



**HAL**  
open science

## Le substantiel dans l'appréciation du droit d'agir

Iréne Aclombessi

► **To cite this version:**

Iréne Aclombessi. Le substantiel dans l'appréciation du droit d'agir. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I; Université d'Abomey-Calavi (Bénin), 2019. Français. NNT: 2019PA01D013 . tel-02493446

**HAL Id: tel-02493446**

**<https://theses.hal.science/tel-02493446>**

Submitted on 27 Feb 2020

**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.

UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON SORBONNE



ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT DE LA SORONNE

UNIVERSITÉ D'ABOMEY-CALAVI



ÉCOLE DOCTORALE DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET ADMINISTRATIVES

## **Le substantiel dans l'appréciation du droit d'agir**

---

*Thèse en cotutelle pour l'obtention du grade de Docteur | Droit privé*

**Présentée et soutenue publiquement le 12 juin 2019 à Paris 1 par :**

**Iréné ACLOMBESSI**

### **Jury**

**Loïc Cadiet**, professeur à l'université Panthéon-Sorbonne Paris 1, co-directeur de la thèse

**Joseph Djogbénou**, professeur à l'université d'Abomey-Calavi, co-directeur de thèse, président de la Cour constitutionnelle du Bénin, ancien ministre de la justice

**Roch Gnahoui David**, professeur à l'université d'Abomey-Calavi, doyen de la faculté de droit, rapporteur

**Lucie Mayer**, professeure à l'université Paris Sud, rapporteure

**Philippe Théry**, professeur à l'université Panthéon-Assas Paris 2

## *RÉSUMÉ*

---

Dans le cadre de l'examen du droit d'agir, l'intérêt à agir est la condition de l'action selon laquelle le justiciable est à même de tirer un avantage du procès. Mais cette connotation substantielle accentuée par l'exigence controversée de la légitimité de l'intérêt à agir est de nature à contrarier, au nom de la légalité, la logique d'une chronologie de la technique procédurale. En effet, il est difficile d'examiner cette légitimité sans faire intervenir le fond du droit ; et ceci, au détriment du principe de la séparation procédurale de l'examen de la recevabilité de celui du fond du droit en discussion. Le débat est vieux mais persiste encore aujourd'hui en dépit des solutions proposées par la doctrine. Il était question dans la présente étude de réfléchir sur l'influence de cette situation sur le processus d'adjudication judiciaire du droit en discussion. Ce débat suggère une réforme du code de procédure civile: détacher l'examen de la légitimité de l'intérêt de cette étape de la recevabilité ; puis, le rattacher à l'examen au fond du droit, son champ normal d'existence dans le parcours judiciaire. On parlerait alors de la légitimité du droit. Aussi, pourra-t-on procéder à la redéfinition de la notion d'action en la prenant, non plus comme un droit, mais plutôt comme une voie en vue de l'effectivité du droit, tel un moyen, un moyen parmi tant d'autres.

---

## *Abstract*

It is conceded that, in considering the right to act, an interest in bringing proceedings is the condition of the action whereby the claimant is in a position to benefit from the trial. But this substantial connotation accentuated by the controversial requirement of legitimacy of interest to act is such as to thwart, in the name of legality, the logic of a chronology of procedural technique. Indeed, it is difficult, to examine this legitimacy without involving the substance of the law to the detriment of the principle of the procedural separation of the examination of admissibility from that of the substance of the law under discussion. The debate is old and still persists today in spite of the doctrinal approaches to solution. This study examined the influence of this situation on the process of judicial adjudication of the right under discussion in order to propose a solution approach to the two problems. At the end of the journey, we notice that the source of the evil is in the history of Roman law and the African customary law, and within the actual procedural law. And to remedy this, it is necessary to proceed by a reform of the Code of Civil Procedure, remove the legal sources of perplexity and operate a dual mechanism: detach the examination of the legitimacy of the interest of this stage of admissibility; then, attach it to the examination of the law, its normal field of existence in the judicial process. We would then talk about the legitimacy of the right. It is therefore possible to redefine the notion of action by taking it no longer as a right, but rather as a way for the effectiveness of the right, as a means, a means among many others.

## ***DÉDICACE***

---

A mes mères,

***Jeanne AGASSOUNON,***

***Pierrette Paula AZOMAHOU.***

*A mon père Kinsé ACLOMBESSI pour l'influence de son affection et de sa rigueur  
sur mon parcours*

## ***REMERCIEMENTS***

---

A la fin de la rédaction de ce travail, nous avons acquis la conviction sensible que la thèse n'est pas une œuvre solitaire. Nous n'aurions pu avancer sans le soutien et la disponibilité généreuse de certaines personnes dont l'engagement constant a soutenu nos pas dans l'apprentissage.

C'est pourquoi, nous tenons à remercier Monsieur le Professeur Joseph DJOGBENOU pour le crédit de confiance qu'il a bien voulu nous accorder en acceptant d'encadrer ce travail, pour sa bienveillance, sa générosité, ses observations et ses conseils avisés qui nous ont évité beaucoup de travers.

Nous tenons à exprimer notre profonde gratitude à Monsieur le Professeur Loïc CADIET pour l'influence nette que sa science a sur notre personne et qui entretient notre sensibilité au droit processuel, laquelle a conduit au présent travail qu'il a bien voulu codiriger. Nous le remercions surtout pour l'effort de lecture des documents que nous lui avons adressés, ses qualités humaines et de compréhension qui nous ont beaucoup motivé.

Notre gratitude va également à Monsieur le Professeur Akuété SANTOS pour la rigueur méthodologique insufflée à ce périple dès l'entame.

Nos remerciements sont adressés à Maîtres Katharina BIELKA, Marie-Christin STENZEL, Prospère AHOUNOU et Nicolin ASSOGBA pour leur soutien et opinions critiques suggérées en bons avocats ; au Professeur Sven SIMON pour ses encouragements ; à Ernest AKUESSON, Kangnikoe BADO, Biavo ALAWADI, Komlanvi AGBONGBO, Gildas NONNOU et Rodrigue DAVAKAN pour l'amicale implication et les discussions nourries.

Nous ne saurions ne pas adresser notre reconnaissance aux membres du creuset « Samedi des recherches » du Centre de Recherches et d'Etude en Droit et Institutions Judiciaires en Afrique (CREDIJ), de Chaire UNESCO de l'Université d'Abomey-Calavi, de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne (IRJS) à Paris 1, de l'Université de Giessen en Allemagne pour leurs contributions, et aux collègues de l'Agence Judiciaire du Trésor du Bénin pour leur effort de relecture.

A notre famille qui s'est associée sous la fraternelle impulsion de Gabin ACLOMBESSI, gratitude renouvelée.

## ***SIGLES ET ABRÉVIATIONS***

---

<b>AJDA</b>	: l'Actualité Juridique de Droit Administratif (Revue de Dalloz)
<b>al.</b>	: Alinéa
<b>alii</b>	: autres (auteurs du même ouvrage)
<b>Arch. phil. droit</b>	: Archive de philosophie du droit
<b>ANRT</b>	: Association Nationale de Recherche et de la Technologie
<b>Art.</b>	: Article
<b>Ass.</b>	: Assemblée (au Conseil d'Etat)
<b>Assoc.</b>	: Association
<b>Av.</b>	: Avant
<b>BICC</b>	: Bulletin d'Information de la Cour de Cassation
<b>Bull. civ.</b>	: Bulletin civil
<b>Bull. crim.</b>	: Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation française
<b>C.N.R.L</b>	: Centre National de Recherches de Logique
<b>CA</b>	: Cour d'appel
<b>CADHP</b>	: Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples
<b>CAFOR</b>	: Centre Africain de Formation, de Recherche et de Documentation
<b>CBPF</b>	: Code béninois des personnes et de la famille
<b>CE</b>	: Conseil d'Etat/ Communauté Européenne
<b>CERCRID</b>	: Centre de Recherches Critiques sur le Droit
<b>CERDP</b>	: Centre d'Etudes et de Recherches en Droit des Procédures (laboratoire relevant de la Faculté de Droit et Science Politique de Nice).
<b>CESEDA</b>	: Code de l'Entrée et du Séjour des Etrangers et du Droit d'Asile
<b>Ch.</b>	: Chambre/ Chapitre
<b>Chron.</b>	: Chronique

<b>CJCE</b>	: Cour de Justice des Communautés Européennes
<b>COJ</b>	: Code de l'Organisation Judiciaire
<b>Coll.</b>	: Collection
<b>Com.</b>	: Chambre Commerciale de la Cour de cassation (France)
<b>Concl.</b>	: Conclusion
<b>CPC</b>	: Code de Procédure Civile (France)
<b>CPCCSAC</b>	: Code de Procédure Civile, Commerciale, Sociale, Administrative et des Comptes (Bénin)
<b>CREDIJ</b>	: Centre de Recherches en Droit et des Institutions Judiciaires
<b>Crim.</b>	: Chambre criminelle de la Cour de cassation française
<b>CRPJP</b>	: Centre de Recherches sur la Protection Juridique de la Personne (Université de Franche-Comté)
<b>D.</b>	: Recueil Dalloz
<b>DC</b>	: Décision de la Cour Constitutionnelle de la France
<b>DCC.</b>	: Décision de la Cour Constitutionnelle du Bénin
<b>Dir.</b>	: Sous la direction de
<b>Doctr.</b>	: Doctrine
<b>DP. :</b>	: Recueil périodique et critique Dalloz
<b>Dr. et procéd.</b>	: Revue « <i>Droit et procédures</i> »
<b>Ed.</b>	: Edition
<b>EDB</b>	: Executive Doctorate in Business Administration (Université de Paris)
<b>EDC</b>	: Organisation de Commerce de Gros
<b>EJE</b>	: Editions Juridiques Européennes
<b>FIE</b>	: France International Expertise Foncière
<b>FNDE</b>	: Fédération Nationale pour le Droit de l'Entreprise
<b>Gaz. Pal.</b>	: Gazette du Palais
<b>GREDFIC</b>	: Groupe de Recherche en Droit Fondamental International et Comparé



(Faculté des affaires internationales du Havre)

<b>Ibid.</b>	: « <i>ibidem</i> » / au même endroit
<b>IDEA</b>	: International Institute for Democracy and Electoral Assistance (Institut International pour la Démocratie et l'Assistance Electorale « IDAE », en français).
<b>INED</b>	: Institut National d'Etudes Démographiques
<b>Inédit</b>	: Non publié
<b>IRJS</b>	: Institut de Recherche Juridiques de la Sorbonne
<b>J.-C.</b>	: Jésus-Christ
<b>J.-Cl. Adm.</b>	: Juris-Classeur Administratif
<b>J.L.M.B.</b>	: Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles
<b>JCP A</b>	: La Semaine juridique - Administrations et collectivités territoriales
<b>JCP G</b>	: Juris-Classeur périodique « La Semaine juridique - Edition générale » (Revue Hebdomadaire, Actualité juridique, législative, jurisprudentielle et analyses de fond)
<b>JCP</b>	: Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)
<b>JORF</b>	: Journal officiel de la République française
<b>JT</b>	: Journal des Tribunaux (Bruxelles)
<b>LGDJ</b>	: Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence
<b>LND</b>	: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence
<b>n°</b>	: Numéro de paragraphe
<b>Obs.</b>	: Observations de
<b>OHADA</b>	: Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
<b>Op. cit.</b>	: <i>Opus citatum / opere citato</i> (œuvre citée / ouvrage cité ou dans l'œuvre citée / dans l'ouvrage cité)
<b>ORSTO</b>	: Office de la Recherche Scientifique et Technique d'Outre-Mer
<b>OUA</b>	: Organisation de l'Unité Africaine
<b>p.</b>	: Page

<b>P.D.G</b>	: Président Directeur Général
<b>Pan.</b>	: Panorama (Gaz. Pal. Pan./ Panorama de la Gazette du Palais)
<b>pp</b>	: Page ... à page...
<b>Préc.</b>	: Cité précédemment
<b>PU</b>	: Presse Universitaire d'Afrique
<b>PUAM</b>	: Presses Universitaires d'Aix-Marseille
<b>PU</b>	: Presse Universitaire du Bénin
<b>PUF</b>	: Presse Universitaire de France
<b>PUF</b>	: Presse Universitaire de Franc-Comtoises
<b>PUFC</b>	: Presses Universitaires Franc-comtoises
<b>PULIM</b>	: Presses Universitaires de Limoges (recherche universitaire)
<b>R.G.D.</b>	: Revue Générale du Droit
<b>R.S.C.</b>	: Revue de Sciences Criminelles
<b>Rapp.</b>	: Rapport
<b>Rappr.</b>	: Rapprochement/ Rapprocher
<b>RD publ.</b>	: Revue de droit public
<b>RD Transports</b>	: Revue de Droit des Transports
<b>RDC</b>	: Revue de Droit Civil
<b>Rec.</b>	: Recueil
<b>Rééd.</b>	: Réédition/ Edition renouvelée/ réimpression
<b>Req</b>	: Requête
<b>Rev. crit. DIP.</b>	: Revue Critique de Droit International Privé
<b>RFDA</b>	: Revue Français de Droit Administratif (Revue de Dalloz)
<b>RG</b>	: Répertoire Général (Registre du greffe recevant pour inscription des procédures dans leur ordre d'arrivée)
<b>RIDE</b>	: Revue Internationale de Droit Economique

<b>RLDA</b>	: Revue Lamy Droit des affaires
<b>RTD civ.</b>	: Revue Trimestrielle de Droit Civil
<b>RTD. Com.</b>	: Revue Trimestrielle de Droit Commercial
<b>SA</b>	: Société Anonyme
<b>SARL</b>	: Société à responsabilité limitée
<b>Soc.</b>	: Chambre sociale de la Cour de cassation française
<b>Supra</b>	: Cité plus haut/ antérieurement cité
<b>T.</b>	: Tome
<b>TC</b>	: Tribunal de Commerce
<b>Trad</b>	: Traduction de/par
<b>UA</b>	: Union Africaine
<b>V.</b>	: Voir
<b>v.</b>	: Verset
<b>V°</b>	: consulter le mot / l'expression ... (dans un dictionnaire)

## *SOMMAIRE*

---

RÉSUMÉ.....	II
DÉDICACE.....	III
REMERCIEMENTS.....	V
SIGLES ET ABRÉVIATIONS.....	VI
SOMMAIRE.....	XI
INTRODUCTION.....	1
<b>PREMIERE PARTIE : L'INFLUENCE DU SUBSTANTIEL DANS L'APPRECIATION PROCEDURALE DU DROIT D'AGIR.....</b>	<b>33</b>
TITRE 1 <sup>ER</sup> : L'INFLUENCE DU SUBSTANTIEL SUR LA RECEVABILITE DE L' ACTION ....	37
TITRE 2 : LES CAUSES DE L'INFLUENCE DU SUBSTANTIEL DANS L' APPRECIATION DU DROIT D'AGIR .....	129
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE .....	241
<b>DEUXIEME PARTIE : LA LIMITATION DU SUBSTANTIEL DANS L'APPRÉCIATION PROCEDURALE DU DROIT D'AGIR.....</b>	<b>243</b>
TITRE 1 <sup>ER</sup> : VERS UNE REDEFINITION DE L' ACTION EN JUSTICE.....	247
TITRE 2 : UNE NECESSAIRE READAPTATION DU MECANISME DE LA RECEVABILITE DE L' ACTION .....	377
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE .....	473
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>475</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE GENERALE.....</b>	<b>481</b>
<b>INDEX ALPHABETIQUE.....</b>	<b>517</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>527</b>

Ne faudrait-il pas tenir une fois pour toute compte de ce que

*Vaincre le substantiel et en jouir, c'est  
convaincre le processuel et en déduire ?*

## INTRODUCTION

---

**1. L'examen de l'intérêt à agir, un filtre et demi ?** De Janus<sup>1</sup> à Thémis<sup>2</sup> au nom du '*de minimis non curat praetor*<sup>3</sup>', adage non moins connu en droit coutumier africain<sup>4</sup>, le prétexte semble tout trouvé pour le difficile passage au contrôle du droit d'agir en justice. Finalement, à ce stade du procès, c'est le droit substantiel qui s'invite irrémédiablement dans l'aspect procédural au travers d'une certaine « hypocrisie<sup>5</sup> » juridique. La situation fait penser à Janus au regard bifocal<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> P. GRIMAL, *Le dieu Janus et les origines de Rome*, Lettres d'humanité, IV, 1945, p. 15-121 ; Du même auteur, *Dictionnaire de la mythologie grecque et romaine*, 15<sup>e</sup> éd., 2<sup>e</sup> tirage, Paris, P.U.F., 2005 ; De même, G. DUMEZIL, *La Religion romaine archaïque, avec un appendice sur la religion des Étrusques*, Payot, 1966 ; Du même auteur, *De Janus à Vesta*, In Tarpeia, Paris, 1947, pp. 31-113. *Étymologiquement du « Janus »* en latin classique, « Ian », en latin archaïque, Janus répond au concept de « passage » et il est généralement honoré comme un dieu introducteur (V. Robert Schilling, *Janus : « le dieu introducteur, le dieu des passages »*, in *Mélanges d'archéologie et d'histoire*, t. 72, 1960, p. 91-93. Selon la Mythologie romaine, Janus est l'un des plus anciens dieux, gardien des portes dont il surveille les entrées et les sorties. Il est représenté avec un double visage opposé : *Janus bifrons*. Il évoque les deux faces d'une porte. Le caractère bifron lui permet d'examiner simultanément le seuil à l'entrée et le fond à l'intérieur, telle la recevabilité et le bien-fondé dans le procès.

