraux du droit et la technique des visas de principe dans les arrêts de la Cour de cassation* », http://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_morvan.pdf, n°63, p.43.

¹⁶⁸³ PERDRIAU (A.), « Visas, « chapeaux » et dispositifs ... », *op. cit.*

procédurales permettant expressément un tel contrôle. Il faudrait alors reconnaître que, par ce biais, la Cour a franchi les limites de son contrôle. Nous préférons envisager la question sous un autre aspect. L'écrit suspecté de dénaturation a été constaté et est généralement, au moins en partie, reproduit dans l'arrêt. La Cour de cassation est alors en mesure, en comparant l'écrit et les conditions de la règle de droit, de se rendre compte que l'appréciation qui en a été donnée conduit à appliquer les effets de la règle de droit à une situation dans laquelle ils n'étaient pas censés jouer. La dénaturation d'une note d'information peut ainsi conduire à sanctionner un assureur pour méconnaissance des exigences posées à l'art. L131-5-1 C.¹⁶⁸⁴ ass. alors que cette notice laisse apparaître la réelle prise en compte de ces exigences¹⁶⁸⁵. On se trouve dans l'atteinte à la logique relevée pour le contrôle de motivation : on ne pouvait appliquer « q à p » sans porter atteinte à la règle substantielle. Egalement, l'interprétation erronée d'une preuve écrite peut fausser la rectitude du raisonnement. Ainsi, les juges du fond ne peuvent justifier un placement sous un régime de curatelle renforcée par un certificat médical qui préconisait des « mesures minimales »¹⁶⁸⁶. L'erreur est ici assez grossière.

Par le contrôle de la dénaturation des écrits, la Cour de cassation a étendu, son contrôle, sans que l'on puisse réellement le lui reprocher, au « mal jugé ». Pour celui-ci, elle utilise parfois le visa du « principe selon lequel le juge ne doit pas dénaturer les éléments de preuve qui lui sont soumis »¹⁶⁸⁷ ou encore « dénaturer les éléments de la cause »¹⁶⁸⁸. Il serait souhaitable qu'elle en généralise l'utilisation et abandonne définitivement le visa de l'art. 1134 C. civ¹⁶⁸⁹ afin de clarifier l'étendue de son contrôle au regard du contenu de sa mission.

L'ouverture du contrôle de cassation et son exercice à chaque fois qu'il est question d'assurer le respect d'une règle de droit, quelle que soit sa nature, attestent que le contrôle de cassation est un contrôle de conformité au droit. Cela permet de déterminer l'objet du contrôle, c'est-à-dire celui qui conduit à la violation du droit, qui réside selon nous dans les opérations juridictionnelles.

¹⁶⁸⁴ L'anc. art. L131-5-1 C. ass. proroge le délai de renonciation de l'assuré en cas de non-respect des exigences qu'il pose.

¹⁶⁸⁵ Cass. Civ. 2, 12 juin 2014, 13-16.540, Inédit, *RGDA*, 2014, p.473, note MAYAUX (L.).

¹⁶⁸⁶ Cass. Civ. 1, 30 avril 2014, n°12-28.887, Inédit, *AJ Fam.*, 2014, p.437.

¹⁶⁸⁷ Cass. Com., 5 avr. 1993, n°89-21.236, Inédit.

¹⁶⁸⁸ Cass. Soc., 21 mai 2014, n°13-14.721, Inédit.

¹⁶⁸⁹ La chambre sociale et la chambre commerciale paraissent avoir adopté ce visa ce qui n'est pas le cas des chambres civiles. Cf. arrêts *précit*.

§2 - Un contrôle des opérations juridictionnelles

580. Les immixtions de la Cour de cassation dans le domaine du fait s'expliquent par l'obligation qui lui incombe de faire respecter les règles de droit. La dénaturation et la motivation, qui soulèvent des questions de fait, sont contrôlées parce qu'elles *doivent l'être* afin d'assurer le respect de certaines règles de droit. L'objet du contrôle n'est alors ni le droit ni la question de droit, notions d'ailleurs très imprécises. Il s'agit plutôt des opérations juridictionnelles, notion que nous allons expliciter.

Parce que ces opérations juridictionnelles sont susceptibles de porter atteinte au droit, matériel ou procédural, la Cour doit en établir un contrôle général (A) qui a pour conséquence un contrôle obligatoire des qualifications (B).

B - Le contrôle général des opérations juridictionnelles

581. L'objet du contrôle doit résider dans ce qui est le plus à même de révéler les violations des règles de droit qu'elles soient procédurales ou de fond. Les opérations juridictionnelles apparaissent comme étant cet objet puisque c'est à leur occasion que le juge peut se détourner du droit. Nous estimons donc que la Cour de cassation effectue un *contrôle de conformité au droit des opérations juridictionnelles telles qu'elles ressortent de l'arrêt*.

Après avoir précisé la notion d'opération juridictionnelle (1) nous montrerons que ces dernières révèlent toutes les violations du droit que le juge est potentiellement à même de commettre lors du jugement (2).

1 - La notion d'opération juridictionnelle

582. Il convient de définir ce que sont les opérations juridictionnelles avant de pouvoir les énumérer.

583. Définition. Affirmer et démontrer que l'objet réel du contrôle de cassation est l'opération juridictionnelle, suppose de définir celle-ci afin, notamment, d'éviter les difficultés qu'avait pu faire naître l'absence de définition certaine de la distinction des questions de fait et de droit.

« Le juridictionnel » correspond à la « fonction de juger, mission d'ensemble qui englobe celle de dire le droit dans l'exercice de la juridiction contentieuse (trancher le litige par application au droit (...)) » ainsi que « les fonctions associées »¹⁶⁹⁰. Le dictionnaire de l'Académie française¹⁶⁹¹ nous indique que l'« opération » se conçoit comme une suite d'actions par lesquelles on combine, selon un ordre précis, divers moyens en vue de parvenir à un résultat déterminé. Son étymologie¹⁶⁹² nous renvoie, quant à elle, à l'ouvrage, au travail.

Les opérations juridictionnelles correspondent à celles effectuées par le juge afin de rendre un jugement, afin de dire le droit. Que ces opérations correspondent à la fonction première de *juris dictio* ou à celle qui y sont « associées », elles sont au même titre des activités juridictionnelles soumises au contrôle de cassation.

584. Enumération. Au cours du procès, le juge du fond effectue diverses opérations lui permettant d'aboutir à la solution du litige. Elles correspondent aux activités du juge telles qu'elles ont pu apparaître lorsque nous avons examiné la répartition des rôles entre les parties et le juge. Ces opérations mettent en œuvre plusieurs règles de droit et interviennent lors des différentes phases du procès. Elles correspondent à deux grands temps du jugement : le premier consacré au traitement des faits et le second à l'application du droit.

Dans la phase première de restitution des faits, le juge du fond les sélectionne, les constate puis les interprète. Nous nous sommes employé à montrer que le juge n'est pas exclu de cette phase et qu'au contraire ces activités lui sont confiées par la loi, notamment par la possibilité qui lui est donnée d'ordonner des mesures d'instruction ou encore lors du jugement sur la preuve¹⁶⁹³. De la même manière, le droit n'est pas exclu de ces opérations puisqu'il les régit.

La seconde phase, dans laquelle les faits sont directement soumis à la règle de droit substantielle, met en jeu les opérations d'application du droit aux faits. A ce stade, on retrouve les opérations de qualification, d'application *stricto sensu*, d'interprétation. Ces dernières opérations peuvent conduire à la violation directe de la règle de droit substantielle.

¹⁶⁹⁰ CORNU (G.) (Dir.), *op. cit.*, V° Juridictionnel, p. 586.

¹⁶⁹¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e ed.

¹⁶⁹² XIII^e siècle. latin *operatio*, « travail, ouvrage », lui-même dérivé de *operari*, « travailler ». *Ibid.*

¹⁶⁹³ *Cf. supra* n°355.

Les opérations juridictionnelles soit parce qu'elles conduisent à la manipulation de la règle de droit substantielle soit parce qu'elles sont régies par des règles de droit sont susceptibles de conduire à une violation du droit.

2 - La violation du droit lors des opérations juridictionnelles

585. Nous avons montré que ce n'est pas seulement le jugement en droit, ou bien encore les questions de droit, que vérifie la Cour *mais le jugement dans son entier* (l'action de juger et son résultat) *et tel que le révèle l'arrêt par le contrôle des opérations juridictionnelles*.

Les opérations juridictionnelles soumettent le fait au droit mais sont également soumises au droit procédural. Elles peuvent donc amener le juge à méconnaître une règle de procédure comme une règle de fond.

586. Méconnaissance d'une règle de procédure. Le juge, lors de ces opérations juridictionnelles, est soumis au droit. Il se peut donc qu'il ne respecte pas une des règles procédurales qui régissent ses activités. La violation prend alors la forme soit d'un refus d'application de la règle de droit soit d'une mauvaise application de celle-ci. Lorsqu'il sélectionne des faits, le juge ne peut puiser hors du débat alors qu'il peut relever des faits adventices. La Cour de cassation contrôlera l'opération correspondante afin de s'assurer que le juge, en choisissant les faits, n'a pas refusé d'appliquer l'art.7a11 C.p.c. qui lui interdit de relever les faits que les parties n'ont pas souhaité introduire dans le débat. L'exemple de l'obligation de motivation procède de la même idée. Selon cette obligation, le choix et l'interprétation des faits doivent apparaître dans l'arrêt afin de justifier le jugement. Si ce n'est pas le cas, il s'agit d'un refus d'application de l'art. 455 C.p.c et la décision sera cassée pour défaut de motif. Si la motivation existe mais réside dans des motifs dubitatifs ou hypothétiques, le juge a appliqué l'article en question mais de manière inexacte. En contrôlant le traitement des faits par le juge du fond, la Cour de cassation constate la méconnaissance de l'obligation de motivation. Cette méconnaissance d'une règle de procédure peut également se révéler lors de la phase d'application du droit aux faits. En ne soumettant pas à la discussion des parties le choix d'une règle de droit, constituant un moyen de pur droit, qu'il relève d'office, le juge méconnaît le principe du contradictoire imposé par l'art.16 C.p.c.

Dans ces différents exemples seul le contrôle des opérations juridictionnelles, telles qu'elles ressortent de l'arrêt, permet de déceler la violation de la loi procédurale qui généralement entraîne une atteinte à la règle substantielle.

587. Méconnaissance d'une règle de fond. Le contrôle des opérations juridictionnelles permet, de manière plus évidente, de déceler les atteintes à la règle de fond.

Notons que si, généralement, la violation de la règle procédurale procédait d'un refus d'application ou d'une mauvaise application, la violation de la règle substantielle pour fausse application connaît de multiples déclinaisons puisqu'elle peut résulter de chacune des opérations nécessaires à la mise en œuvre de la règle. L'erreur peut résider dans la qualification, l'application au sens strict et la déduction des conséquences légales. Il s'agit là des contrôles classiquement effectués par la Haute juridiction et que la doctrine reconnaît.

Nous émettrons quelques réserves quant à l'autonomie du contrôle de l'interprétation. Certes le juge du fond interprète la loi afin de pouvoir l'appliquer. Cependant, l'interprétation erronée conduit généralement à une mauvaise qualification, application ou déduction des conséquences légales. Ce n'est pas l'interprétation abstraite qui est censurée par la Cour de cassation mais l'application concrète à laquelle la fausse interprétation a abouti. Il ne s'agit donc pas selon nous d'un contrôle direct de l'interprétation du juge du fond¹⁶⁹⁴.

Affirmer que le contrôle de cassation porte sur les opérations juridictionnelles permet de justifier tous les contrôles effectivement effectués par la Haute Cour *non au regard d'une notion fonctionnelle mais à l'égard de sa mission*. Il nous reste, au vu de ce nouveau critère, à justifier ce qu'elle devrait faire : le contrôle des qualifications.

B - Le contrôle obligatoire des qualifications

588. La question du contrôle de la qualification reste entière. La résoudre est primordial car l'erreur lors de la qualification amène à appliquer une loi à une situation qu'elle ne devait pas régir. Or, la détermination des opérations juridictionnelles comme objet du contrôle de

¹⁶⁹⁴ En ce sens v. GASSIN (R.), « De l'intérêt pour le juriste de la pensée philosophique de Frédéric Nietzsche : le texte et l'interprétation », *Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, n°16, p.241.

cassation conduit à affirmer la nécessité d'un contrôle complet des qualifications¹⁶⁹⁵. En effet, il permet de percevoir l'opération de qualification comme un lieu de violation du droit (1) et d'établir un critère contraignant la Cour de cassation à assurer ce contrôle complet(2).

1 - L'opération de qualification, lieu de violation du droit

589. L'opération de qualification dont le respect est assuré par le droit procédural peut également entraîner une atteinte à la règle substantielle.

590. Respect de la règle procédurale. « Toute qualification soulève une question de droit » écrit Motulsky¹⁶⁹⁶ qui justifie ainsi le contrôle complet de la qualification. Or, nous ne raisonnons plus à ce stade en termes de questions de fait ou de droit, mais en termes d'opérations juridictionnelles et la qualification est bien une opération effectuée par le juge au cours du procès et qui met en œuvre des règles de droit.

Le juge peut, dans un premier temps, à l'occasion de la qualification procéder à une fausse application d'une « règle de qualification » pour reprendre l'expression du professeur Cyril Grimaldi.¹⁶⁹⁷ Cependant, il n'est pas prévu expressément pour chaque règle de droit la manière dont un fait doit être qualifié. De plus, se contenter de cette explication reviendrait dans certains cas à retirer la qualification du champ du contrôle de la Cour suprême, lui interdisant par là même de dire le droit, et donc d'indiquer comment qualifier dans le silence de la loi.

Plus simplement, la règle méconnue peut être l'obligation générale de qualifier. En effet, le juge est soumis à l'article 12 du Code de procédure civile qui dispose qu'« il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux ». Nous sommes donc en face d'une opération juridictionnelle soumise au contrôle de la Haute Cour laquelle doit s'assurer que la qualification donnée aux faits par les juges est exacte. Le juge de cassation, sans être lui-même soumis à cet article comme cela a pu être avancé¹⁶⁹⁸, en assure ainsi le respect.

¹⁶⁹⁵ Cela même si parfois le législateur semble omettre l'opération de qualification. PARTYKA (P.), *th. précit.*, spec. pp.402 et s.

¹⁶⁹⁶ MOTULSKY (H.), *Principes...*, *op. cit.*, p.155.

¹⁶⁹⁷ Règle qui provient de la définition légale d'une notion selon GRIMALDI (C.), *op. cit.*, *ibid.* puisque « Toute définition légale a, par origine, une valeur positive. En elle-même, la définition légale est une règle de droit ; elle constitue une norme juridique, un énoncé de droit positif », CORNU (G.), « Les définitions dans la loi », *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 77.

¹⁶⁹⁸ Le juge de cassation n'appliquant pas réellement le droit aux faits, il nous est difficile d'envisager qu'il soit soumis à l'obligation d'appliquer le droit aux faits. *Contra* PRIEUR (E.), *op. cit.*, p.29.

C'est à ce titre que, selon nous, la qualification doit toujours être principalement contrôlée.

591. Respect de la règle substantielle. La qualification doit être d'autant plus contrôlée que le non-respect de la règle posée à l'article 12 conduit à la violation de la règle substantielle. Elle entraîne une fausse application de cette règle par méconnaissance de la présupposition ou de la prescription, comme cela est parfois énoncé¹⁶⁹⁹ en se référant à l'analyse structurale¹⁷⁰⁰ de la règle de droit. Autrement-dit en qualifiant incorrectement un fait, le juge soumet celui-ci à une règle de droit qui ne saurait pourtant le régir. La solution donnée au litige n'est dès lors pas acceptable.

L'opération juridictionnelle a permis de révéler l'atteinte au droit potentielle que porte la qualification, elle permet également de contraindre la Haute juridiction à établir un contrôle complet de cette question.

2 - L'opération juridictionnelle, critère contraignant du contrôle de qualification

592. Déterminer le véritable objet du contrôle de cassation n'est pas qu'un jeu théorique, cela permet en pratique de concevoir les limites du contrôle de cassation. Nous avons vu que les opérations juridictionnelles permettent de rendre compte du contrôle de cassation tout en restant en parfaite adéquation avec la mission confiée à la Haute Cour. Nous allons maintenant démontrer qu'il s'agit également d'un critère qui permet d'inciter fortement les Hauts magistrats à effectuer un contrôle qu'ils refusent en partie, celui de la qualification.

Or, les contraindre sur ce point se justifie à plus d'un titre et la notion d'opération juridictionnelle permet l'effectivité de cette contrainte.

593. Justification de la contrainte. Principalement, trois raisons justifient, selon nous, de contraindre les magistrats du Quai de l'horloge à effectuer un contrôle systématique des qualifications : *légalité, égalité et sécurité.*

¹⁶⁹⁹ GRIMALDI (C.), *ibid.*

¹⁷⁰⁰ V. notamment MOTULSKY (H.), *op. cit.*, n° 137.

D'abord, rappelons que le contrôle de cassation est un contrôle de conformité au droit des opérations juridictionnelles. Ainsi, même si un contrôle général de la qualification ne correspond pas à la pratique, il est pourtant souhaitable car il permet à la Cour de cassation de faire respecter une règle de droit procédurale mais également une règle de droit substantielle qui ne sera ainsi appliquée qu'aux seules situations qu'elle est censée régir.

Ensuite, est en cause l'égalité de tous face à la loi. Chaque justiciable est en droit d'attendre que la loi soit appliquée de la même manière par les juges de Montpellier que par ceux de Douai. Or, ce contrôle permet pleinement à la Cour suprême de préciser et de dire le droit dans le silence du législateur. L'opération de qualification est le domaine privilégié de l'interprétation et la Cour de cassation est l'interprète authentique du droit positif français. Abandonner le contrôle de qualification revient à abandonner une part de son pouvoir d'interprète suprême. La Haute Cour est toujours à même de reprendre la vérification d'une qualification qu'elle avait abandonnée sciemment mais on touche alors au problème de sécurité juridique.

Pour finir, c'est donc de sécurité juridique qu'il est question et qui est en jeu à un double niveau : d'abord parce que l'abandon d'une qualification rend incertaine la teneur et l'application d'une règle de droit dans le temps et ensuite parce que sa reprise rend le recours en cassation imprévisible. Sur le premier point, il arrive que les juges de l'affaire prennent quelques libertés et s'écartent, de diverses manières, des règles de qualification qu'avait énoncées la Cour régulatrice¹⁷⁰¹. Reste à la Haute juridiction à reprendre son contrôle. On aboutit alors au second aspect du problème. A cet effet, on peut penser qu'affirmer clairement une règle de qualification et la sanctionner constamment, découragerait les plaideurs « d'aller en cassation pour y courir [leur] chance »¹⁷⁰². La sécurité juridique y gagnerait.

Certains magistrats argueront peut-être de l'encombrement de la Haute Cour pour conserver un contrôle partiel des qualifications. Nous ne croyons pas que le contrôle de la qualification doive servir de variable d'ajustement alors que la sélection des pourvois a été créée à cet effet¹⁷⁰³. La sécurité juridique, à laquelle il faut adjoindre la légalité et l'égalité, ne peuvent

¹⁷⁰¹ Cf. *supra* n°493.

¹⁷⁰² PERDRIAU (A.) « Une notion incontrôlable : le contrôle de la Cour de Cassation », *Gaz. Pal.*, 1997,2, doct., p.1040.

¹⁷⁰³ VIGNEAU (V.), « Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation », *D.*, 2010, p.102. Contra et sur la régulation par le contrôle cf. COTTIN (M.), *L'accès à la Cour de cassation...., th. précit.*, pp.265 et s.

une fois de plus¹⁷⁰⁴ être sacrifiées dans l'unique but de désengorger les tribunaux¹⁷⁰⁵. Nous pensons que l'effet obtenu pourrait s'avérer contraire à celui recherché. Par exemple, pour le plaideur qui a perdu son procès mais qui, au vu du principe de concentration des moyens, ne peut soulever un nouvel argument juridique lors d'un nouveau procès, il ne reste que le recours en cassation. Le contrôle étant fluctuant, il aurait toutes les raisons de tenter sa chance.

594. Modalité de la contrainte. Les tenants de la distinction du fait et du droit classent la qualification au titre des questions de droit. Cependant, les justifications qu'ils avancent sont multiples et confinent souvent à la résignation¹⁷⁰⁶. Alors même que la doctrine s'accorde quasi-unanimement sur un contrôle général des qualifications, la distinction du fait et du droit empêche d'y contraindre la Cour. Certes, la Cour de cassation bénéficie du « principe compétence-compétence »¹⁷⁰⁷ et n'est pas contrôlée lorsqu'il s'agit de délimiter son contrôle¹⁷⁰⁸ et ne peut donc être assujettie à un critère. On a pu alors parler de « notion incontrôlable »¹⁷⁰⁹.

Pourtant, la doctrine peut faire office d'organe modérateur, de contrepoids, en dénonçant les refus injustifiés du contrôle de certaines qualifications. Elle est d'ailleurs la seule, nous semble-t-il, à pouvoir remplir ce rôle, à moins que la CEDH ne décide d'étendre son contrôle sur la procédure de cassation comme elle a commencé à le faire¹⁷¹⁰. Pour cela, il faut admettre avec les professeurs Jestaz et Jamin que la doctrine a certes une fonction d'opinion mais également un pouvoir de légitimation du droit positif¹⁷¹¹. Selon ces auteurs, « par la qualité du travail réalisé (...) la doctrine réussit à influencer sur le droit positif et à mériter ainsi son nom de *source* »¹⁷¹². De plus, une étude récente a montré que la Cour de cassation tient compte de l'opinion doctrinale universitaire en la considérant bien plus comme une source que comme une simple autorité¹⁷¹³.

¹⁷⁰⁴ Cf. *supra* n°326.

¹⁷⁰⁵ Dans le même sens v. BORE (L.) et SALVE DE BRUNETON (J. de), « Quelques idées sur le pourvoi en cassation », *D.*, 2005, pp.180 et s., n°21.

¹⁷⁰⁶ Cf. *supra* n°138s.

¹⁷⁰⁷ Principe « selon lequel le juge a toujours compétence pour déterminer s'il est compétent ou non », ATIAS (C.), *Devenir juriste...*, *op. cit.*, n°159, p.88.

¹⁷⁰⁸ Mis à part le contrôle qu'effectue la CEDH en cas d'erreur manifeste d'appréciation du « moyen nouveau » qui empêche l'accès à la Cour de cassation française. Cf. *supra* n°551.

¹⁷⁰⁹ PERDRIAU (A.), « Une notion incontrôlable : le contrôle de la Cour de Cassation », *op. cit.*, pp.1039-1040.

¹⁷¹⁰ Suite à l'arrêt Dulaurans cf. n°551 et BURGELIN (J.-Fr.), « La Cour de cassation en question », *D.*, 2001, Chron., p. 932.

¹⁷¹¹ JESTAZ (Ph.) et JAMIN (C.), *La doctrine*, Paris, Dalloz, Coll. Méthode du droit, 2004, pp.218 et s.

¹⁷¹² JESTAZ (Ph.) et JAMIN (C.), *op. cit.*, p. 256.

¹⁷¹³ MARIA (I.), « La doctrine universitaire », *Le raisonnement juridique*, DEUMIER (P.) (Dir), Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013, n°127-130, pp.101-103.

Nous reconnaissons que la doctrine s'étonne voire s'indigne déjà au sujet de l'absence de contrôle de certaines qualifications. Par exemple, le doyen Perdriau au terme de « réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de Cassation » en dénonce l'incohérence¹⁷¹⁴. Cependant, les critiques que la doctrine émet n'ont que peu de poids puisqu'elle formule généralement ses reproches au regard de la distinction du fait et du droit¹⁷¹⁵. *La frontière théorique tracée par ce fondement étant elle-même fluctuante, il est difficile d'imposer qu'en pratique elle demeure stable.*

En cessant de voir dans la qualification une possible question de droit pour la concevoir comme une opération juridictionnelle il apparaît certain qu'elle doit être contrôlée du moment qu'il s'agit d'une notion énoncée dans une règle de droit.

¹⁷¹⁴ PERDRIAU (A.), « Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de Cassation », *JCP éd. générale*, 1991, I, 3538, pp. 361-365

¹⁷¹⁵ V. par ex. XAVIER (Ch.), « La qualification des faits est-elle une question de fait ou de droit ? », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, pp.511-531.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2.

595. La compétence de la Cour de cassation ne trouve pas ses limites dans la distinction du fait et du droit mais dans celle de l'arrêt et de l'affaire. Conformément aux textes qui la régissent et à la mission qui lui est confiée, la Haute juridiction est juge de l'arrêt, et se distingue ainsi des juridictions du fond qui jugent l'affaire. Les juges du fond donnent une solution au litige en appliquant le droit aux faits tandis que les magistrats de cassation contrôlent cette application et la censurent si besoin est. Ce qui est interdit aux magistrats suprêmes ce n'est pas de juger en fait mais de juger le litige : c'est pourquoi ils doivent en principe renvoyer après cassation et que les pouvoirs qui leur sont reconnus pour sauver le jugement s'exercent dans la limite de l'arrêt.

La Cour de cassation n'a pas plus interdiction de connaître des questions de fait qu'elle ne connaît de prohibition de juger les faits. L'objet de son contrôle n'est pas la question de droit puisque lorsqu'elle examine les dénaturations et motivations elle vérifie simplement l'absence de violation du droit. Or son contrôle, comme l'énonce expressément l'art. 604 C.p.c. est un contrôle de conformité au droit et ce qui doit être conforme au droit ne sont autres que les opérations juridictionnelles par lesquelles le juge de l'affaire applique le droit aux faits et qui sont elles-mêmes soumises à diverses règles de droit.

Nous estimons donc que la Cour de cassation n'est compétente que pour *juger l'arrêt* et qu'ainsi elle doit concentrer son *contrôle sur les opérations juridictionnelles* à même de révéler les violations des différentes règles de droit en jeu lors d'un procès. Le critère ainsi établi correspond tant à la mission qu'à la réalité du contrôle de cassation et peut, de par sa clarté et sa conformité aux textes, encourager la Cour à abandonner son contrôle aléatoire des qualifications afin qu'il devienne complet et constant.

CONCLUSION DU TITRE 2.

596. Le contrôle de cassation, dans une certaine mesure, peut paraître fondé sur la distinction du fait et du droit. D'une part la Cour s'attache à assurer le respect des seules règles qui présentent tous les caractères de la normativité se permettant parfois de moduler son contrôle si un de ces caractères est moins marqué que ce qu'exigerait une distinction rigide du fait et du droit. D'autre part, elle contrôle ce qui s'apparente à des questions de droit : la qualification, la déduction des conséquences légales et l'interprétation. Pourtant, la distinction des questions de fait et de droit ne résiste pas à une étude approfondie du contrôle mené par la Haute juridiction. Celle-ci exerce un contrôle en deçà des questions de droit, en omettant certaines qualifications, mais aussi au-delà des questions de fait, par le biais des contrôles de motivation et dénaturation. Incontestablement, dans ces deux dernières hypothèses elle contrôle l'appréciation factuelle des juges du fond. Pourtant, les cassations auxquelles elles se rapportent, pour défaut de motifs, insuffisance de motifs ou dénaturation, ne sauraient être reprochées aux magistrats de cassation qui agissent pleinement dans le cadre de leur mission. Par leur biais, ils sanctionnent la violation de règles de droit.

Si ce n'est pas sur ces contrôles qu'il convient de revenir, c'est donc sur la distinction du fait et du droit. Nous proposons de la remplacer par la *distinction de l'arrêt et de l'affaire*, distinction qui existe déjà mais qui est employée à *minima*. La Haute juridiction, juge de l'arrêt, n'a pas à trancher le litige, compétence réservée aux juridictions du fond en tant que juges de l'affaire. Autrement-dit, elle n'applique pas le droit aux faits mais contrôle que les juges du fond ont appliqué correctement le droit substantiel aux faits en respectant les règles de procédure. Les juges du fond soumettent le droit aux faits par le biais d'opérations juridictionnelles qui sont elles-mêmes soumises au respect de règles de droit procédural. Ce sont donc ces opérations juridictionnelles qui doivent faire l'objet du contrôle de la Haute Cour puisqu'elles sont à même de révéler la violation du droit, de fond ou de forme, mis en jeu lors d'un procès.

Par la distinction de l'arrêt et de l'affaire et par la détermination de l'opération juridictionnelle comme objet du contrôle, nous pensons avoir éclairé, sans bouleverser ni les règles de la cassation ni la mission de la Cour, les limites du contrôle. Reste à espérer que cette clarification incite la Haute juridiction à contrôler pleinement une opération juridictionnelle qu'elle laisse parfois de côté : la qualification.

CONCLUSION DE LA 2^E PARTIE.

597. Nous avons recherché si la distinction du fait et de droit était un fondement nécessaire et opérant en procédure civile. Nos recherches nous ont conduit au constat qu'elle est inappropriée dans les deux principaux domaines qu'elle est censée régir.

D'une part, il est faux d'affirmer que les rôles des parties et du juge sur la matière litigieuse sont répartis selon la distinction du fait et du droit. Conçu comme un fondement global par Motulsky, c'est en vain selon nous qu'il a tenté de l'introduire dans le paysage procédural français. Le NCPC ne l'a pas adopté et les évolutions législatives et jurisprudentielles n'ont eu de cesse de s'en éloigner. Les parties doivent proposer le droit et le juge peut choisir librement les faits parmi ceux du débat sans avoir d'obligation de relever la règle de droit réellement applicable au litige. Dès lors, énoncer *qu'aux parties et au juge appartiennent à la fois le droit, le fait et la preuve* s'approche bien plus de la réalité que la formule traditionnelle : « aux parties le droit, au juge le fait ».