<sup>2</sup> Tout justiciable aspire à la bonne justice et s'en remet à la clairvoyance de Thémis à travers le juge dans ses attributs dont l' '*impérium*' (pouvoir d'autorité ou de commandement par lequel le juge ordonne des mesures : mise en examen, désignation d'Huissier pour dresser constat, allocation de provision...) et la '*jurisdictio*' (pouvoir et mission de trancher les litiges par application de la règle de droit qui lui permet de condamner le contrevenant à une peine d'amende ou d'emprisonnement, de condamner l'administration à indemniser l'agent ayant subi un préjudice du fait de l'acte illégalement pris ou le cocontractant à des dommages et intérêts...), tout ce qui est judiciaire n'étant pas toujours juridictionnel. Thémis, en effet déesse de la justice, tient d'une main une balance avec laquelle elle pèse les arguments des parties adverses et de l'autre un glaive pour trancher.

<sup>3</sup> Littéralement « *le préteur ne s'occupe pas des petites affaires* » : celui qui a de hautes responsabilités n'a pas à s'occuper de vétilles. V. surtout J. CARBONNIER, « De minimis... », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 29-37 ; repris in *Flexibles droit*, 10<sup>e</sup> éd., L.G.D.J. Paris, p. 74-83 (*De minimis non curat praetor* : le juge ne s'occupe pas des litiges mineurs). Il était de bonne administration de la justice que d'empêcher ce type de litige d'arriver jusqu'au juge. Les institutions judiciaires sont d'une importance telle qu'elles ne peuvent être mobilisées pour trancher des contestations insignifiantes, l'aigle ne prenant pas de mouche (*Aquila non capit muscas*). La formule fût présentée comme familière ou proverbiale, avant qu'au XX<sup>ème</sup> siècle, on l'habilite d'une façon plus juridique à travers les exigences d'intérêt et de qualité à agir dans l'examen de la recevabilité, champ matériel de la présente étude (V. le résumé de l'article de Carbonnier fait par Marie-Anne Frison-Roche, in <http://mafr.fr/fr/article/carbonnier-jean-12/>, consulté ce 18 fév. 2017 à 16h 20min.

<sup>4</sup> E. OLAWALE, *La nature du droit coutumier africain*, Ed. Présence africaine, Paris V<sup>e</sup>, 1961, p. 235. « Lorsque le prétendu litige est sans contenu réel, le droit coutumier africain faisant sien l'adage '*de minimis non curat praetor*' ». Dès lors un ancien peut refuser de jouer le rôle de juge. Ceci peut s'analyser comme une irrecevabilité pour défaut d'intérêt à agir.

<sup>5</sup> Vérité dissimulée sous le prétexte d'une légalité pourtant affectée par les réalités et les commodités dans l'agencement des mécanismes de procédure. Voilà un défaut dont on a conscience depuis des décennies sans pouvoir changer les dispositions légales qui en portent les germes. M. Loïs RASCHEL qualifie la situation de « *surenchère processuelle* », V. dans sa thèse intitulée : *Le droit processuel de la responsabilité civile*, Préface de Loïc CADIET, IRJS éd. 2010, p. 61 et s.

<sup>6</sup> Un regard à distance porté sur le fond, un autre rapproché est porté sur l'examen de la recevabilité au seuil du procès. Tel semble, en termes imagés, l'œuvre du juge à ce stade d'examen du droit d'agir, requise pour la recevabilité de l'action en justice.

**2. Le filtre en question.** Une préoccupation semble émerger d'ores et déjà. Il y a lieu en effet de se poser une question : **Janus est-il toujours institué à la bonne porte<sup>7</sup> dans sa mission de filtre<sup>8</sup> au seuil du procès ?** Au-delà de sa nature imagée, cette question fondamentale est susceptible de perdre en qualité au regard du caractère équivoque de sa réponse aux pires effets : en répondant par la négative, on annoncerait le déclin des fins de non-recevoir déjà évoquée en 1974 par ODENT<sup>9</sup>. Dans le même temps, la réponse affirmative à la question induit à une incompatibilité de fait<sup>10</sup>, pourtant créée par la légalité. Face à la situation, la légalité rend perplexe et appelle une autre question, celle de savoir s'il faut se résigner.

**3. Quelques préalables.** Le caractère recevable de la demande est conditionné par l'existence de l'action<sup>11</sup>. Mais la démarcation entre les critères de la recevabilité et ceux du bien-fondé de

---

<sup>7</sup> P. FABRE, « La Religion romaine », in M. BRILLANT et R. AIGRAIN (dir.), *Histoire des religions*, III, Paris, 1955, p. 327, 348 et 351 ; A. GRENIER, *Les religions étrusque et romaine*, in *Les Religions de l'Europe ancienne*, t. 3 de la collection « Mana », Paris, 1948, p. 124 ; R. PETTAZZONI, *L'onnisienza di Dio*, Turin, 1955, p. 242-258 ; R. SCHILLING, *Janus : le dieu introducteur, le dieu des passages*, in *Mélanges d'archéologie et d'histoire*, t. 72, 1960, p. 89-131. Dieu des commencements, tel le seuil du procès et des fins, des choix, tel le contrôle de l'intérêt, son caractère légitime, des clés et des portes, dieu de premier rang dans la hiérarchie romaine, il a le privilège d'être invoqué avant toutes les autres divinités, telle la recevabilité en procédure. En tant que dieu introducteur, il est un « dieu des portes » qui préside à l'ouverture de l'année et à la saison de la guerre, tel le procès, les portes de son temple (le tribunal) étaient fermées quand Rome (la cité) était en paix (période imaginaire de respect de chacun de la sphère des droits des autres).

<sup>8</sup> G. BOLARD, « Notre belle action en justice », in Mél. Georges WIEDERKEHR, *De code en code*, Dalloz, 2009, pp. 17-25 (spécif. p. 19) ; J. BEAUCHARD ; « La tendance au refoulement du fait dans le procès civil », in Mél. S. GUINCHARD, *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, pp. 587-605 (spécif. P. 589) ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis, Droit privé, PUF, Paris, 1996, p. 332 et 346 ; Y. STRICKLER, *Procédure civile*, Paradigme, éd. 2010, p. 77, n° 158 ; G. COUCHEZ et X. LAGARDE, 16<sup>e</sup> éd. Sirey, Paris, 2011, n° 152 ; O. STAES, *Droit judiciaire privé*, Ellipses, éd. 2006, Paris, p. 44 et s. ; N. FRICERO, *Mémentos LMD-Procédure civile*, 7<sup>e</sup> éd. Lextenso, Gualino, 2011, p. 44 ; Ch. LEFORT, *Procédure civile*, 4<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris, 2011, p. 63 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd. Paris, 2012, p. 300, n° 308 ; L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie Générale du procès*, Thémis Droit 1<sup>er</sup> éd. , PUF, Paris, 2010, p. 327.

<sup>9</sup> R. ODENT, « Le destin des fins de non-recevoir », in Mél. WALINE, LGDJ, 1974, p. 653.

<sup>10</sup> C. VOCANSON, « le texte », in Pascale DEUMIER (dir.), *le raisonnement juridique, recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Coll. Philippe JESTAZ, éd. Dalloz 2013, pp. 11-32 (spécif. p. 31, n° 32 in limine « limite au pouvoir interprétatif du magistrat »). V. aussi Avis sur civ. 2<sup>e</sup>, 11 juin 2009, n° 08-17581 où il est question d'éviter une interprétation qui conduirait le juge à méconnaître la loi ; De même, V. B. DACOSTA, Concl. sur CE 1<sup>er</sup> avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux*, req. n° 323585 et *Société Kéolis*, req. n° 232593.

<sup>11</sup> H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, Paris 1956, Rééd. Dalloz 2011, p. 31 et s. ; Aussi, même si l'entente sur cette notion n'est pas parfaite pour les deux grands auteurs de la procédure civile, H. MOTULSKY, *Le droit subjectif et l'action en justice*, Archives de philosophie du droit 1964, p. 264 et s., Repris in *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile*, Paris, 1973, Rééd. Dalloz 2010, p. 85 et s., Ainsi que G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd. 1996, n° 72 et s. V. cependant J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Domat, droit privé, 6<sup>e</sup> éd. Montchrestien, Lextenso, Paris, 2015, p. 50 à 56, et G. WIEDERKEHR, *La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau code de procédure civile*, In *Mélanges Pierre HEBRAUD*, Toulouse, 1981, p. 949 à la suite de I. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, Paris 1855-1866, Tome 9, n° 338. Pour ces derniers, « il n'y aurait pas de différence entre l'action et le droit ».

la demande n'est toujours pas assez nette<sup>12</sup>, ceci, non pas au sens d'un pouvoir<sup>13</sup> du justiciable vis-à-vis du juge (sous peine de déni de justice), mais plutôt d'une possibilité qui lui est offerte<sup>14</sup>. C'est cette possibilité qui renvoie à la notion de recevabilité<sup>15</sup>, cette dernière étant susceptible de deux appréhensions.

4. Dans sa conception objective<sup>16</sup>, la recevabilité de l'action (ou de la demande) se réfère à l'existence d'une prétention<sup>17</sup> juridiquement relevant<sup>18</sup>. La prescription<sup>19</sup> et la forclusion ne sont, quant à elles, liées ni au sujet, ni à l'objet<sup>20</sup>. Elles sont plutôt relatives au délai accordé pour agir<sup>21</sup>. Mais dans sa conception subjective<sup>22</sup>, la recevabilité fait plutôt recours au droit d'agir à travers *l'intérêt* et *la qualité à agir* en justice<sup>23</sup>. Cette dernière conception retient

---

<sup>12</sup> J. CARBONNIER., *De minimis non curat praetor*, In Mél. Jean VINCENT, Dalloz, 1981, n° 29.

<sup>13</sup> V. cependant, au-delà de la définition légale de la notion d'action au sens du droit d'agir en justice, H. VIZIOZ, *op. cit.* p. 147 et s. par exemple qui est de ceux qui expriment la notion d'action en termes de « pouvoir » (l'action est le pouvoir « impersonnel », « permanent » et « général » de saisir les tribunaux.

<sup>14</sup> H. MOTULSKY, *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile*, Paris, 1973, Rééd. Dalloz 2010, p. 94 et s. Dans ce même sens, G. CORNU et J. FOYER, *op. Cit.* p. 275. C'est ainsi que l'on parle de *faculté* « Il ne peut s'agir que de la faculté d'obtenir d'un juge une décision sur le fond de la prétention à lui soumise ».

<sup>15</sup> X. LAGARDE., *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ 1994, N° 57-84 ; V. aussi Y. DESDEVISES, *Accès au droit, accès à la justice*, In Loïc CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1<sup>ère</sup> édition 2004, p. 1082

<sup>16</sup> H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, 1956, Rééd. Dalloz 2011, p. 203, n° 20.

<sup>17</sup> V. Cass. Soc. 10 juillet 1996 où il a été déclaré irrecevable la demande qui ne contient aucune prétention et aussi Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 février 2000 où a été déclaré irrecevable la demande qui ne chiffre pas les prétentions, toutes deux citées par Cédric TAHRI, *Procédure civile*, Coll. Lexifac DROIT, Bréal, 2<sup>e</sup> Ed., Présence graphique, France, 2009, p. 92.

<sup>18</sup> Se dit d'une prétention qui doit pouvoir trouver une solution positive par application d'une règle de droit. Peu importe l'objet de la prétention, sauf les exceptions touchant l'ordre public et les bonnes mœurs. Dans un arrêt de la Chambre des requêtes en date du 1<sup>er</sup> octobre 1940, Gaz. Pal. 1940-2-146, en matière de cession d'une maison de débauche : « Attendu que l'objet du différend concerne une exploitation contraire aux bonnes mœurs, et chacune des parties ayant pris part sciemment à la convention immorale, elles n'étaient pas recevables à demander en justice qu'il fût statué sur leur différend », cité par H. VIZIOZ, *Etude de procédure*, p. 203-204.

<sup>19</sup> Il s'agit ici de la prescription extinctive définie par le code civil en son article 2219 nouveau « La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit (ici, droit d'agir en justice) résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps », à ne pas confondre avec la prescription acquisitive définie par l'article 2258 nouveau du Code civil comme « un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi. ».

<sup>20</sup> E. D. GLASSON et A. TISSIER, *Traité élémentaire de procédure civile*, t. II, n° 447, pp. 357-358.

<sup>21</sup> V. cependant, E. GARSONNET et C. CEZAR-BRU, *Traité de procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd., T. 1, n°s 357- 358 ; E. D. GLASSON et A. TISSIER, *Traité élémentaire de procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd. T. 1, n°s 170, 175 ; R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, n°s 26- 27 ; P. CUCHE, *Précis de procédure civile*, n° 128.

<sup>22</sup> G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, M. DUVERGER (Dir.), Thémis, Droit privé, PUF, 3<sup>e</sup> édition, Paris, 1996, p. 332 « ... Restent l'intérêt et la qualité, conditions subjectives. » ; H. Vizioz parle de conditions qui regardent les sujets de la demande, V. *Etudes de procédure*, p. 203.

<sup>23</sup> H. VIZIOZ, *Etudes et note de procédure*, éd. 1956, rééd. Dalloz 2011, préf. S. GUINCHARD, p. 203 ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Paris 2013, p. 266 *in limine*, n° 356.



beaucoup plus notre attention d'autant qu'elle prend en compte des critères strictement liés au titulaire<sup>24</sup> même du droit d'action<sup>25</sup>.

**5. Des sources probables du problème.** Les difficultés de l'heure peuvent être des reliques de pratiques anciennes<sup>26</sup> en perpétuelle tacite reconduction législative ou par l'usage de précédents jurisprudentiels<sup>27</sup>. Source formelle en même temps que la loi, la coutume réglait à Rome la plupart des points de droit depuis environ un demi-millénaire avant le début de l'ère chrétienne aux côtés de la Loi des XII Tables, grande source de l'Ancien droit romain<sup>28</sup>. Cette époque n'a pas manqué de révéler des ressemblances avec le droit coutumier africain<sup>29</sup>, d'abord en ce qui concerne l'oralité procédurale, puis, son caractère arbitral primitif. Ces caractères sont largement considérés à tort comme propres à la culture<sup>30</sup> du continent noir<sup>31</sup>, la procédure romaine n'étant pas exempte de ces caractéristiques à travers les « *legis actiones* » (les actions de la loi)<sup>32</sup>.

**6. En droit coutumier africain.** La réalité du contenu des prétentions litigieuses est une condition de recevabilité dans le droit coutumier africain en général et du Dahomey (actuel

---

<sup>24</sup> J. DJOGBENOU, *Code de procédure civile, commercial, sociale, administrative et des comptes (CPCCSAC, Bénin) commenté et annoté*, 2<sup>e</sup> éd. CREDIJ, Cotonou, 2014, pp. 135-136 (pour l'intervenant), p. 198 (pour l'appelant), pp. 204-205 (pour l'opposant), p. 207 (pour la tierce opposition), p. 211 (pour le recours en révision), p. 215 (pour le pourvoi en cassation) ; V. aussi L. CADIET, *Code de Procédure Civile (CPC, France) commenté et annoté*, LexisNexis, 27<sup>e</sup> éd. 2014 à travers les commentaires sous les articles 329 et 330 (pour les intervenants), l'article 546 (pour l'appelant), l'article 571 (pour l'opposant), l'article 583 (pour le tiers opposant), l'article 593 (pour le recours en révision), l'article 609 (pour le pourvoi en cassation). L'intérêt et la qualité sont ainsi exigés de toute personne qui agit en quelque qualité que ce soit (demandeur, défendeur, intervenant) et à quelque titre qu'il soit (en appel, opposition, tierce opposition, recours en révision ou pourvoi en cassation).

<sup>25</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janv. 1983, *Bull. civ.* I, n° 27.

<sup>26</sup> J.-L. HALPERIN, M.-L. NIBOYET, « La distinction de la substance et de la procédure », in Loïc CADIET, Serge DAUCHY, Jean-Louis HALPERIN (dir.), *Itinéraires d'histoire de la procédure civile, Regard français*, Coll. Bibliothèque de IRJS-André Tunc T. 52, IRJS éditions, Paris 2014, pp. 5-27, spéc. p. 6.

<sup>27</sup> G. et M. WILSON, *Les analyses du changement social (The analyses of social change)*, Presse Universitaire de Cambridge, Londres, 1944, p. 29.

<sup>28</sup> J.- P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis de Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 2010, p. 2.

<sup>29</sup> L. HAILEY, *Un sondage africain (An african survey)*, Presse Universitaire d'Oxford, Londres, 1938, p. 265. « Le droit des anciens Babyloniens, des Hébreux, des Romains, des Saxons, possèdent d'étroites analogies avec celui des peuples africains relativement les plus primitifs. Si les institutions africaines ont une caractéristique particulière, elle est relative non pas à leur nature intrinsèque, mais plutôt à l'époque où elles se manifestent ; en effet, elles présentent au monde moderne les épisodes d'une histoire qui a dû se jouer il y a cinq mille ans dans certaines parties de la Mésopotamie, et plus récemment à Rome, en Germanie, en Grande-Bretagne ».

<sup>30</sup> E.E. EVANS-PRITCHARD, *Anthropologie sociale*, conférence inaugurale prononcée à l'Université de Oxford, 4 février 1948, p. 12. « Aucune discipline isolée ne peut traiter l'étude des sociétés primitives. Il serait inutile les religions des peuples primitifs en dehors du cadre d'une théorie générale de la religion. Une théorie de la nature fondamentale du droit doit nécessairement être valable à la fois pour le droit des peuples civilisés et pour celui des peuples sauvages. ».

<sup>31</sup> E. T. OLAWALE, *La nature du droit coutumier africain*, Ed. Présence africaine, Dakar, 1961, p. 231 et st.

<sup>32</sup> J.- P. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, p.1 n°1 et p. 13 n°14.

Bénin) en particulier<sup>33</sup>, bien que l'aspect processuel, voire procédurier y soit assez prononcé<sup>34</sup> et rigide<sup>35</sup>. C'est ainsi qu'il a été révélé par M. MATSON que, dans les communautés africaines, il existe des formes d'ouverture de procès civil portant sur des questions de propriété où les parties sont tenues d'affirmer chacun solennellement leur droit<sup>36</sup>. Il en est de même de la procédure civile devant la « *N'de dibe* », groupement des maîtres spirituels d'une tribu, chargé de réunir l'ensemble des anciens afin de faire trancher les différends ; mais elle ne siège que lorsque le litige revêt une importance suffisante et que la procédure est inapplicable aux affaires de peu d'importance<sup>37</sup>. Il en est ainsi dans la plupart des communautés noires africaines, d'avant les conquêtes d'origine occidentale, telles que le Royaume *Ashanti* de la Côte de l'or (qui couvre une bonne partie de l'actuel Ghana), *Yorouba* et *Bénin* (une partie du sud Bénin et du Nigéria), *Bounyors* et *Bouganda* (actuel Ouganda), la Confédération du Roi Chaka en Pays *Zoulou* et la principauté *Matabele* en Rhodésie du Sud (actuel Zimbabwe)<sup>38</sup>. L'importance du substantiel est aussi prise en compte dans la recevabilité de la demande en procédure civile devant « *Dibe* », le divin, lorsque le mis en cause est inconnu<sup>39</sup> ou en cas d'obscurité dans la détermination du droit litigieux<sup>40</sup>.

7. En droit coutumier, dans certaines communautés béninoises et dans la plupart des procédures traditionnelles en Afrique, en cas de dette objet de litige, celle-ci doit être décrite et spécifiée. En cas de vol de meuble, celui-ci doit être précisé aux juges avant toute audience<sup>41</sup>. Le fond du droit déductible est ainsi pris en compte au seuil du procès pour établir

---

<sup>33</sup>E. OLAWALE, *op. cit.*, *Idem.*

<sup>34</sup> Ch. C. KOUGNIAZONDE, *Etude sur la justice coutumière au Bénin*, In *Revue de la justice criminelle* (Bénin), Institut d'étude de sécurité (ISS en anglais), AHS, Cotonou, 2009, p. 120 et s. Voir aussi E. OLAWALE, *op. cit.* pp. 234 et s ; Sidgwick et Jackson 1947 ; D. J. PENWILL, *Kamba customary Law*, Londres, Macmillan, 1951, pp. 75, 89 ; SNELL, *Nandi customary Law*, pp. 79- 83 où il est remarqué que les procédures varient selon les droits litigieux, l'autorité saisie et même le rang social des parties.

<sup>35</sup> J. F. HOLLEMAN, *Shona Customary Law*, Londres, Ville du Cap, Presse Universitaire d'Oxford, 1952, p. 17

<sup>36</sup> J. N. MATSON, *The Supreme Court and the Customary Judicial Process in the Gold Coast*, I.G.L.Q., Janv., 1953, Vol. 2, Pt. 1, 5<sup>e</sup> série, p. 51.

<sup>37</sup> M.M. GREEN, *Ibo village affairs*, Londres, 1947, p. 100.

<sup>38</sup> J. H. DRIBERG, *African conception of Law*, In *Journal of Comparative Legislation and International law*, Nov. 1934, p 241; A propos des mêmes remarques, voir aussi DUNDAS concernant les *Wakikouyou*, les *Wakamba*, les *Watheraka* en Afrique de l'Est, Pour une comparaison avec l'Angleterre de Henri VII, T.F.T. PLUKNETT, *A Concise History of the Common Law*, 4<sup>e</sup>éd., Londres, 1949, p. 406.

<sup>39</sup> M. GREEN, *op. cit.* pp. 106 et s.

<sup>40</sup> E. OLAWALE, *op. cit.*, p. 239.

<sup>41</sup> P.P. HOWELL, « *Observations on the Shilluk of the Upper Nile* », in *Africa*, Vol. 23, n° 2, Avril 1953, p. 102. « Il arrive même que dans les affaires matrimoniales où des femmes et des enfants font l'objet de litige entre deux hommes à propos par exemple du paiement ou du remboursement de la somme versée à l'occasion du mariage, de tels êtres humains doivent être conduits devant la Cour. Les Shilouk admettent que le bétail qui doit être rendu en tant que présent marital à la mort de la femme, ou en cas de divorce, ne peut guère l'être, en

le caractère juridiquement relevant et le caractère suffisant de l'intérêt afin d'en attribuer, par le processus d'adjudication juridictionnelle, au profit d'une des parties. Le scénario est relativement brusque et témoigne d'une certaine impatience d'une telle justice. C'est justement ce qui a fait l'objet de critique de la part de certains auteurs européens<sup>42</sup> et africains<sup>43</sup> qui y ont vu une justice expéditive. Mais les développements prouvent que ce ne fut qu'une étape de l'évolution du droit<sup>44</sup>.

**8. Des causes probables dans l'ancien droit romain.** La prépondérance du substantiel dans le procès remonte à l'ancienne Rome. Cette période marquée par la procédure formulaire est composée de deux phases. La première « *in iure* », se déroulant devant un magistrat, personnage élu par le peuple et appelé préteur. Celui-ci, *a priori*, ne juge pas, mais est chargé d'organiser le procès, puis d'investir le juge, fonction purement processuelle et administrative. Le juge ainsi investi est un simple citoyen notable, une sorte de juré qui n'intervient, quant à lui, que pour juger dans la seconde phase « *apud iudicem* ». Mais en pratique, le préteur, dans l'exercice de la « *iurisdictio* », doit prononcer l'un des trois verbes qui sont :

« **Do** » (*Do iudicem*) = Je donne, (il donne ainsi un juge) ;

« **Dico** » = Je dis, (il attribue la possession de la chose litigieuse à l'un des plaideurs) ;

« **Addico** » = Je donne mon assentiment, (il attribue définitivement l'objet litigieux au demandeur).

Ainsi, sur les trois actes du préteur, deux sont relatifs à la substance même du droit, tandis que seul le premier est processuel et se réfère à une véritable judiciarisation du litige. Une fois encore, c'est de cette manière que le substantiel s'introduit dans un processus établi légalement pour judiciariser le litige. On peut, d'ores et déjà, poser une première hypothèse

---

fait s'il est mort entre les mains des parents de la femme ; mais que du moins, ceux-ci doivent en montrer les peaux, preuve que la mort du bétail n'est pas due à une faute de leur part. » Voir aussi DUNDAS, Native Laws of Some Bantu Tribes in Africa, In J. Roy. *Anth. Inst.*, Vol. 51, 1921, p. 222 et s.

<sup>42</sup> T. MORRISSON, The Wachaga of Kilimanjaro (*Le wachaga de Kilimandjaro*), publié dans le Journal of the Royal African Society, v. 32, n° 127, Avril 1933, pp. 141- 142.

<sup>43</sup> Ch. C. KOUGNIAZONDE, *Etude sur la justice coutumière au Bénin*, In Revue de la justice criminelle (Bénin), op. cit. p. 112.

<sup>44</sup> H. R. HONE, The native of Uganda and the criminal law (L'indigène de l'Ouganda et le droit criminel, in Uganda Journal, Vol. IV, n° 1, juillet 1938, pp. 2 et s. « Dès l'abord, on est tenté de dire qu'il n'y a pas de rapport ou de ressemblance avec notre système. Cependant, bien qu'en apparence il n'y ait pas de similitude, le système africain est en fait le système européen à un autre stade de développement »

selon laquelle les intrusions substantialistes qui irriguent toute la procédure civile contemporaine ne sont qu'une perpétuation de pratiques anciennes du droit romain.

Afin de présenter du mieux possible ces enjeux, nous nous pencherons dans ces propos introductifs sur l'objet (I), l'intérêt (II), l'hypothèse de recherches (III) et la problématique (IV) de notre étude.

## **I- L'objet de l'étude : le droit d'agir**

**9. La sphère d'appréciation de l'intérêt à agir, un espace hétéroclite.** Auteurs et chercheurs l'affirment : « l'intérêt à agir n'est pas aussi facilement perceptible », vu l'insatisfaction qu'offrent les termes dans lesquels il est souvent abordé<sup>45</sup>. Son champ d'appréhension est fait de contenants plus ou moins élargis ; de contenus aussi bien intrinsèques qu'extrinsèques ; de contours, et d'alentours aussi proches qu'éloignés. Il convient d'élucider tous ces éléments afin d'isoler les conceptions exclues et de préciser celles qui intéressent la présente étude. Le détour par le droit d'agir serait dépourvu de pertinence si l'on ne précisait pas au préalable les contenants (A) et le contenu (B) de de l'intérêt à agir.

### **A- Les contenants de l'intérêt à agir**

**10.** Si le contenant, dans une conception large et en langage commun, exprime simplement ce qui contient quelque chose, celle retenue ici pour l'intérêt à agir intéresse les espaces processuels au sein desquels il est examiné. Ainsi considérés, les espaces processuels susceptibles d'être identifiés sont nombreux. Il en existe plusieurs qu'il convient de relever ici.

**11. Le procès, un contenant étendu pour l'examen de l'intérêt à agir.** Le contenant élargi de l'intérêt à agir est le procès, espace naturel de mise en œuvre du droit processuel, donnant lieu à une procédure devant une juridiction affectée d'un important degré d'institutionnalisation qui prenne en compte les règles légales et réglementaires gouvernant

---

<sup>45</sup> J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Domat, droit privé, 6<sup>e</sup> éd. Montchrestien, Lextenso, Paris, 2015, p. 72. « ..., l'intérêt est abordé en des termes qui ne sont pas très satisfaisants. ... L'intérêt doit présenter trois caractères : ... . Cette présentation offre le grave défaut de réunir des questions qui sont totalement distinctes. On peut dire qu'elles n'ont guère en commun que le mot *intérêt* autour duquel on les regroupe ».

les procédures<sup>46</sup> sans se confondre à ces dernières au-delà des pertinents développements de POTHIER à ce propos<sup>47</sup>. Il ne se confond pas non plus à l'instance<sup>48</sup> bien que les liens soient tout aussi forts, cette dernière n'étant qu'une aire moins étendue que le procès.

**12. L'instance, une composante du procès.** A la suite de VIZIOZ<sup>49</sup>, de CORNU et FOYER<sup>50</sup> et, plus tard, CORNU à travers le vocabulaire juridique<sup>51</sup>, M. CADIET identifie deux conceptions de l'instance : la conception procédurale et celle juridique<sup>52</sup>. Cette dernière conception n'est autre que le lien juridique, cette relation juridique particulière que CHIOVENDA qualifie de « *rapport processuel* »<sup>53</sup> créé entre les parties par l'introduction de

---

<sup>46</sup> S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, 7<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris, 2013, p. 1347, n° 582

<sup>47</sup> R. POTHIER, *Traité de la procédure civile*, p. 1. Selon lui, « **le procès, donc la procédure**, est la forme par laquelle on doit intenter les demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les exécuter ». L'expression « *le procès, et donc la procédure* » est susceptible de confondre « *procès* » et « *procédure* ».

<sup>48</sup> Cependant, H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, Préf. de S. GUINCHARD, Dalloz 1956 rééd. 2011 « Il suffit de parcourir les diverses dispositions du Code de Procédure Civile pour s'apercevoir que la plupart sont relatives à **la marche d'une instance, d'un procès** ... cette étude ne pourra progresser qu'en s'appuyant sur trois théories fondamentales : celle de l'action, celle de la juridiction, celle de **l'instance ou du procès** ».

<sup>49</sup> H. VIZIOZ, op. cit. pp. 9 - 23 Dans son aspect procédural, l'auteur précise : « ... on suivra la marche de l'instance, depuis la demande en justice qui l'ouvre jusqu'au jugement qui en est l'aboutissement normal, en observant et en comparant les formes différentes qu'elle peut revêtir, en démêlant les incidents qui viennent la compliquer ou l'interrompre. L'examen du jugement conduira à celui des voies de recours, grâce auxquelles on peut le faire rétracter, réformer ou annuler et à celui des moyens qui permettent d'en assurer l'exécution. L'étude des voies d'exécution forcée, des règles qui en précisent l'emploi, des principes qui les gouvernent, principalement des formes auxquelles elles sont soumises, celle aussi des procédures de distribution qui les accompagnent ordinairement, compléteront donc l'étude générale de l'instance. ... Chacun des actes successifs est accompli avec l'intention de produire un effet de droit... ». En ce qui concerne la conception juridique de l'instance, voir précisément la page 23 « Le rapport naît à la suite d'un acte juridique qui est la demande en justice. Son développement résulte des activités des parties et du juge : ... Mais des modifications sont susceptibles de se produire dans le rapport juridique : changement de sujets. ... Il arrive aussi que le rapport soit interrompu ou suspendu. Dans tous les cas vient un moment où le rapport processuel s'éteint : il y a des modes exceptionnels d'extinction (transaction, péremption, désistement) et un mode normal qui est le jugement »

<sup>50</sup> G. CORNU et J. FOYER, op. cit. pp. 428 - 434. Pour ces auteurs, l'instance, dans sa conception procédurale, est vue comme un agencement où ils distinguent d'une part, le mécanisme élémentaire (voir p. 429) du procès qui n'est rien d'autre que l'instance formée de la demande qui l'introduit, du jugement qui la termine et l'instruction faite d'enchaînement d'actes coordonnés (p. 428), les uns conditionnant les autres, dans un ordre successif limité dans une instance (p. 429), et d'autre part, un mécanisme complexe fait d'incidents, de voies de recours, un développement distinct dans le prolongement du premier, et formant avec lui, un système de procès, « *de petits procès* », voir spéc. p. 430. De plus, dans son aspect juridique, l'instance est considérée dans les effets que produisent les actes du procès entre les plaideurs (p. 431). Ainsi, les adversaires sont-ils liés par un certain lien de droit, nommé lien d'instance ou rapport processuel.