Pourtant, la distinction du fait et du droit demeure un fondement avancé par la doctrine pour délimiter le rôle du juge au regard de celui des parties. Elle prend ainsi place au milieu de nombreux autres fondements doctrinaux qui tendent à la même fin et de principes normatifs qui indirectement régissent la répartition des rôles. Cette distinction étant inutile et surabondante, il nous semble justifié de plaider en faveur de son abandon non pour la remplacer par un autre fondement doctrinal mais pour revenir aux textes du C.p.c. qui répartissent exactement le rôle de chacun. Ils ont également l'avantage d'être porteurs d'un idéal, celui que Motulsky recherchait au travers de sa distinction du fait et du droit, celui de *l'équilibre des rôles*.

598. La distinction du fait et du droit ne connaît pas plus de succès lorsqu'elle régit l'étendue du contrôle de cassation. Malgré les apparences, nous avons été amené à constater que des questions de fait sont à juste titre examinées au travers des contrôles de dénaturation et motivation. En ces occasions, la Cour exerce pleinement sa mission puisqu'elle censure la violation de règles de droit.

L'inadéquation entre la distinction du fait et du droit et la mission de la Cour de cassation nous a conduit à rechercher sur quel critère s'érige réellement les limites de son contrôle. La distinction classique entre l'arrêt et l'affaire semble pouvoir jouer cet office en rappelant que la Haute Cour est compétente pour tout ce qui concerne l'arrêt mais ne doit sous aucun prétexte

trancher le fond du litige. Juge de l'arrêt elle contrôle que le juge de l'affaire, en appliquant le droit aux faits, n'a violé aucune règle de droit. Le recours en cassation vise donc un contrôle de légalité, ou selon les termes de l'article 604 C.p.c., un contrôle de conformité au droit, expression que nous lui préférons. L'objet du contrôle de la Cour de cassation va donc au-delà de la simple question de droit pour s'étendre à toutes les opérations juridictionnelles nécessaires à l'élaboration du jugement : traitement des faits, qualification, application du droit au sens strict, déductions des conséquences légales.

Démontrer que le contrôle de cassation est *un contrôle de conformité au droit des opérations juridictionnelles telles qu'elles ressortent de l'arrêt* peut permettre, du moins l'espérons-nous, de stabiliser le contrôle de cassation, notamment en incitant fortement la Haute juridiction à porter une attention constante aux questions de qualification, tout en réduisant l'encombrement de cette dernière, en décourageant les plaideurs de former un pourvoi en jouant sur l'incertitude des limites du contrôle.

- CONCLUSION GENERALE -

599. Au premier abord, la distinction du fait et du droit semble évidente voire élémentaire. Ses origines romaines et sa présence dans de nombreux pays renforcent cette impression. De même, si l'on pressent que droit et fait sont différents, la théorie du droit a démontré la consistance de la distinction entre les deux notions : elle trace une frontière délimitant le fait, au sens d'événement, et la norme selon le critère de normativité.

Cependant, la simplicité apparente de la distinction a laissé place au constat de sa complexité lorsque nous l'avons étudiée en droit judiciaire privé (1) ce qui conduit à envisager cette matière sans la distinction (2) et ce qui amène également à s'interroger sur la pertinence de cette dernière en dehors de la procédure civile (3).

1) La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé

600. Répondre à deux questions simples, *ce qu'est* la distinction et *ce qu'elle fait*, a permis de lever le voile sur la distinction en droit judiciaire privé et d'en déceler les deux principaux traits de caractères : elle y est multiple et inopérante.

601. Au fil des siècles, la distinction du fait et du droit a montré plusieurs facettes en étant tour à tour théorique et procédurale, pragmatique et dogmatique. En procédure civile, la distinction montre également de **multiples visages**. Elle est comme le mercure qui, lorsqu'on cherche à s'en saisir, se divise encore et encore. La distinction de la norme et du fait-événement établie par le discours de théorie générale est certes retenue en droit judiciaire privé, - notamment pour en justifier sa consistance-, mais elle est loin d'être la seule. En effet, si cette distinction « statique » convainc, elle reste difficilement utilisable en l'état en procédure civile dont le but est de régir un procès qui est, comme son nom l'indique, dynamique. La distinction du fait et du droit est censée y fonder la répartition des rôles entre les parties et le juge et délimiter l'étendue du contrôle de cassation. Le discours doctrinal n'a d'autre choix que d'adapter la distinction pour la rendre opérante.

602. Ainsi, afin de mieux délimiter le domaine de compétence du juge du fond par rapport à celui des parties, elle devient la distinction du *domaine du droit* et du *domaine du fait*. Pour s'approcher au plus près de la réalité processuelle, elle se subdivise à nouveau et sépare les *activités juridiques* des *activités factuelles* ainsi que les *éléments de faits* des *éléments de droit*. De la sorte les *éléments de faits* sont les événements qui ont donné lieu au litige. Ils sont l'objet des *activités factuelles* que sont la sélection et la preuve des faits. Activités et éléments factuels constituent le *domaine du fait*. Symétriquement, le *domaine du droit* se compose des *activités juridiques* (qualification, interprétation et déduction des conséquences légales) qui portent sur les *règles de droit*. Ce sont tous ces niveaux de distinctions que dissimule la formule « aux parties les faits, au juge le droit ».

Dans le domaine de la cassation, elle change également de visage pour devenir la distinction entre les *questions de fait* qui portent sur l'appréciation des faits au sens large et les *questions de droit* qui concernent l'application du droit (qualification, interprétation et application au sens strict).

En droit judiciaire privé, il n'existe pas *une* distinction *universelle* et *évidente* mais *des* distinctions *particulières* et *complexes* qui sont censées jouer le rôle de fondement.

603. Pourtant, la multiplication des niveaux de distinctions du fait et du droit ne suffit pas à faire de la distinction un fondement efficient en procédure civile. Elle demeure **inopérante** dans les deux domaines qu'elle est censée régir.

604. D'une part, la répartition des rôles ne s'effectue pas selon les critères distinctifs posés par la distinction des domaines du droit et du fait. Les parties perdent la maîtrise des *éléments de fait* dès qu'ils sont entrés dans le débat mais ont la possibilité d'imposer au juge les *règles de droit* qu'elles souhaitent voir appliquer à leur litige. Les *activités sur les faits* devraient être réservées aux parties d'après la distinction, mais l'activité probatoire qui est soumise au droit ne peut qu'impliquer le juge. Quant aux obligations qui portent sur le droit, elles pèsent désormais plus sur les parties (concentration des moyens) que sur le juge (faculté de relever d'office un moyen de droit). La répartition des rôles ne suit pas la frontière entre le fait et le droit.

605. D'autre part, le contrôle de cassation ne porte ni sur toutes les questions de droit, puisque la Haute Cour ne vérifie pas toutes les qualifications, ni exclusivement sur les questions de droit, puisqu'elle apprécie les questions de fait au travers des contrôles de motivation et dénaturation. La frontière tracée par la distinction ne coïncide pas avec la limite du contrôle de cassation. De plus, si la Cour de cassation s'imposait cette frontière, elle ne pourrait exercer pleinement sa mission qui consiste à censurer la violation des lois commise par les juges du fond à l'occasion des jugements.

2) Le droit judiciaire privé sans la distinction du fait et du droit

606. Que la distinction du fait et du droit ne soit ni le fondement de la répartition des rôles entre le juge et les parties ni celui de l'étendue du contrôle de cassation n'a rien de surprenant puisque les textes régissant les deux domaines ne l'ont jamais érigée comme tel. Elle ne les reflète pas, allant même à leur encontre en matière de cassation.

607. Puisque la distinction n'a pas d'assise normative, puisqu'elle n'est que doctrinale, il est possible de s'en détacher et de revenir ainsi aux textes qui déterminent le rôle de chacun dans le procès civil. Les différents niveaux de distinctions ont tenté en vain d'indiquer les solutions aux trois principaux problèmes que pose la répartition des rôles : qui choisit les éléments du litige, comment sont distribuées les activités et quel est l'intensité du rôle de chacun. Or les dispositions du Code de procédure civile apportent une réponse précise à chacune de ces questions. Nul n'est donc besoin de multiplier les fondements en cherchant à remplacer la distinction.

De plus, la persistance de la distinction du fait et du droit s'explique par la conception de l'office du juge et du procès civil dont elle est porteuse. Le Code, qui ignore la distinction, a pourtant adopté la même conception : *l'équilibre des rôles*.

La répartition des rôles entre les parties et le juge sur la matière du litige peut et devrait abandonner la distinction du fait et du droit comme fondement.

608. De même, la Cour de cassation délaisse à juste titre la distinction des questions de fait et des questions de droit pour pouvoir exercer sa mission. Elle doit contrôler la motivation et la dénaturation afin de s'assurer que les règles de forme qui les régissent n'ont pas été violées. Un renouvellement de l'analyse, essentiellement fondé sur les textes et excluant la distinction

du fait et du droit, conduit à découvrir le véritable critère de compétence : *la distinction de l'arrêt et de l'affaire*. La Cour de cassation est juge de l'arrêt. Le jugement de l'affaire, c'est-à-dire le fait de trancher le litige, n'appartient qu'aux juges du fond. Les juges de cassation ont un pouvoir de contrôle de l'arrêt tandis que les juges du fond ont le pouvoir de *juridictio*. La compétence de la Haute Cour ainsi définie permet de faire apparaître le véritable objet du contrôle de cassation : *l'opération juridictionnelle*. Toutes les opérations que le juge du fond effectue lorsqu'il applique le droit aux faits, de l'appréciation des faits à la déduction des conséquences légales, sont susceptibles de le conduire à violer une règle de droit qu'elle soit substantielle ou procédurale. C'est pourquoi toutes doivent être contrôlées. Ce sont les actions, les opérations, du juge du fond perceptibles au travers de l'arrêt qui sont à même d'être contrôlées par la Haute juridiction.

609. Effacer la distinction du fait et du droit de ces deux grands domaines du droit judiciaire privé permet de se libérer d'une contrainte intellectuelle et de renouveler l'analyse de ces questions sans bouleverser la matière.

Affranchir la répartition des rôles de la représentation que l'on s'en fait à travers la distinction du fait et du droit permet de revenir à l'objet représenté : les dispositions du Code de procédure civile. Impérativité et précision de ces dernières devraient inciter la jurisprudence à davantage les suivre, notamment en ce qui concerne la question des pouvoirs et obligations du juge.

La compétence des magistrats et l'objet du contrôle de cassation étant clairement déterminés et délimités, la Haute Cour serait moins tentée de jouer de la frontière incertaine entre le fait et le droit. Espérons qu'elle soit ainsi amenée à exercer un contrôle constant de toutes les qualifications.

Envisager la distinction au-delà du droit judiciaire privé permet d'en pousser plus avant l'analyse.

3) *La distinction du fait et du droit en dehors du droit judiciaire privé*

610. Que la distinction du fait et du droit n'ait pas sa place en droit judiciaire privé ne signifie pas qu'elle ne l'ait pas en Droit. Toutefois, son impuissance en la matière pose la question de sa pertinence dans les autres domaines du droit où elle est utilisée.

La procédure pénale, comme les révolutionnaires l'avait d'ailleurs laissé entendre, est peut être son domaine privilégié. Le principe de légalité commande de déterminer nettement ce qui relève du droit et ce qui n'en relève pas. La preuve est strictement encadrée par la loi. Les opérations de qualification y sont plus explicites et la chambre criminelle ne peut se soustraire à leur contrôle. Il serait d'ailleurs fort étonnant qu'elle le fasse bien que cela reste à vérifier comme il reste à s'assurer de la forme que prend la distinction en cette matière. Certes, on sait déjà que comme toute formation de la Cour de cassation, elle est censée limiter son contrôle aux *questions de droit*, mais il n'est pas inintéressant de s'assurer qu'il s'agit de la même notion qu'en procédure civile. De plus, la distinction du fait et du droit permet de déterminer le rôle du jury dans le procès pénal. La découverte des multiples facettes de la distinction incline à se demander s'il s'agit d'une nouvelle déclinaison de la distinction ou s'il s'agit de la même que l'on retrouve devant la chambre criminelle : le juge pénal se prononce uniquement sur les questions de droit que la chambre criminelle contrôlera par la suite. Une nouvelle fois, la frontière semble plus nette. La distinction du fait et du droit paraît apporter bien plus à la procédure pénale qu'au droit judiciaire privé et il est également possible que le droit pénal donne de la consistance à la distinction. Une étude en ce domaine apporterait beaucoup à la connaissance de celle-ci.

Etudier la distinction au-delà du champ procédural serait également de nature à apporter un grand éclairage sur ce qu'elle est et sur sa capacité à s'adapter à une matière, ce qu'elle n'a pas réussi à faire en procédure civile.

Parce qu'« on ne connaît que les choses que l'on apprivoise »¹⁷¹⁶ et qu'il faut du temps et de la patience pour apprivoiser, le chemin est encore long avant de pouvoir prétendre connaître la distinction du fait et du droit en Droit.

¹⁷¹⁶ SAINT-EXUPERY (A. de), *Op. cit.*, p. 69.

- BIBLIOGRAPHIE -

I - OUVRAGES GENERAUX, MANUELS ET TRAITES

ALBIGÈS (Christophe)

- *Introduction au droit*, Paris, Larcier, coll. Paradigme, 2^e éd., 2015.

ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane) (dir)

- *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy PUF, coll. Quadrige 2003.

ATIAS (Christian)

- *Devenir juriste. Le sens du droit*, Paris, LexisNexis, 2011.

- *Questions et réponses en droit*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2009.

- *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 1999.

- *Epistémologie juridique*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 1985.

AUBERT (Jean-Luc) et SAVAUX (Eric)

- *Introduction au droit et thème fondamentaux du droit civil*, Paris, Sirey, 14^e éd., 2012.

AUDIT (Bernard)

- *Droit international privé*, Paris, Economica, 6^e éd., 2010.

AYNÈS (Laurent) et LARROUMET (Christian)

- *Introduction au droit*, Tome 1, Paris, Economica, Coll. Corpus droit privé, 6^e éd., 2013.

BERRIAT-SAINT-PRIX (Jacques)

- *Cours de procédure civile*, Tome 1er, Paris, 5^e éd., 1825.

BERGEL (Jean-Louis)

- *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2001.

- *Théorie Générale du droit*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2012.

BIOCHE (Charles-Jules-Armand)

- *Dictionnaire de procédure civile et commerciale*, Tome 1^{er}, Paris, Videcoq, 2^e éd., 1839.

BOITARD (Joseph-Edouard)

- *Leçons de procédure civile*, Tome second, Paris, Cotillon, 10^e éd., 1868, édition revue, annotée, complétée par Gabriel Frédéric COLMET-DAAGE.

BONFILS (Henry)

- *Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale*, Paris, Arthur Rousseau, 3^e éd., 1901, entièrement refondue par Ludovic BEAUCHET.

BRY (Georges)

- *Principes de droit romain exposés dans leur développement historique*, Paris, Larose, 3^e éd., 1901.

BUREAU (Dominique), MUIR WATT (Horatia)

- *Droit international privé*, Paris, PUF, 2^e éd., 2010.

CABRILLAC (Rémy)

- *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2013.

CADIET (Loïc) (dir.)

- *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2004.

CADIET (Loïc) et JEULAND (Emmanuel)

- *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 8^e éd, 2013.

CADIET (Loïc), NORMAND (Jacques) et AMRANI MEKKI (Soraya)

- *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2013, 2^e éd.

CARBASSE (Jean-Marie)

- *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris, P.U.F., coll. « droit fondamental », 2009, 3^{ème} éd.

CARBONNIER (Jean)

- *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF, coll. « Thémis. Droit privé », 27^e éd., 2002.

- *Sociologie juridique. Le procès et le jugement. Rédigé d'après la séntotypie du cours et avec l'autorisation de M. J. Carbonnier*, Association corporative des étudiants en droit, Paris, 1961-1962.

CASTALDO (André) et LEVY (Jean-Pierre)

- *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2010.

CHABAS (François), MAZEAUD (Henri, Léon et Jean)

- *Leçons de droit civil, 1, Introduction à l'étude du droit*, Paris, Montchrestien, 12^e éd., 2000.

CHRETIEN (Patrice) et CHIFFLOT (Nicolas)

- *Droit administratif*, Paris, Sirey, 13^e éd., 2012.

COLLECTIF

- « Définir le Droit », I et II, *Droits – Revue française de théorie juridique*, Paris, PUF, 1989, n°10 et 1990, n°11.

CORNU (Gérard)

- *Linguistique Juridique*, Paris, Montchrestien, Domat droit privé, 3^e éd., 2005.

CORNU (Gérard) (dir.)

- *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 1^{ère} éd. 1987 et 9^e éd. 2011.

CORNU (Gérard) et FOYER (Jean)

- *Procédure civile. Mise à jour 1960. Commentaire de la réforme judiciaire*, 1958, Paris, PUF, 1960.

- *Procédure civile*, Paris, PUF, Thémis, 1996.

COUCHEZ (Gérard) et LAGARDE (Xavier)

- *Procédure civile*, Paris, Sirey, 16^e ed. 2010 et 17^e éd., 2014.

CROZE (Hervé)

- *Le procès civil*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2004.

CROZE (Hervé), MOREL (Christian) et FRADIN (Olivier)

- *Procédure civile*, Paris, Litec, 4^e éd., 2008.

DABIN (Jean),

- *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 3^e ed., 1969.

DEL PRETE (Didier) et FISCHER (Eva)

- *Institutions juridictionnelles*, Paris, Hachette Supérieur, 2006.

DEUMIER (Pascale)

- *Introduction générale au droit*, Paris, L.G.D.J., 2011.

DHOQUOIS (Régine)

- *Le droit*, Paris, Le Cavalier Bleu éditions, 2002.

DIJON (Xavier)

- *Droit naturel, tome 1, Les questions du droit*, Paris, P.U.F., Thémis, 1998

- *Méthodologie juridique*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1996.

DOUCHY-OUDOT (Mélina)

- *Procédure civile*, Paris, Gualino, Lextenso éditions, 6^e éd., 2014.

ELLUL (Jacques),

- *Histoire des institutions*, XVI-XVII, Paris, P.U.F., coll. « quadrige », 1999.

FABRE-MAGNAN (Muriel)

- *Introduction générale au droit – Droit des personnes – Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2009.

- *Introduction au droit*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2014.

FRICERO (Natalie) et JULIEN (Pierre)

- *Procédure civile*, Paris, LGDJ, 5^e éd., 2014.

FRYDMAN (Benoît)

- *Les transformations du droit moderne. Introduction aux grands courants de la pensée juridique*, Bruxelles, Story Scientia, 1999.

GAUDU (François) et VATINET (Raymonde)

- *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 5^e éd. 2013

GENY (François)

- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, L.G.D.J., 2^{nde} éd., 1919, réimp. 1996.

GHIRARDI (Olsen Antonio)

- *Le raisonnement judiciaire*, Bordeaux, Editions Bière, 1999.

GRIDEL (Jean-Pierre)

- *Introduction au droit et au droit français*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1994.

GUINCHARD (Serge) (Dir.)

- *Droit et pratique de la procédure civile. Droits interne et de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, Action, 8^e éd., 2014.

GUINCHARD (Serge) et alii

- *Droit processuel*, Paris, Dalloz, 7^e éd., 2013.

GUINCHARD (Serge), CHAINAIS (Cécile), FERRAND (Frédérique)

- *Procédure civile - droit interne et droit de l'union européenne*, Paris, Dalloz, 31^e éd., 2012

- *Procédure civile*, Paris, Dalloz, coll. Hypercours, 3^e éd., 2013.

GUINCHARD (Serge), MONTAGNIER (Gabriel), VARINARD (André), DEBARD (Thierry)

- *Institutions juridictionnelles*, Paris, Dalloz, 12^e éd., 2013.

GUTMAN (Daniel)

- *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 6^e éd., 2009.

HAMON (Francis) et TROPER (Michel)

- *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 35^e ed., 2014.

HUMBERT (Michel)

- *Institutions politiques et sociales de l'antiquité*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2007.

JESTAZ (Philippe)

- *Autour du droit civil. Ecrits dispersés, idées convergentes*, Paris, Dalloz, 2005.
- *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2005.
- *Le droit*, Paris, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 8^e éd., 2014.

JESTAZ (Philippe) et JAMIN (Christophe)

- *La doctrine*, Paris, Dalloz, Coll. Méthode du droit, 2004.

JEULAND (Emmanuel)

- *Droit processuel*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., 2012.

KELSEN (Hans)

- *Théorie pure du droit*, Paris, PUF, 1962, trad. Charles EISENMANN de *Reine Rechtslehre*, Leipzig & Wien, F. Deuticke, 1934, rééd. Paris, L.G.D.J, 1999.

KERNALEGUEN (Francis)

- *Institutions judiciaires*, Paris, Litec, LexisNexis, 2008, 4^e ed.

LAFERRIERE (Edouard)

- *Traité de juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 2^e éd., 1896.

LE BARS (Thierry) et HERON (Jacques)

- *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1^{ère} éd. 1991, 2^e éd. 2002 et 5^e éd., 2012.

LEFORT (Christophe)

- *Procédure civile*, Paris, Dalloz (cours), 4^e éd., 2011.

LOUSSOUARN (Yvon), BOUREL (Pierre) et VAREILLES-SOMMIERES (Pascal De)

- *Droit International Prive*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2013.

MAGNON (Xavier)

- *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008.

MALAURIE (Philippe) et MORVAN (Patrick)

- *Introduction générale*, Paris, Defrénois, 2009.
- *Introduction au droit*, Paris, LGDJ, 5^e ed., 2015

MALINVAUD (Philippe)

- *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Lexis Nexis, 15^e ed., 2015.

MATHIEU (Marie-Laure)

- *Les représentations dans la pensée des juristes*, Paris, IRJS Editions, coll. Les voies du droit, 201

- *Logique et raisonnement juridique*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2015.

MATHIEU-IZORCHE (Marie-Laure)

- *Le raisonnement juridique*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2001.

MOTULSKY (Henri)

- *Droit processuel*, Cours recueilli et mis en corrélation avec la réforme de la procédure civile par Mme CAPEL, Paris, Montchrestien, 1973.

OLIVIER-MARTIN (François)

- *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, C.N.R.S., 2010, 3^{ème} éd

OPPETIT (Bruno)

- *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, Précis, 1999.

PERROT (Roger)

- *Institutions judiciaires*, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2012.

PICHONNAZ (Pascal)

- *Les fondements romains du droit privé*, Paris, LGDJ, Zurich, Schulthess, 2008.

ROUBIER (Paul)

- *Théorie générale du droit: histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Recueil Sirey, 1951.

ROYER (Jean-Pierre)

- *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 3^e ed., 2001.

STAES (Olivier)

- *Droit judiciaire privé*, Paris, Ellipses, 2006.

STRICKLER (Yves)

- *Procédure civile*, Paris, Larcier, coll. Paradigme, 2^e éd., 2008.

TERRÉ (François)

- *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2012.

TIMBAL (Pierre-Clément) et CASTALDO (André)

- *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Paris, Dalloz, 2000, 10^{ème} éd.

VERGÈS (Etienne)

- *Procédure civile*, Grenoble, PUG, 2007.

VILLEY (Michel)

- *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 2 vol., t. 1, 3^e éd., 1982.

- *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003 (1^{ère} éd. Paris, Montchrétien, 1968).

VIRALLY (Michel)

- *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, Ed Panthéon-Assas, 1998.

WALINE (Jean)

- *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 24^e éd., 2012.

WALTER (Ferdinand),

- *Histoire de la procédure civile chez les Romains*, traduit de l'allemand par Édouard Laboulaye, Paris, A. Durand, Paris, Joubert, 1841.

II – OUVRAGES SPECIALISES, ACTES DE COLLOQUES, MONOGRAPHIES, RAPPORTS ET THESES

ARISTOTE

- *Logique*, t. II, *Premiers analytiques*, trad. fr. J. Barthélemy Saint-Hilaire, Paris, Ladrangé, 1839.

ALBIGÈS (Christophe)

- *De l'équité en droit privé*, th. Montpellier I, 1997, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 329, 2000.

AMRANI-MEKKY (Soraya)

- *Le temps et le procès civil*, th. Paris I, 2000, Paris, Dalloz, 2002.

ASSOCIATION FRANÇAISE DE PHILOSOPHIE DU DROIT

« Le langage du droit », *Archives de philosophie du droit*, Tome XIX, Paris, Sirey, 1974

ARNAUD (Antoine)

- *Second mémoire contenant la réponse aux raisons Politiques que le Père Annat allègue pour porter à poursuivre les évêques qui ont distingué le fait du droit*, 1666, <http://books.google.fr/books?id=DlrsKhfFiSQC&printsec=frontcover&hl=fr#v=onepage&q&f=false>

AUBERT (Henri)

- *Des Causes d'ouverture à cassation en matière civile*, thèse, 1884, Paris, reproduite in *Droit romain : de l'"Inintegrum restitutio"*, envisagée comme voie de recours contre les

jugements. Droit français : des Causes d'ouverture à cassation en matière civile, Paris, E. Thorin, 1884.

AZARD (Pierre)

- *L'immutabilité de la demande en Droit judiciaire français*, th. Paris, 1936.

BERRIAT-SAINT-PRIX (Félix)

- *Guide pour les thèses. Manuel de logique judiciaire à l'usage des candidats de concours, des avocats, des magistrats, de tous ceux qui traitent des questions de droit*, Paris, Cotillon, 1855.

BARDONNET (Daniel)

- *Le Tribunal des Conflits juge du fond*, th. Paris, 1957, Paris, LGDJ, 1959.

BECHILLON (Denys de)

- *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Editions Odile Jacobs, 1997.

BERENGER (Frédéric)

- *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, mémoire DEA, Aix-Marseille III, Aix-en-Provence, PUAM, 2003.

BLÉRY (Corrine)

- *L'efficacité substantielle des jugements civils*, th. Caen, 1994, LGDJ, 2000, bibliothèque de droit privé, n°328.

BONNET (Baptiste), DEUMIER (Pascale) (Dir.)

- *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé*, actes du colloque organisé les 22 et 23 octobre 2009 par le Centre de recherches critiques sur le droit et le Centre d'études et de recherches sur l'administration publique de l'Université de Saint-Etienne, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2010.

BORE (Jacques) et BORE (Louis)

- *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz Action, 4^e ed, 2008-2009.

- *La cassation en matière pénale*, Paris, Dalloz Action, 3^e ed, 2012-2013.

BOUSSARD (Sabine)

- *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'Etat. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, th. Paris II, 2000, Paris, Dalloz, 2002.

CADIET (Loïc) et CANIVET (Guy) (Dir.)

- *1806-2006. De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, actes du colloque organisé à la Cour de cassation le 16 novembre 2006, Paris Litec, 2006.

CALAMANDREI (Piero)

- *La cassazione civile*, V.1: *Storia e legislazioni*, et V. 2: *Disegno generale dell'Istituto*, Torino, Fratelli Bocca, 1920.

CENTRE NATIONAL DE RECHERCHE DE LOGIQUE

- *Le Fait et le droit. Etude de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961.

CHENON (Emile)

- *Origines, conditions et effets de la cassation*, Larose et Forcel, 1882, Paris.

CHARTIER (Yves)

- *La Cour de cassation*, Dalloz, 2^e éd., 2003.

CHAUVERON (Pierre de)

- *Du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur la qualification criminelle*, Paris, Arthur Rousseau, 1908.

COLSON (Renaud)

- *La fonction de juger : étude historique et positive*, th. Paris I, 2003, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, Thèses, Volume 29, 2006.

CORNU-THENARD (Nicolas)

- *La notion de fait dans la jurisprudence classique : étude sur les principes de la distinction entre fait et droit*, th. Paris II, 2011, dactyl.

COTTIN (Marianne)

- *L'accès à la Cour de cassation. Etude du droit au pourvoi devant les chambres civiles de la Cour de cassation*, th. Saint-Etienne, 1998, dactyl.

COUR DE CASSATION

- *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, Paris, La Documentation française, 1998.

- *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, Paris, Litec, 2^e éd., 2003

- *Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation - Le droit de savoir*, La Documentation française, 2011.

- *Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation – La preuve*, La Documentation française, 2013

COUR DE CASSATION ET LABORATOIRE D'EPISTEMOLOGIE JURIDIQUE DE LA FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE

- *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La Documentation française, 1994, pp.73-84 et *Dalloz* 1993, chronique XXIX, pp. 133-134.

COUR DE CASSATION ET GROUPE D'ETUDES ET DE RECHERCHES SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE DE L'UNIVERSITE DE DROIT, D'ECONOMIE ET DES SCIENCES D'AIX-MARSEILLE

- *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994, organisé par la Cour de cassation et le Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, PUAM, 1995

CREPON (Théophile)

- *Cour de cassation, origines, organisation, attributions, du pourvoi en cassation en matière civile*, Tomes I, II et III, Paris, Larose et Forcel, 1892.

CROZE (Hervé)

- *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, th. Lyon III, 1981, dactyl.

D'AMBRA (Dominique)

- *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, th. Strasbourg, 1991, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 236, 1994

DAUCHY (Serge)

- *Les voies de recours extraordinaire : proposition d'erreur et requête civile de l'ordonnance de Saint Louis jusqu'à l'ordonnance de 1667*, mémoire de DEA, Paris II, 1987, Paris, PUF, 1988

DAUCHY (Serge) et HALPERIN (Jean-Louis) (Dir.),

- *Itinéraires d'histoire de la procédure civile. 1. Regards français*, Paris, IRJS Editions, 2014.

DEA DE DROIT PRIVE FONDAMENTAL, UNIVERSITE DE MONTPELLIER I, PROMOTION 1999-2000

- « La distinction du fait et du droit au regard des cas d'ouverture à cassation », *Cahiers de l'Ecole doctorale, Mélanges DEA*, Faculté de droit de Montpellier, numéro 2, novembre 2001.

DELICOSTOPOULOS (Ioannis S.)