<sup>51</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, Quadriga, PUF, 2009. Si les sens 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> donnés de la notion d'instance (agencement simple ou complexe dans le procès, et, suite des actes et délais de cette procédure à partir de la demande introductive d'instance jusqu'au jugement ou aux autres modes d'extinction, y compris instruction et incidents divers) relèvent de sa conception procédurale, le sens 3 inspire plutôt son aspect juridique (lien juridique, rapport d'instance, situation juridique des parties en cause).

<sup>52</sup> L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit. pp. 366-380.

<sup>53</sup> G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile (Des principes de droit processuel civil)*, 3<sup>e</sup> éd. 1912-1923, Italie, 1923, Préface p. IX, voir aussi pp. 90 et s.

l'instance. Une telle terminologie n'a pas été indemne de controverses de la part d'une certaine doctrine allemande (*Prozessverhältniss qui veut dire « la relation procédurale »*)<sup>54</sup> et même italienne (*Rapporto giuridicoprocedurale*)<sup>55</sup> où la notion de rapport processuel est assez critiquée en dépit de l'adhésion massive qu'elle a connue pour son caractère fondamental. Mais au-delà des critiques qu'elle a subies, la conception juridique fondée sur le rapport processuel ne semble pas rendre suffisamment compte du cadre processuel délimité par l'instance au sein même du procès, cadre dans lequel s'examine la recevabilité de la demande. Elle se limite un peu trop aux plaideurs. C'est ce qui oriente le choix porté sur la conception procédurale de l'instance qui met en lumière l'idée fondamentale de la distinction entre le procès lui-même et les éléments de son contenu (instance, procédure, jugement, ...) ou son objet (matière sur laquelle le juge est appelé à statuer)<sup>56</sup>. C'est dans ce champ de traitement pathologique des litiges que le procès semble mieux rendre compte de son sens vers lequel s'oriente cette étude. Il s'agit alors de ce processus, à l'exclusion des procédures dont le but est le règlement amiable du différend, tels les modes alternatifs de règlement des différends<sup>57</sup>, bien que ces modes de règlement des litiges ne soient pas totalement absents de la présente étude.

---

<sup>54</sup> L. ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschenzivilprozessrechts* (Manuel de droit procédural civil allemand), 2<sup>e</sup> éd., 1929, n° 59 ; J. GOLDSCHMIDT, *Der prozessualrechtslage* (Le processus d'une situation juridique, la loi de procédure civile), 1925 ; *zivilprozessrecht*, 1929.

<sup>55</sup> RICCA-BARBERIS, Note sous Trib. Turin, 28 mars 1930, *Rivista di dirittoprocedurale civile* (Revue de droit processuel civil), 1930, II, pp. 191 et s. ; F. CARNELUTTI, *Lezioni di dirittoprocedurale civile* (des leçons de droit processuel civil), 5<sup>e</sup> vol. 1926-1929, p. 198

<sup>56</sup> F. CARNELUTTI, *Lezioni*, et CALAMANDEI, « *Lite et processo (La cause et le procès)* », n° 10 (*Rivista, dirittoprocedurale*, 1928, pp. 89 et s.)

<sup>57</sup> En termes génériques « les MARC (Modes Alternatives de Règlement des Conflits) ou ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Ces modes sont exclus du champ de cette étude parce qu'ils écartent souvent, totalement ou partiellement, les règles qui gouvernent les conditions d'un procès ou, au moins, n'en tiennent pas rigueur. Il y a certes, à ce niveau une résurgence de principes fondamentaux vus, non pas comme une manière pour ces procédures alternatives de se rattacher par substitution aux règles étatiques, mais plutôt comme en toute situation de vie en société, des règles, tout au moins du *droit naturel*, doivent pouvoir être respectées pour plus d'équité. V. sur ce point H. MOTULSKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect de droits de la défense en procédure civile*, in Mém. Paul ROUBIER, 1961, t. 2, p. 175 (V. aussi *Ecrits Etudes et notes de procédure civile*, Préf. de G. BOLARD, Dalloz, 1973, Réed., 2010, t. 1, p. 60 et s.) où l'auteur souligne la primauté de la justice par rapport à la juridicité et c'est ce qui amènerait à l'admission de l'éventualité d'une loi injuste auquel pourrait suppléer le *droit naturel* ; Dans ce même sens, V. R. DAVID, *l'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, n° 55 et s. et n° 314. « C'est alors que le principe du contradictoire en matière d'arbitrage commercial ne constitue pas pour les Agents du commerce international une entorse à la liberté contractuelle ; bien au contraire, telle serait l'expression même de la « *lex mercatoria processualis* ».

**13. Conception retenue du procès.** Ainsi conçu, le procès est la manière ordinaire d'administrer la justice<sup>58</sup>. Il a pour fonction essentielle d'assurer la réalisation judiciaire du droit, fonction de première importance<sup>59</sup> dont la trajectoire part de l'introduction de l'instance et connaît son terme à l'issue du jugement<sup>60</sup>, en dépit de ce que la doctrine ne semble pas unanime quant à l'inclusion ou non de la phase de l'exécution de la décision dans le procès<sup>61</sup>.

**14. Le procès se distingue de la procédure.** Le procès n'est donc pas la procédure elle-même vue comme cette marche en avant, cette succession dynamique d'actes faits dans les délais requis, permettant d'aller de l'action en justice au jugement en passant par l'instance ou les instances qui y font suite<sup>62</sup>. Si la procédure est au service de l'évolution normale de tout le procès dans sa large composition, l'instance ne constitue qu'une séquence de ce dernier. Elle est ainsi la phase judiciaire élémentaire du procès avec la possibilité de s'y confondre en cas d'absence de recours contre le jugement, lorsqu'elle ne s'éteint pas pour cause de décès, de désistement, d'acquiescement, de caducité ou de péremption<sup>63</sup>. Par analogie au langage

---

<sup>58</sup> L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2<sup>e</sup> éd., Thémis droit, PUF, Paris, 2013, p. 4 *in limine*.

<sup>59</sup> P. ROUBIER, *Préface à Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs de droits subjectifs* de H. MOTULSKY, éd. Sirey 1948, rééd. Dalloz Paris, 2002. P. IX.

<sup>60</sup> Il est important de préciser que le terme jugement doit être pris dans son sens large qui englobe les jugements au sens strict que sont les décisions juridictionnelles émanant des tribunaux de première instance, les arrêts rendus par les cours d'appel et les juridictions de cassation. V. CORNU, *Vocabulaire juridique*, V<sup>o</sup> jugement, sens 2.

<sup>61</sup> C. BRENNER, *Voies d'exécution*, Coll. Cours, 6<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris, 2011, p. 19 ; A. LEBORGNE, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Coll. Précis droit privé, 1<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris, 2009, p. 7-12 ; G. COUCHEZ, *Voies d'exécution*, Coll. Sirey université, 10<sup>e</sup> éd. Dalloz Paris, pp. 1-3 ; L. MINIATO, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Coll. Cours, Montchrestien, Paris, 2010, p. 3 ; C. DOGUE, *Le droit à l'exécution des décisions de justice*, Thèse, Abomey-Calavi, CREDIJ, 2014, p. 7 : « L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du procès au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. » ; encore que l'article 6 de cette Convention ne l'a jamais précisé ainsi ; il s'agit plutôt d'une interprétation tout à fait discutable du juge communautaire européen. En effet, ces différents auteurs sont intervenus sur le sujet après que la consécration jurisprudentielle de la CEDH est apparue au travers d'importants arrêts : *CEDH, 19 mars 1997, « Hornsby c/ Grèce » dans laquelle* la Cour européenne des droits de l'homme, adoptant un raisonnement analogue à celui de l'arrêt *Golder*, a consacré l'exécution des décisions comme le corollaire indispensable à leur prononcé. Le caractère équitable du procès est désormais étendu matériellement et temporellement à l'exécution effective de la décision rendue à la suite d'une procédure elle-même équitable. Il est vrai que l'importance que revêt la nécessité d'exécuter les décisions de justice est indéniable ; mais dire qu'elle fait partie du procès est discutable car le procès étant le cadre de traitement pathologique des litiges, il se termine naturellement par la décision devenue exécutoire et les difficultés d'exécution ne sont que des situations de fait qui doivent être considérées comme telles et réglées par une procédure spécifique (procédures civiles d'exécution) avec un juge spécialement prévu à cet effet. Au demeurant, si le litige est la condition du procès et que le procès donne au litige sa solution, on peut se demander, sans en faire une préoccupation dans les présents travaux, s'il y a véritablement solution au litige sans que l'exécution effective ne s'ensuive.

<sup>62</sup> S. AMRANI-MEKKI, *Procès*, in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris 2004, p. 1082.

<sup>63</sup> V. en droit interne, les articles 469 à 493 du CPCCSAC, Bénin ; De même, les articles 384 à 410 du CPC, France. ; En droit communautaire OHADA, le Règlement de procédure de la CCJA prévoit la possibilité pour les parties de renoncer à l'instance suivant deux hypothèses séparées : 1- Renonciation de commun accord

mathématique, l'instance est à la fois un sous-espace et une sous-partie du procès. Sous-espace en ce sens que le procès, par l'effet des recours, en comprend plusieurs<sup>64</sup>. Sous-partie du fait de la possibilité de s'y coïncider en l'absence de recours contre le jugement rendu en premier ressort. Et parlant d'instance, c'est la place qu'elle occupe qui intéresse davantage cette étude. Située en effet entre l'introduction de la demande et le prononcé du jugement, cette position prémunit l'instance de l'influence du substantiel sur le processuel<sup>65</sup>, point de mire de notre recherche. Cette influence tant redoutée s'observe dans l'examen de l'existence ou non de l'intérêt à agir dans un espace processuel plus restreint qu'est la recevabilité de la demande.

**15. La recevabilité de la demande, un espace restreint à la manifestation de l'intérêt à agir.** Outre les dictionnaires juridiques, la notion de recevabilité fait rarement l'objet de définition systématique et de façon isolée. Sa définition s'établit souvent soit *a contrario*, soit par ses conditions. En effet, c'est à travers le sens de la notion d'*irrecevabilité* que l'on perçoit celui de la recevabilité<sup>66</sup>. L'irrecevabilité se définit souvent à son tour par la notion de *fin de non-recevoir* dont elle n'est que la sanction. Néanmoins, la recevabilité des recours en matière de contentieux administratif permet de s'en faire une idée précise. Ainsi, la recevabilité est l'aptitude du recours à être examiné et tranché au fond<sup>67</sup>. Mais cette conception n'est pas loin de celle que connaît la procédure civile sauf que la recevabilité des recours dans le contentieux administratif prend en compte les conditions de capacité, de représentation (par exemple, selon l'article 824 du CPCCSAC, le ministère d'avocat est

---

entre les parties où ces dernières informent la Cour de leur décision et celle-ci ordonne la radiation de l'affaire du registre et statue sur les dépens ; 2- Renonciation unilatérale à l'instance par le plaideur qui doit alors informer la Cour par écrit. L'affaire est radiée du registre et les dépens mis à la charge du plaideur si le défendeur a conclu en ce sens. V. la jurisprudence de la CCJA en la matière : Ord. n° 02/2006/ CCJA du 30 mars 2006, Société Nouvelle de commerce et de transport et autres c/ Union internationale de banques en Guinée (radiation sur protocole d'accord) ; Ord. n° 01/2006/ CCJA du 12 janvier 2006, Compagnie ivoirienne d'électricité c/ Banque internationale de l'Afrique de l'Ouest Côte d'Ivoire (désistement de commun accord entre les parties) ; Ordonnance n° 08/2005/CCJA du 28 nov. 2005, GMTCI c/ SODIMA (acquiescement aux décisions rendues par le TPI et la Cour d'appel d'Abidjan) ; Ord. n° 26/2004/ CCJA du 2 nov. 2004, Société Palm industrie Liquidation c/ Cabinet ivoirien de surveillance (radiation fondée sur désistement découlant d'un protocole d'accord), ... .

<sup>64</sup> Première instance, l'instance d'appel et même celle en cassation.

<sup>65</sup> H. MOTULSKY, Droit processuel, Montchrestien, Paris, 1973, p. 145 « Dans chaque type de procès, à la situation juridique substantielle, se superpose une situation procédurale impliquant toute une série de conséquences de nature processuelle ; H. VIZIOZ, Etudes de procédure, Op. cit. p. 56-57 ; M. DOUCHY, La théorie de l'instance, in Serge GUINCHARD et alii, Droit processuel-Droit commun et droit comparé du procès, 3<sup>e</sup> éd. 2005, n<sup>os</sup> 786-790.

<sup>66</sup> M. ABDEL-KHALEK OMAR, *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, Thèse, Paris, 1965, pp. 7 et s.

<sup>67</sup> L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit. p. 326.



obligatoire pour introduire et suivre toute la procédure) avec la mise en œuvre rigoureuse des fins de non-recevoir dont certaines sont d'ordre public.

**16. La recevabilité, une aptitude ou un processus ?** La recevabilité doit être perçue à la fois comme un processus et comme une aptitude, un état. Dans le premier aspect, la recevabilité pourrait être comprise comme le processus par lequel le juge étudie la possibilité de la demande à être examinée au fond. En termes d'aptitude, la recevabilité recouvre un sens plus technique et pourrait être considérée comme l'aptitude que revêt une demande du fait de sa nature à satisfaire à toutes les conditions de l'action en justice lui évitant toute fin de non-recevoir. Bien que les définitions que nous fournissent divers dictionnaires ne soient pas très éloignées l'une de l'autre, celle qui exprime l'idée de processus nous paraît plus à même de révéler le risque de confusion entre les processus d'examen de la recevabilité et de celui du bien-fondé de la demande, préoccupation majeure de la présente étude. Le second aspect, plus technique, n'est pas moins utile en ce sens qu'il est révélateur des conditions requises pour la recevabilité de la demande, ce qui permet l'identification des éléments pathologiques, vecteurs de ladite confusion.

**17. Le caractère recevable en droit béninois et en droit français : des identités et des différences aux effets communs.** En droit béninois, l'article 33 CPCCSAC définit la recevabilité par les conditions requises pour l'ouverture de l'action dont l'intérêt légitime, direct, personnel et juridiquement protégé, la qualité et la capacité à agir en justice. L'article 31 CPC français est resté dans cette logique de *conditions d'ouverture* et ce n'est qu'au niveau de l'article 122 qu'apparaît le terme d'*irrecevabilité* à travers la définition des fins de non-recevoir (« *Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* ») qui correspond exactement à l'article 204 CPCCSAC du Bénin. Deux constats intéressent le présent sujet.

**18.** En premier lieu, on constate ainsi aisément qu'outre la *légitimité de l'intérêt à agir*, commune aux deux "systèmes" de référence, qui contribue à la confusion entre la recevabilité et le bien-fondé de la prétention, le Code béninois est allé plus loin en s'alignant sur la conception de JHERING lorsqu'il parle d' « *intérêt légitime juridiquement protégé* ». Or, c'est bien évidemment par l'absence en droit français de l'expression « *juridiquement*

*protégé* » que certains auteurs, dont M. WIEDERKEHR, ont tenté un apaisement de la difficulté en se demandant si l'article 31 du Code français n'a pas ainsi évité le piège<sup>68</sup>. De l'autre côté, si, en contentieux administratif, le droit béninois laisse la latitude au juge d'apprécier l'irrecevabilité<sup>69</sup>, laquelle se confond avec les conditions de recevabilité, de régularité de la procédure et de bien-fondé<sup>70</sup>, le contentieux constitutionnel quant à lui, semble écarter toute référence à l'intérêt à agir dans certaines matières dont le contentieux électoral. Le droit processuel béninois oscille ainsi entre les deux extrêmes en matière de recevabilité de la demande : plus de conditions au point d'empiéter sur les conditions du bien-fondé (la légitimité de l'intérêt à agir, et mieux, un *intérêt juridiquement protégé*, prévu à l'article 33 CPCCSAC) ; moins de conditions au point d'écarter l'intérêt à agir, les éléments de qualité étant pratiquement les seuls requis à travers l'article 55 de la loi organique de la Cour constitutionnelle<sup>71</sup>. En second lieu, c'est au niveau de la recevabilité que se manifeste la notion d'intérêt à agir dans toute sa plénitude.

## **B- Le contenu du concept d'intérêt à agir**

**19.** Il faut d'emblée écarter l'aspect extrinsèque que revêt l'intérêt produit par un capital placé et qui relève du domaine économique et financier, pour s'occuper uniquement de l'aspect intrinsèque de l'intérêt à agir, purement juridique et strictement lié à l'action en justice. Pour ce dernier, certains auteurs lui ont reconnu des définitions qui sont aux antipodes<sup>72</sup> de ce qui lui est aujourd'hui unanimement reconnu, à savoir : l'intérêt est le profit, l'avantage ou l'utilité que l'exercice de l'action est susceptible de procurer à celui qui en prend l'initiative<sup>73</sup>. Mais les contours de la notion recommandent qu'on les isole pour ne pas rajouter à la confusion déjà préoccupante.

---

<sup>68</sup> G. WIEDERKEHR, *La légitimité de l'intérêt pour agir*, in Mél. Serge GUINCHARD, Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Dalloz, Paris 2010, pp. 877- 883, Spéc. p. 879.

<sup>69</sup> V. art. 822 du Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes (CPCCSAC, Bénin)

<sup>70</sup> V. art. 33 du CPCCSAC, Bénin en ce sens que les dispositions de cet article régissent également la matière administrative, étant contenues dans le livre premier intitulé '*Des dispositions communes à toutes les juridictions*'.

<sup>71</sup> Loi n° 91-009 du 31 mars 2001 portant Loi organique sur la Cour constitutionnelle.

<sup>72</sup> G. ROUCHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse Paris 1965, p. 632 et 633.

<sup>73</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd. 1997, n° 591 ; R. GASSIN, *La qualité pour agir en justice*, Thèse Aix en Provence, 1955, p. 197 ; L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Thémis droit, PUF, 2010, p.328 ; et avec E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd. Paris, 2013, p. 266, n° 357 *in limine* ; S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile : droit interne et droit communautaire*, 29<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris, 2008.

**20.** L'intérêt à agir pour être admis doit être légitime, né, actuel, direct et personnel. Ce sont là autant d'éléments qui, sans dériver du mot *intérêt*, l'influencent dans cet espace processuel que constitue la recevabilité de la demande. Mais l'influence la plus préoccupante reste celle qui existe entre le substantiel et le processuel.

**21. Le substantiel et le processuel en général.** Si le demandeur cherche par son action, acte processuel, à réaliser un intérêt frivole ou insignifiant, il sera débouté, même s'il a un droit substantiel<sup>74</sup>. Si l'action relève du processuel, le droit poursuivi a généralement un caractère substantiel. Afin d'arriver à une clarification plus approfondie, sont-ce d'abord des concepts ou des notions ou même des idées<sup>75</sup> ?

**22. Le substantiel et le processuel, des concepts ou des notions ?** Selon le Petit Larousse Grand Format illustré 2015, *notion* vient du latin '*notio*' qui signifie « connaissance », une idée qu'on a de quelque chose, un concept. Et c'est là que se trouve toute la difficulté à distinguer notion et concept, le premier se définissant par le second, de quoi donner raison au Professeur FRANSEN qui, dans un article du début des années 1980, emploie indifféremment « concept » et « notion »<sup>76</sup>. Du latin '*conceptus*' qui signifie « saisi », le concept est une représentation générale et abstraite d'un objet. C'est le cas de « la justice » par exemple où l'on connaît, de façon abstraite, le juste dans les situations qui se présentent tout en s'en faisant sa propre représentation. Ainsi, un concept se définit selon sa compréhension, selon son extension, ce qui renvoie à l'idée de « conception » qui est l'action d'élaborer, de donner une forme, de se représenter quelque chose. Ainsi compris, le concept semble se détacher de la notion par son caractère subjectif du fait que chacun pourra se faire une conception de la chose, selon sa propre pensée.

**23.** Dans le même temps, le concept se définit à travers les caractères spécifiques et intrinsèques de la chose considérée, ce qui relève d'une analyse objective, plus proche de l'idée de notion. D'où, finalement, une distinction ambivalente entre notion et concept qui s'éloignent l'un de l'autre dans la définition subjective de concept et qui se rapprochent à

---

<sup>74</sup> M. ABDEL-KHALEK OMAR, *op. cit.*, p. 36, n° 96.

<sup>75</sup> Surtout avec les controverses ayant eu cours entre Aristote et Platon sur les notions de '*concept*' et d'*idée*'.

<sup>76</sup> G. FRANSEN, *Les notions à contenu variable dans le droit canonique*, in *Les notions à contenu variable en droit*, Etudes publiées par Chaïm PERELMAN et Raymond VANDER ELST, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles 1984, pp. 337-350 (spécif. p. 337) où l'on peut lire : '*Avant de présenter, de manière très succincte, quelques-uns des « concepts à contenu variable » ou des « notions non strictement définies » dont use (faut-il dire abuse ?) le droit canonique, ...*'.

travers sa définition objective basée sur des caractères intrinsèques. Cette analyse s'intègre très bien dans la réalité des terminologies juridiques.

**24. Une analyse confirmée par la réalité.** L'analyse ainsi menée sur « *notion* » et « *concept* » ne fait que confirmer la réalité dans laquelle baignent de nombreux termes juridiques qui relèvent, pour la plupart, de notions à contenu variable. Des auteurs l'ont relevé tant en droit privé<sup>77</sup> et en droit canonique<sup>78</sup> qu'en droit public général<sup>79</sup> et même en droit pénal<sup>80</sup>, quoique d'interprétation stricte. Mais si pour nombre de termes à contenu variable, des circonstances permettent d'entretenir le flou, la variabilité des idées de *concept* et de *notion* nous semble sans lien avec quelque contingence. La preuve en est que, alors même que se définissant selon la représentation, la compréhension, l'extension, l'idée de concept ne s'écarte pas pour autant d'un certain standard reflétant une sorte de compréhension générale, une idée " *universellement véhiculée*" par sa substance même et c'est dans cette approche de *variabilité encadrée* que les termes substantiel et processuel sont abordés dans cette étude. Ils y sont considérés comme des concepts quand bien même les expressions " *notion de substantiel*" et " *notion de processuel* " n'y ont pas été totalement absentes. Il en sera de

---

<sup>77</sup> J.-Fr. PERRIN, *Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? (quelques réflexions concernant la dogmatique et la pratique judiciaire de l'article 4 du Code civil suisse)*, Communication présentée au C.N.R.L. le 6 février 1982 ; J.GHESTIN, *Ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, Exposé fait au Centre National Belge de Recherches de Logique (C.N.R.L.) le 22 mai 1982 ; J. CARBONNIER, *les notions à contenu variables dans le droit français de la famille*, Exposé fait au Centre National Belge de Recherches de Logique (C.N.R.L.) le 06 novembre 1982 ; Fr. RIGAUX, *Les notions à contenu variable en droit international privé*, C.N.R.L. le 24 mars 1982 ; St. RIALS, *les standards, notions critiques du Droit*, 10 janvier 1981 ; H. BAUER-BERNET, *Notions indéterminées et droit communautaire*, C.N.R.L. le 9 janvier 1982.

Chr. STARCK, *l'égalité en tant que mesure du droit (Problèmes d'application du principe d'égalité)*, Conférence lue le 17 mars 1981 à l'invitation du Centre National de Recherches de Logique à Bruxelles, Traduit de l'allemand par Guy HAARSCHER ; Ch. PERELMAN, *les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse*, Exposé fait au C.N.R.L. le 20 avril 1983 ; G. HAARSCHER, *Les droits de l'homme, notion à contenu variable*, Exposé fait au C.N.R.L. le 9 février 1983 à Bruxelles .

<sup>78</sup> G. FRANSEN, *Les notions à contenu variable dans le droit canonique*, in *Les notions à contenu variable en droit*, Etudes publiées par Chaïm PERELMAN et Raymond VANDER ELST, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles 1984, pp. 337-350.

<sup>79</sup> A. VAN WELKENHUYZEN, *La séparation des pouvoirs, notion à contenu variable*, C.N.R.L. 7 nov. 1981 ; J.J.A. SALMON, *Les notions à contenu variable en droit international public*, C.N.R.L. 19 mai 1982.

<sup>80</sup> J. VERHAEGEN, *Notions floues en droit pénal*, Communication au Centre National de Recherches de Logique le 8 nov. 1980 ; R. LEGROS, *Notions à contenu variable en droit pénal*, Exposé C.N.R.L. du 20 mai 1981 ; N. LAHAYE, *Outrage aux mœurs, infraction à contenu variable*, Communication au C.N.R.L. 7 février 1981 ; J. GILISSEN, *La collaboration avec l'ennemi, notion à contenu variable*, Exposé au C.N.R.L. le 23 mars 1983.

même pour le terme « *idée* » du substantiel ou du processuel, en dépit des controverses aristotéliciennes<sup>81</sup> sur la distinction entre « *idée* » et « *concept* »<sup>82</sup>.

**25. Qu'est-ce alors que le substantiel ?** De ce qui précède, le débat philosophique sur l'*idée* et le *concept* n'ébranle en rien notre choix de considérer le *substantiel* (emploi substantivé) dans son essence même au sens philosophique, tel ce qui est en soi et par soi, ce qu'il y a de permanent dans les choses qui changent (par opposition à accident qui n'est pas très loin des incidents de procédure, au regard du caractère accidentel qui caractérise ces incidents), tel le fond qui demeure permanent dans le procès en dépit des nombreux incidents de procédure.

**26. La procéduralisation du droit substantiel et la substantialisation du droit processuel.** M. CADIET<sup>83</sup> distingue deux types de fond à savoir, le *fond substantiel* relatif à la prétention initiales (l'objet du droit discuté) et le *fond procédural* qui n'est autre que ce qui est recherché aux travers des *actions processuelles accessoires* que sont les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir, au-delà du processus (des règles procédurales) pour y parvenir. Il en est ainsi de l'incompétence, en droit français, du juge judiciaire en cas de recours en annulation d'un acte administratif<sup>84</sup>, de la recevabilité du recours, de la nullité d'un acte de procédure.

---

<sup>81</sup> Sans se lancer dans l'analyse des *affrontements* intellectuels menés par les deux auteurs de concepts philosophiques, à savoir ARISTOTE et PLATON, nous estimons que les deux notions ne sont pas très éloignées l'une de l'autre dans leur sens, surtout dans la conception objective du concept et le lien avec l'essence même de la chose dans son sens philosophique bien que combattu par Aristote. L'essence, comme ce qui constitue le caractère fondamental, la réalité permanente (par opposition à accident), nature d'un être, indépendamment de son existence, nature intime, caractère propre à la chose, semble donner raison à PLATON lorsqu'il parlait de « Table en soi », de « l'homme en soi », de « la Justice en soi », comme des réalités existant au-delà des choses sensibles où elles nous apparaissent et qui y participent. Ainsi conçue, l'*idée* est plus facilement franchissable que le *concept* qui semble relativement proche de la métaphysique, appelant ainsi plus d'effort de l'intelligence pour être appréhendé à travers la conception de la pensée. Sur la base de cette analyse, ce sont les concepts de *substantiel* et de *processuel* qu'il faut s'efforcer d'établir.

<sup>82</sup> V. l'article sur : *La notion du nécessaire chez Aristote*, Paris, Alcan, 1915, (spéc. p. 55 n° 1, pp. 59-80, p. 233, n° 1.

<sup>83</sup> L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit. p. 321

<sup>84</sup> Avec cette nuance en droit béninois où le tribunal, dans son organisation en chambres (civile, commerciale administrative...), sera toujours compétent que la cause incidente soit de nature judiciaire ou administrative, la compétence s'examinant à l'égard du tribunal et non de la chambre. Il en sera ainsi dans une action pétitoire lorsqu'un recours incident en annulation d'un titre foncier ou d'un permis d'habiter est introduit. Cette question serait objet d'une question préjudicielle en droit français du fait de la séparation formelle entre les ordres judiciaire et administrative, donc distinction des tribunaux judiciaire et administratif impliquant l'incompétence du juge judiciaire à connaître d'une matière liée à un tel titre relevant de l'ordre administratif. La même situation transposée en droit béninois n'aura pas la même suite, le tribunal étant compétent que la matière du recours soit civile ou administrative, étant donné que ces deux chambres relèvent toutes deux du même tribunal organisé en chambres.

27. Ce serait ainsi dans le sens originel issu du latin « *substantia, de substare* » qui signifie « être dessous ». Ainsi conçu, dans la demande initiale, il y a ce qui est recherché substantiellement, d'une part, et les formalités procédurales pour y accéder, d'autre part. Le premier (le fond du droit, le substantiel recherché au bout du procès) en toile de fond dans le processus visible fait de formalités, d'accomplissement d'actes, etc. Toujours ainsi conçu, dans les demandes accessoires (les exceptions de procédure par exemple), il y a "un petit fond", "un fond accessoire", un "fond relais", sous-jacent au processus légalement prévu pour en demander la reconnaissance. Mais cette manière de concevoir le substantiel dans le procès semble lui conférer un caractère mouvant à travers un substantiel fait de demandes initiale, accessoire, additionnelle, reconventionnelle, contrairement au *noumène* "kantien"<sup>85</sup>. Donc, en toute action (principale, incidente, recours ou pourvoi), il y a à distinguer le substantiel (demande en soi, quelle que soit la nature principale ou incidente) du purement procédural. Si le fond se trouve uniquement dans la demande principale (la prétention originelle), le substantiel, quant à lui, est ce qui est recherché tant dans la l'action que dans les incidents. Ces incidents<sup>86</sup>, quoique recelant un certain substantiel, du moins un autre substantiel<sup>87</sup> plus particulier, n'ont pourtant rien à voir avec le fond du droit objet de discussion, mais relèvent plutôt du processuel<sup>88</sup>. L'influence entre le substantiel et le processuel est donc cette intervention de ce substantiel recherché tant du fond (la prétention initiale) que dans des prétentions accessoires (les incidents de procédure) au sein même de ce qui ne le concerne pas du tout, mais qui relève du processuel pur.

**28. Un substantiel absorbant.** En amont<sup>89</sup>, l'intérêt est essentiellement substantiel<sup>90</sup> à travers les prétentions de part et d'autre dès la naissance du litige ; en aval<sup>91</sup>, il est éminemment

<sup>85</sup> Pour Emmanuel KANT, le *noumène*, (du grec *nooumenon*) exprime la *chose en soi*, au-delà de toute expérience possible (par opposition à *phénomène*). Ainsi, distingue-t-il le nouménal du phénoménal qui marque l'étonnement, l'extraordinaire, ..., .

<sup>86</sup> Y. CHARTIER, La Cour de cassation, Connaissance du droit, 2<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris, 2001, p. 87 ; V. aussi G. CORNU et J. FOYER, op. cit. p. 374, n° 85.

<sup>87</sup> L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit. p. 321 où il est si bien clarifié que : « Le *fond* », ce n'est pas seulement celui de la *prétention substantielle*, ce peut être aussi celui sur lequel porte une *prétention procédurale*, la prétention de la partie qui, préalablement à l'examen du *fond substantiel* et, en règle générale, pour éviter ou différer celui-ci, soulève une *exception* ou une *fin de non-recevoir*. » et la question, de savoir si elle n'entend pas exercer alors une action purement processuelle.

<sup>88</sup> C'est justement à ce propos que le Professeur L. CADIET parle d'« *action purement processuelle* » en ce sens que ce qui y est recherché n'est pas spécifiquement le fond du droit, mais la régularité de l'action, la conformité à la loi, l'infirmité ou la rétractation d'une décision.

<sup>89</sup> L'on fait ici allusion au moment où naît le conflit.

<sup>90</sup> Il faut remarquer ici qu'à la naissance du conflit, les parties n'ont pas tout de suite l'idée d'une procédure judiciaire. Elles ne visent que leurs prétentions respectives ; les aspects procéduraux nécessitant quelques préalables dont la juridicisation du conflit puis, la judiciarisation du litige.

substantiel à travers le jugement qui attribue le substantiel à l'une des parties ; en action, il n'en est pas moins, du moins, subtilement<sup>92</sup>, en dépit de la distinction légale du bien-fondé et de la recevabilité. Pourtant, il faut éviter de confondre l'intérêt à agir et l'intérêt juridiquement protégé qui pose un problème, non d'action, mais de fond<sup>93</sup>. Où se situe alors l'aspect procédural de la notion d'intérêt à agir ? Cette question appelle quelques distinctions.

**29. Le processuel, qu'y comprendre ?** D'abord, il faut d'ores et déjà remarquer, dans cette étude, l'usage privilégié du substantif au détriment du qualificatif qui, quant à lui, accompagne le mot droit (droit processuel) pour désigner une synthèse des grands types de procédures<sup>94</sup>. Sans être strictement perçu comme un droit, tel un ensemble de normes, il est plutôt une réflexion tirée de la comparaison des divers types de procédure.