- *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, th. Paris II, 1999, Paris, L.G.D.J., 2003.

DEUMIER (Pascale)

- *Le droit spontané*, th. Toulouse, 2000, Paris, Economica, 2002.

DEUMIER (Pascale) (dir.)

- *Le raisonnement juridique*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013.

D'ORS (Alvaro)

- *Principe pour une théorie réaliste du droit*, trad. A. Seriaux, RRJ, 1981.

DRAGO (Guillaume) (dir.)

- *L'application de la Constitution par les cours suprêmes. Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation*, actes du colloque organisé le 4 oct. 2006 par l'Institut Cujas, Fédération de recherche en droit public interne, de l'Université Panthéon-Assas, Paris II, avec le concours de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Paris, Dalloz, 2007

DUVAL (Jean-Joseph-Benoît)

- *Le droit dans ses maximes ou Essais sur la théorie, la logique et la classification des maximes ou règles générales du droit*, Paris, E. Legrand et J. Bergounioux, 1836.

EGEA (Vincent)

- *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, th. Aix-Marseille III 2007, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, 2010.

EISMEIN (Adhémar)

- *Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année*, Paris, Sirey, 11^e éd., 1912.

FABREGUETTES (Polydore Jean Etienne)

- *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1914.

FAYE (Ernest)

- *La Cour de Cassation, Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile, suivi du code des lois, décrets, ordonnances et règlements*, Paris, A. Chevalier-Marescq et Cie, 1903, réimp. La Mémoire du droit, 1999.

FERRIERE (Claude Joseph De)

- *Dictionnaire de droit et de pratique*, T1 et 2, Paris, Nyon, 1768.

FERRAND (Frédérique)

- *Cassation française et révision allemande. Essai sur le contrôle exercé en matière civile par la Cour de cassation française et par la Cour fédérale de Justice de la République fédérale d'Allemagne*, th. Lyon III, 1990, Paris, PUF, 1993.

FOYER (Jean) et PUIGELIER (Catherine) (dir.)

- *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Paris, Economica, 2006.

GUILLERMET (Camille-Julia)

- *La Motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, Paris, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2006.

GARSONNET (Eugène)

- *Traité théorique et pratique de procédure*, T1 à 8, Paris, 2e ed, 1898 revue et corrigée par Charles CESAR-BRU.

GERRY-VERNIÈRES (Stéphane)

- *Les « petites » sources du droit. À propos des sources étatiques non contraignantes*, th. Paris II 2010, Economica, Paris, 2012.

GILLI (Jean-Paul),

- *La cause juridique de la demande en justice, essai de définition*, coll. « Bibliothèque de droit public », LGDJ, t. XLLV, 1962

GILSON (Etienne),

- *Réalisme thomiste et critique de la connaissance*, Paris, Vrin, 1939.

GIRARD (Paul-Frédéric)

- *Manuel de droit romain*, Deuxième partie, Paris, Duchemin, 1929, réimp. 1978.

GLASSON (Ernest Désiré)

- *Les sources de la procédure civile française*, Paris, Larose et Forcel, 1882.

HALPERIN (Jean-Louis)

- *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la révolution (1790-1799)*, th. Paris II 1985, LGDJ, Paris, 1987.

HUSSON (Léon)

- *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, Dalloz, 1974.

INGBER (Léon) et VASSART (Patrick) (Dir.)

- *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991.

INSTITUTS D'ETUDES JUDICIAIRES

- *La logique judiciaire*, Ve Colloque des Instituts d'Etudes judiciaires, Paris, PUF, 1969.

- *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Xe Colloque des Instituts d'études judiciaires, Paris, PUF, 1976.

JHERING (Rudolf Von)

- *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son existence*, trad. Malenaere (O. de), t. 3, Paris, Maresq Ainé, 1878.

JOBARD-BACHELLIER (Marie-Noëlle) et BACHELLIER (Xavier), BUK LAMENT (Julie)

- *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile*, Paris, Dalloz, 8^e éd, 2013.

JOLY (Jean)

- *De la loi dont la violation peut constituer un moyen de cassation en matière civile*, Nancy, Kreis, 1903.

KERNALEGUEN (Francis)

- *L'extension du rôle des juges de cassation*, th. Rennes, 1979, dactyl.

LEGEAIS (Raymond)

- *Les règles de preuve en droit civil "permanences et tradition"*, th. Poitiers, 1954, L.G.D.J., 1955.

LANGENIEUX-TRIBALAT (Anne)

- *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français*, th. Limoges, 2007, dactyl.

LE BARS (Thierry)

- *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th. Caen, 1994, Paris, LGDJ, 1997.

LEFORT (Christophe)

- *Théorie générale de la voie d'appel*, th. Angers, 2000, dactyl.

LEMOINE (Chloé)

- *La distinction en droit, une approche épistémologique*, th. Lyon III, 2009, dactyl.

MAGENDIE (Jean-Claude)

- *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, Paris, La Documentation française, coll. des Rapports officiels, 2004.

- *Célérité et qualité de la justice devant la Cour d'appel*, Paris, La Documentation française, coll. des Rapports officiels, 2008.

MALHIÈRE (Fanny)

- *La brièveté des décisions de justice. Contribution à l'étude des représentations de la justice*, th. Montpellier I, 2011, Paris, Dalloz, 2013.

MALPEL-BOUYJOU (Caroline)

- *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, th. Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2012, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol.134, 2014.

MARTIN EUDIER (Frédérique)

- *Ordre public substantiel et office du juge*, th. Rouen, 1994, dactyl.

MARTY (Gabriel)

- *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur les juges du fait*, th. Toulouse, 1929, Paris, Sirey, 1929.

MARGUÉNAUD (Jean-Pierre), MASSÉ (Michel) et POULET-GIBOT-LECLERC (Nadine) (dir)

- *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit. Études offertes à Claude Lombois*, Limoges, PULIM, 2004.

MARRAUD (Catherine)

- *La notion de dénaturation en droit privé français*, th. Nancy 1972, Presses Universitaires de Grenoble, 1974.

MAUGAIN (Géraldine)

- *La modélisation du procès. Emergence d'un schéma procédural en droit interne*, th. Université de Bourgogne, 2010, dactyl.

MEUNIER (Jacques),

- *Les pouvoirs du Conseil constitutionnel, essai d'analyse stratégique*, Paris, Bruxelles, LGDJ, 1994

MELIN (François)

- *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil)*, th. Reims, 2000, Aix-en-Provence, PUAM, 2002.

MIGUET (Jacques)

- *Immutabilité et évolution du litige*, th. Toulouse I, 1975, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 150, 1977.

MINIATO (Lionel)

- *Le principe contradictoire en droit processuel*, th. Toulouse I, 2003, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 483, 2008.

MORVAN (Patrick)

- *Le principe de droit privé*, th. Paris II, 1997, Paris, éd. Panthéon-Assas, Droit privé, 1997.

MONTAZEL (Laurence)

- *Recherches sur les techniques de la cassation au XIXème siècle. Tome 1 : la distinction du fait et du droit dans les arrêts civils de la Cour de Cassation : 1810-1870*, th. Montpellier I, 1992, dactyl.

MOTULSKY (Henri)

- *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Lyon, 1948, Paris, Sirey, 1948, réimp. Paris, Dalloz, 2002.

- *Ecrits. Etudes et notes de procédure civile*, vol. 1, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2009.

- *Ecrits. Etudes et notes de droit international privé*, vol. 3, Dalloz, Paris, 1^e éd., 1978.

MOURY (Jacques)

- *Les Moyens de droit à travers les articles 12 et 16 du NCPC*, th., Paris II, 1986, dactyl.

NORMAND (Jacques)

- *Le juge et le litige*, th. Lille, 1961, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 65, 1965.

OLIVECRONA (Karl),

- *Law as fact*, Londres, Stevens, 2^e ed., 1971.

OLIVIER-MARTIN (François)

- *Les lois du roi*, th., Paris, éd. Loysel, 1988.

ORDRE DES AVOCATS AU CONSEIL D'ÉTAT ET A LA COUR DE CASSATION

- *Le juge de cassation en Europe*, actes du colloque du 10 mars 2011 à l'occasion du vingtième anniversaire de l'Association européenne des barreaux des cours suprêmes, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2012.

PASCAL (Blaise)

- *Les Provinciales, lettres écrites par Louis de Montalte à un provincial de ses amis et aux RR. PP. Jésuites*, Charpentier, 1862.

PARODI (Claude)

- « L'esprit général et les innovations du nouveau Code de procédure civile », *Répertoire du notariat Deffrénois*, 1976.

PARTYKA (Patricia)

- *Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français*, th. Montpellier I, 2004, dactyl.

PENNEC (Laurent)

- *L'adage jura novit curia dans le procès civil. Emergence et évolution contemporaine en droit comparé*, th. Toulon, 2010, dactyl.

PERELMAN (Chaïm)

- *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976.

PERELMAN (Chaïm) (DIR.)

- *Le raisonnement juridique et la logique déontique*, Bruxelles, Bruylant, 1970.

PERELMAN (Chaïm) ET FORIERS (Paul) (dir.),

- *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981.

PODRAZA-SCRIPZAC (Edith)

- *La fonction de jurisprudence du Conseil d'Etat*, th. Lille II (Douai), 2007, dactyl.

PRIEUR (Evelyne)

- *La substitution de motifs par la Cour de cassation*, th. Caen, 1983, Paris, Economica, collection droit civil, 1986.

PUIGELIER (Catherine)

- *La pratique de la cassation en matière sociale*, Paris, LexisNexis, 3^e ed. 2012.

RAY (Jean)

- *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1926

RIALS (Stéphane)

- *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris II, 1978, Paris, LGDJ, 1980

RIGAUX (François)

- *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, th. Louvain, 1966, Bruxelles, Bruylant, 1966.

ROBIN (Cécile)

- *La langue du procès*, th. Bordeaux IV, 1995, PU Faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2000.

ROGUIN (Ernest)

- *La règle de droit*, Lausanne, F. Rouge, 1889.

SALHI (Karim)

- *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, th. Caen, 2004, dactyl.

STAMMLER (Rudolf)

- *Theorie der Rechtswissenschaft (Théorie de la Science juridique)*, Buchhandlung des Waisenhauses, 1911, Halle, 2^e éd., 1923 : non traduit, cité par H. Motulsky.

STRÖMHOLM (Stig) et VOGEL (Hans-Heinrich)

- *Le « réalisme scandinave » dans la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, bibliothèque de philosophie du droit, vol. XIX, 1975

TERRE (François)

- *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, 1955, Paris, LGDJ, 1957.

TROPER (Michel)

- *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, th. Paris, 1967, LGDJ, Paris, 1980.

VAN DROOGHENBROECK (Jean-François)

- *Cassation et juridiction. Iura dicit Curia*, th. Louvain 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004

VEDEL (Georges)

- *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, th. Toulouse, 1934, Paris, Sirey, 1934.

VERGÈS (Etienne)

- *Les principes directeurs du procès judiciaire. Etude d'une catégorie juridique*, th. Aix-Marseille III, 2000, dactyl.

VIDALIN (Jacques)

- *Le droit et le fait. Remarque sur l'articulation du procès romain*, Bordeaux, Publications de la Faculté de droit, des sciences sociales et politiques, n° 8, 1975.

WEBER (Jean-François)

- *La Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 2^e éd., 2011.

III – DOCUMENTS D'ARCHIVES

DUVERGIER (Jean-Baptiste)

- *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État depuis 1788 par ordre chronologique*, Paris, 1824, t. 1.

MAVIDAL (Jérôme) et LAURENT (Emile)

- *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, première série (1789 à 1800, Tomes XII à XX, Paris, Paul Dupont, 1881-1885.

IV – ARTICLES, NOTES ET CHRONIQUES

ANCEL (Jean-Pierre)

- « Le manque de base légale », communication du 3 décembre 2009, cycle droit et technique de cassation 2009, reproduite in *B.I.C.C.*, Les éditions des journaux officiels, 2010, n° 719, pp. 6-10.

ANCEL (Bertrand) et MUIR-WATT (Horatia)

- « De l'office du juge dans l'application de la loi étrangère et de la force probante d'un acte notarié étranger », note sous Civ. 1^{re} et Com. 28 juin 2005, n^{os} 00-15.734 et 02-14.686, *D.* 2005, 2853, *Rev. Crit. DIP*, Dalloz, 2005, p. 645.

AMRANI-MEKKI (Soraya)

- « Procès », *Dictionnaire de la justice*, L. Cadiet (dir.), Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2004, pp. 1081-1089.

- « L'avenir du nouveau code de procédure civile en France », *1806-2006. De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, actes du colloque organisé à la Cour de cassation le 16 novembre 2006, Paris, Litec, 2006, pp.241-260.

- « Le principe de célérité », *Revue française d'administration publique*, E.N.A., 2008, n° 125, pp.43-53

AMRANI-MEKKI (Soraya), JEULAND (Emmanuel), SERINET (Yves-Marie), CADIET (Loïc)

- « Le procès civil français à son point de déséquilibre ? A propos du décret « procédure » », *JCP G.*, n° 24, juin 2006, I, 146.

AMSELEK (Paul)

- « Les fonctions normatives ou catégories modales », *Philosophiques*, vol. 33, n° 2, 2006, pp. 391-418.

ARRIGHI DE CASANOVA (Jacques)

- « Les modalités de filtrage des pourvois en cassation devant le Conseil d'Etat », *Le juge de cassation en Europe*, Actes du colloque du 10 mars 2011 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Paris, Dalloz, 2012, pp.47-52.

ASCARELLI (Tullo)

- « Le fait et le droit devant la Cour de cassation italienne », communication faite au Centre national de logique le 7 novembre 1959, in *Le Fait et le droit. Etude de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, pp. 113-129.

ASSI (Eugène Assepo)

- « La cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : un troisième degré de juridiction ? », *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 4, 2005, pp. 943-955.

ATIAS (Christian)

- « L'introuvable question de droit », *RTD Civ*, 2010, pp. 243-260.

- « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 744s.

- « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La Documentation française, 1994, pp.73-84 et *Dalloz* 1993, chronique XXIX, pp. 133-134.

- « Pouvoir et autorité judiciaires », *Recueil Dalloz*, 1992, pp. 180-199.

ATIAS (Christian) et LINOTE (Didier)

- « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *Dalloz*, 1977, chronique pp. 251-258.

AUBERT (Jean-Luc)

- « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en matière civile », *Dalloz*, 2005, chronique pp. 1115 s.

AUVERGNON (Philippe.), GIL Y GIL (José Luis)

- « La réforme du droit du travail en Espagne », *Droit social*, 1995, pp. 199-208.

AVENA-ROBARDET (Valérie)

- « Concentration des moyens n'est pas concentration des demandes », note sous Cass. Civ. 2e, 26 mai 2011, F-P+B, n° 10-16.735, *Dalloz actualité*, 10 juin 2011.

AVRIL (Yves)

- « La faute intentionnelle de l'avocat », *D.*, 2011, pp. 355 s.

BACH (Louis)

- « Jurisprudence », *Répertoire de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2009 (mise à jour 2012).

BACHELLIER (Xavier)

- « Le pouvoir souverain des juges du fond », *Droit et technique de cassation*, 2009, étude au *BICC* n° 702 du 15 mai 2009, pp. 18-23.

BATIFFOL (Henri)

- « Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 35-44.

BEIGNER (Bernard)

- « Le nouveau Code de procédure civile : un droit de professeurs », *1806-2006. De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, actes du colloque organisé à la Cour de cassation le 16 novembre 2006, Paris Litec, 2006, pp. 35-45.

BERGEL (Jean-Louis)

- « Introduction générale », *Actes du colloque - L'office du juge*, Paris, Sénat, 2006, pp. 12-25.

BERNS (Thomas)

- « Quel modèle théologique pour le politique chez Bodin ? », à paraître in *Les origines théologico-politiques de l'humanisme européen*, Bruxelles, Ousia ; en ligne sur le site du Centre Perelman de Philosophie du droit <http://www.philodroit.be/Quel-modele-theologique-pour-le>

BETOULLE (Jérôme)

- « La distinction contrôle lourd / contrôle léger de la Cour de cassation. - Mythe ou réalité ? », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 41, 9 octobre 2002, I, 171, pp. 1790 s.

BIENVENU (Jean-Jacques)

- « Aux origines de la cassation et au lendemain des Constitutions : les premières décisions de cassation », *L'application de la Constitution par les cours suprêmes. Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 11-15.

BLÉRY (Corinne)

- « Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès ? (Du renouvellement des rôles du juge et des parties quant au droit lors d'un procès) », *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, Paris, LGDJ, 2008, pp.111-124.

- « Principe de concentration des moyens : nouvelle pierre à l'édifice. Note sous Cass. 1re civ., 24 sept. 2009, n° 08-10.517, FS P+B », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 45, 2 Nov. 2009, p. 401.

- « Des effets dévastateurs du principe de concentration », *Procédures*, LexisNexis, n° 1, Janv. 2010, alerte 1, pp. 2 s.

- « Question prioritaire de constitutionnalité, jurisprudence *Cesareo* et office du juge : l'impossible conciliation », *Procédures*, LexisNexis, n° 6, Juin 2010, alerte 28, pp. 2-3.

BLÉRY (Corinne) et RASCHEL (Lois)

- « Les rôles respectifs du juge et des parties en droit interne et international », actes du colloque Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky du 20 janvier 2012 à Caen, *Procédures*, LexisNexis, n° 3, mars 2012, pp.12-15.

BLONDEL (Philippe),

- « Le juge et le droit », *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, Paris, La Documentation française, 1998, pp. 103-159.

- « Le fait source de droit », *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz 2000, pp. 203-224.

- « Pourvoi en cassation », *Dictionnaire de la justice*, L. Cadiet (dir.), Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2004, pp. 1003-1009.

- « Les offices croisés du justiciable, de son ou de ses conseils, du technicien ou de tout autre intervenant à l'œuvre de justice et du juge pour une première instance revisitée et dominée par un principe de complétude ou le décryptage d'un songe procédural », *Le nouveau code de procédure civile (1975 – 2005)*, Paris, Economica, 2006, pp. 159-182.

- « Henri Motulsky et les missions pratiques », actes du colloque Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky du 20 janvier 2012 à Caen, *Procédures*, LexisNexis, n° 3, mars 2012, pp.26-31.

BOLARD (Georges)

- « Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP G.*, n° 30, 28 juillet 1993, I, 3693.

- « Les écritures qualificatives », *JCP G.*, n° 12, mars 2000, I, 214.

- « Motulsky », *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2004, pp. 915-917.

- « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP G.*, n° 26, I 156, 2008.

- « Le demandeur doit présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause », commentaire de Cass. civ.1, 28 mai 2008, n° 07-13.266, FS P+B+I, SARL Sté G et A Distribution c/ SAS Prodim, JurisData, n° 2008-044114, *JCP G.*, n° 42, oct. 2008, II, 10170.

- « L'autorité de chose jugée et les principes directeurs du procès », *Mélanges Sawczuk*, pp.62-68, v. aussi <http://www.pan-ol.lublin.pl/wydawnictwa/TPraw3/Bolard.pdf> .

BOLZE (Antoine)

- « L'application de la loi étrangère par le juge français : le point de vue d'un processualiste », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1818.

- « Le délibéré ou les mystères de la fabrication du droit », *Gazette du Palais*, 18 fév. 2003, n° 49, p. 4.

- « Codification et procédure civile », *Le nouveau code de procédure civile (1975 – 2005)*, Paris, Economica, 2006, pp. 95-113.

BORÉ (Jacques)

- « *Da mihi factum, dabo tibi jus.* - Une philosophie du procès toujours d'actualité ? », *JCP G.*, n° 41, 5 Octobre 2009, pp. 319 s.

- « La Cour de cassation juge du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La Documentation française, 1994, pp. 53-62.

- « Un centenaire, le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, 1972, pp. 249 et s.

BORÉ (Jacques) et BORÉ (Louis)

- « Pourvoi en cassation », *Répertoire de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2013.

BORÉ (Louis)

- « Une nouvelle réforme de la Cour de cassation. - À propos du décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 », *JCP G.*, n° 24, 11 Juin 2008, act. 399.

- « La spécificité de la technique de cassation », *JCP*, 2009, p.58.

BORÉ (Louis) et SALVE DE BRUNETON (Jean de)

- « Quelques idées sur le pourvoi en cassation », *Recueil Dalloz*, 2005, pp. 180-184.

BOUCARD (François)

- « Pourvoi en cassation. - Le renvoi après cassation », *JCl. Procédure civile*, Fasc. 762, 2010.

- « Pourvoi en cassation . – Contrôle de la conformité du jugement . – Cas d'ouverture et moyens de cassation », *JCl. Procédure civile*, Fasc. 755, 2015.

- « Pourvoi en cassation » . – Contrôle de cassation . – Contrôle de l'application de la loi », *JCl. Procédure civile*, Fasc. 756, 2015.

BOULET-SAUTEL (Marguerite)

- « La cassation sous l'Ancien régime », *Le Tribunal et la Cour de cassation, 1790-1990. Volume Jubilaire*, Paris, Litec, 1990, pp. 1-24.

BOUVERESE (Aude)

- « Tribunal de première instance », *Répertoire de droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2009.

BRENNER (Claude)

- « les conceptions actuelles de l'autorité de la chose jugée en matière civile au regard de la jurisprudence », *Le nouveau code de procédure civile (1975 – 2005)*, Economica, Paris, 2006, pp. 221-232.

BUCH (Henri)

- « Le droit et le fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat de Belgique », communication faite au Centre national de logique le 13 décembre 1958, in *Le Fait et le droit. Etude de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, pp. 148-174.

BUGADA (Alexis)

- « Le travail dominical dans le commerce en question (réflexions à partir d'un pôle économique discuté) : Cour Administrative d'Appel de Marseille 6 janvier 2004 (plusieurs arrêts) », *Droit social*, 2005, pp. 536-545.

BUFFET (Jean)

- « Le contrôle de la cour de cassation et le pouvoir souverain », *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, 2004, pp. 113-124.

- « La sentinelle de la loi », *La justice civile au vingt-et-unième siècle. Mélanges Pierre Julien*, Aix-en-Provence, Edilailx, 2003, p. 37-48.

- « La Cour de cassation », *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2004, pp. 260-266.

BURGELIN (Jean-François)

- « La Cour de cassation en question », *Recueil Dalloz*, 2001, n° 12, Point de vue, pp. 932-934.

BURNIAT (N.) et DELFORGES (G.),

- « Le syllogisme dialectique: modèle pour une analyse structurale des rapports entre fait et droit dans le cadre du raisonnement juridique en droit international public. Etude de cas : l'arrêt Gabcikovo-Nagymaros rendu le 25 septembre 1997 par la C.I.J. », Bruylant, *R.D.B.I.*, 1999, pp. 435-474.

BUSSY (Florence)

- « L'erreur judiciaire », *Recueil Dalloz*, 2005, p.2552.

CADIET (Loïc)

- « Observations conclusives », *Le juge de cassation en Europe*, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2012, pp. 105-126.

- « Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky ? », actes du colloque Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky du 20 janvier 2012 à Caen, *Procédures*, LexisNexis, n° 3, mars 2012, pp. 9-11.

- « Les principes généraux du procès civil en France », *Principes fondateurs des droits français et russe*, Dalloz, 2011, pp. 411-433.

- « D'un code a l'autre : de fondation en refondation », *De la commémoration d'un code a l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, actes du colloque organisé à la Cour de cassation le 16 novembre 2006, Paris Litec, 2006, pp. 3-17.

- « Les conflits de légalité procédurale dans le procès civil », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, pp. 57-78.

- « La légalité procédurale en matière civile », *BICC*, n° 636, 15 mars 2006, pp. 3-19.

- « Construire ensemble des débats utiles... », *La procédure dans tous ses états. Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Paris, Petites Affiches, LGDJ, 2005, pp. 99-115.

- « Efficience versus équité », *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruylant, 2004, pp.25-46.

- « Contradictoire », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir), Paris, Lamy PUF, coll. Quadrige 2003, pp. 271-274.

- « L'avènement du nouveau de procédure civile – le code », *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, La Documentation française, Paris 1998, pp. 45-87.

CANIVET (Guy)

- « La procédure d'admission des pourvois en cassation, *Bilan d'un semestre d'application de l'article L 131-6 du Code de l'organisation judiciaire* », *Dalloz*, 2002, n° 28, 25 juillet 2002, pp. 2195-2201.

CANIVET (Guy) et MOLFESSIS (Nicolas)

- « L'imagination du juge », *La procédure dans tous ses états. Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Paris, Petites Affiches, LGDJ, 2005, pp. 131-148.

CARPI (Federico)

- « Quelques remarques sur les réformes du procès civil en Italie, *De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, actes du colloque organisé à la Cour de cassation le 16 novembre 2006, Paris Litec, 2006, pp. 301-310.

CAVIN (Pierre)

- « Le Tribunal fédéral suisse », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 30, n° 1, Janvier-mars 1978, pp. 345-362.

CHADELAT (Catherine)

- « L'élaboration d'un code de procédure civile, entre pratique judiciaire et droit savant », *De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, actes du colloque organisé à la Cour de cassation le 16 novembre 2006, Paris, Litec, 2006, pp. 47- 74.

CHAINAIS (Cécile)

- « Rapport de synthèse. Le destin d'une pensée visionnaire », actes du colloque Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky du 20 janvier 2012 à Caen, *Procédures*, LexisNexis, n° 3, mars 2012, pp. 55-61.

CHARRUAULT (Christian)

- « La souveraineté du juge du fond à l'épreuve de quelques faits », communication du 2 février 2009, cycle Droit et technique de cassation 2009, *BICC*, n° 702, 15 mai 2009, pp. 24-28.

CIURO CALDANI (Miguel-Angel)

- « Méthodologie juridique et théorie du droit », *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 103-124.

COMANDUCCI (Paolo)

- « Quelques problèmes conceptuels concernant l'application du droit », *L'architecte du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 315-327.

CORNU (Gérard)

- « Rapport de synthèse », *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, X^e Colloque des Instituts d'études judiciaires, Paris, PUF, 1976, pp. 107-123.

- « Les définitions dans la loi », *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 77-92.

- « L'élaboration du Code de procédure civile », *La codification*, actes du colloque des 27 et 28 octobre 1995 à Toulouse, Dalloz, 1996, p.71-80.

- « L'avènement du nouveau de procédure civile – la codification », *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, Paris, La Documentation française, 1998, pp. 19-28.

- « La codification de la procédure civile en France », *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, pp. 385-395.

CORSTENS (Geert),

- Présentation, *le juge de cassation en Europe*, Actes du colloque du 10 mars 2011 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Paris, Dalloz, 2012, pp. 17-18.

COSTA (Jean-Paul)

- Le recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme s'apparente-t-il à un pourvoi en cassation ?, », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 97-109.

COTE (Pierre-André)

- « La distinction du droit et des faits en droit transitoire », *Aux confins du droit, Essai en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001, pp. 37-50.

CRISTAU (Antoine)

- « Contrat de travail à durée indéterminée (Rupture - Licenciement pour motif personnel : conditions) », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2004 (mise à jour 2014)

CROZE (Hervé),

- « Entre deux eaux : la place de l'instance d'appel en procédure civile », *Procédures*, LexisNexis, n° 10, octobre 2013, Dossier, n° 2, pp. 6 s.

- « Le juge doit-il dire le droit », *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural au légalisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 225 -232.

- « La question prioritaire de constitutionnalité : aspects procéduraux », *Procédures*, LexisNexis, n° 2, Février 2010, étude 2, pp. 7 s / *JCP G.*, n° 9-10, 1^{er} mars 2010, pp. 490-502.

- « *Da mihi factum jusque* », *Procédures*, LexisNexis, n° 10, octobre 2006, repère 9, pp. 1 s.

DAMIEN (André) et BORE (Jacques)

- « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile », *RFDA*, 1990, pp. 777-791.

DARCY (Gilles)

- « Regard elliptique sur l'office du juge », *Actes du colloque - L'office du juge*, Paris, Sénat, 2006, pp. 528-544.

DARMON (Marco) et VAHDAT (Christophe)

- « Cour de justice », *Répertoire de droit communautaire*, Dalloz, août 2007 (dernière mise à jour : janvier 2013).

DAUCHY (Serge)

- « La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1806 », *De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, actes du colloque organisé à la Cour de cassation le 16 novembre 2006, Paris, Litec, 2006, pp. 77-89.

DECHRISTE (Caroline)

- « Les limites de la nature « réglementaire » de la convention collective », *Dalloz actualité*, 5 avril 2007.

DEHARO (Gaëlle)

- « Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2013.

DEKKERS (René)

- « Le fait et le droit problèmes qu'ils posent », communication faite au Centre national de logique le 8 novembre 1959, in *Le Fait et le droit. Etude de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, pp. 7-14.

- « Le fait et le droit dans la procédure classique romaine », communication faite au Centre national de logique le 5 décembre 1959, in *Le Fait et le droit. Etude de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, pp. 14-26.

DELICOSTOPOULOS (Yannis S.)

- « L'influence du droit européen quant aux pouvoirs du juge judiciaire nationale sur le fait et le droit », *Justices*, n° 6, avril/juin, 1997, pp. 117-133.

DELVOLVE (Pierre)

- « Conclusion », *L'application de la Constitution par les cours suprêmes. Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 206-234.

- « Le Conseil d'Etat », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, juin 2012.

DENQUIN (Jean-Marie)

- « Réflexions sur le syllogisme judiciaire », *L'architecte du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 373-385.

DENOIX DE SAINT MARC (Renaud)

- « Les considérations de fait devant le Conseil d'Etat, juge de cassation », », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 135-139.

DEPARIS (Benjamin)

- « Mise en Etat et délai raisonnable des procédures civiles », *Gazette du Palais*, 13 décembre 2005, n^{os} 345-347, p. 2-7.

DESDEVISES (Yvon)

- « Procédure civile », *Dictionnaire de la justice*, L. Cadiet (dir.), Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2004, pp. 1068-1074.

DESHAYES (Olivier)

- « L'office du juge à la recherche de sens, à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1102-1109.

- « L'autorité de la chose jugée », actes du colloque *Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky ?* du 20 janvier 2012 à Caen, *Procédures*, LexisNexis, n^o 3, mars 2012, pp.33-36.

DEUMIER (Pascale)

- « Règle recherche source désespérément (histoire d'un transfert normatif de l'ordonnance royale de 1681 vers la coutume internationale) », *RTD civ.*, 2009, 490.

- « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *Petites affiches*, 6 mars 2000, n^o 46, p. 6-12.

- « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du caractère prioritaire), *RTD Civ.*, 2010, p.499.

- « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) », *RTD Civ.*, 2010, p.504.

- « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) », note Cass., 19 mai 2010, n^o 09-82.582, *RTD civ.*, 2010, p. 508.

- « Coutume et usage », *Rep. civ.*, Dalloz, 2014, n^o44.

DESCOTES (Dominique)

- « Force et violence dans le discours chez Antoine Arnaud », *Antoine Arnaud philosophie du langage, et de la connaissance*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1995.

DE VITA (Anna)

- « Aperçu comparatif », In *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50 n^o 3. Juillet-septembre. pp. 809- 815.

DOUCHY-OUDOT (Mélina)

- « L'office du juge », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Paris, Dalloz, 2009, pp.99-108.

- « La scission des phases de l'instance : la mise en Etat », *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, pp.233-245.

DRAGO (Roland)

- « Quelques réflexions sur le contrôle des motifs par le juge administratif », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, pp. 155-159.

DROSS (William)

- « Rapport de synthèse », Actes du Colloque du Laboratoire de droit privé, Université Montpellier 1, « La motivation », *Revue Lamy Droit civil*, Lamy, janvier 2012, n° 89, pp.97-101.

DUFFY-MEUNIER (Aurélié)

- « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act 2005* : Une juridiction hors norme », *R.I.D.C*, 3-2012, pp. 681-734.

DUFWA (Goran)

- « La Cour Suprême de Suède », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 30, n° 1, janvier-mars 1978, pp. 171-182.

DUPICHOT (Jacques)

- « L'adage « *Da mihi factum, dabo tibi jus* », Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit », *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris, Dalloz, 2005, pp.426-439.

DURRY (Georges)

- « De l'usage de la distinction du fait et du droit en matière d'assurance et de responsabilité », *Risques, Les cahiers de l'assurance*, n° 44, FFSA, Décembre 2000, p. 104.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (Olivier),

- « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz 2007, pp. 315-328.

EISENMANN (Charles)

- « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 477-506.

ENCINAS DE MUNAGORRI (Rafael)

- « Le juge doit se procurer la convention collective dont l'application est invoquée par les parties », *Recueil Dalloz*, 1994, p. 588.

ESMEIN (Paul),

- obs. ss Cass. civ. 1, 10 oct. 1960, *JCP G.*, 1961, II, 11980.

FABRE (Martine)

- « La cassation sans renvoi en matière civile », *JCP G.*, n° 38, 2001, Doctrine, I, 347, pp. 1715-1720.

FAVOREU (Louis) et RENOUX (Thierry)

- « Rapport introductif », *La Cour de cassation et la Constitution de la République : actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p. 15.

FERRAND (Frédérique)

- « Appel », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2012 (mise à jour 2014).

- « Autorité et juridictions de cassation. De l'autorité des arrêts à l'autorité des cours », *Le juge de cassation en Europe*, Actes du colloque du 10 mars 2011 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Paris, Dalloz, 2012, pp. 91-103.

- « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine Henri Motulsky », actes du colloque Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky du 20 janvier 2012 à Caen, *Procédures*, LexisNexis, n° 3, mars 2012, pp. 36-47.

- « Le nouveau code de procédure civile français et les principes Ali/unidroit de procédure civile transnationale : regard comparatif », *Le nouveau code de procédure civile (1975 – 2005)*, Paris, Economica, 2006, pp. 439-477.

- « Preuve », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2006.

FLORES (Philippe)

- « Question prioritaire de constitutionnalité », *JCl Procédure civile*, Fasc. 156, 2012.

FILLION-DUFOULEUR (Bernard)

- « L'application de la loi étrangère et le contrôle de dénaturation », note sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1997, *JCP G.*, n° 83, oct. 1998, II, 10170.

FOHRER-DEDEURWAERDER (Estelle)

- « Conflit de lois. – Loi étrangère devant les juridictions françaises. – Application d'office de la règle de conflit de lois. – Établissement d'office du contenu de la loi étrangère », *JurisClasseur Civil Code*, Fasc. 60, 2010.

FOMETEU (Joseph)

- « Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation », in *Les mutation juridiques dans le système OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2009, pp. 37-69.

FOUSSARD (Dominique)

- « La Cour de cassation française et l'unification du droit », *Les Cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe*, Bruxelles, Bruylant, 2001, voir aussi <http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/cjsma/fouss.pdf>

- « Le manque de base légale », communication du 3 décembre 2009, cycle droit et technique de cassation 2009, reproduite in *B.I.C.C.*, Les éditions des journaux officiels, 2010, n° 719, pp. 11-21

FOYER (Jacques)

- « La fonction juridictionnelle de la Cour de cassation », *Les Cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe*, Bruxelles, Bruylant, 2001, voir aussi <http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/cjsma/foyer.pdf>.

FRICERO (Nathalie)

- « Motivation des arrêts de la Cour de cassation », *Procédures*, LexisNexis, n° 4, Avril 2012, n° 114, pp.18-19, comm. Sous CEDH, 16 février 2012, n° 17814/10.

FRISON-ROCHE (Marie-Anne)

- « Les offices du juge », in *Jean FOYER, Auteur et législateur*, Mélanges Jean Foyer, Paris, PUF, 1997, pp. 463-476.

- « La rhétorique juridique », in *Argumentation et rhétorique (II)* Hermès 16, Paris, CNRS éditions, 1995, pp. 73-83.

GALLET (Jean-Louis),

- « Juge judiciaire et droit administratif », *AJDA*, 2013, p. 391.

GARDIES (Jean-Louis)

- « Ce que la raison doit au procès », in *Le procès, Archives de philosophie du droit*, t. 39, 1994, pp. 39-45.

GASSIN (Raymond)

- « De l'intérêt pour le juriste de la pensée philosophique de Frédéric Nietzsche : le texte et l'interprétation », *Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 233-246.

GAUDEMET (Yves)

- « Méthodes du juge », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir), Paris, Lamy PUF, coll. Quadrige 2003, pp. 1018-1021.

GAUTIER (Pierre-Yves)

- « La faculté pour le juge de soulever d'office un moyen de droit et la protection effective de l'acheteur », note sous Cass. Ass. Plén., 21 dec. 2007, n°06-11343, Bull. ass. plén. n°10, *RTD Civ*, 2008 p.317.

- « Pitié pour l'ex-commodat ! Où le prêteur se trouve à nouveau piégé, par l'autorité de chose jugée et le manquement au devoir de compétence de l'avocat », note sous Civ. 1^{re}, 24 sept. 2009, n° 08-10.517, Bull. civ. I, n° 177, *RTD Civ.*, 2010, pp. 129 s.

GJIDARA (Sophie)

- « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *PA*, mai 2004, n° 105, P. 3, n°12.

GHANEM (Ghaleb)

- « Le rôle normatif de la Cour de cassation, observations générales nourries de l'exemple libanais », *le juge de cassation en Europe*, Actes du colloque du 10 mars 2011

organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Paris, Dalloz, 2012, pp.19-22.

GIULIANI (Alessandro)

- Le rôle du « fait » dans la controverse (à propos du binôme « rhétorique-procédure judiciaire »), in *Le procès, Archives de philosophie du droit*, T. 39, 1994, pp. 229 s.

GONZALEZ (Gérard),

- « L'avenir assuré de la notion de « moyen nouveau » à la Cour de cassation », *JCP G.*, n° 10, 5 Mars 2012, 293, note sous CEDH, 16 février 2012, n° 17814/10.

GOTHOT (Pierre)

- « Origène et le procureur ou la nature de la Cour de cassation », *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Paris, Economica, 2004, pp. 139 s.

GOUTTES (Régis de)

- « L'application de la Constitution par la Cour de cassation : aspects généraux et perspectives de droit civil », *L'application de la Constitution par les cours suprêmes. Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 55 s.

GRIDEL (Jean-Pierre)

- « L'office du juge civil », Conférence prononcée à l'École nationale de la magistrature, Bordeaux, 26 octobre 2012, *B.I.C.C.* n° 775, Les éditions des journaux officiels, 2013, pp. 6-18.

GRIMALDI (Cyrille)

- « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *Recueil Dalloz*, 2007, pp. 1448-1452.

GRISWOLD (Erwin N.)

- « La Cour Suprême des Etats-Unis », In *Revue internationale de droit comparé*, vol. 30, n°1, Janvier-mars 1978, pp. 97-110.

GROSS (Norbert)

- « Le juge de cassation en Europe – L'Allemagne, *le juge de cassation en Europe*, Actes du colloque du 10 mars 2011 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Dalloz, 2012, pp. 27-36.

GRUA (François)

- « Les divisions du droit », *RTD civ.*, 1993, pp. 59-71.

GUEZ (Philippe)

- « Quand la Cour de cassation fait obstacle à l'adoption plénière des enfants d'Haïti », note sous Cass. avis, 4 avril 2011, *Recueil Dalloz*, 2011, pp. 2016-2019.

GUILLAUME (Marc)

- « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2015.

GUINCHARD (Serge)

- « Qu'est devenue la pensée de Motulsky : brefs propos introductifs », actes du colloque *Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky ?* du 20 janvier 2012 à Caen, *Procédures*, LexisNexis, n° 3, mars 2012, pp. 31-32.

- « 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 des demandes » », *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, pp. 379-395.

- « Le réveil doctrinal d'une belle au bois dormant trop longtemps endormie ou la procédure civile entre droit processuel classique, néo-classique ou européeniste et technique d'organisation du procès », *Liber amicorum en l'honneur de Raymond Martin*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 97-109.

- « Quels principes directeurs pour les procès de demain », *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 201- 248.

- « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », *Clés pour le siècle. Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Université Paris II, Dalloz, 2000, pp. 1135-1211.

- « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?) », *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, 1999, pp. 761-780.

GUTMANN (Daniel)

- « Droit subjectif », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir), Paris, Lamy PUF, coll. Quadriga 2003, pp. 529-533.

HAARSCHER (Guy)

- « Le procès chez Perelman », in *Le procès, Archives de philosophie du droit*, T. 39, 1994, pp. 201-210.

HABA (Enrique Pedro)

- « Sciences du droit – quelle science ? », *Archives de philosophie du droit*, t. XXXVI, Sirey, 1991, pp. 165-187.

HADATI (Habib)

- « Le pouvoir unificateur de la Cour de cassation libanaise : Mythe ou réalité ? », *Les Cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe*, *Actes du colloque de Beyrouth*, éditions Bruylant Bruxelles, 1999, pp. 147-157.

HALPERIN (Jean-Louis)

- « Le tribunal de Cassation sous la Révolution (1790-1799) », *Le Tribunal et La Cour de cassation, 1790-1990. Volume jubilaire*, Litec, 1990, pp. 25-51.

- « Le Code de procédure civile de 1806 : un code de praticien ? », *1806-2006. De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, actes du colloque organisé à la Cour de cassation le 16 novembre 2006, Paris Litec, 2006, pp. 23-34.

HARAVON (Michaël)

- « Dix années de réforme de la procédure Civile anglaise : révolte ou révolution ? », *R.I.D.C.*, 4-2004, pp. 825-845.

HÉBRAUD (Pierre)

- « Rapport Introductif », *La logique judiciaire. 5^e colloque des Instituts d'Etude Judiciaires (Paris, 18-20 mai 1967)*, PUF, 1969, pp. 23-51.

HEMERY (Bernard)

- « Pour un contrôle de la dénaturation des faits par la Cour de cassation », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, pp. 289-294.

HENRY (Xavier)

- « La motivation des arrêts et la technique du moyen – Propositions de réforme », *JCP* 2010, n^{os} 45-46, 1130, pp. 2125-2133.

HERON (Jacques)

- « Le nouveau code de procédure civile », in B. Beigner (dir.) *La Codification*, actes du colloque des 27 et 28 octobre 1995 à Toulouse, Paris, Dalloz, 1996, pp.81-89.

HILAIRE (Jean)

- « Jugement et jurisprudence », *Le procès, Archives de philosophie du droit*, T. 39, 1994, pp.181-190.

IZORCHE (Marie-Laure)

- « Réflexion sur la distinction », *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec 1998, pp. 53-68.

- « La cassation, sanction d'une atteinte à la logique », *La sanction du droit. Mélanges Pierre Couvrat*, Paris, PUF, 2001, pp. 131-153.

JEAMMAUD (Antoine)

- « La règle de droit comme modèle », *Dalloz*, 1990, chron., pp.199-210.

JESTAZ (Philippe)

- « La sanction ou l'inconnue du droit », *Dalloz*, 1986, chron., pp.197-204 ; voir aussi *Droit et pouvoir*, t. I, *La validité*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 253.

- « Le langage et la force contraignante du droit (ou « Des bœufs et des hommes ») », *Le langage du droit*, Ingbert (L.) et Vassart (P.) (Dir.), Bruxelles, Nemesis, 1991, pp. 69-86.

- « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », *Autour du droit civil. Ecrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2005, pp.221-233.

JESTAZ (Philippe), JAMIN (Christophe)

- « L'entité doctrinale française », *Dalloz*, 1997, Chron., pp. 167-175.

JEULAND (Emmanuel)

- « La conception du procès civil dans le code de procédure civile de 1975 », *1806-2006. De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, actes du colloque organisé à la Cour de cassation le 16 novembre 2006, Paris Litec, 2006, pp.101-110.

- « Transformation et pérennité du nouveau code de procédure civile », *Le nouveau code de procédure civile (1975 – 2005)*, Economica, Paris, 2006, pp.75-85.

- « Concentration des demandes : un conflit latent entre des chambres de la Cour de cassation », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 43, Oct.2010, 1052, pp. 1993-1996.

- « Syllogisme judiciaire », *Dictionnaire de la justice*, L. Cadet (dir.), PUF, 1^{ère} éd., 2004, pp. 1269-1272.

KALINOWSKI (Georges)

- « Logique et méthodologie juridique. Réflexions sur la rationalité formelle et non formelle en droit », *in Formes de rationalité en droit, Archives de philosophie du droit*, T. 23, 1978, p. 229 pp. 59-68.

KAMARA (Françoise)

- « La preuve en procédure civile », actes du colloque Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky du 20 janvier 2012 à Caen, *Procédures*, LexisNexis, n° 3, mars 2012, pp. 15-17.

KLEIN (Théo)

- « La fonction de juge », *Mélanges offerts à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 507-512.

KRYNEN (Jacques) et JEULAND (Emmanuel),

- « Office(s) du juge », *Itinéraires d'histoire de la procédure civile. 1. Regards français*, Dauchy (S.) et Halpérin (J.-L.) (Dir.), Paris, IRJS Editions, 2014.

LACABARATS (Alain)

- *Rapport sur l'arrêt 06-19.508 de la chambre mixte de la Cour de cassation du 9 novembre 2007*,

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/rapport_m._lacabarats_10982.html

- « Le moyen sérieux », Cour de cassation, 25 janvier 2010
http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2010_3159/lacabarats_president_15274.html

LACHAUME (Jean-François)

- « Droit international et juridiction judiciaire », *Répertoire de droit international*, Dalloz, décembre 2013.

LAGARDE (Xavier)

- « L'adieu à la cause. Relire Motulsky », *Le nouveau code de procédure civile (1975 – 2005)*, Economica, Paris, 2006, pp. 307-316

LAMAND (Francis)

- « Le fait et le droit », *Revue de métaphysique et de morale*, Paris, A. Colin, 1966, pp. 54 s.

LE BARS (Thierry)

- « Positivisme, dogmatisme, réalisme et dérive de la Cour de cassation », *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, LGDJ, 2008, pp. 297-308.

- « 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*, Dalloz, 2009, pp. 319-329.

- « Henri Motulsky était-il kelsénien ? », actes du colloque Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky du 20 janvier 2012 à Caen, *Procédures*, LexisNexis, n° 3, mars 2012, pp. 48-50.

LECOMTE (Catherine)

- « Le nouveau Code de procédure civile : rupture et continuité », *Le nouveau code de procédure civile (1975 – 2005)*, Economica, Paris, 2006, pp. 5-16.

LEFORT (Christophe)

- « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural au légalisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 807-820.

LE GALLOU (Anne)

- « Le Juge et le Droit : présentation de l'article 12 NCPC », *Revue juridique de l'Ouest*, 1995, Vol.8, n°4, pp. 477-499.

LENOBLE (Jacques)

- « La question de l'application en droit au-delà d'une approche herméneutique », *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 323-365.

LE PRADO (Didier)

- Propos introductifs, *le juge de cassation en Europe*, Actes du colloque du 10 mars 2011 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Dalloz, 2012, pp.11-13.

LEVASSEUR (Alain)

- *Droit des Etats-Unis*, Dalloz, 2^e édition, 1994.

LEVENEUR (Laurent)

- « Le Fait », in *Vocabulaire fondamental du droit, Archives de philosophie du droit*, Sirey, T. 35, 1990, pp. 143-164.

- « L'assemblée plénière se prononce : le juge n'est pas tenu de rechercher si la demande fondée sur un vice caché qui n'existait pas, pouvait être fondée sur un manquement à l'obligation de délivrance », note sous Cass. ass. plén., 21 dec. 2007, n°06-11343, Bull. ass. plén. n°10, CCC, n°4, 2008, comm. 92

LHUILIER (Gilles)

- « Le dualisme de la convention collective devant la Cour de cassation. Réflexions sur le contrôle de l'interprétation des règles conventionnelles de forme du licenciement pour motif personnel », *Droit social*, 1995, pp.162-170.

LORIFERNE (Dominique)

- *Rapport du conseiller rapporteur devant la Cour de cassation*, arrêt de l'assemblée plénière du 21 décembre 2007. Bull. civ. ass. plén., n° 101, *BICC*, n° 680, pp. 20-29.

LUXEMBOURG (Fanny)

- « La Cour de cassation, juge du fond », *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 2358-2362.

MALAURIE (Philippe)

- « La pensée juridique du droit civil au XXe siècle », *JCP G*, n° 1, 2001, I 283, pp. 914.

MALESHIN (Dmitry Y.)

- « La réforme de la procédure civile russe », *R.I.D.C.*, 3-2007, pp. 672-683.

MALINVAUD (Philippe)

- « La question de savoir si les désordres affectant l'ouvrage qui portent atteinte à sa solidité ou le rendent impropre à sa destination est-elle une question de fait qui relève de l'appréciation des juges du fond? (Cass. 3^e civ., 27 mai 1999, pourvoi n° 97-17.520) », *RDI*, 1999, p.406

MARIA (Ingrid)

- « La doctrine universitaire », *Le raisonnement juridique*, Deumier (P.) (Dir), Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013, pp. 79-103.

MARGUENAUD (Jean-Pierre)

- « De quelques observations de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de cassation française », *RTD Civ.*, 2000, pp. 439 s.

- « L'office du juge et la Cour européenne des droits de l'homme », Dossier : L'office du juge, *Justice et Cassation*, Dalloz, 2010, pp. 132-140.

MARTIN (Raymond)

- « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP*, 1974, I, 2625.

- « Le juge devant la prétention », *Dalloz*, 1987, chron. pp. 35-38.

- « Retour sur la distinction du fait et du droit », *Dalloz*, 1987, chron. pp. 272-274.

- « Le relevé d'office par le juge d'un moyen de droit. Une question mal posée », *Recueil Dalloz*, 2005, pp. 1444 s.

- « Le relevé d'office d'un moyen de droit (suite et fin) », *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 2201 s.

MATHIEU (Marie-Laure)

- « L'objet mixte », *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 357-375.

- « Le contrôle de motivation », Actes du Colloque du Laboratoire de droit privé, Université Montpellier 1, « La motivation », *Revue Lamy Droit civil*, Lamy, janvier 2012, n° 89, pp.87-91.

- Compte rendu de la recherche faite avec les étudiants du DEA de droit privé fondamental en 2000 ("La distinction du fait et du droit au regard des cas d'ouverture à cassation"), *Cahiers de l'Ecole doctorale, Mélanges DEA*, Faculté de droit de Montpellier, novembre 2001, n° 2.

MATHIEU-IZORCHE (Marie-Laure)

- « La pensée métaphorique », Apprendre à douter, *Questions de droit, questions sur le droit. Études offertes à Claude Lombois*, Limoges, PULIM, 2004, pp. 113-130.

- « Le juge et la contradiction », *Le nouveau code de procédure civile (1975 – 2005)*, Economica, Paris, 2006, pp. 295-305.

MAURY (Jacques)

- « La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation », *Revue de droit internationale privé*, Sirey, 1931, T.26, pp. 583-590.

MAZEAUD (Denis)

- « L'expertise de droit à travers *l'amicus curiae* », in *L'expertise*, Dalloz, 1995, pp. 109 et s.

MAZERES (Jean-Arnaud)

- « Introduction à la quatrième partie : légitimer », *Actes du colloque des 29 et 30 septembre 2006 au Palais du Luxembourg - L'office du juge*, Paris, Sénat, 2006, pp. 415-417.

MESTRE (Jean-Louis)

- « Le contrôle de la constitutionnalité de la loi par la Cour de cassation sous la II^{de} République », *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 291-310.

MIMIN (Pierre),

- note ss Cass. Req. 29 oct. 1934, *D.* 1935, I, pp. 17-19.

- « Les moyens d'ordre public et l'office du juge », *JCP G.*, 1946, I, n° 542.

MOLINIER (Joël)

- « Primauté du droit communautaire », *Répertoire de droit communautaire*, Dalloz, 2011.

MOREAU (Bertrand)

- « Arbitrage international », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2014.

MORVAN (Patrick)

- « *Les principes généraux du droit et la technique des visas de principe dans les arrêts de la Cour de cassation* », conférence du 4 avril 2006 prononcée à la Cour de cassation, in *Droit et technique de cassation* (CD Rom), coll. Droit in-situ, 2007 et http://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_morvan.pdf .

- « Principes », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir), Paris, Lamy PUF, coll. Quadrige 2003, pp. 1201-1204.

MOTULSKY (Henri)

- « Le manque de base légale, pierre de touche de la technique judiciaire », *JCP*, 1949, I, 775 reprint in *Ecrits, tome 1, Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, pp. 31-37.

- « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in *Etudes de droit contemporain*, 1959, p.257 et s. et *Ecrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, pp. 38-59.

- « L'office du juge et la loi étrangère », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz, 1960, t.2, pp. 337-375.

- « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *Dalloz*, 1964, p.235 et s. et *Ecrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, pp. 101-129.

- « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz 1965, pp. 681-706 et *Ecrits, études et notes de droit international privé*, Dalloz, 1978, pp. 125-153.

- « La réforme du Code de procédure civile par le Décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », *JCP*, 1966, I, 1996.

- « Prolegomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *Dalloz*, 1972, chronique, XVII, pp. 91-101 et *Ecrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, pp. 275-304.

MOURALIS (Jean-Louis)

- « Preuve (1° mode de preuve) », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2011.

- « Preuve (2° règle de preuve) », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2011.

MOURY (Jacques)

- « De quelques aspects de l'évolution de la jurisdictio (en droit judiciaire privé) », *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, LGDJ, 1996, pp. 299-311

- « Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et *jurisdictio* », *RTD Civ.*, 2009, pp. 665-674.

NADAL (Jean-Louis)

- « L'extension de la procédure avec représentation obligatoire devant la Cour de cassation : le point de vue du parquet général », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, pp. 349-361.

NEIRINCK (Claire)

- « L'accouchement sous X. Le fait et le droit », *JCP* 1996, I, 3922, pp. 149-154.

NERHOT (Patrick)

- « Le fait du droit », in *Le système juridique, Le procès, Archives de philosophie du droit*, T. 31, 1986, pp. 261-279.

NORMAND (Jacques)

- « Le juge et le fondement du litige », *Mélanges Hébraud*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales, 1981, pp. 595-625.

- « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RTD Civ.*, 1996, pp. 689 s.

- « Le rapprochement des procédures civiles dans l'union européenne », *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, La Documentation française, Paris 1998, pp. 265-283.

- « Référé-provision. Le contrôle, par la Cour de cassation, de l'obligation non sérieusement contestable », *RTD civ.*, 2001, pp. 428-433.

- « Principes directeurs du procès », *Dictionnaire de la justice*, L. Cadiet (dir.), PUF, 1^{ère} éd., 2004, pp. 1038-1046.

- « Office du juge », *Dictionnaire de la justice*, L. Cadiet (dir.), PUF, 1^{ère} éd., 2004, pp. 925-934.

NORMAND (Jacques) et BLÉRY (Corinne)

- « Principes directeurs du procès. – Office du juge. – Déclenchement et extension de l'instance », *JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 150, 2013.

- « Principes directeurs du procès. – Office du juge. – Détermination des éléments de l'instance. – Les parties. – L'objet du litige », *JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 151, 2013.

- « Principes directeurs du procès. – Office du juge. – Fondement des prétentions litigieuses », *JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 152, 2013.

OBERTO (Giacomo)

- « L'administration judiciaire de la preuve dans le procès civil italien », In: *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n° 3. Juillet-septembre 1998. pp. 779-805.

O CAOIMH, (Aindrias)

- « L'office du juge à la Cour de justice de l'union européenne », Dossier : L'office du juge, *Justice et Cassation*, Dalloz, 2010, pp. 141-164.

ODENT (Bruno),

- « Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation », *Répertoire de procédure civile*, 2008.

OPPÉTIT (Bruno)

- Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé, *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve, Xe Colloque des Instituts d'études judiciaires*, PUF, 1976, pp. 53-66.

PEDROT (Philippe)

- « Le processus juridictionnel et droit des personnes : argumentation et délibération », *Actes du colloque - L'office du juge*, Paris, Sénat, 2006, pp. 283-292.

PELLE (Sébastien)

- « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple du droit civil et du droit du travail à propos de la rupture unilatérale du contrat », *D.*, 2011, pp. 1230-1241.

PERDRIAU (André)

- « Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G.*, n° 39, 24 sept. 1986, I, 3257.

- « Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de Cassation », *JCP G.*, 1991, I, 3538, pp. 361-365.

- « Les écritures des procès civils au regard de la Cour de cassation », *JCP G.*, 2 janv. 1991, I, 3479.

- « Les chambres civiles de la Cour de cassation jugent-elles en fait ? » *JCP*, 1993, I, 3683, pp. 267 s.

- « Une notion incontrôlable : le contrôle de la Cour de Cassation », *Gaz. Pal.*, 1997,2, doct., pp.1039-1040.

- « Contrôle de la Cour de cassation », *JCl procédure civile*, 1998, Fasc. 789.

- « Contrôle logique de la motivation », *JCl procédure civile*, 1998, Fasc. 790.

- « Contrôle formel de la procédure », *JCl procédure civile*, 1998, Fasc. 791.

- « Contrôle normatif du fond du droit », *JCl procédure civile*, 1998, Fasc. 792.

- « L'irrecevabilité d'un moyen de cassation pour « nouveauté » n'est pas contraire au droit à un procès équitable », note sous CEDH, 29 août 2000, req. n° 40490/98 ; Jahnke et Lenoble c/ France, *JCP G.*, n° 49, 2000, II, 10435.

- « Usage des cassations sans renvoi », *JCP G.* n° 27, 2001, I 333.

- « Le rôle disciplinaire du juge de cassation », *JCP G.*, n° 28, 2002, I, 150, pp. 1292-1294.

PERELMAN (Chaim)

- « La distinction du fait et du droit, le point de vue du logicien » *Le Fait et le droit. Etude de logique juridique*, Travaux du Centre national de recherche de logique, Bruxelles, Bruylant, 1961, pp. 269-278.

- « La distinction du fait et du droit, la position du logicien », *Ethique et droit*, Bruxelles, édition de l'Université de Bruxelles, 5^e éd, 1988, pp. 682-693.

PERRIN (Jean-François)

- « Règle », in *Vocabulaire fondamental du droit*, *Archives de philosophie du droit*, Sirey, T. 35, 1990, pp. 245-255.

PERRIN DE BRICHAMBAUT (Marc) et DUBROCARD (Michèle)

- « Quelques aspects de la spécificité de la procédure devant la Cour de cassation française face au contrôle de Cour européenne des droits de l'homme », *Mélanges offerts à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 605-620.

PERROT (Roger)

- « Moyen de cassation : la nouveauté du moyen et la Cour européenne des droits de l'homme », *RTD Civ.*, 2000, pp. 635 s.

- « Chose jugée. Sa relativité quant à la cause : qu'en reste-t-il ? », *RTD Civ.*, 2006, pp. 825 s.

- « Principe de concentration » note sous Cass. Civ. 2^e, 26 mai 2011, n° 10-16.735, *RTD Civ.*, 2011, pp. 593 s.

PETEL-TEYSSIE (Isabelle)

- « *De re judicanda* », *Le nouveau code de procédure civile (1975–2005)*, Paris, Economica, Paris, 2006, pp. 115–129.

PETIT (Jacques)

- « A propos de la théorie de la qualification : le juge et les qualifications légales », *Actes du colloque - L'office du juge*, Paris, Sénat, 2006, pp. 148-165.

PFERSMANN (Otto)

- « Fait », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir), Paris, Lamy PUF, coll. Quadrige 2003, pp. 695-698.

- « Norme », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir), Paris, Lamy PUF, coll. Quadrige 2003, pp. 1079-1083.