**30.** Le processuel se présente sous le double angle des formes et des délais, tandis que le substantiel considéré dans cette étude est celui lié au fond du droit sans pour autant s'y confondre. Ainsi, une exception de procédure (telle l'exception d'incompétence), renferme à la fois l'aspect processuel avec ses caractères accessoires relativement à l'action principale et l'aspect procédural quant aux conditions pour sa recevabilité d'une part, et l'aspect substantiel relatif à son but qui est de voir rejeter la compétence du juge d'autre part, quoique différent des contestations principales au fond. Il en est de même de l'action ayant pour objet la désignation d'un expert, alors même qu'il ne s'agit pas d'une procédure tendant à la reconnaissance d'un droit à titre principal<sup>95</sup>. Ce caractère principal du fond s'observe déjà dans la classification des actions immobilières à travers la formule selon laquelle « *celui qui agit au fond n'est plus recevable à agir au possessoire* »<sup>96</sup>, laquelle exprime une sorte de stratification qui donne plus de valeur au substantiel qui, de ce fait, influence le processuel.

---

<sup>91</sup> La fin du procès et même l'exécution de la décision qui en est issue. C'est l'adjudication de la substance même du droit discuté.

<sup>92</sup> Il s'agit ici précisément des conditions dans lesquelles est examiné l'intérêt à agir du plaideur, en l'occurrence, le critère de légitimité de cet intérêt qui ne peut être examiné qu'en se référant au fond du droit discuté.

<sup>93</sup> H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Ed. Montchrestien, textes recueillis par Mr M. CAPEL, Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre, et mis en corrélation avec la loi relative à la réforme de la procédure civile et les décrets instituant de nouvelles dispositions destinées à s'intégrer dans le nouveau Code de procédure civile Paris, p. 71. Selon lui, « il faut éviter la confusion entre l'intérêt légitime à agir, seul en cause ici (à cette étape de la recevabilité), et l'intérêt légitime juridiquement protégé, qui, lui, pose un problème, non d'action, mais de fond, car il est synonyme de droit subjectif substantiel ».

<sup>94</sup> P. LABBEE, *Introduction au droit processuel*, Presse Universitaire de Lille, 1975, p. 2.

<sup>95</sup> V. Cass. 1<sup>re</sup> civ. 10 mai 2000 : D. 2001, somm. 3326, obs. GROUDEL, rendu à propos du *délai de prescription en matière d'assurances* (C. assur., art. L. 114-1).

<sup>96</sup> V. art. 1266 du Code de procédure civile français.

**31. Notion d'influence, un concept dynamique.** Du latin *influentia*, qui exprime une action exercée sur quelque chose<sup>97</sup>, le concept d'influence porte une idée dynamique par cette ascendance et autorité souvent exercées par quelque chose dans bien de situations sans y être appelé. Il en va ainsi de l'influence du substantiel sur le processuel au sein même du processus de la recevabilité de l'action.

**32. La conception retenue.** Il est retenu ici le sens substantivé même de la notion de *substantiel*, même si sa forme qualificative, telle dans l'expression « droit substantiel », sera prépondérante. En cela, il peut être confondue avec la substance même du droit et désigner ce qui constitue la matière, l'essentiel du droit dans la sanction recherchée<sup>98</sup>. La notion d'intérêt à agir peut s'analyser selon deux approches. D'abord, l'intérêt au sens substantiel n'est que le droit dont la méconnaissance est contestée de la part du demandeur ; puis, l'intérêt au sens processuel est la possibilité d'agir, conditionnée par divers caractères dont le contrôle peut varier selon la procédure<sup>99</sup>, les parties en présence et même, parfois, selon le droit poursuivi<sup>100</sup>. C'est en ce sens que certains auteurs parlent d'*intérêt processuel*. Pour une illustration, l'intérêt du recours préventif consiste dans cette nécessité de se mettre à l'abri d'une poursuite éventuelle exercée par un tiers. D'où la distinction du substantiel du processuel dans la notion d'intérêt. Si le substantiel est limité à l'intérêt lui-même et seul, celui qui « permet d'agir » au sens de possibilité d'action sur le fondement de ce substantiel « intérêt » n'est autre que le pouvoir d'accomplir les actes nécessaires en vue d'obtenir une

---

<sup>97</sup> Petit Larousse grand format illustré, 2016, V° *influence*.

<sup>98</sup> Grand Larousse illustré, Dictionnaire et encyclopédie (broché), Edition 2017, Paru le 26 octobre 2016, V° *Substantiel*.

<sup>99</sup> Il en est ainsi par exemple des fins de non-recevoir de l'article 340 du code civil français (version en vigueur en droit béninois), prévues spécialement dans la procédure de recherche de paternité naturelle. Elles ont un caractère propre et ne répondent pas à la définition générale de la fin de non-recevoir donnée par l'article 122 qui reste fixée sur les moyens d'irrecevabilité qui ne nécessitent pas le recours aux éléments de fond. On note par contre que l'article 340 sus-indiqué implique nécessairement l'examen au fond. V. G. Vial, *La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009*, Droit de la famille, 4/2009, Etude 9. Aussi M.- C. Le BOURSICOT, *L'abrogation de la fin de non-recevoir à la recherche de maternité résultant du secret de l'accouchement* : RJFP/4/2009, 8. In L. CADIET, *Code de procédure civile*, 27<sup>e</sup> éd. 2014, LexisNexis.

<sup>100</sup> V. G. BOLARD, *Notre belle action en justice*, in *De code en code*, Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, n° 11 et s. Il en est ainsi en effet de la publication des demandes relatives à des droits soumis à publicité foncière. Aussi, dans une certaine mesure A. OUATTARA, « Prolégomènes pour une épistémologie du droit en Afrique », in *Recueil d'études sur l'OHADA et les normes juridiques africaines*, PUAM, Vol. VI, p.42



décision de justice<sup>101</sup> sur le fond. Mais la confusion entre le substantiel et le processuel dans le procès est surtout portée par le critère de *légitimité* dont la notion est fuyante.

**33. Le caractère légitime de l'intérêt à agir.** D'abord prétorien, l'intérêt n'a reçu une onction légale que récemment. L'exigence de la légitimité de l'intérêt fut, au départ, l'œuvre de la jurisprudence et de la doctrine<sup>102</sup>. Certes, l'évolution jurisprudentielle ne lie pas le législateur. Mais elle pourrait permettre à ce dernier d'orienter au mieux ses réformes afin de se préserver de dispositions à polémiques inutiles ; encore que, pour ce cas précis, ces controverses ont permis de déceler les interférences négatives entre l'examen du fond du droit et celui de la recevabilité de l'action. Il semble aussi que presque autant qu'à ses vertus, le Code Napoléon doit sa magnifique vitalité à quelques heureux défauts tels que l'absence de rigueur, un langage dru par conformisme. Si ces rappels sont inutiles, elles révèlent, du moins, suggèrent la continuité de l'évolution<sup>103</sup>.

**34. L'inopportun « saut législatif » de 1972 : du sursaut aux soubresauts.** Le saut législatif de 1972 en France, suivi plus récemment des sursauts des législations d'Afrique noire francophone dont le Bénin en 2011<sup>104</sup>, à la suite des soubresauts jurisprudentiels<sup>105</sup> consécutifs aux deux retentissants arrêts de 1937 et de 1970<sup>106</sup> n'a pas eu pour effet de trouver une solution à l'influence du substantiel dans le processuel observable dans l'examen du caractère légitime de l'intérêt à agir maintenu dans la plupart des codes de procédure civile.

---

<sup>101</sup> J. V. COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, Bruxelles, 1972, Voir dans ce même sens, CHIOVENDA.

<sup>102</sup> Th. LANCRENON, « La notion d' "intérêt à agir" en déchéance des droits sur une marque », (y voir surtout la variété des critères retenus en jurisprudence pour évaluer ce caractère légitime de l'intérêt), LPA, 5 janv. 2007, pp. 4-12.

<sup>103</sup> H. MOTULSKY, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey 1948, rééd. Dalloz 2002, Présentée par A.-M. FRISON-ROCHE, p. 20, n° 17.

<sup>104</sup> Code de procédure civile français en son article 31, à la suite de l'article 3 du décret n° 72-684 du 20 juillet 1972 ; de même, le code béninois de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes en son article 33, *in limine*. La recevabilité de la demande du plaideur se trouve, à travers ces diverses dispositions, subordonnée à la justification du caractère légitime de l'intérêt à agir.

<sup>105</sup> Il s'agit de l'instabilité observée des juges du fond qui ont adopté des solutions divergentes sur le droit ou non à l'indemnisation de la concubine (Paris, 16 mai 1971 II. 16936. Note J. Vidal accordant réparation du préjudice matériel et affectif même dans une situation de concubinage adultérin ; Paris, 8 juillet 1971. Ibid, refusant réparation du préjudice affectif ; Amiens 12 février 1971, Ibidem, refusant d'accorder réparation du préjudice matériel à la concubine adultère ; Amiens, 3 juin 1971, JCP 1972. IV. 24, accordant réparation du préjudice matériel et affectif, dont le pourvoi fut rejeté par la Chambre criminelle dans un arrêt du 20 avril 1972 (JCP 1972, II. 17278, note José Vidal, RTD civ. 1972. 781, obs. Durry ;

<sup>106</sup> V. Les arrêts Métenier « Civ. 27 juillet 1937, DP 1938. I, note R. Savatier, S. 1938. I. 121, note Marty, Gaz. Pal. 1937. 2. 376 » et Dangereux « Ch. Mixte 27 février 1970, D. 1970. 201, note Combaldieu, JCP 1970. II. 16305, concl. Lindon, note Parlange ».

**35.** La recevabilité de la demande du justiciable se trouve, entre autres, subordonnée à la justification du caractère légitime de l'intérêt à agir. Mais **pourquoi le législateur n'a pas voulu suivre la Cour de cassation qui est quand-même intervenue pour mettre fin à l'instabilité jurisprudentielle ?** La condamnation est pratiquement unanime quant à la prépondérance du substantiel dans le processuel<sup>107</sup>. Toutefois requis dans l'examen au fond, le substantiel doit pouvoir être évité et non invité dans le processuel qui est, quant à lui, requis dans l'examen de la recevabilité. Cette notion de légitimité nécessite un coup de lumière pour en éclairer le contenu.

**36. « L'intérêt légitime », un concept à repenser ?** Un concept d'interprétation délicate et dont la signification en jurisprudence a évolué<sup>108</sup>. Au fond, le concept d'intérêt légitime doit être repensé. L'on ne saurait parler d'intérêt légitime comme cela se fait habituellement, la symbiose entre les deux mots n'étant pas une évidence, du moins dans la conception procédurale de l'expression. La lutte pour le droit de JHERING en est révélatrice. Celui à qui l'intérêt dit légitime est opposé en dispose-t-il moins ? Il n'y a, nous semble-t-il, que le déséquilibre des intérêts qui soit créateur de procès. Autrement, la notion de *l'intérêt le plus légitime* récemment introduite par la jurisprudence n'aurait pas de sens<sup>109</sup>. Pourtant, pratiquement absent dans l'ancien Code français de procédure civile de 1806<sup>110</sup>, la légitimité de l'intérêt est consacrée par le Code en vigueur depuis décembre 1975.

---

<sup>107</sup> S. Guinchard, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile, droit interne et droit communautaire*, 29<sup>e</sup> éd., Dalloz 2008, p. 155, n° 126 ; L. Cadiet, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Thémis, PUF, 2010, p. 330, n° 82 ; E. Jeuland, *droit processuel général*, 2<sup>e</sup> éd. Montchrestien, Lextenso, 2012, p. 301, n° 310 ; J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Domat, droit privé, 6<sup>e</sup> éd. Montchrestien, Lextenso, Paris, 2015, pp. 72-73, n° 67-68. Ces derniers qualifient cette considération d'erreur de perspective et concluent que la légitimité de l'intérêt à agir n'est jamais que l'expression d'une qualité à agir, l'existence de celle-ci fait que celui-là est considéré comme légitime.

<sup>108</sup> J. FLOU, J.-J. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. Le fait juridique*, Sirey, 12<sup>e</sup> éd. 2007, n° 144 et s.

<sup>109</sup> Paris, 5 nov. 2008 : D. 2009. 470, note Bigot. « Cette nouvelle considération jurisprudentielle aurait pour fonction de rechercher l'équilibre de deux intérêts en présence et revêtant une identique valeur (droit à l'image et la liberté d'expression par exemple). Ce fut ainsi le cas dans la protection des droits d'autrui et la liberté d'expression artistique. La jurisprudence privilégie une solution protectrice de l'intérêt le plus légitime. Selon cet arrêt, le droit à l'image doit céder devant la liberté d'expression chaque fois que l'exercice du premier aurait pour effet de faire arbitrairement obstacle à la liberté de recevoir ou de communiquer des idées qui s'expriment spécialement dans le travail d'un artiste, sauf dans le cas d'une publication contraire à la dignité de la personne ou revêtant pour elle des conséquences d'une particulière gravité. » Cette recherche d'équilibre n'est pas ainsi facile pour le juge qui paraît très flexible et prudent à travers cette solution.

<sup>110</sup> Ancien Code de procédure civile, Edition originale et seule officielle, Paris, Impériale, Signé Napoléon les 24 et 27 avril, 1<sup>er</sup>, 2, 8 et 9 mai 1806. En effet, dans ce Code, la notion de légitimité est absente et n'existe que relativement au serment ordonné par les jugements « art. 121 », aux cas d'empêchement de la partie dans l'interrogatoire sur Faits et Articles « art. 328 et 332 » pour la notion de légitimité, sans pour autant être lié à la notion d'intérêt.

**37. La légitimité dans la force de la légalité.** Le terme légitime est un adjectif issu du latin *legitimus* qui signifie établi par la loi, conforme à la règle de droit<sup>111</sup>. Ce sens n'est pas loin de celui qu'en donne la philosophie politique qui n'est rien d'autre que ce qui a la légitimité, du moins, la confiance populaire. C'est dans ce sens que ROUSSEAU affirmait que « tout gouvernement légitime est républicain »<sup>112</sup> et pour le choix de ce gouvernement, le peuple doit être légitimement convoqué par la loi sans qu'il soit besoin d'aucune convocation formelle... ; Car, l'ordre même de s'assembler doit émaner de la loi. Et c'est à ce titre que le dictionnaire de la langue française définit la légitimité comme *qualité de ce qui est fondé en droit...*<sup>113</sup> Mais l'on peut se demander s'il y a légitimité dans le respect des lois du moment où la voix du plus grand nombre oblige toujours tous les autres. Autrement dit, comment les opposants dans un pays sont-ils libres et soumis à des lois auxquelles ils n'ont pas souscrit ? La légalité n'est pas totalitaire. Elle n'est donc pas la seule qui détermine l'action des sujets de droit, car la normativité juridique n'a qu'une part explicite mais pas toujours la principale à la détermination des comportements des acteurs sociaux. En général, ces comportements doivent être conformes à la légalité, mais dans leurs principes et leurs modalités, ils obéissent aussi à d'autres déterminismes<sup>114</sup>. A cet égard, M. DJOGBENOU conclut avec M. MACK, qu' « au point de vue abstrait, elle [la détention préventive] n'est pas légitime puisqu'elle est appliquée aussi bien à des innocents ou à des personnes qui seront jugées comme telles, qu'à des coupables qui seront justement condamnés. Elle est donc une atteinte au droit, elle est un mal, entre autres raisons parce qu'elle est une injustice »<sup>115</sup>, alors même que la détention préventive est bien prévue par le législateur. D'où l'insuffisance de la source légale de la légitimité pour être comblée par la source conventionnelle.

---

<sup>111</sup> G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, Paris, nov. 2009, V° légitime.

<sup>112</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Op. cit.* p. 78. « Est en effet une République, tout Etat régi par des lois sous quelque forme d'administration que ce puisse être : car alors seulement l'intérêt public gouverne et la chose publique est quelque chose. ». De même, il ajoute : « j'appelle donc gouvernement ou suprême administration l'exercice légitime de la puissance exécutive... ».

<sup>113</sup> Grand Larousse illustré, Dictionnaire et encyclopédie (broché), Edition 2017, Paru le 26 octobre 2016, V° légitimité *in limine*

<sup>114</sup> Y. GAUDEMET, *La Légalité des délits et des peines*, Sources du droit, In Dictionnaire de la culture juridique, Denis ALLAND et Stéphane RIALS (Dir.), Quadrige, Lamy PUF, Paris, novembre 2010, pp. 217-220. Voir aussi Ch. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de la légalité*, EDCF, p. 25 ; S. VELLE, *les origines du principe de légalité en droit public français*, Thèse, Paris, 1998, p. 45 ; D. LOSCHAK, *Le principe de légalité, mythes et de mystification*, AJDA, 1981, p. 387 ; J. CHEVALLIER, *La dimension symbolique du principe de légalité*, RDP, 1990, 1651.