PICOD (Fabrice)

- « Cour de justice (Procédure) », *Répertoire de droit communautaire*, Dalloz, 2009.

PICOD (Fabrice), RIDEAU (Joël)

« Renvoi préjudiciel », *Répertoire de droit communautaire*, Dalloz, janv. 2006, (mise à jour : octobre 2013).

PIWNICA (Emmanuel)

- « Pourvoi en cassation et excès de pouvoir a propos de l'arrêt de chambre mixte du 28 janvier 2005 », *Le nouveau code de procédure civile (1975–2005)*, Paris, Economica, 2006, pp. 259-267.

PLUYETTE (Georges)

- « La cassation voie d'achèvement du procès », intervention du 24 janvier 2011, cycle droit et technique de cassation,
http://www.courdecassation.fr/IMG/File/Contribution_GPluyette_110124.pdf

PONSARD (André)

- « L'office du juge et l'application du droit étranger », *Rev. crit. DIP*, 1990, p. 607.

PUIGELIER (Catherine)

- « Le raisonnement d'autorité en droit privé », *Le pluralisme, Archives de philosophie du droit*, T. 49, 2005, pp. 337-363.

- « L'hypothèse du juge », *Le nouveau code de procédure civile (1975–2005)*, Economica, Paris, 2006, pp. 317-357.

- « Peut-on faire confiance aux juristes ? », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, pp.384-406.

REMY (Philippe)

« La part faite au juge », *Pouvoirs*, n° 107, 2013, pp. 22-36.

RIGAUX (François)

- « L'opacité du fait face à l'illusoire limpidité du droit », *Droit et société*, L.G.D.J., Paris, 1999, n° 41, pp.85-97.

RIVERO (Jean)

- « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du conseil d'Etat français », communication faite au Centre national de logique le 7 novembre 1959, in *Le Fait et le droit. Etude de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, pp. 130-148.

ROBERT-WANG (Laurent)

- « Règle de droit », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir), Paris, Lamy PUF, coll. Quadriga 2003, pp. 1326-1329.

ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent)

- « *Da mihi factum, dabo tibi jus* », *Adages du droit français*, Litec, 3^e éd., 1992, n° 71.
- « *Da mihi jus, judicium dabo* », *Adages du droit français*, Litec, 3^e éd., 1992, n° 72.

ROTH (Peter)

- « Les éléments de fait réunis par le juge : le système anglais », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n° 3, Juillet-septembre 1998. pp. 773-777.

RUBI-CAVAGNA (Eliette)

- « Les arguments d'opportunité », *Le raisonnement juridique*, Deumier (P.) (Dir), Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013, pp.217-247.

RUTSAERT (Joseph) et MEEUS (Albert)

- « La Cour de cassation de Belgique », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 30, n° 1, janvier-mars 1978. pp. 247-274.

RYSSDAL (Rolv)

- « La Cour Suprême de Norvège », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 30, n° 1, janvier-mars 1978, pp.183-192.

SALATI (Olivier)

- « Mise en état », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2013.

SALAS (Denis)

- « Procès », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir), Paris, Lamy PUF, coll. Quadriga 2003, pp. 1238-1242.

SALGER (Hannskarl)

- « La Cour fédérale de justice de la République fédérale d'Allemagne », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 30, n° 1, janvier-mars 1978. pp. 311-344.

SAVATIER (Jean),

- obs. ss Cass. civ. 1, 10 mars 1953, *JCP G.*, 1953, II, 7601.

SCHMIDT-SCHONDORF (S.)

- « La réunion par le juge allemand des éléments de fait nécessaire à la décision », *RIDC*, 1998, 765-771.

SEDLEY (Stephen)

- « La prise de décision par le juge anglais », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n° 3, juillet-septembre 1998, pp. 817-819.

SILANCE (Luc)

- « Langage juridique et langue usuelle », *Le langage du droit*, Ingbert (L.) et Vassart (P.) (Dir.), Bruxelles, Nemesis, 1991, pp.143-162.

SGROI (Vittorio)

- « La Cour de cassation d'Italie », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 30 n° 1, janvier-mars 1978. pp. 293-309.

STORCK (Christian)

- Présentation, *le juge de cassation en Europe*, Actes du colloque du 10 mars 2011 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Paris, Dalloz, 2012, pp. 47-52.

STORM (Marcel)

- « Le juge et son panier », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, Paris, LGDJ, 2009, pp. 473-473.

STÜRNER (Rolf)

- « Procédure civile et culture juridique », *Revue internationale de droit comparé*, 2004, n° 4, pp. 797-824.

- « Quelques remarques sur l'image actuelle de la procédure allemande et sa relation avec la procédure française et les tendances internationales, 1806-2006. *De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, actes du colloque organisé à la Cour de cassation le 16 novembre 2006, Paris, Litec, 2006, pp. 329-337.

SUDRE (Frédéric)

- « Droit de la convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, n° 4, 2001, I, 291.

TAURAN (Thierry)

- « Les distinctions en droit civil », *Les Petites Affiches*, n° 70, pp. 5-14.

TERESI (Laurent)

- « Remarques sur la lecture des arrêts de cassation du Conseil d'État », *R.F.D.A.*, 2010, pp. 99-115.

TERRE (François)

- « L'hétérarchie juridique », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 447-457.

- « La réception du nouveau code de procédure civile par la doctrine », *Le nouveau code de procédure civile (1975 – 2005)*, Paris, Economica, 2006, pp. 27-40.

TEXIER (Stéphane-Laurent)

- « De la possibilité pour la Cour de cassation de mettre fin au procès civil », *Recueil Dalloz*, 2011 p. 116.

THERY (Philippe)

- « Le litige en droit judiciaire privé. Petits exercices de procédure élémentaire », *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural au légalisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, pp.853-867.

- « De la question prioritaire de constitutionnalité comme révélateur des mentalités : La Cour de cassation demeure et ne se rend pas... », *RTD Civ.*, 2010, p. 810.

- « Concentration des demandes et concentration des moyens : le test des demandes incidentes ? », note sous Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 2010, Bull. civ. I, n° 150, *RTD Civ.*, 2011, p.586.

TIMSIT (Gérard)

- « Raisonement juridique », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir), Paris, Lamy PUF, coll. Quadrige 2003, pp. 1290-1297.

TOURNIER (Régis)

- « Les techniques de motivation des décisions de justice », *Revue Lamy Droit civil*, Lamy, 2012, n° 89, pp.80-83.

TREMBLAY (Lucien)

- « La Cour d'appel du Québec », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 30, n° 1, janvier-mars 1978, pp.149-154.

TROPER (Michel)

- « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisemann*, Paris, Editions Cujas, 1975, pp. 133-151.

- « La fonction de juger est-elle un pouvoir ? », *Revue politique et parlementaire*, n° 954, juil.-août 91, La justice et l'Etat, 1991, pp. 31-34.

- « La notion de pouvoir judiciaire au début de la révolution française », *1791 la première constitution française*, Actes du colloque de Dijon, 26 et 27 septembre 1991, Paris, Economica, 1991, pp. 355-365.

- « La question du pouvoir judiciaire en l'an III », *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Bruylant, LGDJ, 2001, pp.117-136.

- « Le pouvoir judiciaire et la démocratie », *Liberté, justice, tolérance, Mélanges en Hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, 2004, II, pp. 1571-1586.

TUNC (André)

- « Conclusions : La Cour suprême idéale », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 30, n° 1, janvier-mars 1978, pp. 433-47.

VALLENS (Jean-Luc)

- La défaillance d'un créancier retardataire est une question de fait laissée à l'appréciation des juges du fond. (Cass. com., 30 mai 2006, pourvoi n° 05-11.742, Sté Fornes c/ Me Robert, ès-qual., arrêt n° 713) », *RTD Com.* 2006 p.672.

VAN COMPERNOLLE (Jacques)

- « Le rôle actif du juge dans l'application de la règle de droit : la consécration par la jurisprudence belge de la conception factuelle de la cause de la demande », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, Paris, LGDJ, 2009, pp.476-483.

- « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », *Nouveaux itinéraires du Droit : Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 495-506.

VAN DE KERCHOVE (Michel)

- « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *L'interprétation en droit Approche pluridisciplinaire*, M. Van de Kerchove (éd.), Bruxelles, Faculté universitaire Saint-Louis, 1978, pp. 13-47.

- « La théorie des actes de langage et la théorie de l'interprétation juridique » in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paul Amselek (dir.), PUF, 1986, pp. 211-248.

VENEZIA (Jean-Claude)

- « Jean Rivero, les thèses et leurs préfaces », *RFDA*, 2011, pp. 1053-1056.

VERGES (Etienne)

- « Eléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé », *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques.-Henri Robert*, LexisNexis 2012, pp. 853-896.

VIGNEAU (Vincent)

- « Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation », *D.*, 2010, pp.102-111.

VILLACÈQUE (Jean)

- « Les techniques de motivation dans la préparation des décisions de justice », *Revue Lamy Droit civil*, Lamy, 2012, n° 89, pp.76 s.

VOULET (Jacques)

- « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », *JCP G.*, 1971, p. 2410.

WAQUET (Philippe),

- « Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse du licenciement », *Droit social*, Dalloz, 1992, pp. 980-987.

WEBER (Jean -François)

- « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *Revue Lamy Droit civil*, Lamy, 2012, n° 89, pp. 70 s.

- « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », Fiche méthodologique en matière civile, *BICC*, n° 702 du 15 mai 2009, pp. 6-17.

- « Digression sur le sens des mots à la Cour de cassation », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, pp.499-509.

WEILLER (Laura)

- « Renouveau des critères de l'autorité de la chose jugée, l'Assemblée plénière invite à relire Motulsky », *Recueil Dalloz*, 2006 pp. 2135-2139.

- « Principes directeurs du procès », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2015.

WIARDA (C.J.)

- « Le « Hoge Raad » des Pays-Bas », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 30 n° 1, janvier-mars 1978, pp. 275-291.

WIEDERKEHR (Georges)

- « Le droit et le sens des mots », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, 2009, pp. 571-578.

- « Qu'est-ce qu'un juge », *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, LGDJ, 1996, pp.575-586.

WILBERFORCE

- « La Chambre des Lords », In *Revue internationale de droit comparé*, vol. 30, n° 1, Janvier-mars 1978. pp. 85-96.

WOOG (Jean-Claude) et LAURIN (Yves)

- « *Amicus Curiae* », *Répertoire de Procédure civile*, Dalloz, 2011.

XAVIER (Charles)

- « La qualification des faits est-elle une question de fait ou de droit ? », », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, pp. 511-531.

YARKOV (Vladimir V.) et MEDVEDEV (Igor G.)

- « Principes de l'organisation de la justice civile en Russie », traduction de Dimitri Litvinski, *Principes fondateurs des droits français et russe*, Dalloz, 2011, pp.435-455.

ZENATI (Frédéric)

- « La nature de la Cour de cassation », *BICC*, n° 575, 15 avril 2003, pp.3-10.

- « Un siècle de revue trimestrielle de droit civil, *RTD civ.*, 2002, p.691.

ZOLER (Elisabeth)

- *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2010.

V – JURISPRUDENCE (Classée par juridiction puis par ordre chronologique)

COUR D'APPEL

- C.A. Paris, 21 juin et 6 juill. 1988
Gaz. Pal. 1988. 2. 700, note LAURIN (Y.) ;
D. 1989. 341 ;
RTD civ. 1989. 138, obs. PERROT (R.).
- CA Paris, 16 oct. 1992,
D. 1993. 172, note LAURIN (Y.).
- CA Reims 25 mai 2010, n° 08/03411.
- CA Toulouse, 13 oct. 1999, *Juridice n° 1999/03395* ;
Gaz. Pal. 8-10 févr. 2004, p. 23, obs. DU RUSQUEC.

COUR DE CASSATION

Avis

- Cass., Avis, 24 fév. 1995, n° 09-40.022, *Bull. civ. avis*, n° 1
RTD civ., 1995, p.688, obs. PERROT (R.)
- Cass. Avis, 13 nov. 2006, n°06-00.012
JCP G, II, 10027, note SALATI (O.)

Assemblée plénière

- Cass. ass. plén., 13 déc. 1974, n°73-10.831, *Bull. ass. plén.*, n°3
JCP, 1975, II, p. 18017, rapp. LEMERCIER
- Cass. ass. plén., 6 fev. 1976, n°74-40.223, *Bull. civ., Ass. plén.*, no 2
Dr. soc., 1976. 472, note SAVATIER (J.)
JCP 1976. II. 18481, note GROUDEL (H.)
- Cass. ass. plén., 13 déc. 1985, *DRASS de Limoges c/ M^{me} Santi*, *Bull. ass. plén.*, n° 11
D. 1986, *Jur.* p. 225, concl. CABANNES (J.), note DUNES (A.)
Dr. soc. 1986, p. 158, note LE TALLEC (G.)
JCP, 1986, II, n° 20636, note SAINT-JOURS (Y.)
- Cass. Ass. plén., 26 févr. 1988, n° 85-40.034, *Bull. ass. plén.*, n°2, *JCP* 1988, IV, 166.
- Cass Ass. plén., 3 juill. 1987, n°86-14.914 n°86-14.917, *Bull. ass. plén.*, n°3
JCP G 1988.II.20933, obs. GODARD (O.)
D. 1987.573, concl. CABANNES (J.)
- Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20.105, *Bull. Ass. plén.*, n°4
JCP 1991. II. 21752, note TERRE (Fr.)
D. 1991. 417, rapp. CHARTIER (Y.) , note THOUVENIN (D.)
Defrénois, 1991, p.948, obs. MASSIP (J.)
RTD civ., 1991, p. 517, obs. HUET-WEILLER (D.)

- Cass. Ass. Plein. 3 juin 1994, n°92-12.157, *Bull. ass. plén.*, n° 4
D. 1994, Jur. p. 395, concl. JEOL (M.)
AJDI 1995, p. 44, obs. GIRAUDEL (C.)
RTD civ., 1995, p. 177, obs. NORMAND (J.); *ibid.*, p. 367, obs. MESTRE (J.)
JCP 1994, II, 22309, note LAGARDE (X.)
JCP 1994, I, n° 3805, obs. CADIET (L.)
Justices 1995, 2, p. 288, obs. WIEDERKEHR (G.)
- Cass. Ass. Plén. 28 juin 1996, n°94-15.935, *BICC*, n° 435
RTD civ, 1997, p.216, note NORMAND (J.)
Gaz. Pal. 13 juill. 1996, note PERDRIAU. (A.)
D., 1996, p.497, concl. WEBER (J.-F.), note COULON (J.-M.)
JCP 1996, I, p.3972, chron. PERINET-MARQUET (H.)
JCP G, 1996, II, 22712, note MEMETEAU (G.)
- Cass. ass. plén., 16 nov. 2001, n°99-20.114, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 13
D. 2002. 598, note PUIGELIER (C.)
JCP 2001. II. 10646, concl. DE GOUTTES, note A. P.
JCP 2002. I. 132, n° 28, obs. CADIET (L.)
LPA mars 2002, p. 19, note BOUJEKA (A.)
Procédures 2002, n° 4, obs. PERROT (R.)
- Cass. ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, *Bull. ass. plén. no 8.*
BICC, n° 648, 15 oct. 2006, rapp. CHARRUAULT (Ch.), note KOERING-JOULIN (R.), avis
BENMAKHOULOUF (A.)
D., 2006, p. 2135, note WEILLER (L.)
Dr. et proc., 2006, p. 348, note FRICERO (N.)
Gaz. Pal., 2007, p. 398, note GAIN (M.-O.)
JCP 2006. I. 183, obs. AMRANI-MEKKI (S.); *ibid.* 188, obs. MARTIN (R.); *ibid.* 2007. II.
20070, note WIEDERKEHR (G.)
RDI 2006. 500, obs. MALINVAUD (Ph.)
RTD civ. 2006, p.825, obs. PERROT (R.)
- Cass. ass. Plein., 21 dec. 2007, n°06-11343, *Bull. ass. plén. n°10*
BICC, 15 avr. 2008, p.18
Ann. Loyers, 2008, 1982, obs. MARTIN (R.)
CCC, 2008, Comm. 92, note LEVENEUR (L.)
D. 2008, p. 228, obs. DARGENT (L.) ; *ibid.* p.1102, obs. DESHAYES (O.)
Defrénois, 2008, n° 13, p. 1457, note SAVAUX (E.).
Dr. et proc., 2008, p.103, note LEFORT (C.).
JCP 2008. II. 10006, note WEILLER (L.) ; *ibid.* I. 138, obs. AMRANI-MEKKI (S.)
RCA, 2008, comm. 112, note HOCQUET-BERG (S.)
RDI, 2008, p.102, note MALINVAUD (Ph.)
RDC, 2008, 2, p.327, obs. BENABENT (A.)
RTD Civ., 2008 p.317, obs. GAUTIER (P.-Y.)
- Cass. Ass. plén., QPC, 31 mai 2010, no 12025, no 09-70.716.,
RTD Civ., 2010, p. 810, obs. THERY (Ph.) ;
- Cass. Ass. plén. 20 mai 2011, *Bull crim, ass plén.*, n°7, n° 11-90.025, n°11-90.032, n°11-
90.033 et 11-90.042
D. 2011. 1346, obs. LIENHARD (A.); *ibid.* 1426, point de vue CHAGNOLLAUD (D.); *ibid.*
p. 1775, note MAZIAU (N.)

Gaz. Pal. 2011, n°151, p.7, note ROUSSEAU (D.)

Sections réunies

- Cass. sect. réun., 2 févr. 1808, Lubert c/ Wancareghem, S., chron. ;
D., Jur. Gén., V° Cassation, n° 1573, concl. MERLIN
GAJC, T.2, 12^e éd., 2008, n° 160, pp.153-156

Chambres réunies

- Cass. ch. réunies, 26 juill. 1823, S. 1823, 1, 380.
- Cass. ch. réun., 27 avr. 1956, Caisse rég. secur. soc. c/ Vve Bégillon,
D. 1956, *Jur.* p. 468
JCP 1956, II, n° 9336, note G.H.G.

Chambre mixte

- Cass. ch.mixte, 24 mai 1975, n°73-13.556, Société des Cafés Jacques Vabres, *Bull. ch. mixte*, n°4
D. 1975, p. 497, concl. Touffait
JCP 1975. II. 18180, concl. Touffait

Chambre des requêtes

- Cass. Req., 5 juill. 1808, D., V° Cassation, n°1573
- Cass. Req. 20 nov. 1871, DP 1872, 1, 187.
- Cass. Req. 22 juill. 1872, DP 1873, 1, 111
- Cass. Req., 11 juill. 1876, D. 77, 1, p.176
- Cass. Req. 6 févr. 1890, DP 1890, 1, 122
- Cass. Req., 15 juin 1892, S. 1893, 1, 291 ;
- Cass. Req., 8 janv. 1894, S.1895, 1,p. 174.
- Cass. Req. 19 juill. 1881, DP, 1882, 1, p. 220 ;
- Cass Req. 5 mai 1937, DH 1937, p. 316

Chambre civile

- Cass. 11 mai 1833, S. 1833. 1. 347
- Cass. Civ. 24 juin 1839
DP, 1839, 1, p.257 ; *S.*, 1839, 1, p.577
- Cass. Civ., 5 janv. 1855
DP, 1855, 1, p.85
- Cass. Civ., 20 janv. 1868
S. 1868, 1, 100 ; *D.* 1868, 1, 22.
- Cass. Civ., 15 avr. 1872, Veuve Foucauld et Coulombe c/ Pringault
GAJC, 11^e éd., 2000, n° 160; *DP* 1872, 1, p.176; *S.*, 1872, 1, p. 232.
- Cass. Civ. 7 févr. 1912, DP 1912, 1, p. 433
S. 1914, 1, p. 305, note HUGUENEY
- Cass. Civ. 12 janv. 1938
DH, 1938, p.197
- Cass. Civ. 18 mars 1942
S. 1943, 1, p. 13, note *HOUIN*
- Cass. Civ. 10 fev. 1948

- D. 1948, p.165, note P.-L. P
- Cass. civ., 4 brumaire an VII, (25 oct 1798), S., chr.
- Cass. civ., 19 prairial an VII (7 juin 1799)
Jur. gén., V° cassation, n°1569
- Cass. civ. 26 pluviôse an X (15 février1802)
Jur. Gén., V° Cassation, n°1569 ;
- Civ. 30 prairial an XIII (19 juin 1805)
Jur. Gén., V° Cassation, n°9569

Chambre civile 1

- Cass. Civ. 1re, 22 déc. 1953, *Bull. civ. I*, no 378
- Cass. civ. 1, 19 oct. 1955, *Bull. civ. I*, no 348
- Cass. Civ. 1, 12 mai 1959, *Bisbal, bull. civ. I*, n°236
GADIP, 5° éd., n° 32
D. 1960. 611, note MALAURIE (Ph.)
RCDIP, 1960, p.62 note Batiffol (H.)
- Cass. Civ 1, 5 janv. 1961, *Bull. civ. I*, n°9.
- Cass. civ., 1, 21 nov. 1961, Montefiore c/ Colonie du Congo Belge
D. 1963, p. 37, note FRANCESCAKIS
JCP G 1962, II, 12521, note LOUIS-LUCAS
JDI, 1962, p. 686, note GOLDMAN
Rev. crit. DIP, 1962, p. 329, note LAGARDE
- Cass. Civ.1, 16 février 1965, n° 62-10.748, *Bull. civ. I*, n°131
- Cass. Civ. 1, 24 fév. 1965, n° 63-11.341, *Bull. civ. I* n°154 ;
- Cass. Civ. 1, 10 mai 1965, *Bull. civ. I*, no 306
- Cass. Civ. 1, 30 mars 1966, *Bull. civ. I*, n° 216
Rev. crit. DIP, 1967, 705, note BREDIN
- Cass. Civ. 1re, 4 nov. 1968, *Bull. civ. I*, no 262
- Cass. Civ. 1, 26 janv. 1970, n° 68-13.763, *Bull. civ. I* n°36
- Cass. Civ. 1, 8 janv. 1974, n° 72-12.612, *Bull. civ. I* n°10
- Cass. Civ 1, 19 fév. 1974, n° 72-13.040, *Bull. civ. I* n°61
- Cass. Civ. 1re, 15 févr. 1977, n°75-14.111, *Bull. civ. I*, no 83
- Cass. Civ. 1, 18 janv. 1978, n°74.15.166, *Bull. civ. I*, n°26.
- Cass. Civ. 1re, 20 mars 1978, n°76-13.415, *Bull. civ. I*, no 114
- Cass. Civ. 1re, 16 nov. 1976, n°75-111.30, *Bull. civ. I*, n° 348
- Cass. Civ. 1re, 26 mars 1980, n°78-16.195, *Bull. civ. I*, no 107
- Cass. Civ. 1, 25 juin 1980, n°79-12.149, *Bull. civ.I*, n°198
- Cass. Civ. 1ère, 3 fev. 1981, n°79-16.501, *Bull. civ. I*, n°38.
- Cass. Civ 1, 23 avril 1981, n°76-16.756, *Bull. civ. I*, n°132.
- Cass. Civ. 1, 25 mai 1982, n°81-12.294 *Bull. civ. I*, n°187
D. 1984, p. 273, note PRIEUR (E.).
- Cass. Civ.1 , 26 mai 1982, n° 81-12.696, *Bull. civ. I* n°202
- Cass. Civ. 1re, 23 nov. 1982, n°81-15.904, *Bull. civ. I*, n° 335
- Cass. Civ. 1, 6 mars 1984, n°82-14.008, *Bull. civ. I*, n°85
- Cass. Civ. 1re, 6 janv. 1987, n°84-17.274, *Bull. civ. I*, n°2
JDI 1987. 638, note GOLDMAN (B.)
Rev. arb. 1988. 463, note LEBOULANGER (P.)
- Cass. Civ. 1, 13 janv. 1987, n°85-13.671, *Bull. civ. I*, 1987, n°8, p.6

- Cass. Civ. 1, 20 oct. 1987, n° 84-14.429, Inédit
- Cass. Civ. 1, 11 oct. 1988, Rebouh, n°87-11.198, *Bull. civ. I*, no 278
GADIP, 5^e éd., n° 74; *JCP* 1989. II. 21327, note COURBE
Gaz. Pal. 1989. 1. 388, note E. S. DE LA MARNIERRE
Rép. Def. 1989. 310 (1^{re} esp.), obs. MASSIP
JDI 1989. 349, note ALEXANDRE
- Cass. Civ. 1re, 18 oct. 1988, n°86-16.631, Schule, *Bull. civ. I*, no 293
GADIP, 5^e éd., n° 75
JCP 1989. II. 21259, note PRÉVAULT
JDI 1989. 349, note ALEXANDRE
Rev. crit. DIP, 1990, p.607, obs. PONSARD (A.).
- Cass. Civ. 1, 25 avr. 1989, n°87-14.964, *Bull. civ.* n°165,
RTD civ. 1990, p. 144, obs. PERROT (R.)
- Cass. Civ. 1re, 24 mai 1989, n°88-10307 88-10549, *Bull. civ. I*, no 207
RTD Com, 1990, p.97, note BOULOC (B.).
- Cass. Civ. 1, 7 juin 1989, n° 87-14.212, *Bull. civ. I*, n°224
- Cass. Civ. 1, 25 octobre 1989, n° 87-19.104, Inédit
- Cass. Civ.1, 22 nov. 1989, n°88-10.596, *Bull. civ. I*, n°357
- Cass. Civ. 1, 29 nov. 1989, n° 88-12.434, Inédit
- Cass. Civ. 1ère, 4 dec. 1990, n°89-14.285, Coveco, *Bull. civ. I*, n° 272
GADIP, 5^e éd., n°76
Rev. crit. DIP, 1991, p.558, obs. NIBOYET-HOEGY (M.-L.).
- Cass. Civ.1, 16 avr. 1991, n°89-11.324, *Bull. civ. I*, n°357
JCP N 1992. II. 207, n° 9.
- Cass. Civ. 1re, 10 mars 1993, n°91-11.310, *Bull. civ. I*, no 103
D., 1993, p. 361, note MASSIP (J.)
Rev. crit. DIP, 1993, p. 449, note LAGARDE (P.)
JCP 1993. I. 3677, note NEIRINCK (C.) et MARTIN (P.-M.)
- Cass. Civ. 1^{re}, 2 juin 1993, *Bull. civ. I*, n° 195 ;
- Cass. Civ. 1^{re}, 15 juill. 1993, *Bull. civ. I*, n° 259
D. 1994. 191, note MASSIP (J.)
JCP, 1994. II. 22219, note BENHAMOU (Y.)
- Cass. Civ. 1^{re}, 16 fév. 1994, n° 91-17.270, *Bull. civ. I*, n° 68
Deffrénois, 30 nov. 1994, n° 22, p. 1474, obs. MAZEAUD (D.).
- Cass. Civ. 1, 2 nov. 1994, n° 93-11.613, *Bull. civ. I* n°316
- Cass. Civ. 1re, 28 mars 1995, n°92-20.236, *Bull. civ. I*, n° 139
D. 1996, Jur. p. 121 ; note. BÉNABENT (A.)
RGDP, 1998, p.316 obs. WIEDERKEHR (G.)
- Cass. Civ. 1^{re}, 16 mai 1995, n°92-15.310, *bull. civ. I*, n°208
D. 1995, p. 349.
- Cass. Civ.1, 23 mai 1995, n° 93-11.183, Inédit
- Cass. Civ. 1re, 7 juin 1995, n°92-21.961, *Bull. civ. I*, n° 233
Gaz. Pal. 1996. 2. Somm. ann. 473, obs. CROZE (H.) et MOREL (C.)
JCP 1996. I. 3938, n° 18, obs. CADIET (L.)
RTD civ. 1996. 170, obs. MESTRE (J.)
- Cass. Civ. 1, 19 dec. 1995, n° 93-20.424, *Bull. civ. I*, n° 470
JDI 1997, 1009, note IDOT (L.)