<sup>115</sup> J. DJOGBENOU, *Les privations de la liberté individuelle de mouvement non consécutives à une décision pénale de condamnation*, Thèse, Université d'Abomey-Calavi, 2007, p. 98, n° 235. V. aussi MONSEIGNAT, *rapporteur du code pénal*, cité par A. DECOURTEIX, in *La liberté individuelle et le droit d'arrestation*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Paris, 1879, pp. 80-81.

**38. La légitimité dans l'accord de volonté.** Selon cette considération, est légitime l'acte de source conventionnelle. De ce fait, si tous les citoyens s'assemblaient pour rompre ce pacte d'un commun accord, on ne peut douter qu'il ne fût très légitimement rompu. Cette conception est voisine de celle de l'adhésion populaire spécifique à la politique<sup>116</sup>, notamment en matière électorale, donc écartée de la présente étude. Seule une convention librement consentie peut fonder une société légitime. La raison d'être de cette conception est toute simple. Puisque aucun homme n'a une autorité naturelle sur son semblable et puisque la force ne produit aucun droit, restent donc les conventions pour base de toute autorité légitime parmi les hommes. Dans le Code français de procédure civile, elle a fait l'objet d'une attention particulière à travers les dispositions de l'article 31 qui dispose : « *L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention...* ».

## II- L'INTERET DE L'ETUDE

**39.** Si la *qualité* pour agir est une condition intermittente et subsidiaire de recevabilité de l'action, l'*intérêt* à agir, quant à lui, en est une exigence à la fois principale<sup>117</sup>, nécessaire<sup>118</sup> et surtout permanente<sup>119</sup>. L'intérêt à agir est considéré comme la première condition exigée<sup>120</sup> pour qu'un recours judiciaire soit ouvert, comme le révèlent d'antiques adages « *pas d'intérêt pas d'action* » ou encore « *l'intérêt est la mesure de l'action* », longtemps érigés en principes.

**40. Un objet sous-jacent.** Au-delà de la si grande importance accordée à l'*intérêt à agir*, sa place au sein de la procédure est source de difficultés procédurales du fait des caractères requis pour son existence au profit du justiciable qui prétendrait en être titulaire. En effet, au stade de la recevabilité de l'action, il est légalement requis le caractère légitime de l'intérêt à agir. Or, l'examen de la légitimité de l'intérêt à agir appelle des éléments d'appréciation du droit substantiel que l'action tend à faire établir. Ainsi, l'existence ou non du droit substantiel déductible tend à être prouvée avant et en dehors de l'espace procédural réservé pour l'étude

---

<sup>116</sup> V. par exemple, F. J. AÏVO, *Le président de la république en Afrique noire francophone : Essai sur les évolutions institutionnelles de la fonction au Bénin, au Cameroun, au Gabon et au Togo*, Thèse Université Jean Moulin Lyon III (France) et Université d'Abomey-Calavi (Bénin), Lyon 2006, p. 47, 49, 71

<sup>117</sup> J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5<sup>e</sup> éd. Montchrestien, Lextenso, Paris, 2012, p. 72, n° 62 *in limine*.

<sup>118</sup> L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, p. 266, n° 356 *in fine*.

<sup>119</sup> C. TAHRI, *Procédure civile*, Bréal, 2<sup>e</sup> éd., 2009, p. 90.

<sup>120</sup> J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, *La justice et ses institutions*, 4<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris, 1996, p. 618, n° 781.

du bien-fondé du droit discuté. Cette présence précoce et subtile du droit substantiel à ce stade peut sembler inopportune et pourrait avoir pour effet de graves atteintes tant aux droits des justiciables qu'à l'agencement procédural des étapes du processus d'adjudication judiciaire des droits. C'est dans le but de rechercher une approche de solution à cet imbroglio entre deux phases du procès normalement distincts que le sujet de la présente étude est intitulé : **“Le substantiel dans l'appréciation du droit d'agir”**.

**41. Intérêt scientifique.** Traiter du droit substantiel dans l'appréciation procédurale du droit d'agir présente un double intérêt. Au plan théorique, elle contribuera à l'amélioration du respect de la logique dans l'agencement des étapes du procès. Aussi, faut-il partir de ce que déplore la plupart des auteurs à ce sujet pour constater que cette étude contribuera à la distinction des éléments processuels de ceux substantiels afin de limiter les confusions.

**42.** Elle permettra, au plan pratique, de disposer des instruments au travers de l'art de se servir des moules créés et établis par le législateur afin d'opérer des mutations judicieuses du conflit au litige, du litige au procès et du procès à la paix sociale, en même temps qu'elle gagnera dans la meilleure satisfaction du justiciable et l'apaisement des débats de doctrine en cette matière, quoique les discussions scientifiques soient les meilleurs vecteurs de l'évolution du droit.

**43.** Cela faisant, c'est d'abord la trilogie défendue par *MOTULSKY* qui retrouverait toute sa plénitude au sein du procès. C'est ensuite l'enseignement de la matière qui se ferait avec plus de facilité dans la distinction des différentes étapes du procès. C'est enfin, le plaideur qui s'en trouverait moins confus dans les procédures qui constituaient déjà pour lui un labyrinthe redouté.

### **III- L'HYPOTHESE DE RECHERCHE**

**44. Une situation à caractère historique.** A travers cette étude, il paraît justifié que le problème de confusion entre le substantiel et le processuel pourrait être évité autrement que par les solutions apportées par la doctrine, quoique ces solutions soient non moins pertinentes, mais jusque-là d'efficacité limitée.

**45.** Il pourrait être révélé ici que si cette difficulté s'observe aujourd'hui, son existence trouve sa racine dans les origines romaines, voire dans les procédures de l'Afrique ancienne

précoloniale. La situation ayant perpétué jusque dans les textes légaux actuels, il s'imposerait une légère réforme législative pour y remédier.

**46.** La présente réflexion sera dès lors conduite à proposer un processus à deux mécanismes cumulatifs : la technique de *détachement* de l'examen de la légitimité de l'intérêt à agir par son abandon à ce stade de la recevabilité de la demande du plaideur. Mais, compte tenu de l'importance que revêt le caractère légitime de tout droit, il n'a pas semblé bienséant de l'abandonner comme l'ont suggéré nombre d'auteurs. C'est là que s'est imposée un second mécanisme, celui d'opérer son *rattachement* à l'examen du bien-fondé du droit en discussion. Cet espace d'examen au fond semble être son cadre naturel dans la manifestation de la vérité juridique et judiciaire.

**47. Quelques difficultés surmontées.** - D'abord, les recherches entreprises ont fait découvrir l'existence de plusieurs solutions proposées par de multiples œuvres d'éminents chercheurs. Ceci témoigne, à première vue, de l'existence d'un terrain de recherche assez déblayé pour en faciliter l'orientation. Il n'en est rien. Ce fut plutôt un espace dédié à la "sécheresse" pour d'autres possibilités d'orientation, la plume d'éminents maîtres ayant par leur passage épuisé pratiquement toutes les approches de solutions possibles.

**48.** Ensuite, la comparaison que devrait susciter l'étude entre le droit français (et européen à travers la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et celle de la Cour de Justice de l'Union Européenne) et le droit béninois (et africain dans une certaine mesure) a été quelque peu émoussée par la forte ressemblance des dispositions légales relatives à la préoccupation soulevée par le sujet, les deux Droits baignant pratiquement dans le même système dit de droit romano-germanique. Ces ressemblances ont toujours existé eu égard au caractère de plus en plus universel de la logique juridique déjà révélé par DUNDAS dans son article publié dans le « *Journal of Royal Anthropologica Institute*<sup>121</sup> ». Seuls quelques éléments de disparité relative aux textes et à la pratique judiciaire ont permis de procéder à des analyses comparatives plus ou moins pertinentes.

**49.** Enfin, le langage historique du droit romain ne nous a pas paru très accessible en ce qui concerne l'origine historique du problème posé, les expressions les plus importantes pour

---

<sup>121</sup> C. DUNDAS, Native laws of some Bantu Tribes of East Africa (les lois indigènes de certaines Tribus Bantous de l'Afrique orientale, in *Journal of Royal Anthropological Institute*, Vol. 51, 1921, pp. 217-278.

l'objet du débat étant latines ou grecques. Néanmoins, nous y sommes parvenus à travers une trajectoire qui ne manque pas de justification.

**50.** Il y a, nous semble-t-il, un « déni ‘sournois’ de justice » dans l'examen de la recevabilité de la demande sous prétexte d'un prétendu filtre qui aurait pour seul but d'éviter l'encombrement du rôle des juridictions. L'exigence au seuil du procès du caractère légitime de l'intérêt à agir est porteuse d'une confusion entre le processuel et le substantiel. Les moyens de fond se confondent facilement avec ceux de la recevabilité dans la chaîne processuelle. Au fond, le justiciable ne semble pas jouir pleinement de ses prérogatives en matière d'accès à la justice où la logique voudrait qu'il faut bien être reçu avant de bénéficier du droit d'être entendu sur le fond de sa prétention. Voilà qu'il s'agit d'une exigence légale. Dans notre système aussi légaliste, que privilégier entre la logique procédurale et la légalité processuelle ?

**51. Un problème aux effets non négligeables.** Il y a lieu de constater que cette prépondérance du fond à cette étape est souvent cause de difficultés sur fond de redondance, tant pour le plaideur que pour la pratique procédurale. Aussi, l'exigence du caractère légitime suscite-t-il le plus de controverses et obscurcit par là même la notion d'action en justice<sup>122</sup>.

**52.** En effet, la manifestation de la vérité judiciaire par le biais des moyens de preuve intervient lors des défenses au fond. Les mêmes éléments du droit objet de conflit, intervenus lors de la recevabilité pour justifier la légitimité de l'intérêt à agir serviront inéluctablement de moyens de preuve lors de l'examen du bien-fondé.

**53.** Au plan processuel, c'est la *trilogie des moyens de défense* qui est souvent écorchée. Si les simples questions d'acte de procédure se règlent par des exceptions de procédure, l'existence du droit d'agir se règle par les fins de non-recevoir et les difficultés liées au fond du droit (le droit substantiel), sont traitées au cours des défenses au fond. *Constitue une défense au fond, tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire.* Or les difficultés liées à la légitimité de l'intérêt à agir, bien que constituant une fin de non-recevoir, ne peuvent s'examiner sans aller au fond du droit. D'où l'étude du **substantiel dans l'appréciation du droit d'agir**, sujet de cette étude.

---

<sup>122</sup> S. MELIS-MAAS, *Pour un renouvellement de la notion d'action en justice*, Thèse, Université de Metz, 2004, p. 37.

**54. État de la question.** - « *Quand Magellan découvrit le Déroit, il y avait des « enfants » qui s’y baignaient déjà* ». D’abord, dans une vision « *légicentriste* », le problème a été, nous semble-t-il, abordé par le *bout supérieur*, dans l’option prise pour la recherche d’une nouvelle définition au concept d’« *intérêt légitime* ». La condition étant prévue par la législation, il n’y aurait plus qu’à s’en contenter. Plus préoccupant est la recherche d’une définition donnant un sens différent de celle qu’on lui connaît ordinairement<sup>123</sup>. C’est en cela que l’ampleur de la règle de légitimité doit obliger les juges de la Cour de cassation à en définir exactement le sens et la portée, ce qui n’est pas sans risque<sup>124</sup>. En la ramenant à sa *véritable signification*, ils en feraient un instrument plus solide, qui leur permettrait d’exercer utilement et dans de sages limites la police des actions en justice : le fameux filtrage<sup>125</sup>. M. MONTCHO-AGBASSA voit dans l’encombrement du rôle le point faible de l’institution judiciaire<sup>126</sup>.

**55.** La doctrine n’était pas épargnée par la tendance à la redéfinition. C’est ainsi que serait légitime l’intérêt *sérieux*<sup>127</sup>. Mme BANDRAC y incluait même d’autres caractéristiques qui n’ont rien à voir avec la notion de légitimité de l’intérêt lorsque l’auteur y voit l’intérêt suffisant, direct et pertinent<sup>128</sup>. Un intérêt légitime impliquerait une situation digne d’être prise en considération, mais en outre, digne d’être protégée<sup>129</sup>. La légitimité prendrait, pour d’autres, le sens de *positif et concret*<sup>130</sup>. D’autres encore font des propositions qui côtoient pour la plupart des considérations d’ordre éthique, telles que les bonnes mœurs<sup>131</sup>, la

---

<sup>123</sup> G. WIEDERKEHR, « La légitimité de l’intérêt pour agir », in Mélanges en l’honneur de Serge GUINCHARD, *Justice et droit du procès, du légalisme procédural à l’humanisme processuel*, Dalloz, 2010, pp. 877- 883, Spéc. 879. « s’il paraît évident qu’on ne peut accepter une notion reposant sur une telle confusion, il est non moins évident que l’exigence d’un intérêt légitime est posée par un texte qui appartient au droit positif. *Il ne reste donc plus qu’à imaginer de lui prêter un sens différent de celui qui est le sien, à seule fin d’é luder la confusion* ».

<sup>124</sup> V. à ce propos, G. CORNU et J. FOYER précisent que « le danger de définir la notion est de la compliquer ou de remplacer une notion courante que tout le monde comprend, ne serait-ce que par intuition, par une notion savante et inutile », *procédure civile*, Paris, Thémis, Droit privé, PUF, 1996, p. 344, n° 80.

<sup>125</sup> H. MAZEAUD, *La lésion d’un intérêt légitime juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile*, D.1954, Chron. V. III, p.44, col.2

<sup>126</sup> E. C.MONTCHO-AGBASSA, Contribution à l’étude d’une notion à contenu variable : le délai raisonnable en droit privé, Thèse Université d’Abomey-Calavi, 2009, p. 41, n° 37.

<sup>127</sup> P. JULIEN et N. FRICERO, *Droit judiciaire privé*, 2<sup>e</sup> éd. LGDJ, Coll. « Manuel », n° 72 ; G. COUCHEZ, *Procédure civile*, 15<sup>e</sup> éd. Sirey, Coll. « Sirey U », 2008, n° 235 ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd. Paris, 2013, p. 271, n° 365 ; Y. STRICKLER, *Procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd. Paradigme, n° 172.

<sup>128</sup> M. BANDRAC, *Droit processuel*, 3<sup>e</sup> éd. Dalloz, Coll. « Précis », n° 690.

<sup>129</sup> S. MELIS-MAAS, *Pour un renouvellement de la notion d’action en justice*, Thèse, op. cit., p. 42.

<sup>130</sup> C. ROBIN, *Droit judiciaire privé*, Dina Sup. Droit, n° 46.

<sup>131</sup> G. BANDJOUYA, *La procédure civile*, PUG, Coll. « Le droit en plus », p. 19



morale<sup>132</sup>, l'ordre public<sup>133</sup>, et, au-delà de la moralité, l'opportunité<sup>134</sup>. Nombre d'auteurs restent favorables à la moralisation de l'accès au prétoire et le commentaire de Mme VINEY dans sa note sous la décision de la deuxième chambre civile prononcée le 27 mai 1999 en est un exemple<sup>135</sup>. Dans le même temps, cette option n'est pas exclusive de toute autre tendance à la juridicité. Dans cette perspective, M. GUINCHARD et Mme FERRAND proposent qu'il soit donné à cette expression une autre portée, une portée plus juridique que morale<sup>136</sup>.

**56. Inflexion.** Mais, si les législateurs béninois et français ont exigé ce caractère légitime de l'intérêt à agir, au travers des articles 33 CPCCSAC du Bénin d'une part et 31 CPC français d'autre part, ce n'est certainement pas en attendant que la doctrine lui en donne un contenu plus tard ou que chaque juge lui attribue un sens selon les espèces. M. WIEDERKEHR avait tenté d'esquiver le problème en le positionnant plutôt sur le caractère « *juridiquement protégé* » de l'intérêt qui, seul porterait, les germes de la confusion. Ainsi penser, l'article 31 qui ne l'a pas repris aurait-il alors évité le piège. Pourtant, la situation reste une préoccupation encore d'actualité.