- Rev. crit. DIP* 1996, 468, note OPPETIT (B.)
RGDIP, 1996, 599, note ALLAND (D.).
- Cass. Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, n°94-17.369, *Bull. civ. I*, n° 399
D. 1997. Somm. 174, obs. DELEBECQUE (Ph.)
 - Cass. Civ. 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-22.022, *Bull. civ. I*, n° 70
D. 1999., Somm. 309, obs. NICOD (M.)
Defrénois, 1997, p.1448, obs. CHAMPENOIS (G.)
Dr. fam., 1997, n° 116, note LECUYER (H.)
RTD civ., 1998, p. 439, obs. PATARIN (J.); *ibid.* 1999. 655, obs. ZENATI (Fr.).
 - Cass. civ 1^{ère}, 3 juin 1997, n°95-17.112, *Bull. civ. I*, n°185
 - Cass. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1997, n°96-12762 96-12876, *Bull. civ. I*, n° 249
 - Cass. Civ. 1^{re}, 7 juill. 1998, n°97-10.869, *Bull. civ. I*, n° 239
 - Cass. Civ. 1^{re}, 27 janv. 1998, *Ababou c/Mazzat*, n°95-20.600, *Bull. civ. I*, n°27
JCP 1998. II. 10098, note MUIR WATT. (H.)
 - Cass. Civ. 1, 8 fevr. 2000, n°97-22.387, Inédit
 - Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, n°98-11.982, *Bull. civ. I*, n° 97
D. 2000, p. 593, note ATIAS (Ch.)
CCC 2000, n° 126, note LEVENEUR (L.)
RTD civ., 2000, p. 592, obs. GAUTIER (P.-Y.); *ibid.*, p.666, obs. MOLFESSIS (N.).
 - Cass. Civ. 1, 4 juill. 2000, n°98-10.744, *Bull. civ. I*, n°203, p.133
D., 2001, p.1614, comm. BONNARD (J.).
 - Cass. Civ. 1^{re}, 4 oct. 2000, n° 97-20.867 et n° 97-20.990, *Bull. civ. I*, n° 239
RTD civ., 2001, p. 428, note NORMAND (J.).
 - Cass. Civ. 1^{re}, 20 mars 2001, n°99-14.982, *bull. civ. I*, n°76
D. 2001. IR 1213
 - Cass. Civ. 1^{re}, 20 déc. 2000, n°98-13.875, *bull. civ. I*, n° 341
 - Cass. Civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, n°97, 15.163, *Bull. civ. I*, n°27
D. 2000, p.409, BIGOT (C.)
D., 2001, p.1199, note GRIDEL (J.-P.)
 - Cass. civ. 1^{ère} 4 avr. 2001, n°98-13.285, *Bull. civ. I*, n°105
D. 2001. 1824, note BILLIAU (M.)
Defrénois 2001. 721, obs. AUBERT (J.-L.)
LPA, 2002, n°62, note GOSSELIN-GORAND (A.).
RGDA 2001, p.689, note MAYAUX (L.)
 - Cass. Civ. 1, 18 sept. 2002, n°00-14.785, *Bull. civ. I*, n°202
D. 2003, Jur., 1513, note LARDEUX (G.)
LPA, 6 févr. 2003, note MELIN (Fr.)
Rev. crit. DIP 2003. 86, note MUIR WATT (H.).
 - Cass. Civ. 1, 28 janv. 2003, n°00-12.976, Inédit
Rev. crit. DIP, 2003, p.462, note ANCEL (B.).
 - Cass. Civ. 1, 27 mai 2003, n° 01-10.478
RCA, 2003, n° 82, note GROUDEL (H.)
RDI, 2003, p. 438, obs. GRYNBAUM (L.);
RGDA, 2003, p.463, note KULLMANN (J.)
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2003, n°01-11.963, *Bull. civ. I*, n°174
RGDA, 2003, p.712, obs. REMY (Ph.)
 - Cass. Civ. 1, 9 dec. 2003, n°02-12.884, *Bull. civ. I*, n° 253

- AJ fam.*, 2004, p.63, obs. F.B.
D., 2004, 2967, obs. VIGNEAU (D.)
RTD civ., 2004, 69, obs. HAUSER (J.).
- Cass. Civ. 1, 10 fev. 2004, n°00-19.198, *bull. civ. I*, n°43
RTD civ. 2004, n°347, obs. PERROT (R.).
 - Cass. Civ. 1, 24 fev. 2004, n°01-139.30, *Bull. civ. I*, n°60.
 - Cass. Civ. 2, 4 mars 2004, n°02-12.141, *Bull. civ. II*, n° 84
D. 2004, Somm. p. 1204, obs. FRICERO (N.)
 - Cass. Civ. 1, 16 mars 2004, n° 01-00.186, Inédit
 - Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2004, n°02-16.647, Inédit
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 29 sept. 2004, n°03-16.400, Inédit.
 - Cass. Civ. 1, 25 janv. 2005, n°15-02.648, *Bull. civ. I*, n°33
D. 2005, Jur. 1210, note BOUCHE (N.) ; *Rev. crit. DIP*, 2005, p.300, note ANCEL (B.).
 - Cass. Civ. 1, 8 mars 2005, *Bull. civ. I*, n°119
Dr. Fam., 2005, n°98, note MURAT ; *RTD civ.*, 2005
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n° 02-16.336, *Bull. civ. I*, n° 211
AJ fam., 2005, p. 321, obs. CHENEDE (Fr.)
D. 2005, p. 2125, note LEMOULAND (J.-J.); *ibid.* 1147, obs. GRANET-LAMBRECHTS (Fr.);
Defrénois, 2005, p. 1493, note MASSIP (J.)
Dr. fam., 2005, n° 153, note MURAT (P.)
RTD civ., 2005, p. 583, obs. HAUSER (J.)
 - Cass. civ. 1, 18 mai 2005, n° 02-20.613, *Bull. civ. I*, n° 212
D. 2005. 1909, note EGEA (V.); *ibid.*, p. 627, THERY (P.)
JCP 2005. II. 10015, concl. PETIT (C.), note CHABERT (C.)
RTD civ. 2005. 585, obs. HAUSER (J.)
Rev. crit. DIP, 2005, p. 679, note BUREAU (D.)
 - Cass. Civ. 1, 7 juin 2005, n° 05-60.044, *Bull. civ. I*
D. 2005. 2570, note BOURSIER (M.-E)
JCP, 2005, I, n+ 183, n°12, p.2056, note CLAY (T.)
RTD Civ. 2006 p. 151, note PERROT (R.)
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 28 juin 2005, n°00-15.734 (arrêt *Aubin*)
D. 2005, IR, p.2853; *ibid.* 2748, obs. KENFACK (H.); *ibid.* 2006. Pan., p.1496, obs. COURBE (P.) et JAULT-SESEKE (F.)
Rev. crit. DIP, 2005, p.647, obs. MUIR WATT (H.) et ANCEL (B.).
 - Cass. Civ. 1, 24 janv. 2006, n° 02-12.260, *Bull. civ. I*, n°30
RTD Civ. 2006, p.163, note MARGUENAUD (J.-P.)
 - Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, n°04-10.101, *Bull. civ. I*, n°136
D. 2006. 2894, note MARMOZ (Fr.)
Defrénois 2006. 851, obs. GELOT (B.), et p.1200, note HEBERT (Fr.)
JCP 2006. I. 166, n° 9, obs. STOFFEL-MUNCK (Ph.)
JCP N 2006. 1217, note BUY (F.)
RDC, 2006, p. 1234, obs. CARVAL (S.)
RTD civ. 2006, p. 521, obs. DEUMIER (P.), et p.580, obs. GAUTIER (P.-Y.)
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 21 fev. 2006, n°03-12.004, *Bull. civ. I*, n°86

- RDC*, 2006, p. 816, obs. VINEY (G.)
- Cass. Civ. 1, 28 mars 2006, n°04-13.967, *Bull. civ. I*, n° 182
RTD civ., 2006, p.547, obs. HAUSER (J.)
 - Cass. civ. 1, 27 mars 2007, n°05-14.491, Inédit
 - Cass. civ. 1, 17 dec. 2008, n°08-11.864, Inédit
Rev. Crit. DIP, 2009, p.53, obs. MUIR WATT (H.) ;
 - Cass. Civ.1, 22 oct. 2008, n°07-14.934, *Bull civ I*, n°235
D. 2008, p. 2869, obs. ÉGEA (V.)
AJ fam, 2009, p.83, obs. BOICHE (A.),
Rev. Crit. DIP, 2009, p.53, obs. MUIR WATT (H.).
 - Cass. Civ.1, 11 fev. 2009, *Bull. civ. I*, n° 28, *BICC* 15 juin 2009, n° 818
D. 2009. AJ 565, obs. EGEA (V.)
Dr. fam. 2009, n° 81, note FARGE
JCP 2009. Actu. 105, obs. CORNUT
 - Cass. Civ. 1, 5 fev . 2009, n°07-20.672, Inédit.
 - Cass. Civ. 1, 25 mars 2009, n° 08-11.237, Inédit
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 13 juin 2009, n° 08-13.541, *Bull. civ. I*, n°116;
AJ fam., 2009. 299, obs. CHENEDE (FR.)
D. 2009. AJ 1609, obs. DE GAUDEMONT (C.) ; *ibid.*, p. 2004, note CHEVALIER (P.)
Deffrénois, 2009, p. 1717, obs. CALLE (J.); *ibid.* 1846, obs. MASSIP (J.)
JCP N 2009. 1260, note FONGARO (E.)
RTD civ., 2009, p. 490, obs. DEUMIER (P.)
Rev. crit. DIP, 2009, p. 500, obs. LAGARDE (P.)
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-10.517, *Bull. civ. I*, n° 177
RTD Civ., 2010, p. 129. obs. GAUTIER (P.-Y.)
D. 2010. 528, obs. CRETON (C.)
JCP G, 2009, n° 401, note BLERY (C.)
RTD. civ. 2010, p. 147, obs. THERY (Ph.) et p.155, obs. PERROT (R.)
 - Cass. Civ. 1, 17 dec. 2009, n°07-21.115 n°07-21.553, *Bull. civ. I*, n°253,
Propr. intell. 2010. 733, obs. LUCAS (A.).
RTD Com 2010, p.121, note POLLAUD-DULIAN (Fr.),
 - Cass. Civ. 1, 17 dec. 2009, n°08-17.900, *Bull. civ. I*, n°252
Dalloz actualité, 14 janv. 2010, obs. GALLMEISTER (I.).
 - Cass. Civ. 1, 14 oct. 2010, n°09-14.446, Inédit
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 16 nov. 2010, n°10-40.042
AJ fam. 2010. 545
D. 2011. 209, note ROUX (J.), et 1042, obs. LEMOULAND (J.-J.) et VIGNEAU (D.)
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mars 2011, n°09-70.754, *Bull. civ. I*, n° 43
D., 2011, p. 818, *CP* 2011. 955. obs. GHESTIN (J.)
RDC 2011. 841, note DESHAYES (O.).
RLDC 2011/82, n° 4229, obs. PAULIN (A.)
 - Cass. Civ. 1, 23 mars 2011, n°10-16.761, *Bull. civ. I*, n°60,
 - Cass. Civ. 1, 15 fevr. 2012, n° 10-27512 11-19963, *Bull. civ. I*, n°32
 - Cass. Civ. 1, 12 avr. 2012, n°11-24.756
 - Cass. Civ. 1, 14 mai 2012, n°12-29-209

- Cass. Civ. 1, 14 nov. 2012, n°11-24.726, *Bull. civ. I*, n°241
D. 2012, p.2736; *JCP N* 2013, n° 1019, note POUMAREDE (M.)
RCA 2013, n° 67, obs. WALTZ (B.).
- Cass. Civ. 1^{ère}, 28 nov. 2012, n° 12-30.090, *Bull. civ. I*, n°245
AJ fam., 2013, p.55, obs. SALVAGE-GEREST (P.)
- Cass. Civ.1, 29 mai 2013, n° 12-14.359, Inédit
- Civ. 1, 26 juin 2013, n°12-13.698, Inédit
- Cass. civ. 1, 11 sept. 2013, n°12-14.905, Inédit
Deffrénois, 2013, p.1239, note PIEDELIEVRE (S.).
Gaz. Pal., 2013, p.3801, obs. ROUSSILLE (M.)
- Cass. Civ. 1, 11 sept. 2013, n°12-18.569, Inédit.
- Cass. Civ. 1, 25 sept. 2013, n°11-26.626, Inédit.
- Cass. Civ. 1, 6 nov. 2013, n°12-26.446, Inédit
RTD Civ. 2014, p. 92, note HAUSER (J.)
- Cass. Civ. 1, 4 dec. 2013, n°12-26.161, *bull. civ. I*, n°235
AJ fam. 2014. 180, obs. BOICHE (A.)
D. 2014. 1059, obs. GAUDEMET-TALLON (H.) et JAULT-SESEKE (F.); *ibid.* 1789, obs.
BONFILS (Ph.) et GOUTTENOIRE (A.)
Dr. fam. 2014, n° 19, obs. FARGE (M.).
Gaz. Pal. 2014, p. 288, obs. VIGANOTTI (E.)
JCP 2014, n° 43, note BOSSE-PLATIERE (H.)
RTD civ. 2014. 104, obs. HAUSER (J.)
- Cass. Civ. 1, 19 déc. 2013, n°12-26.459, *Bull. civ. I*, n°253
AJDI 2014, p.538, obs. THIOYE (M.)
RTD civ. 2014, p.358, obs. BARBIER (H.).
- Cass. Civ. 1, 12 fev. 2014, n°12-15.333, Inédit
- Cass. Civ. 1, 19 mars 2014, n°13-14.795 ; *Bull. civ. I*, n°42
AJ fam., 2014, p. 326, obs. LEVILLAIN (N.)
- Cass. Civ. 1, 19 mars 2014, n°13-14.790, Inédit
RTD Civ., 2014, p.349, note HAUSER (J.).
- Cass. Civ.1, 28 mai 2014, n°13-12.108, Inédit.
- Cass. Civ.1, 28 mai 2014, n°13-10.978, inédit.
- Cass. Civ.1, 28 mai 2014, n°13-17.051, Inédit
- Cass. Civ. 1, 30 avril 2014, n°13-10.742, Inédit
- Cass. Civ. 1, 30 avril 2014, n°13-50.055, *Bull. civ. I*, n°73
- Cass. Civ. 1, 30 avril 2014, n°12-28.887, Inédit, *AJ Fam.*, 2014, p.437

Chambre civile 2

- Cass Civ 2e, 20 déc. 1956, *Bull civ.*, n° 714, p. 464
- Cass. Civ. 2, 7 dec. 1961, *Bull civ II*, n°842
- Cass. Civ. 2e, 28 mars 1966, *Bull. civ. II*, n°416, *D.* 1966
- Cass. Civ. 2^e, 18 mai 1967: *Bull. civ. II*, n° 182,
- Cass. Civ. 2^e, 28 avr. 1967, *Bull. civ. II*, n° 158
- Cass. Civ. 2e, 21 mars 1968, *Bull. civ. II*, no 94

- Cass. Civ. 2^e, 16 déc. 1985, n°81-16.593, *Bull. civ. II*, n°197
D., 1986, 419, note MOUSSA (T.) ; *IR*. 228, obs. JULIEN (P.)
- Cass. Civ.2, 4 mars 1987, n°85-18.708, *Bull. civ. II*, n°61
- Cass. Civ. 2, 22 juin 1988, n°87-13.970 *Bull. civ. II*, n°151
- Cass. Civ. 2^e, 3 nov. 1993, 91-21.973, *Bull. civ. II*, n°303
- Cass. Civ. 2^e, 6 dec. 1995, n°93-21.748, *Bull. civ. II*, n°302
- Cass. Civ. 2^e, 9 oct. 1996, n° 95-10.461, *Bull. civ. II*, n° 224
RTD civ., 1997, p.103, obs. HAUSER (J.) ;
- Cass. Civ. 2^e, 27 nov. 1996, n°94-16.122, *Bull. civ. II*, n° 269
- Cass. Civ. 2^e, 24 juin 1998, n° 96-14.161 96-14.203, *Bull. civ. II*, n° 207
RG proc. 1999. 217, obs. WIEDERKEHR (G.).
- Cass. Civ. 2, 22 mai 2003, n°01-15.311, *Bull. civ. II*, n°157
D., 2004, p.1342, obs. JOURDAIN (P.)
Dr. fam. 2003, n° 155, note JULIEN (J.).
- Cass. Civ. 2^e, 10 juill. 2003, *Bull. civ. II*, n° 236
D. 2003, *IR*, 2337; *Procédures* 2003, n° 233, note PERROT (R.).
- Cass. Civ. 2^e, 22 mars 2005
D. 2005, p. 2996, note SAINT-JOURS (Y.).
- Cass. Civ. 2, 18 oct. 2005, n°04-30.352, *Bull. civ. II*, n°253
JCP S, 2005, p.1423, obs. ASQUINAZI-BAILLEUX (D.)
RDSS 2005. 1065, obs. VERKINDT (P. Y.)
- Cass. Civ. 2^e, 6 avr. 2006, n°04-11.737, *Bull. civ. II*, n° 103
AJDI 2007. 208, note CAPOULADE
RLDC 2006/31, n°2446, obs. MINIATO
- Cass. Civ. 2, 7 juin 2007, n° 06-13.776, Inédit
- Cass. Civ.2, 18 mars 2010, n° 09-12.271, Inédit
- Cass.civ.2^e, 1 juil. 2010, n°09-14.884, *Bull. civ. II*, n°131
D. 2011, p. 355.
- Cass. Civ. 2, 11 juin 2012, n°11-15.055, *Bull. civ. II*, n°126
D., 2012, p.1941, note LAUVERGNAT (L.); *ibid.* Pan. 2013. 1578, obs. LEBORGNE (A.);
Dr. fam., 2013, n° 131, note GUERLIN (G.)
Dr. et proc., 2012, p. 211, note LEBORGNE
Procédures 2012, n° 278, note PERROT (R.)
- Cass. Civ. 2^e, 10 mars 2011, n°10-40.075, Inédit
- Cass. Civ. 2, 7 fev. 2013, n°11-24.154, Inédit.
- Cass. Civ. 2^e, 21 mars 2013, n° 11-25.256 et n° 11-22.312, Inédits
- Cass. Civ. 2, 23 mai 2013, n°12-21.025, Inédit
- Cass. Civ.2, 6 mars 2014, n°13-10.854, Inédit
- Cass. Civ. 2, 3 avril 2014, n°13-16.293, Inédit.
- Cass. Civ.2, 30 avr. 2014, n°13-10.718, Inédit
- Cass. Civ. 2, 12 juin 2014, 13-16.540, Inédit
RGDA, 2014, p.473, note MAYAUX (L)
- Cass. Civ.2, 19 juin 2014, n°13-17.497, Inédit

- Cass. Civ.3, 5 fév. 1970, n° 68-10.358, *Bull. civ. III*, n°95 ;
- Cass. Civ. 3, 11 mars 1970, n° 68-10.040, *Bull. civ. III*, n°187
- Cass. Civ. 3, 29 oct. 1970, n° 69-10.462, *Bull. civ. III* n°552
- Cass. Civ. 3^e, 19 nov. 1970, *Bull. civ. III*, n° 616.
- Cass. Civ. 3, 30 mai 1972, n° 71-12.562, *Bull. civ. III* n°345
- Cass. Civ. 3, 6 juin 1972, n° 71-11.279, *Bull. civ. III* n°369
- Cass. civ., 28 nov. 1972, n°71-12.044, *Bull. civ. III*, n° 636.
- Cass. Civ.3, 8 mai 1973, n° 71-14.774, *Bull. civ. III*, n°326
- Cass. Civ. 3, 16 juill. 1974, n° 73-11.275, *Bull. civ. III* n°311
- Cass. Civ. 3, 1^{er} juillet 1975, n° 74-10.271, *Bull. civ. III*, n° 231.
- Cass. Civ. 3^e, 4 mars 1980, n° 78-13.302, *Bull. civ. III*, n° 49
D. 1981. IR 147, obs. JULIEN
- Cass. Civ. 3^e, 23 mars 1982, n°80-16.648, *Bull. civ. III*, n° 77;
- Cass. Civ. 3, 27 avr. 1988, n°86-17.472, *Bull. civ. III*, n°82
D. 1989. 275, note BEIGNIER (B.) ; *JCP*, 1988, IV, 229 ;
- Cass. Civ. 3^e, 8 juin 1988, n°87-12.178, *Bull. civ. III*, n°107
- Cass. Civ. 3^e, 1^{er} mars 1989, *Bull. civ. III*, n° 56
Rép. Def. 1990, p.1208, note VION
RTD civ. 1991. 113, obs. MESTRE (J.).
- Cass. Civ. 3, 22 mars 1989, n°87-19.923, *Bull. civ. III*, n° 72
D., 1989, IR, 124
RTD civ., 1989, 589, obs. ZENATI (F.)
- Cass. Civ. 3^e, 2 oct. 1996, n°95-10.167, Inédit
- Cass. Civ. 3^e, 4 oct. 2000, n°98-23.150, *Bull. civ. III*, n°159
- Cass. Civ. 3, 21 fev. 2001, n°99-17.966, *Bull. civ. III* n°22
AJDI 2002. 412, obs. COHET-CORDEY (Fr.)
D. 2002. Somm. 932, obs. PIGNARRE (L.-Fr.)
- Cass. civ. 3^e, 10 mai 2001, n°99-11.762, *Bull. civ. III*, n°61
D., 2001, p. 3156, note LIPINSKI (P.).
- Cass. Civ. 3, 27 fev. 2002, n°00-17.902, *Bull. civ. III*, n°53
D. 2002. AJ 1142, obs. ROUQUET (Y.)
GAJC, Dalloz, 12^e éd., n°9, pp.69-7
JCP E 2002. 678, note SAINTURAT (M.-L.)
RTD civ., 2002, p. 599, obs. MOLFESSIS (N.)
RTD com., 2002, p. 269, obs. MONEGER (J.)
- Cass. Civ. 3, 29 oct. 2003, n°01-12.482, *Bull. Civ. III*, n° 183
RDI, 2004, p. 123, obs. MALINVAUD (Ph)
- Cass. civ. 3^{ème}, 21 janv. 2009, n° 07-19.916, *Bul. Civ. III*, n°15
AJDI, 2009. 787, note FOREST (G.)
Gaz. Pal. 2009. 1927, note BARBIER (J.-D.)
Defrénois 2009. 1934, note LIBCHABER (R.)
- Cass. Civ. 3, 8 nov. 2006, n° 05-17.379, *Bull. civ. III*, n° 217
AJDI 2007, p. 394, note CAPOULADE (P.)
- Cass. Civ. 3^e, 24 juin 2011, n° 11-40.016, 930
JCP G 2011, 1513, note MATHIEU (B.)

- Cass. Civ. 3^e, 13 nov. 2013, n°12-24.916, *Bull. civ. III*, n°45
D. act., 19 nov. 2013, obs. LERUDULIER
Gaz. Pal. 4 mars 2014, p. 23, note PARMENTIER
JCP, 2013, 1196
Rev. loyers janv. 2014, p. 38 note GUEGAN
Administrer, janv. 2014, p. 43, note BOUYEURE
- Cass. Civ. 3, 13 nov. 2013, n°12-24.870, *Bull. civ. III*, n° 142
D., 2014, p.2705, obs. FRICERO (N.).
- Cass. Civ. 3, 17 déc.2013, n°12-21.559, Inédit
- Cass. civ. 3^e, 5 févr. 2014, n°13-10.174, *Bull. civ. III*, n°15
D. 2014. Actu. 420, obs. ROUQUET (Y.)
- Cass. Civ. 3, 5 fev. 2014, n°12-19.047, *bull. civ. III*, n°17.

Chambre commerciale

- Cass. Com. 15 mai 1950
D., 1950, p. 773
- Cass. com., 9 mai 1951, n°51-03.236, *Bull. civ. II*, n° 163
D. 1951, p. 472.
- Cass. Com. 22 mars 1961, *Bull. civ. III*, n° 150
- Cass. Com, 2 fevr. 1967, *Bull. civ. III*, n°58
- Cass. Com., 11 mai 1976, n°75-11.906, *Bull. civ. IV*, n°156.
- Cass. Com. 8 mai 1978, n°76-15.237, *Bull. civ. IV*, n°131
- Cass. Com. 20 mai 1980, n°78-15.443, *Bull. IV*, n°209
- Cass. Com., 6 juill. 1981, n°79-14.711, *Bull. civ. IV*, n°303
- Cass. Com., 15 fev. 1982, n°80-12.826, *Bull. civ. IV*, n°59
- Cass. Com. 28 févr. 1984, n°81-15.614; *Bull. civ. IV*, n° 75
- Cass. Com., 13 nov. 1990, n°89-12.826, *Bull. civ. IV*, n° 272
- Cass. Com., 5 avr. 1993, n°89-21.236, Inédit.
- Cass. Com., 16 nov. 1993, n°91-16.116, *Amerford*, *Bull. IV*, n° 405
Rev. crit. DIP, 1994, p. 332, note LAGARDE (P.)
JDI, 1994, p.98, note DONNIER (J.-B.).
- Cass. com., 31 janv. 1995, *Sté Dream's Car et a. c/ Cébé et a*, n° 93-10.535, Inédit
JCP G., n° 9, 1995, II, 22385, obs. PERDRIAU (A.).
- Cass. Com., 12 mars 1996, n° 93-19.278, Inédit.
- Cass. Com. 30 juin 1998, n°96-19.401, *bull. IV*, n°217
- Cass. Com., 3 oct. 2000, n°97-20.520, *Bull. civ. IV*, n°148
- Cass. Com., 5 fev. 2002, n°97-20.193, Inédit.
- Cass. Com. 3 mars 2004, n°02-10.586, Inédit
RTD com., 2004, p. 555, obs. GROSCLAUDE (L.)
- Cass. Com., 16 oct. 2003, n°01-17.520, *Bull. civ. II*, n°305, *D.* 2003. IR 2802
- Cass. Com. 28 juin 2005, n°02-14.686 (arrêt *Itraco*), *bull. civ. IV*, n°138
D. 2005, 2853, note BOUCHE (N.)
D., 2006, 1495, obs. COURBE (P.) et JAULT-SESEKE (F.)
Gaz. Pal., fev. 2006, note NIBOYET (M.-L.)
LPA, 28 dec. 2005, 16, note MAHINGA
Rev. Crit. DIP 2005, p.645, note ANCEL (B.) ET MUIR WATT (H.)

- Cass. Com. 20 sept. 2011, n° 10-22.888, *Bull. IV* n°132
 D., 2011., 2345, obs. DELPECH (X.)
 D., 2012,167, obs. MARÉCHAL (C.)
 JCP G 2011. 1250, note HOUTCIEFF (D.)
 Procédures, 2011, Repère 11, obs. CROZE (H.)
 RTD civ., 2011. 760, obs. FAGES (B.)
- Cass. Com. 11 avr. 2012, n°10-20.505, *Bull. civ. IV*, n° 80
 D., 2012, p.1123; *RDC*, 2012, p. 755, obs. GENICON (T.)
- Cass. Com., 12 fev. 2013, n°12-11828 12-12907, inédit
 RGDA 2013. 692, note KULLMANN (J.).
- Cass. Com., 12 mars 2013, n°11-24.365, *Bull. IV*, n°38
 D., 2013, Actu, p. 702, obs. LIENHARD (A)
 JCP E 2013. 1341, note LEBEL (Ch.), *ibid.* 1434, n° 12, obs. PETEL (Ph.)
 Gaz. Pal., juill. 2013, p. 15, obs. HENRY (L.-C.).
 RTD com. 2013, p. 349, obs. MARTIN-SERF (A.)
 RJ com., 2013, p. 251, note SORTAIS (J.-P.)
- Cass. Com., 4 juin 2013, n°12-17.786, Inédit
- Cass. Com., 11 mars 2014, n°13-11.777, Inédit
- Cass. Com., 6 mai 2014, n°13-14.960, Inédit
 D., 2014, p.1485, note DONDERO (B.)
 Rev. Sociétés, 2014, p.550, obs LE CANNU (P.).

Chambre sociale

- Cass. soc. 13 févr. 1948: *Bull. civ. V*, n° 174
- Cass. Soc. 21 nov. 1968, *Bull.*, n°185.
- Cass. Civ. 2, 4 oct. 1978, n°77-13.009, *Bull. civ. II*, n°202
- Cass. Soc. 7 juin 1979, n°78-40.166, *Bull.* n°492
 JCP 1979, IV, p.262
- Cass. Soc. 21 févr. 1980, n° 78-40.786 , *Bull. civ. V*, n° 173
- Cass. Soc., 23 janv. 1985, n° 83-13.771, *Bull V*, n°53
- Cass. soc. 10 déc. 1985, n°82-43.820, *Bull. civ. V*, n° 594
- Cass. Soc. 21 janv. 1987, n°83-44.546, n°83-41.682, *Bull. V*, n°31.
- Cass. Soc. 21 janv. 1987, n°84-40.856, *bull. V*, n°30
- Cass. Soc. 22 déc. 1988, n°85-44516, *Bull. civ. V*, n° 700.
- Cass. Soc. 12 juill. 1989, n°87-42.538, Inédit.
- Cass. Soc., 24 janv. 1990, n°86-40.154, *Bull. V*, n°22
- Cass. Soc., 24 janv. 1990, n°87-40.562, Inédit
- Cass. Soc., 4 oct. 1990, n° 88-41.203, Inédit
- Cass. Soc., 12 déc. 1990, n° 87-43.832, n° 87-44.311, n° 88-40.452, n° 90-43.299, *Bull. civ V* n°653
- Cass. Soc. 29 mai 1991, n°90-60.411, *Bull. civ. V*, n° 278
- Cass. soc. 8 oct 1992, n°89-42.770, Inédit
- Cass. Soc. 3 mars 1993, n°89-45.868, *Bull. civ. V*, n°76
 D. 1994, 588, note ENCINAS DE MUNAGORRI (R.) ;
- Cass. Soc. 5 oct. 1993, n°89-41.644, *Bull. civ. V*, n° 224
 D. 1994, 588, note ENCINAS DE MUNAGORRI (R.) ;
- Cass. Soc. 16 mars 1995: *Bull. civ. V*, n° 95

- GADSS, n° 53
 D. 1996. Somm. 41, obs. PRETOT (X.)
 JCP E 1995. II. 696, obs. SAINT-JOURS (Y.) ;
- Cass. Soc., 1^{er} févr. 1996, n°94-15.354, *Bull. civ. V*, n°38
Droit social, 96, p.144, obs. LYON-CAEN (P.)
 - Cass. Soc., 15 juill. 1998, n°96-42.005, *Bull. civ. V*, n° 389.
 - Cass. Soc. 21 mars 2000, n°99-40.003, *Bull. civ. V*, n° 118.
 - Cass. Soc., 28 novembre 2000, n°98-41.377, Inédit
 - Cass. Soc. 10 mai 2001, n°99-42.757, Inédit
Gaz. Pal., 2003, p. 24, obs. Perdriau (A.).
 - Cass. Soc., 5 mai 2009, n° 07-43.558, Inédit
Procédures, 2009, n° 227, note PERROT (R.)
 - Cass. soc., 6 mai 2009, n° 07-44.449, *Bull. V*, n°124
JCP S 2009. 1388, obs. DUMONT (Fr.)
 - Cass. Soc., 1 juil. 2009, n°08-40.164, Inédit
 - Cass. Soc. 22 sept. 2010, n°09-40.343
 - Cass. Soc., 14 nov. 2013, 12-16.626, Inédit
 - Cass. Soc., 18 déc. 2013, n° 13-16.988, Inédit.
 - Cass. soc., 4 juin 2014, n°12-28.740 n°12-28.741 et n°12-28.742, *Bull. civ. V*, n°132
Dalloz actualité, 20 juin 2014, obs. PEYRONNET (M.)
D. 2014, p.1677, obs MOULY (J.)
Dr. soc. 2014, p. 775, obs. BOULMIER (D.),
 - Cass. Soc., 28 mars 2012, n° 11-17.118, Inédit
 - Cass. Soc., 30 avril 2014, n°12-28.374, Inédit
 - Cass. Soc., 21 mai 2014, n°13-14.635, Inédit
 - Cass. soc.21 mai 2014, n°13-14.189, Inédit
 - Cass. Soc., 21 mai 2014, n°13-17.618, Inédit
 - Cass. Soc., 21 mai 2014, n°13-14.721, Inédit.
 - Cass. Soc, 12 juin 2014, n° 13-15.416 13-15.417 13-15.418, *Bull. civ. V*, n°143
 - Cass. Soc., 25 juin 2014, n° 12-21.411, Inédit

Chambre criminelle

- Cass. Crim. 18 févr. 1971, METHFESSEL, *D.* 1971. 525
- Cass. Crim., 26 févr. 1974, n°72-93.438, *Bull. crim*, n°82
D. 1974. 273, *concl. Touffait*
- Cass. Crim., 4 dec. 1977, n°77-93.423, *Bull. crim.*, n°340
- Cass. Crim., 1 oct. 79, n°78-93.884, *Bull. crim.*, n°264
- Cass. Crim., 11 janv. 1989, n°88-82.375, *Bull. crim.*, n°12
- Cass. Crim. 11 févr. 2004, n° 02-84.472 , *Bull. crim*, n° 37
Gaz. Pal., 2004. 2. Somm. 2688, obs. A.C.
- Cass. Crim., QPC, 19 mai 2010, n°09-82.582,
D. 2010.236, obs. NICO (H.)
*RTD Civ.*2010.508, obs. DEUMIER (P.).
- Cass. Crim., QPC, 10 nov. 2010, n° 6376, n° 10-85.678
JCP 2010. 1147, obs. MATHIEU (B.).

- Cass. Crim. 19 janv. 2011, n° 10-85.159 et n°10-85.305
D. 2011. 800, note PERRIER (J.-B.)
Cahier Cons. Const., 2011. 236, obs. DISANT (M.)

CONSEIL D'ETAT

- CE, Ass. Plén., 20 oct. 1989, Nicolo, recueil p. 190, concl. Frydman
- CE 29 juin 1990, GISTI, req. n° 78519, Lebon 171, concl. ABRAHAM
GAJA, 19^e éd., n° 92 ; GDJDA, 15^e éd., p. 95

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Cons. Const. 15 janvier 1975, n° 74-54 DC
D. 1975, p.529, note HAMMON (L.)
AJDA, 1975, p.134, note RIVERO (J.)
- Cons. const., déc. 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC
- Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QP
JO, 7 Octobre 2010 154
D. 2010, p. 2293, obs. GALLMEISTER (I.), p. 2744.
- Cons. Const., 6 oct. 2010, n° 2010-39, QPC
JO, 7 oct. 2010 154
Constitutions 2011, p. 75, obs. CHEVALLIER (P.)
D. 2010, p. 2293, obs. GALLMEISTER (I.), p. 2744, note CHENEDE (F.)
- Cons. Const., 14 oct. 2010, n° 2010-52 QPC
JO, 15 oct. 2010 540
D. 2011, p. 529, chron. MAZIAU (N.)
Gaz. Pal. 21 oct. 2010, n° 294, p. 12, note ROUSSEAU (D.)
RTD Civ. 2011, p.90, obs. DEUMIER (P.)
RFDA 2011, p. 353, étude EVEILLARD (G.)
Constitutions 2011, p. 361, obs. CAPELLO (A.).

TRIBUNAL DES CONFLITS

- TC., 16 juin 1923, *Septfonds*
S. 1923, 3, p. 49, note HAURIOU (M.)
DP, 1924, 3, p. 41, concl. MATTER (P.)
- TC, 10 fév.1949, *Lebon*, p. 591
- TC, 17 oct. 2011, *SCEA du Chéneau, M. Chereil c/ INAPORC, CNIEL*, req. n°s 3828 et 3829,
Lebon
AJDA 2012. 27, chron. GUYOMAR (M.) et DOMINO (X.)
Constitutions 2012. 294, obs. LEVADE (A.)
D. 2011. 3046, note DONNAT (F.) et 2012. 244, obs. FRICERO (N.)
RFDA 2011. 1122, concl. SARCELET (J.-D.), 1129, note SEILLER (B.), 1136, note
ROBLLOT-
RTD civ. 2011. 735, obs. REMY-CORLAY (P.)
RTD eur. 2012. 135, étude RITLENG (D.).
TROIZIER (A.) et 2012. 339, étude MESTRE (J.-L.)

COURS EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME (CEDH)

- CEDH 19 avr. 1994, *Van de Hurk c/ Pays-Bas*, req. n° 16034/90 ;

- CEDH, 21 mars 2000, aff. 34553/97, *Dulaurans c/ France*
D. 2000, p. 883, obs. CLAY (T.)
JCP G, 2000, II, n° 10344, note PERDRIAU (A.)
RTD civ, 2000, p. 635, obs. PERROT (R.) ; *Ibid.* p. 439, obs. MARGUENAUD (J.-P.).
- CEDH, 29 août 2000, aff. 40490/98, *Jahnke et Lenoble c/ France*
JCP G 2000, II, n° 10435, note PERDRIAU (A.).
- CEDH, 16 février 2012, N° 17814/10, *Tourisme d'affaires c. France*
JCP G., n° 10, 2012, 293 GONZALEZ (G.) ; *Procédures*, n° 4, Avril 2012, comm. 114.,
FRICERO (N.),
- CEDH, 10 mai 2012, *Jean-Louis Magnin c/ France*, req. n° 26219/08
Procédures 2012, n° 218, obs. FRICERO (N.).
- CEDH, 16 février 2012, N° 17814/10, *Tourisme d'affaires c. France*
JCP G, n° 10, 5 mars 2012, 293, note GONZALEZ (G.)
Procédures n° 4, avr. 2012, comm. 114, FRICERO (N.).

COURS DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENES (CJCE)

- CJCE 29 janv. 1975, *Alaimo c/ préfet du Rhône*, aff. 68/74, *Rec.* 109
- CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT c/ Ministère de la santé*, aff. 283/81, *Rec.* 3415
- CJCE ord., 5 mars 1986, *Wünsche c/ Allemagne*, aff. 69/85, *Rec.* 947, point 15
- CJCE, 11 juin 1987, *Pretore di Salò c/ X*, aff. 14/86, *Rec.* 2545, point 12
- CJCE, 8 févr. 1990, *Staatsecretaris van Financiën c/ Shipping and Forwarding Enterprise Safe*,
aff. C-320/88, *Rec.* I. 285
- CJCE, « *Schwedler c/ Parlement* », 28 nov. 1991, aff. C-132/90 P, *Rec.* I. 5745.
- CJCE, « *Burban c/ Parlement* », 31 mars 1992, aff. C-255/90 P, *Rec.* I. 2253.
- CJCE, « *Ingfried Hochbaum contre Commission des communautés européennes* », 17 janvier
1992, aff. C-107/90 P, *Rec.* p. I-157.
- CJCE, « *Biegi Nahrungsmittel et Commonfood c/ Commission* », 3 mars 2005, aff. C-499/03
P, *Rec.*p. I. 1751, point 41

- INDEX THÉMATIQUE -

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Accident de trajet · 490, 496
 Accident de travail · 490, 496
 Accusatoire · 84, 313, 349, **370s**, 379
 Actes administratifs · 453, 479
 interprétation · 482
 Actio · 33, 32
 in factum · 33
 in ius · 33
 Adverserial (modèle) · 83
 Affaire · 200, 524
 Allégation 299
 des faits · 314, 380, 396, 405s
 du droit · 325
 Amicus curiae · 350, 352
 Appel
 compétence (Cour) 192 s., 523, 539
 demandes nouvelles · 327
 effet dévolutif 539
 Appointements · 38, 50, 163
 Appréciation
 de droit · 351
 des faits · 103, 134, 222s., 268, 276, **468s.**,
 509, 532, 560, 570
 souveraine · 94, 341, **466s**, 487, 490, 495
 Areios Pagos · 65
 Argument · 173, 511
 Assignation · 411
 Attribution préférentielle · 554
 Audiatur et altera pars · 282
 Autorité de la chose jugée · 547, 325s.
 Aveu · 466, 338 s.

B

Bail commercial · 490
 Bundesgerichtshof · 68

C

Cas d'ouverture à cassation · **559** s., 439, 217
 Cassation sans renvoi · V. renvoi
 Causa · 32
 facti · 33
 iuris · 33
 cause · **58s.**, 78s., 110, 112, 127, 131, 151, 154,
 157s, 169s., 271, 279s, 299s, 307, 326, 377,
 388, 393, 401
 Espagne (*causa*) · 81
 Cautionnement · 472
 CCJA · 73, 75
 CEDH · 213, 365, 450, 508, 551, 594
 Célérité · 330
 Chemin d'exploitation · 470
 Circulaires administratives · 459
 CJUE · 481, 74, 74, 73
 Conclusions qualificatives · 325
 Condiciones
 facti · 28
 iuris · 28
 Conseil d'Etat
 Belgique · 72
 France · 69s
 Conseil des parties · 45, 48, 193
 Contestation sérieuse · 493
 Contrariété des jugements · 560
 Contrat · 455
 Contrat de société · 490

Contrat de travail · 490
Contrôle
 complet · 449
 disciplinaire · 439, 507, 571
 formel
 de constitutionnalité · 443
 de la motivation · 498
 minimum · 570
Contrôle de constitutionnalité · 442s.
Contrôle de conventionalité · 441, 444, 445
Controversia · 33, 32
 facti · 33
 iuris · 33
Convention collective · 346
 interprétation · 472
 preuve · 346
 nature · 452
Convention internationale · 329, 331
Cour de cassation
 Belgique · 65, 66
 Italie · 65, 66
Cour suprême
 Etats-Unis · 67
 Liban · 65
 Norvège · 67
 Royaume-Uni · 67
 Suède · 67
Coutume
 preuve · 339
 contrôle · 456
Cum occasione (bulle) · 39

D

Da mihi factum, dabo tibi jus · 13, 38, 79, 163, 282, 285, 318, 330
Décision judiciaire **226s.**, 253, 254, 256s., 271, 275, 277, 279, 466, 567
Défaut de base légale · 508, 561
Défaut de motif · 596, 586, 563, 562, 561, 560, 514, 508
Défaut de réponse à conclusions · 511, 560
Dénaturation · 498, 503, 529, 557, 560, 571s., 577s, 596, 598
 des contrats · 578, 503, 502, 501, 500, 474
 des écrits · 499
 des éléments de preuve · 356, 504 s., 579

 de la loi étrangère · 485
Dilecti filii (décrétale) · 37
Dispositionsmaxime · 79
Distinction ·
 notion 5, 92
 du fond et de la forme · 42s., 52s., 199
Doctrines (rôle) · 594
Duel judiciaire · 44

E

Effet dévolutif · 536s
Egalité des armes · 450, 365
Eléments
 dynamiques · 175
 générateurs · 314, 510
 théorie des · 103
 statiques · 176
Entreprises en difficultés · 472
Equilibre des rôles · 381, 426
Equité · 324, 420
Erreurs
 de droit · 42, 46, 56s, 126, 439, 560
 de fait · 43, 46, 56s., 126
 distinction des · 46
Evocation · 45, 75, 193, 538
Ex facto oritur jus · 1
Exception de procédure · 325, 397, 451
Excès de pouvoir · 560
Expertise · 351

F

Factum · 13, 28, 33s., 38, 40, 128, 330
Fait
 adventice · 335, 334, 373
 brut · 396, 396
 concluant · 314
 dans le débat · 333
 de l'affaire · 159
 définition · 98
 du procès · 175, 159
 matériel · 101
 nouveau · 333
Faute · 470, 490
 grave · 470
 inexcusable · 489

intentionnelle (assurance) · 493
 Fin de non-recevoir · 325
 Fonction juridictionnelle · 208, 233, 275, 283, 316, 318
 Fond
 de l'affaire · 48, 54, 66, 72, 75, 186s., 193s., 198, 200, 203s., 272, 276, 432, 519s., 527, 542
 de l'arrêt · 55, 99
 du droit · 399, 199
 nullité de · 325, 472
 règle de · 561, 437
 Forme ·
 de l'arrêt · 47
 du droit · 47, 53
 nullité de · 325
 règle de · 198s., 325, 437, 569s., 573s.
 Formes · 531
 violation des · 65, 72, 438s., 560, 562.
 du droit · 54
Fraus omnia corrumpit · 451

H

Herméneutique · 94, 260
Hoge Raad · 65

I

Ignorantia
facti · 28, 33
iuris · 28, 33, 37
 Impossibilité d'agir · 474
 Incompétence · 560
Infra petita · 404, 377, 315, 61
 Instance · 7, 60s., 163, 313, **395s.**, 402, 549
 coopération 379s.
 distinction avec la matière litigieuse 7, 372, 374, 379
 direction 414
 introduction **325**, 427, 471
 Insuffisance de motifs · 508, 555
 Intention libérale · 470, 490
 Intérêt de l'enfant · 490
 Intérêt légitime · 490
 Interprétation
 contrôle · 473, 472

des faits · 568
 du droit · 412, 409, 568
 opération juridictionnelle · 584
Ius · 28, 33s., 93

J

Jansénisme · 39
Jura novit curia · 344, 343, 339, 339, 319, 300, 282, 79, 79, 38, 13, 11
 Jury · 1, 3, 48s., 466, 610
 Angleterre · 83
 Etats-Unis · 83
 Jusnaturalisme · 93

L

Légicentriste
 système · 439
 Lettres de dire contre arrêt · 44
 Licenciement · 492
Licet Romanus Pontifex (constitution) · 37
 Litige · 203
 Logique formelle · 288
 Loi étrangère 206, 298s., 329, 337, 342s., 484
 aveu · 342
 contrôle · 462, 471, 484
 interprétation · 485
 preuve · 343s.
 Loi nouvelle · 471

M

Manœuvres dilatoires · 386
 Manque de base légale · 508, **560s.**
 Matière litigieuse · 60s., 81s., 127s., 131, **157s.**, 168s., 225, 284, 307, 327, 368s., 392s., 414, 430s., 597
 Mesures d'administration judiciaire · 397
 Mesures d'instruction · 167, 202, 347, 355, 397, 417, 527, 541, 545, 584
 Mise en état · 386, 397s., 408s.
 Mitoyenneté · 471
 Motifs · 217
 contradictoires · 516
 de droit · 508
 de fait · 508

de pur droit · 209s., 552
dubitatif · 514
généraux · 513
hypothétiques · 512, 515
pur droit · 208
surabondants · 512, 552, 555
Motivation · 529, 557, 580
 contrôle · 574s.
 contrôle formel · 507, 508
 obligation · 570, 573, 574
Moyen · 173, 155
 de droit · 61, 70, 131, 155, 172, 211s., 304,
 326s., 330, 335, 387, 418
 relevé d'office · 421, 418, 387, 328, 330
 de fait · 153, 155, 159, 172s., 208, 211,
 213, 325, 368
 de pur droit · 75, 171s., 211s., 330, 335,
 418, 551, 552
 relevé d'office · 330, 335
 d'inconstitutionnalité · 331
 mélagé de fait et de droit · 75, 169s., 213s.,
 330, 335, 551
 nouveau · 551, 550, 212
 recevabilité · 212, 211

N

NCPC
 adoption · 60
 plan · 154
Normativisme · 92s.
Normes communautaires · 463, 479
 interprétation · 481
Normes constitutionnelles
 Contrôle · 443

O

Objet du litige · 61, 79, 131, 154, **158s.**, 164s.,
175s., 183s., 312s., 394, 396, 403s., 410,
505, 579
 indisponibilité · 315, 377
Office du juge · 4, 318, 328, 373
 conception · 284, 330, 421s.
 contours · 283
 évolution · 424
 notion · 423

revalorisation · 426
OHADA · 75, 373
Ordre public · 324
Ouvertures à cassation · 545, 47, 560

P

Polysyllogisme · 256s., 264, 268s.
Pourvoi
 recevabilité · 211
Pouvoir discrétionnaire · 203, 349, 474, 570
pouvoir souverain · 110, 330, 570, 568, 504,
501, 497, 490, 489, 485, 474, 466, 203, 203,
202, 194, 194, 11
Prescription · 575
Prétentions · 159, 320, 326, 403
Preuve · 164s.
 activité · 167
 charge · 314, 336s., 342, **344s.**, 354
 contrôle · 474, **504s.**
 définition · 166
 de la loi étrangère (v. Loi étrangère)
 nature · 179
 objet · 166, 179, 300, **337s.** 602, 597, 584,
Principe contradictoire · 155, 333, 361, **367s.**,
586
Principe d'initiative · 374, 379
Principe de concentration · **326s.**, 365, 593,
Principe de coopération · 82, **377s.**
Principe de loyauté · 365, 472
Principe de neutralité · 282, 300, 315, 355,
372s.
Principes directeurs · 11s., 154, 283, 325,
359s., 385, 399, 422, 426, 552
Principe dispositif · 11, 13, 59, 61, 78, 80, 84,
86, 157s., 171, 283, 300, 311, 315, 361,
370s., 388
Principes et usages du commerce international
 · 457
Principes généraux · 451
Procédure formulaire · 30s.
Procès
 notion · 395
 temps · 184, 395s., 414
Procès romain
 phase in jure · 30
Proposition d'erreur · 44, 46

Q

QPC · 331, 442, 444

Quaestio · 32*facti* · 33, 34*iuris* · 33, 34, 35.

Qualification · 103 , 410, 587

activité · 180

contrôle · 470, 494, 495

définition · 143s.

des faits · 417

nature · **138s.**

opération juridictionnelle · 590, 588

question · 190

règle de · 590

requalification · 418, 377, 330, 328

R

Raisonnement dialectique · 238

Recevabilité

des moyens · 551

du pourvoi V. pourvoi

Récompense · 471

Recours en révision · 523

Référé législatif 439

Règle de droit

analyse structurale · **102s.**, 135, 140, 242,
261s., 394, 591

définition · 96

de forme v. Forme

implication · 575

prodécurale **569** (v. également Forme)substantielle · 328, 562, 566, 574, 584, 587,
589

relever d'office · 328 (v. également Moyen)

renvoi (après cassation) · 194, 200, 205, **541s**

absence · 546s.

obligation · 542s.

renvoi préjudiciel · 482, 481, 479, 74

requête civile · 44, 46, 57, 123, 126 544

Res · 128*facti et iuri* · 33

Résiliation

caractère abusif · 470

Rhétorique juridique · 238

S*Secundum allegata et probata iudex judicare
debet* · 282*Sein et Sollen* · 101, 93, 92Substitution de motifs · 418, 471, 540, **553s.***Summa divisio* · 9, 11, 176, 181s.

Suppléance de motifs · 552s.

Syllogisme · 31, 34, 37, 50, 101, **226s.**, 426,
532

dialectique · 238

inversé · 396

judiciaire · 31, 34, 85, 226s., 233s., 252s.,
275, 279s. 396

polysyllogisme · V. Polysyllogisme

Synchrétique (démarche) · 260, 396

T

Théorie pure du droit · 1, 40

Tierce opposition · 523

Traité internationaux · 435, 463, 479s.

Tribunal de cassation

instauration · 438

Tribunal fédéral Suisse · 65

U*Ultra petita* · 232, 315, 61

Usages

contrôle · 461, 456

interprétation · 486

preuve · 339

V*Verhandlungsmaxime* · 79

Vice caché · 474, 490

- INDEX ONOMASTIQUE -

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

ALBIGÈS (Christophe) • 233,240
 ALLAND (Denis) • 5, 229, 480
 AMRANI-MEKKI (Soraya) • 229, 326, 330, 395, 414
 AMSELEK (Paul) • 92, 97, 485
 ANCEL (Bertrand) • 330, 346, 484
 ARISTOTE • 40, 226, 231
 ARNAUD (Antoine) • 39
 ASCARELLI (Tullo) • 66
 ASSI (Eugène Assepo) • 75, 531
 ATIAS (Christian) • 1, 2, 9, 20, 26, 36, 39, 92, 190,
 AUBERT (Henri) • 203
 AUBRY (Charles) et RAU (Charles-Frédéric) • 59, 166,
 AUBERT (Jean-Luc) • 97, 101, 233-234, 561
 AUDIT (Bernard) • 484
 AUVERGNON (Philippe) • 1
 AVENA-ROBARDET (Valérie) • 326
 AVRIL (Yves) • 493
 AYNÈS (Laurent) • 97
 AZARD (Pierre) • 59

B

BACHELLIER (Xavier) • 100, 199, 233, 471, 489-490, 492, 495
 BARDONNET (Daniel) • 198, 203
 BATIFFOL (Henri) • 114
 BECHILLON (Denys de) • 96-97
 BELLET (Pierre) • 136

BERGEL (Jean-Louis) • 93, 96, 144, 167, 190, 233, 234, 419
 BERNS (Thomas) • 40
 BERRIAT-SAINT-PRIX (Félix) • 125
 BIOCHE (Charles-Jules-Armand) • 56
 BLÉRY (Corinne) • 7, 101, 128, 131, 233, 240, 331
 BLONDEL (Philippe) • 8, 92
 BOLARD (Georges) • 60, 157, 325, 374
 BOLZE (Antoine) • 226, 271, 280
 BONFILS (Henry) • 56, 554
 BONNET (Baptiste) • 11
 BORE (Jacques) • 101, 120, 121
 BORE (Louis) • 101, 120, 121
 BOUCARD (François) • 142
 BOULET-SAUTEL (Marguerite) • 44, 46,47
 BOUREL (Pierre) • 345
 BOUSSARD (Sabine) • 70
 BOYER (Laurent) • 13, 38, 96, 128, 282
 BRENNER (Claude) • 431
 BRY (Georges) • 30
 BUCH (Henri) • 70, 139
 BUFFET (Jean) • 82, 136
 BUGADA (Alexis) • 1
 BUK LAMENT (Julie) • 100, 199, 233, 471, 489-490, 492, 495
 BUREAU (Dominique) • 450
 BURGELIN (Jean-François) • 571
 BURNIAT (Nicolas) • 233
 BUSSY (Florence) • 240

C

CABRILLAC (Rémy) • 233
 CADIET (Loïc) • 7, 100, 132, 154, 171, 183, 195, 200, 222, 232, 313, 325, 363, 373, 374,

379, 381, 382, 385- 387, 399, 428, 459, 508,
523, 530, 538, 540, 560, 561, 576
CALAMANDREI (Piero) • 66, 233
CANIVET (Guy) • 194, 240
CARBASSE (Jean-Marie) • 47
CARBONNIER (Jean) • 92, 233
CARPI (Federico) • 79, 82
CASTALDO (André) • 30, 47
CAVIN (Pierre) • 65, 66
CHABAS (François) • 315, 531
CHADELAT (Catherine) • 374
CHAINAIS (Cécile) • 7, 44, 59, 100, 125,
128, 171, 190, 195, 200, 238, 284, 295, 313,
363, 374, 380, 397, 418, 426, 436, 507, 508,
510, 539, 560
CHARRUAULT (Christian) • 195, 326
CHARTIER (Yves) • 100, 352
CHAUVERON (Pierre de) • 56, 122, 190
CHENON (Emile) • 44, 501, 543
CHIFFLOT (Nicolas) • 70
CHRETIEN (Patrice) • 70
CIURO CALDANI (Miguel-Angel) • 15
COLSON (Renaud) • 4, 233, 244, 269, 351,
374
CORNU (Gérard) • 5, 9, 11, 61, 100, 114,
514, 523, 527, 531, 543, 554, 555, 558, 560,
583, 590
CORNU-THENARD (Nicolas) • 32, 33, 34
CORSTENS (Geert) • 65
COTTIN (Marianne) • 560, 593
COUCHEZ (Gérard) • 100, 121, 373, 540
CREPON (Théophile) • 544
CRISTAU (Antoine) • 491
CROZE (Hervé) • 100, 101, 112, 128, 131,
157, 171, 173, 175, 183, 199, 200, 217, 218,
226, 233, 239, 247, 267, 284, 285, 295, 308,
314, 325, 328, 342, 351, 355, 365, 373, 497,
511, 540, 543, 560

D

D'AMBRA (Dominique) • 424
D'ORS (Alvaro) • 92

DABIN (Jean) • 7, 96
DAMIEN (André) • 525
DARCY (Gilles) • 423
DARMON (Marco) • 74
DAUCHY (Serge) • 44, 46, 47, 371
DE VITA (Anna) • 78
DEBARD (Thierry) • 195
DEHARO (Gaëlle) • 327
DEKKERS (René) • 29, 30
DEL PRETE (Didier) • 70, 74
DELFORGES (Gilles) • 233
DELICOSTOPOULOS (Ioannis S.) • 65, 82
DELVOLVE (Pierre) • 70, 71
DENOIX DE SAINT MARC (Renaud) •
DESCOTES (Dominique) • 39
DESDEVISES (Yvon) • 397
DESHAYES (Olivier) • 325, 327, 330, 418,
427, 428, 502
DEUMIER (Pascale) • 11, 95-97, 190, 203,
233, 260, 267
DHOQUOIS (Régine) • 143
DIJON (Xavier) • 143, 244
DOUCHY-LOUDOT (Mélina) • 8, 131, 397
DROSS (William) • 232
DUFFY-MEUNIER (Aurélie) • 67
DUFWA (Goran) • 67
DUTHEILLET DE LAMOTHE (Olivier)
• 443
DUVERGIER (Jean-Baptiste) • 443

E

EGEA (Vincent) • 485, 569
EISENMANN (Charles) • 1,
ELLUL (Jacques) • 47
ENCINAS DE MUNAGORRI (Rafael) •
346
ESMEIN (Adhémar) • 44
ESMEIN (Paul) • 59

F

FABRE (Martine) • 205,
FABRE-MAGNAN (Muriel) • 223, 240
FAVOREU (Louis) • 443
FAYE (Ernest) • 501, 508, 529, 561
FERRAND (Frédérique) • 7, 44, 59, 60, 68,
79, 100, 125, 128, 171, 190, 195, 200, 233,

238, 284, 295, 313, 363, 374, 380, 397, 418,
426, 436, 507, 508, 510, 539, 560
FERRIERE (Claude Joseph De) • 38, 171
FILLION-DUFOULEUR (Bernard) • 485
FISCHER (Eva) • 70, 74, 100
FLORES (Philippe) • 331
FOHRER-DEDEURWAERDER (Estelle) •
484
FOMETEU (Joseph) • 75
FOUSSARD (Dominique) • 223
FOYER (Jean) • 59, 60, 100, 159, 423
FRADIN (Olivier) • 100, 131, 171, 172, 175,
183, 199, 200, 217, 218, 308, 314, 342, 351,
355, 373, 497, 511, 540, 543, 560
FRICERO (Natalie) • 213, 326, 472, 508,
551
FRISON-ROCHE (Marie-Anne) • 102, 423
FRYDMAN (Benoît) • 232

G

GALLET (Jean-Louis) • 505
GARSONNET (Eugène) • 56, 123
GASSIN (Raymond) • 587
GAUDEMET (Yves) • 257
GAUDEMET-TALLON (Hélène) • 554
GAUDU (François) • 491
GAUTIER (Pierre-Yves) • 327, 330, 458
GHANEM (Ghaleb) • 65
GHIRARDI (Olsen Antonio) • 244
GIL Y GIL (José Luis) • 1
GILLI (Jean-Paul) • 21, 59, 279
GILSON (Etienne) • 92
GIRARD (Paul-Frédéric) • 30
GJIDARA (Sophie) • 234
GLASSON (Ernest Désiré) • 56
GONZALEZ (Gérard) • 213, 551
GOUTTENOIRE (Adeline) • 554
GOUTTES (Régis de) • 309, 327, 330
GRIDEL (Jean-Pierre) • 233, 490
GRIMALDI (Cyrille) • 102, 103, 560, 590,
591
GRISWOLD (Erwin Nathaniel) • 67
GROSS (Norbert) • 66, 68
GRUA (François) • 1
GUEZ (Philippe) • 449
GUILLAUME (Marc) • 444

GUILLERMET (Camille-Julia) • 240
GUINCHARD (Serge) • 7, 44, 59, 100, 125,
128, 171, 190, 195, 200, 238, 284, 295, 313,
363, 374, 380, 397, 418, 426, 436, 507, 508,
510, 539, 560
GUTMAN (Daniel) • 102, 346

H

HABA (Enrique Pedro) • 5
HADATI (Habib) • 66
HALPERIN (Jean-Louis) • 45, 47, 48, 53,
59
HARAVON (Michaël) • 83
HÉBRAUD (Pierre) • 59, 232, 234, 244,
261, 279
HERON (Jacques) • 7, 13, 100, 121, 128,
183, 191, 303, 307, 315, 325, 333, 334, 355,
362, 366, 368, 373, 377, 397, 540
HUMBERT (Michel) • 30
HUSSON (Léon) • 139

I

INGBER (Léon) • 114

J

JAMIN (Christophe) • 594
JEAMMAUD (Antoine) • 97
JESTAZ (Philippe) • 1, 9, 13, 97, 114, 452,
594
JEULAND (Emmanuel) • 100, 132, 154,
171, 183, 195, 200, 222, 232, 240, 313, 325,
330, 363, 372-374, 379-381, 385, 400, 428,
459, 508, 523, 530, 538, 540, 560, 561, 576
JHERING (Rudolf Von) • 569
JOBARD-BACHELLIER (Marie-Noëlle) •
100, 199, 233, 471, 489-490, 492, 495
JULIEN (Pierre) • 342, 351, 539

K

KAMARA (Françoise) • 59
KELSEN (Hans) • 1, 40, 92, 93, 96, 101
KERNALEGUEN (Francis) • 18, 101, 103, 112, 121, 135, 140, 190, 200, 233, 234, 261, 267, 275

L

LACHAUME (Jean-François) • 480
LAGARDE (Xavier) • 100, 373, 540
LARROUMET (Christian) • 97
LAURENT (Emile) • 48, 50, 51, 53, 56, 443
LAURIN (Yves) • 352
LE BARS (Thierry) • 18, 112, 121, 135, 140, 190, 233
LE GALLOU (Anne) • 128
LEFORT (Christophe) • 7, 100, 128, 330, 426, 531, 538, 540, 556
LEMOINE (Chloé) • 5, 9, 11
LEVASSEUR (Alain) • 67, 83
LEVENEUR (Laurent) • 98, 330, 458
LEVY (Jean-Pierre) • 30, 47
LINOTE (Didier) • 1
LORIFERNE (Dominique) • 309, 327, 330
LOUSSOUARN (Yvon) • 345
LUXEMBOURG (Fanny) • 195, 533, 535

M

MAGENDIE (Jean-Claude) • 326, 397, 398
MAGNON (Xavier) • 92, 96
MALAURIE (Philippe) • 97, 329, 352, 480
MALINVAUD (Philippe) • 97, 150, 234, 240, 330
MARGUENAUD (Jean-Pierre) • 16, 471, 551
MARIA (Ingrid) • 594
MARRAUD (Catherine) • 233, 244, 258
MARTIN (Raymond) • 61, 105, 110, 114, 139, 151, 172, 175, 189, 279, 325, 326, 330, 450

MARTY (Gabriel) • 4, 13, 18, 233
MASSÉ (Michel) • 16,
MATHIEU (Marie-Laure) • 5, 9, 101, 172, 213, 226, 231, 553
MATHIEU-IZORCHE (Marie-Laure) • 92, 94, 200, 226, 231, 308, 367, 515, 560, 562, 570, 574, 575
MAUGAIN (Géraldine) • 397, 426
MAVIDAL (Jérôme) • 48, 50, 51, 53, 56, 443
MAZEAUD (Denis) • 218, 352
MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) • 315, 531
MAZERES (Jean-Arnaud) • 255
MEEUS (Albert) • 65
MELIN (François) • 329, 484
MESTRE (Jacques) • 326, 502
MESTRE (Jean-Louis) • 443
MEUNIER (Jacques) • 4
MIMIN (Pierre) • 59
MINIATO (Lionel) • 325, 368
MOLFESSIS (Nicolas) • 240, 459, 470
MOLINIER (Joël) • 331
MONTAGNIER (Gabriel) • 195
MOREAU (Bertrand) • 458
MOREL (Christian) • 100, 131, 171, 172, 175, 183, 199, 200, 217, 218, 308, 314, 342, 351, 355, 373, 497, 511, 540, 543, 560
MORVAN (Patrick) • 13, 97, 329, 352, 480, 505, 579
MOTULSKY (Henri) • 4, 7, 13, 58, 59, 60, 79, 92, 97, 102, 103, 116, 127, 131, 144, 151, 152, 157, 160, 164, 190, 195, 226, 233-236, 238, 240, 244, 278-282, 284, 285, 294-297, 299-302, 304, 306-309, 311, 314, 315, 317-321, 327, 328, 332-335, 343, 344, 345, 349, 353, 354, 361, 370, 373, 375, 376, 379-

381, 387, 390, 396, 424, 425, 427, 431, 468,
510, 561, 562, 590, 597
MOURALIS (Jean-Louis) • 314, 315, 340,
342
MOURY (Jacques) • 171, 172
MUIR WATT (Horatia) • 329, 346, 484, 485

N

NEIRINCK (Claire) • 450
NORMAND (Jacques) • 7, 18, 59, 83, 100,
101, 127, 128, 132, 244, 315, 326, 334, 368,
423, 427, 490, 493

O

ODENT (Bruno) • 190
OLIVECRONA (Karl) • 92
OLIVIER-MARTIN (François) • 47,
OPPETIT (Bruno) • 92, 380

P

PARTYKA (Patricia) • 144, 145, 588
PASCAL (Blaise) • 39
PENNEC (Laurent) • 15, 18, 37, 38, 79, 81,
243, 282, 380
PERDRIAU (André) • 279, 450, 490-492,
505, 506, 517, 529, 547, 551, 552, 560, 569,
571, 575, 579, 593, 594
PERELMAN (Chaïm) • 226, 231, 233, 244,
259
PERRIN (Jean-François) • 97
PERROT (Roger) • 38, 59, 60, 70, 74, 100,
101, 202, 326, 327, 346, 352, 423, 466, 472,
493, 506, 413, 532, 544, 547, 551
PFERSMANN (Otto) • 92, 93, 97, 98
PICHONNAZ (Pascal) • 30, 31

PICOD (Fabrice) • 74, 481
PLUYETTE (Georges) • 205, 549
PODRAZA-SCRIPZAC (Edith) • 70, 71
PONSARD (André) • 329
POULET-GIBOT-LECLERC (Nadine) •
16
PRIEUR (Evelyne) • 554, 555, 590
PUIGELIER (Catherine) • 493

R

RAY (Jean) • 56, 57
REMY (Philippe) • 472
RIALS (Stéphane) • 5, 229, 566
RIDEAU (Joël) • 481
RIGAUX (François) • 233
RIVERO (Jean) • 1, 3, 9, 13, 21, 70, 71, 445
ROBERT-WANG (Laurent) • 96, 97
ROBIN (Cécile) • 115, 144,
ROLAND (Henri) • 13, 38, 96, 128, 282
ROTH (Peter) • 83
ROUBIER (Paul) • 97, 102
ROYER (Jean-Pierre) • 48
RUBI-CAVAGNA (Eliette) • 352
RUTSAERT (Joseph) • 65
RYSSDAL (Rolv) • 67

S

SALAS (Denis) • 229
SALATI (Olivier) • 397, 398
SALHI (Karim) • 538
SALVE DE BRUNETON (Jean de) • 593
SAVATIER (Jean) • 59, 452
SAVAUX (Eric) • 97, 101, 233-234, 561
SCHMIDT-SCHONDORF (Sybille) • 79,
190
SEDLEY (Stephen) • 85
SGROI (Vittorio) • 65, 66
SILANCE (Luc) • 114

STAES (Olivier) • 128, 388
STAMMLER (Rudolf) • 103
STORCK (Christian) • 65
STRICKLER (Yves) • 100, 373
STRÖMHOLM (Stig) • 92
STÜRNER (Rolf) • 78

T

TERRE (François) • 9, 166
THERY (Philippe) • 421
TIMBAL (Pierre-Clément) • 47
TOURNIER (Régis) • 240
TROPÉ (Michel) • 50, 96, 125, 232, 243, 260
TUNC (André) • 100

V

VAHDAT (Christophe) • 74
VALLENS (Jean-Luc) • 150
VAN COMPERNOLLE (Jacques) • 80
VAN DE KERCHOVE (Michel) • 485
VAN DROOGHENBROECK (Jean-François) • 102, 116, 121, 182, 185, 187, 203, 425
VAREILLES-SOMMIERES (Pascal De) • 345
VARINARD (André) • 195
VASSART (Patrick) • 114

VATINET (Raymonde) • 491
VEDEL (Georges) • 195
VERGES (Etienne) • 128, 308, 381
VIDALIN (Jacques) • 30, 31
VIGNEAU (Vincent) • 444, 554, 593
VILLEY (Michel) • 40, 92
VIRALLY (Michel) • 93, 98
VOGEL (Hans-Heinrich) • 92
VOULET (Jacques) • 505

W

WALINE (Jean) • 70
WALTER (Ferdinand) • 31
WAQUET (Philippe) • 492
WEBER (Jean -François) • 7, 513, 554
WEILLER (Laura) • 349-351, 353
WIARDA (Gerardus J.) • 65-66
WIEDERKEHR (Georges) • 114, 349, 520, 446, 546
WILBERFORCE 67
WOOG (Jean-Claude) • 375

X

XAVIER (Charles) • 112, 190, 594

Z

ZENATI (Frédéric) • 240, 365, 513
ZOLER (Elisabeth) • 67

- TABLE DES MATIERES –

- SOMMAIRE -	5
- REMERCIEMENTS -	7
- LISTE DES ABREVIATIONS -	9
- INTRODUCTION -	15
I – Détermination du sujet	17
A - Un domaine : le droit judiciaire privé	18
B - Un objet : la distinction du fait et du droit	20
1 - Fonctions de la distinction	22
2 - Nature de la distinction	25
II – Elaboration de la méthode	29
A - Choix de la problématique	30
B - Choix de l’approche	31
1 - La distinction à travers ses deux fonctions	31
2 - La distinction au-delà de ses fonctions	32
C - Choix du plan	34
- PREMIERE PARTIE -	
LES FONDEMENTS DE LA DISTINCTION DU FAIT ET DU DROIT	37
TITRE 1 - LES FONDEMENTS STABLES DE LA DISTINCTION	41
<i>CHAPITRE 1 - Le constat de l’existence de la distinction</i>	43
Section 1 - Les origines historiques de la distinction	44
§1 - Les racines diffuses de la distinction du fait et du droit	45
A – Les racines romaines : une distinction pragmatique	45
1- La distinction du fait et du droit, structure du procès romain classique	45
2 - La distinction du fait et du droit, outils pragmatique de la procédure romaine	47
B - L’ancien droit : une distinction dogmatique et théorique	50
1 - Une distinction dogmatique en droit médiéval	50
2 - Une distinction théorique sous l’Ancien Régime	53
§ 2 - Les origines directes de la distinction du fait et du droit	55
A - L’apparition de la distinction dans la technique de cassation	55
1 - La construction originelle de deux distinctions	55
2 - La consécration tardive de la distinction du fait et du droit	59
a - Le débat sur le jury centré sur la distinction	60
b - Le débat sur la cassation ignorant la distinction	61

c - La distinction consacrée par la doctrine	62
B - L'importation de la distinction dans la délimitation de l'office du juge.....	64
Section 2 - Le rayonnement actuel de la distinction	69
§1 - La délimitation du contrôle de cassation devant la plupart des Cours Suprêmes	69
A - La distinction adoptée par des Cours suprêmes de l'ordre judiciaire	70
B - Une distinction proposée pour certaines cours suprêmes de l'ordre administratif	75
C - La distinction choisie par certaines Cours supranationales	78
§2 - La répartition des rôles dans certains pays européens.....	82
A - La détermination des rôles selon la distinction du fait et du droit.....	82
B - La présentation des rôles selon le fait et le droit.....	87
CONCLUSION CHAPITRE 1.....	90
 <i>Chapitre 2 - La démonstration de la consistance de la distinction</i>	 91
Section 1 - Une distinction théoriquement fondée.....	92
§1 - L'existence de la distinction affirmée par la théorie du droit	92
A - Une scission entre le fait et le droit.....	92
1 - L'opposition entre droit et fait.....	92
2 - La hiérarchie entre le fait et le droit.....	96
B - Une définition de la distinction du fait et du droit.....	97
1 - La définition du droit	97
2 - La définition du fait	101
§2 - La conception de la distinction reprise en théorie du droit processuel	102
A - La continuité de la théorie en droit processuel: la reprise de la définition théorique	103
B - L'apport de la théorie en droit processuel : l'argument de l'analyse structurale de la règle de droit.....	107
 Section 2 - Une distinction pratiquement déformée	 111
§1 - La multiplication des définitions de la distinction du fait et du droit	111
A - La mise en cause de la définition classique	112
1 - L'exposé de la critique : le fait inséparable du droit	112
2 - l'appréciation de la critique : le fait séparé du droit	114
B - La mise en mouvement de la définition statique.....	117
1- De la théorie au contrôle de cassation : du droit à la question de droit	118
a - La distinction des questions.....	118
b - La distinction en question	121
2 - De la théorie à l'office du juge : du droit au domaine du droit	123
§2 - La profusion des frontières entre le fait et le droit	125
A - L'effet regrettable de la profusion : l'introuvable frontière entre fait et droit.....	126

1 - L'adjonction de la frontière entre activité de fait et de droit	126
2 - La multiplication des frontières entre questions de fait et de droit.....	128
B - L'objectif inatteignable par la profusion: la justification de la nature de la qualification	132
1 - La nature de la qualification affirmée par les distinctions dynamiques	133
2 - La nature de la qualification justifiée par la distinction classique.....	135
CONCLUSION CHAPITRE 2.....	139
CONCLUSION DU TITRE 1.	141
TITRE 2 - LES FONDEMENTS CONTESTABLES DE L'UTILISATION DE LA DISTINCTION	143
<i>CHAPITRE 1 - Les fondements textuels fuyants.....</i>	<i>145</i>
Section 1 - Des fondements textuels limités : la répartition des rôles	146
§1 - L'apparence de la distinction dans les textes régissant l'office du juge	147
A - La visible distinction des éléments de droit et de fait.....	147
1 - Le plan distinguant le fait et le droit.....	148
2 - Les moyens distingués en fait et en droit.....	148
3 - Les autres éléments distinguables en fait et en droit	150
B - La perceptible distinction des activités de droit et de fait.....	153
1 - La distinction des activités perceptible dans le plan.....	153
2 - La distinction des activités perceptible dans « les preuves ».....	155
§2 - L'évanescence de la distinction dans les textes régissant l'office du juge.....	157
A - L'effacement de la distinction des éléments de fait et de droit	158
1 - La distinction indifférente aux éléments dynamiques jurisprudentiels	158
2 - La distinction restreinte aux éléments statiques de la « cause ».....	163
B - L'épanouissement de la distinction des activités	165
1 - L'absence de répartition des activités selon le fait et de droit.....	166
2 - Le choix d'une répartition des rôles selon les activités	167
Section 2 - Des fondements textuels artificiels : la délimitation du contrôle de cassation	169
§1 - L'interdiction de connaître du fond, fondement subjectif de l'éviction des faits	170
A - Les fonctions divergentes assignées à l'interdiction et à la distinction	170
1- La délimitation du contrôle de cassation par la distinction	171
2 - La définition de la fonction de cassation par l'interdiction	173
3 - Le rattachement doctrinal de l'interdiction et de la distinction	175
B - Les significations différentes du « fond » et du « fait ».....	177
1 - Le « fond » et le « fait ».....	177
2 - Le « fond » et la « question de fait »	181
3 - Le « fond de l'affaire» est l' « affaire ».....	184
§2 - Les moyens et motifs de fait et de droit, manifestations artificielles	185
A - La frontière sémantique entre le fait et le droit.....	186

B - La frontière matérielle entre les faits	189
1- Une frontière entre les faits.....	189
2 - Une frontière indifférente aux questions de fait	192
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	195
<i>CHAPITRE 2 - Le fondement logique insuffisant.....</i>	<i>197</i>
Section 1 – Le constat de la place de la distinction dans le raisonnement judiciaire ..	199
§1 – Le syllogisme judiciaire comme schématisation de la décision de justice.....	199
A – Le syllogisme judiciaire, forme logique donnée à la décision judiciaire.....	200
B – Le syllogisme judiciaire, forme donnée à la notion polysémique de décision judiciaire	207
§2 – Le syllogisme judiciaire comme support de la distinction du fait et du droit .	211
A - L’existence d’un lien entre le syllogisme et la distinction selon la doctrine .	211
B- la nature structurelle du lien entre le syllogisme et la distinction selon la doctrine	213
1 - le fait et le droit, termes des prémisses	213
2 - Les questions de fait et des questions de droit, énoncés des prémisses.....	215
Section 2 - Critique de la place donnée à la distinction par le raisonnement juridique	217
§1 - Critique de la place de la distinction dans le syllogisme.....	218
A - Le syllogisme, représentation insuffisante de la décision judiciaire	218
1 - La nécessité du polysyllogisme judiciaire	218
2 - L’insuffisance du syllogisme judiciaire	221
B - Le syllogisme, support inadéquat de la distinction du fait et du droit	223
1- Le droit, au-delà de la majeure du syllogisme judiciaire.....	223
2 - La mineure du syllogisme judiciaire par-delà la question de fait.....	224
§2 - Critique de l’utilisation du rapprochement entre distinction et syllogisme	228
A – Une utilisation paradoxale dans le domaine de la cassation	228
1- Une utilisation apparemment confortée.....	229
2 - Une utilisation réellement injustifiée.....	230
B – Une utilisation politique dans la délimitation de l’office du juge	232
1 - Inexistence du fondement logique	232
2 - L’existence d’un fondement politique	235
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	238
CONCLUSION DU TITRE 2 DE LA PARTIE 1.....	239
CONCLUSION DE LA 1 ^{ERE} PARTIE.	241

- SECONDE PARTIE -

LA DISTINCTION DU FAIT ET DU DROIT COMME FONDEMENT..... 243TITRE 1 - LA RÉPARTITION DES RÔLES ENTRE LES PARTIES ET LE JUGE SELON LA DISTINCTION
..... 247*CHAPITRE 1 - Une distinction inopérante dans la répartition des rôles..... 249*

Section 1 - Une bipartition idéale : aux parties le fait, au juge le droit 250

§ 1 - Le domaine idéal de la distinction..... 250

A - La conception motulskienne : un fondement global..... 251

1 - L'illustration de la conception motulskienne : la question de la loi étrangère
..... 2512 - La description de la conception motulskienne : le triple objet de la distinction
..... 253

B - La formulation artificielle : une répartition symétrique..... 255

1 - La formulation lapidaire d'un fondement lacunaire 255

2 - La formulation symétrique d'une attribution dissymétrique 257

§2 - Les domaines idéaux des parties et du juge 258

A - Le fait, domaine des parties 258

1 - Les faits, domaine maîtrisé par les parties 258

2 - Les faits, domaine interdit au juge..... 260

B - Le droit, domaine du juge 262

1 - Le droit, domaine d'obligation pour le juge 262

2 - Le droit, domaine facultatif pour les parties 264

Section 2 - Une répartition irréelle : aux acteurs du procès, le fait, le droit et la preuve
..... 265

§1 - Le droit, domaine commun 266

A - Le droit, domaine de pouvoir et d'obligation pour les parties..... 266

1 - Pouvoir des parties de lier le juge en droit 267

2 - Obligation légale de proposer le droit 267

3 - Obligation jurisprudentielle d'envisager tout le droit..... 270

B - Le droit, domaine facultatif pour le juge 272

§2 - Les faits, domaine divisé..... 278

A - Les faits hors du débat, domaine réservé des parties..... 278

B - Les faits dans le débat, domaine partagé des parties et du juge..... 279

§3 - La preuve, domaine entremêlant le fait et le droit..... 281

A - La distinction, fondement persistant de l'objet de la preuve 282

1 - Le fondement traditionnel de l'objet de la preuve..... 282

a - Le principe : l'objet de la preuve est un fait 283

b - L'illustration : l'aveu..... 284

2 - le glissement du fondement : la question de la loi étrangère..... 286

B - La distinction, fondement impuissant de la charge de la preuve 289

1 - l'application du droit de la preuve aux faits par le juge 289

a - La preuve, un « litige » dans le litige	290
b - La distinction, fondement gigogne.....	291
2 - L'apport de la preuve du fait par le juge et les parties.....	293
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	296
<i>CHAPITRE 2 - Une distinction surabondante dans la répartition.....</i>	<i>297</i>
Section 1 – L'ajout de la distinction à l'intrication des fondements	298
§1 - Les fondements normatifs de la répartition indépendant de la distinction.....	298
A - La distinction face aux principes directeurs du procès civil.....	299
1 - La qualification difficile des « principes directeurs »	299
2 - La cohabitation difficile des principes directeurs	301
B - La portée de la distinction atténuée par certains principes directeurs : l'exemple de la contradiction	303
§2 - Les fondements doctrinaux de la répartition concurrents de la distinction	305
A - De l'accusatoire à la distinction du fait et du droit.....	305
1 - L'accusatoire et le principe dispositif au sens large	306
2 - Le principe dispositif au sens strict et la distinction.....	308
B - De la distinction à la coopération.....	310
1 - La coopération rejette la distinction : de la « propriété » à la primauté	310
2 - La coopération reprend la distinction : la coopération dans le fait et dans le droit	313
C - De la coopération à l'accumulation de fondements.....	314
1 - La coopération, fondement limité de la répartition	314
2 - Accusatoire, distinction, dispositif et coopération : des fondements accumulés	317
Section 2 - L'abandon de la distinction pour un retour à la précision des textes	318
§1 - La répartition précise des activités du procès.....	319
A - La conception temporelle de la répartition des rôles dans le C.p.c	319
1 - Une répartition des activités sur la matière du litige	320
2 - Une répartition des activités suivant les temps du procès	321
B - La distribution suffisante des activités selon les temps du procès.....	325
1 - La fixation du cadre du litige.....	326
2 - La détermination des faits.....	327
3 - La preuve légale des faits.	328
4 - Le jugement par application du droit aux faits	328
5 - La direction du procès.	329
§2 - La précision de l'intensité de l'office du juge.....	330
A - Un office obligatoire selon la lettre de l'art. 12 C.p.c.	331
B - Un office obligatoire selon l'esprit du C.p.c.....	334
1 - La conception de l'office du juge portée par le Code de procédure civile.	334
2 - La conception de l'office du juge porteuse d'un équilibre des rôles.....	338
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.	340

CONCLUSION DU TITRE 1.....	341
TITRE 2 : LA DÉLIMITATION DU CONTROLE DE CASSATION PAR LA DISTINCTION	343
<i>Chapitre 1 - Critique de la distinction comme fondement</i>	345
Section 1 - La fiction du contrôle obligatoire du droit	346
§1 - Le respect de la norme, objectif du contrôle	346
A - Une protection des règles de droit contre les jugements	347
1 - Le contrôle de la conformité des jugements aux règles de droit	348
2 - L'exclusion des contrôles de conformité des normes entre-elles	350
a - Le contrôle indirect de constitutionnalité	350
b - Le contrôle de conventionalité	352
B - Les normes protégées par le contrôle de cassation	353
1 - Les normes à protéger selon la distinction	353
2 - Les normes partiellement protégées selon une distinction souple.....	357
§2 - La question de droit, objet du contrôle.....	359
A - La notion de questions de droit.....	359
B - Les questions de droit contrôlées	363
Section 2 - La réalité du contrôle aléatoire des questions de fait et de droit	368
§1 - L'abandon du contrôle de quelques questions de droit	369
A - L'incompétence pour le contrôle de certaines interprétations	369
B - L'inconstance dans le contrôle des qualifications.....	376
1 - Le contrôle lacunaire des qualifications	377
2 - Le contrôle temporaire de certaines qualifications	380
3 - Le caractère arbitraire du contrôle de qualification	383
§2 - La présence du contrôle de certaines questions de fait	385
A - Le contrôle de la dénaturation des écrits	385
1 - Le contrôle de la dénaturation des contrats (instrumentum)	386
2 - Le contrôle de la dénaturation des éléments de preuve.	389
B - Le contrôle de la motivation des arrêts	391
1 - Le contrôle de motivation : contrôle formel de l'appréciation des faits.....	392
2 - Le contrôle de la suffisance des motifs : contrôle de l'existence de l'appréciation factuelle	394
3 - Contrôle de la qualité des motifs : contrôle de la consistance de l'appréciation factuelle	396
CONCLUSION CHAPITRE 1.	399

Chapitre 2 - Proposition d'un renouvellement de l'analyse.....	401
Section 1 - Le véritable fondement de la compétence de la Cour de cassation : la distinction de l'arrêt et de l'affaire	403
§1 - L'existence de la distinction de l'arrêt et de l'affaire.....	403
A - Le contenu de la distinction de l'arrêt et de l'affaire.....	403
B - La formulation textuelle de la distinction de l'arrêt et de l'affaire	405
1 - La présence dans les textes	405
2 - La cohérence avec l'esprit des textes.....	406
C - L'utilisation doctrinale de la distinction de l'arrêt et de l'affaire	408
§2 - L'efficacité de la distinction de l'arrêt et de l'affaire.....	410
A - L'incompétence pour trancher l'affaire	411
1 - L'absence de dévolution de l'affaire	411
2 - Le renvoi après cassation de l'affaire	414
a - Le principe : l'obligation de renvoi	414
b - L'exception : l'absence de renvoi	417
B - La compétence pour juger l'arrêt	419
1 - l'irrecevabilité des moyens nouveaux : la connaissance de l'arrêt.....	420
2 - le relevé des motifs de droit : la correction de l'arrêt	421
Section 2 - Le véritable objet du contrôle de cassation : l'opération juridictionnelle .	425
§1 - Un contrôle de conformité au droit	426
A - L'ouverture du contrôle pour violation de la loi.....	427
B - L'exercice du contrôle pour violation des règles de droit.....	431
1 - Un contrôle exercé pour violation de toutes règles de droit	432
a - L'hétérogénéité des règles de droit.....	432
b - L'homogénéité du contrôle	435
2 - Les contrôles des « questions de fait » exercés pour violation des lois.....	436
a - le contrôle de motivation : la conformité au droit formel et substantiel..	436
b - le contrôle de dénaturation : la conformité au droit	438
§2 - Un contrôle des opérations juridictionnelles	441
B - Le contrôle général des opérations juridictionnelles.....	441
1 - La notion d'opération juridictionnelle	441
2 - La violation du droit lors des opérations juridictionnelles	443
B - Le contrôle obligatoire des qualifications	444
1 - L'opération de qualification, lieu de violation du droit.....	445
2 - L'opération juridictionnelle, critère contraignant du contrôle de qualification	446
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	451
CONCLUSION DU TITRE 2.	453
CONCLUSION DE LA 2 ^E PARTIE.	455

- CONCLUSION GENERALE -	457
1) La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé	457
2) Le droit judiciaire privé sans la distinction du fait et du droit	459
3) La distinction du fait et du droit en dehors du droit judiciaire privé	461
- BIBLIOGRAPHIE -	463
<i>I - Ouvrages généraux, manuels et traités</i>	463
<i>II – Ouvrages spécialisés, actes de colloques, monographies, rapports et thèses</i>	469
<i>III – Documents d’archives</i>	479
<i>IV – Articles, notes et chroniques</i>	479
<i>V – Jurisprudence (Classée par juridiction puis par ordre chronologique)</i>	508
- INDEX THÉMATIQUE -	525
- INDEX ONOMASTIQUE -	531
- TABLE DES MATIERES –	537

Résumé en français :**LA DISTINCTION DU FAIT ET DU DROIT EN DROIT JUDICIAIRE PRIVÉ**

En droit judiciaire privé, la distinction du fait et du droit est censée fonder la répartition des rôles entre les parties et le juge sur la matière litigieuse et la délimitation du contrôle de cassation. Au premier abord, cette distinction, historique et adoptée par de nombreux systèmes juridiques, semble évidente voire élémentaire. Du point de vue de la théorie du droit elle trace une frontière entre le fait, au sens d'évènement, et la norme selon un critère de normativité.

Cependant, cette simplicité n'est qu'apparente car, en droit judiciaire privé, il n'existe pas une mais plusieurs distinctions. Afin de s'adapter à la réalité processuelle, en matière d'office du juge, elle devient la distinction des domaines du droit et du fait, le premier comprenant les activités juridiques, qui portent sur les règles de droit, et le second les activités factuelles ayant pour objet les éléments de faits. En matière de cassation, elle devient la distinction entre les questions de fait, qui portent sur l'appréciation des faits, et les questions de droit qui concernent l'application du droit.

Pourtant, la multiplication des niveaux de distinction ne suffit pas à la rendre opérante : le juge joue un rôle dans le domaine factuel tandis que les parties ont des obligations dans celui du droit ; la Cour de cassation contrôle des questions de fait tandis qu'elle abandonne certaines questions de droit.

Puisque la distinction est dépourvue de fondement normatif, il convient de s'en détacher pour revenir aux textes qui déterminent précisément le rôle de chacun dans le procès civil et réalisent un équilibre des rôles. Son caractère inopérant en matière de cassation incite à la remplacer par le véritable critère de compétence : la distinction de l'arrêt et de l'affaire qui fait apparaître le réel objet du contrôle : l'opération juridictionnelle.

English summary :**DISTINCTION BETWEEN THE FACT AND THE LAW IN PRIVATE JUDICIAL LAW**

In Private Judicial Law, the distinction between the fact and the law is supposed to found the distribution of the roles between the parties and the judge concerning the contentious matter and the delimitation of the cassation control. At first, this historical distinction, adopted by numerous legal systems seems obvious, and even elementary. In terms of the theory of law, it draws a border between the fact, meaning the event, and the norm according to a criterion of normativity

However, this simplicity is only apparent, as, in Private Judicial Law, there is no single distinction, but several differentiations. In order to adapt to the processual reality, as regards the judge's function, it becomes the distinction between sectors of the law and the fact, the first sector including the legal activities, which deal with the rules of law, the second sector referring to the factual activities aiming at the matters of facts. As far as cassation is concerned, it becomes the distinction between question of fact which focus on the appreciation of the facts and question of law which deal with the enforcement of the law.

Yet the multiplication of the levels of distinction is not sufficient to make it operating : the judge plays a part in the factual field whereas the parties have some obligations in the fields of law ; the Court of Cassation controls questions of fact whereas it gives up certain questions of law.

Since the distinction is devoid of normative basis, it is necessary to break away to come back to the texts which precisely determine the role of each party in the civil trial and achieve a balance of the roles. The inoperative nature of the distinction encourages to replace it with the real criterion of competence: the distinction between the judgement and the case which reveals the real object of the control: the jurisdictional operation.

Discipline :

Droit privé et sciences criminelles – CNU : Section 01

Mots-clés :

Procédure civile - Théorie du droit – Office du juge – Cassation – Qualification – Interprétation – Preuve – Règle de droit.

Intitulé et adresse de l'U.F.R. ou du Laboratoire :

Laboratoire de droit privé – Faculté de droit
14, rue du Cardinal de Cabrières
34060 Montpellier cedex 01