**57.** Ensuite, les logiques (les tenants de la logique procédurale) optent souvent pour l'abandon pur et simple du contrôle de la légitimité de l'intérêt à agir<sup>137</sup>. Mais là encore, peut-on douter de la légitimité du principe selon lequel l'action n'est pas ouverte à celui qui prétend la fonder

---

<sup>132</sup> E. JEULAND, *Droit processuel général*, Montchrestien, Lextenso édition, 2<sup>e</sup> éd. Domat droit privé, Paris 2012, p. 301. Cette approche classique aurait pour conséquence la moralisation de l'accès au prétoire : c'est le point de vue de S. AMRANI MEKKI, « le droit processuel de la responsabilité civile », in Mélange G. VINEY, LGDJ, 2008, p. 1 et s., spéc. n° 22.

<sup>133</sup> P. JULIEN et N. FRICERO, *Op. cit.*, n° 72 ; M. BANDRAC, *Op. cit.*, n° 685.

<sup>134</sup> G. BANDJOUYA, *La procédure civile*, *Op. cit.*, p. 19 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, *Op. cit.*, p. 301 ; M. BANDRAC, *Op. cit.*, p. 686.

<sup>135</sup> G. VINEY, note sous Civ. 2, 27 mai 1999 ; JCP 2000, I, 197, spéc. n° 5. V. aussi RTD civ. 1999, 637, Jourdain ; L. RACHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, Préf. de L. CADIET, IRJS, 2010 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013, spéc., n° 271, p. 101. Pour ces derniers, la notion d'intérêt légitime est parfois utilisée pour limiter le domaine du droit à réparation en opposant une fin de non-recevoir à certaines victimes dont l'indemnisation apparaît indésirable. Une manière de fustiger la situation en ce qu'elle conduit à la condition imposée par l'article 31, CPC et l'article 33, CPCCSAC et qui « *relève exclusivement du droit substantiel et non de la procédure* » ; question de réparation de préjudice, d'avantages, de reconnaissance de droits divers, de filiation légitime, mais pas du domaine du droit d'agir.

<sup>136</sup> S. GUINCHARD et F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, *op.cit.* p. 157.

<sup>137</sup> J.HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé, Montchrestien, Lextenso édition, 5<sup>e</sup> éd. Paris, 2012, p. 73, n° 68 in limine.* « Il faut d'abord éliminer la condition tirée de la légitimité de l'intérêt, bien que ce caractère soit cité par l'article 31 du Code de procédure civile » ; V. S. GUINCHARD, *Procédure civile, Op. cit.* p. 156,

sur un intérêt illégitime<sup>138</sup> ? C'est alors sans doute pour cette préoccupation que certains ont, au lieu de l'abandon pur et simple, proposé son exclusion des conditions d'existence de l'action en justice pour le déplacer vers les demandes<sup>139</sup>.

**58.** Enfin, la Cour de cassation française est intervenue un certain nombre de fois sur la question pour limiter la portée de l'article 31 CPC à travers plusieurs arrêts<sup>140</sup>. C'est ainsi que la Cour avait affirmé qu'une association ne peut être déclarée irrecevable dans son action tendant à l'interdiction de la vente d'un livre, s'il résulte de ses statuts qu'elle a un intérêt légitime à agir contre une publication qui, selon elle, porte atteinte aux sentiments religieux de ses membres qu'elle s'est donnée pour objet de protéger<sup>141</sup>. Dans un autre arrêt, cette fois-ci en matière commerciale, la haute juridiction déclare que l'associé qui a émis un vote favorable à la résolution proposée n'est pas, de ce fait, dépourvu d'intérêt à en poursuivre l'annulation<sup>142</sup>. Mais à voir la persistance de la préoccupation, le légalisme semble dominer les esprits au point où le précédent jurisprudentiel n'a pu taire le débat.

**59. Un débat persistant.-** Le débat a existé<sup>143</sup> et continue de susciter des réactions<sup>144</sup> sans pour autant aboutir à une solution définitive<sup>145</sup>. Cette confusion qui s'observe entre le

---

<sup>138</sup> G. WIEDERKEHR, *La légitimité de l'intérêt pour agir*, in Mél. S. GUINCHARD, Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Dalloz, Paris 2010, pp. 877- 883, spéc. P. 877 *in limine*.

<sup>139</sup> S. MELIS-MAAS, *Pour un renouvellement de la notion d'action en justice*, Thèse, op. cit. p. 49.

<sup>140</sup> Dans un arrêt, la Cour a reconnu le droit à toute personne justifiant d'un intérêt à agir de demander la nullité d'un syndicat dont l'objet était jugé illicite ou contraire au principe de non-discrimination. Du coup, la légitimité de l'intérêt ne semble plus une exigence incontournable.

<sup>141</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 nov. 2000, *Bull. civ. I*, n° 187. Aussi, dans une affaire relative à la diffamation, la haute juridiction énonce que l'intérêt à agir n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action et que par suite, en déclarant irrecevable l'action du demandeur au motif que celui-ci ne l'a pas la fondée sur un intérêt légitime juridiquement protégé, la Cour d'appel a violé l'article 31, CPC (V. Civ. 2<sup>e</sup> 13 janvier 2005, n° 03-13 531, *Gaz. Pal.* 7 janvier 2016, Note Guerder.

<sup>142</sup> V. Com. 13 novembre 2003, *Bull. Civ. IV*, n° 171.

<sup>143</sup> C.I.J., *Rec. Des arrêts*, p. 131 – 132, Affaire Cameroun septentrional, opinion individuelle du juge MORELLI qui a soutenu que l'intérêt à agir n'est pas que substantiel concernant le fond même du litige ; mais a aussi un caractère purement procédural. Par contre, dans sa thèse intitulée « L'intervention devant les juridictions internationales » soutenue en 1968, Le Professeur I. DIAITE affirme que l'intérêt est plus que cela, en Droit interne qu'en Droit internationale. Selon lui, c'est bien l'intérêt substantiel concernant le fond même du litige, l'intérêt que le différend met précisément en cause, ou sur lequel il porte et dont la décision judiciaire a pour objet de confirmer ou bien d'infirmer l'existence ou qu'elle doit éventuellement protéger. Pour aller plus loin, il soutient l'existence de différend sans qu'aucun intérêt ne soit réellement en cause.

<sup>144</sup> G. BOLARD, *Notre belle action*, in Mél. G. WIEDERKEHR, *De code en code*, Dalloz 2009, pp. 17-25, (spécif. p. 19) ; P. LABBEE, *Introduction au droit processuel*, Presse Universitaire de Lille (PUL), 1995, p. 43 ; G. WICKER, *La légitimité de l'intérêt à agir*, in Mél. *En l'honneur d'Yves serra*, Etude sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Dalloz, 2006, pp. 455-482 (spéci. 456-457) ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Domat droit public, 11<sup>e</sup> éd., Montchrestien, LGDJ, Paris 2005, p. 445 ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis, Droit privé, PUF, Paris, 1996, p. 312 ; L. RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, Thèse IRJS, Préf. Loïc CADIET, éd. 2010, p. 61 et

substantiel et le processuel se trouve cristallisée par certaines considérations légales connues tant en droit béninois<sup>146</sup> que français<sup>147</sup>. L'action devrait pourtant être recevable avant que son examen au fond ne soit envisagé<sup>148</sup>. On peut trouver plusieurs justifications aux préoccupations ainsi soulevées.

**60. Des raisons qui peinent à convaincre.** Si les droits de l'homme sont des principes généraux universellement reconnus, les prétentions juridiques issues de droits subjectifs, quant à elles, sont des prérogatives précises dont la mise en œuvre à travers l'action en justice est assez technique et, dès lors, nécessitent des conditions pour être admises. Ce rôle de filtre permettrait donc de limiter l'encombrement des tribunaux favorisé par une sorte d'instinct processif<sup>149</sup>. Où se trouve alors l'objectivité, dans de telles conditions, si ce n'est que pour un but d'allègement de la charge du magistrat. De cette considération, résultent pour la jouissance du droit, les plus pernicieuses menaces, en dépit de son caractère sournois.

**61.** Une menace d'abord substantielle du fait de la précocité dans l'évocation du droit en jeu qui se trouve très tôt refusé au justiciable. Menace ensuite procédurale parce que sous l'écume de la recevabilité, c'est plutôt le fond même du droit qui est examiné. Menace enfin dans les considérations des textes relatifs aux systèmes de droit constituant le champ de cette étude. En

---

s. ; L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Thémis droit, PUF, 1<sup>re</sup> éd. 2010, p. 330, n° 82 ; G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Préf. de Natalie FRICERO et Raymond MARTIN, LGDJ, Bruylant, Bruxelles 2002, p. XIII ; B. ROLLAND, *Procédure civile*, Studyrama, Panorama du droit, 2<sup>e</sup> éd. 2007, p. 65 ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd. , 2013, pp. 6 et 271, N<sup>os</sup> 9, 363 et 364 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd. 2012, p. 301, n° 310 ; J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd. 2012, p. 73, n° 68 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile*, 29<sup>e</sup> éd. Dalloz 2008, pp. 152 et s.

<sup>145</sup> Si la plupart des auteurs processualistes continuent de l'évoquer, il faut constater une sorte de résignation par rapport à cette difficulté. V. par exemple G. CORNU et J. FOOYER, *Op. cit.* p. 339 où il est juste évoqué qu'« à la vérité, le caractère juridique et légitime paraît s'appliquer d'avantage à la prétention qu'à l'intérêt et que c'est à propos des conditions objectives qu'il a été évoqué. ». De même, G. WICKER, *Op. cit.* p. 457 où il évoque juste le rejet pur et simple du caractère légitime de l'intérêt à agir de la part de la majorité de la doctrine.

<sup>146</sup> L'article 33 du Code béninois de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes issus de la loi n° 2008-07 du 28 février 2011 dispose : « L'action n'est recevable que si le demandeur : - justifie d'un intérêt légitime, direct et personnel juridiquement protégé ... ».

<sup>147</sup> L'article 31 du Code de procédure civile français prévoit que « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, ... ».

<sup>148</sup> V., par exemple, Civ. 2, 18 octobre 2007 « Attendu que, pour déclarer irrecevables ses demandes, faute d'intérêt à agir, l'arrêt relève que M. X... ne justifie pas de son droit de propriété sur l'engin litigieux et ne peut mettre en cause la responsabilité de M. Y... et la société ; Qu'en statuant ainsi, alors que l'existence du droit invoqué par le demandeur n'est pas une condition de recevabilité de son action mais de son succès, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen : casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 11 juillet 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Reims

<sup>149</sup> Ch. DEBBASCH et J.-Cl. RICCI, *Contentieux administratif*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2008, n° 289.

effet, l'instinct processif n'est pas aussi universel. Il est très faible dans les cultures africaines. Ces raisons évoquées par certains auteurs ne semblent donc pas à même d'apaiser le mal auquel est soumis le justiciable. Ne serait-il pas mieux de rechercher les racines du mal ?

**62. PLAN DE L'ETUDE.-** Au fond, il est admis, par la plupart des auteurs, que dans le cadre de l'examen du droit d'agir, l'intérêt à agir est la condition de l'action selon laquelle le justiciable est à même de tirer un avantage du procès. Mais cette connotation substantielle accentuée par l'exigence controversée de la légitimité de l'intérêt à agir est de nature à contrarier, au nom de la légalité<sup>150</sup>, la logique d'une chronologie de la technique procédurale.

**63. Un constat révélé.** On pourrait rechercher la source du mal, aussi bien dans l'histoire du droit romain et du droit coutumier africain, qu'au sein du droit processuel béninois et français dans leur état actuel respectif. Ceci pourrait se faire dans une approche à la fois chronologique et démonstrative. Il procèdera d'un constat, celui de *l'influence du droit substantiel dans l'appréciation du droit d'agir (première partie)*. Cette influence qui pourra être révélée est tout aussi justifiée. La méconnaissance de cette justification attise un débat quelque peu maladroit autour de la préoccupation. Cette première approche permet, entre autre, de justifier une fois encore des rapprochements entre les anciennes procédures et les nouvelles, tant en occident que dans les pays de l'hémisphère Sud en général et d'Afrique noire en particulier, avec leurs insuffisances séculaires de part et d'autre. En effet, le débat existait longtemps avant l'avènement du Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes (CPCCSAC) entré en vigueur le 29 février 2012 en République du Bénin. Mais le législateur béninois avait cette possibilité d'éviter les dispositions qui en portent les germes dans le Code de procédure civile français (CPC) en vigueur depuis 1975<sup>151</sup>. Mieux, déjà en 1970, l'arrêt Dangereux, à la satisfaction générale, avait renversé la jurisprudence en cours depuis 1937 et était censé orienter la future législation deux ans plus tard, mais en vain. Le droit est ainsi écrit, il faut l'appliquer ; mais faut-il en rester là ? De plus, le caractère légitime de l'intérêt paraît très important pour la satisfaction du droit prétendu en justice. On peut relever à ce propos que l'influence du droit substantiel dans l'appréciation procédurale du droit d'agir n'a fait qu'empirer la situation.

---

<sup>150</sup> Art. 33 al. 1<sup>er</sup> et 2 du CPCCSAC et art. 31 du CPC

<sup>151</sup> Il s'agit du Nouveau Code de procédure civile, institué par le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, devenu le « Code de procédure civile » par l'effet de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 (art. 26, III ; JO 21 déc. p. 20643 (V. L. CADIET, Code de procédure civile, commenté et annoté, LexisNexis, 2014, p. 1).

**64. Un remède proposé.** Pour contrer cette influence, certains auteurs proposent l'abandon pur et simple de la légitimité de l'intérêt à agir comme critère du droit d'agir à cette étape de la recevabilité. Cette option semblerait même déjà en application chez certains juges qui n'en tiendraient plus rigueur lors de l'examen de la recevabilité de l'action. Il y a ainsi une inconstance gênante que nous pensons comme étant le vrai combat à mener avec toute la patience scientifique nécessaire afin de purger les aspects procéduraux de tout encombrement inopportun du substantiel pour une adjudication plus saine du droit en discussion : *il s'agit là d'un processus de limitation de la substance du droit dans l'appréciation du droit d'agir (deuxième partie)*. Cette seconde manche de l'étude est abordée dans une approche critique qui a permis d'identifier les aménagements qui pourraient être faits au plan législatif tant en droit français qu'en droit béninois pour limiter de façon substantielle la confusion entre la recevabilité de l'action et l'examen du bien-fondé du droit discuté, apaiser la tension des débats autour de la question et limiter les risques d'obstacle à la jouissance effective du droit.

## PREMIERE PARTIE : L'INFLUENCE DU SUBSTANTIEL DANS L'APPRECIATION PROCEDURALE DU DROIT D'AGIR

---

*« Il faut réduire le coût et la durée du procès  
pour favoriser l'accès à la justice, pallier  
l'actuelle désaffection des justiciables envers la  
justice et rendre à la sanction judiciaire toute  
son efficacité<sup>152</sup> »,*

**Une proposition insuffisante ?**

---

<sup>152</sup> Conférence de La Haye de droit international privé, « *Justice and efficiency* », Rapport de la huitième conférence sur le droit procédural tenue à la Haye et publié aux éditions de W. WEDEKING KLUWER en 1989.

**65. De la sécurité juridique en jeu.** Dans le rapport intitulé « *Justice and efficiency* » de la huitième conférence sur le droit procédural tenue à la Haye et publié aux éditions W. WEDEKING KLUWER en 1989, on peut lire : « *Il faut réduire le coût et la durée du procès pour favoriser l'accès à la justice, pallier l'actuelle désaffection des justiciables envers la justice et rendre à la sanction judiciaire toute son efficacité* ». Cette solution souffre d'une insuffisance qu'il y a lieu d'exposer très rapidement pour faire remarquer que l'influence du droit substantiel dans l'appréciation du droit d'agir se dresse, elle aussi, comme une entrave à l'accès à la justice.

**66. L'intérêt, qu'en retenir au-delà des vagues ?** Un concept trop fuyant pour se suffire à lui-même<sup>153</sup>. La sécurité juridique voire judiciaire est véritablement en jeu. Elle procède de l'instabilité des concepts, relativement tant à la fréquence et aux modalités de leur possibilité de variation qu'aux contingences de doctrine. Et si la théorie générale du droit n'a pas connu un point de vue strictement identique selon que l'on passe de la conception de ROUBIER<sup>154</sup> à celle de M. MILLARD<sup>155</sup> en passant par les idées de DABIN<sup>156</sup>, de M. BERGEL<sup>157</sup> et M. TROPER<sup>158</sup>, le concept d'intérêt a, quant à lui, varié non seulement selon la doctrine, mais aussi et surtout selon l'époque. En effet, selon la thèse de GASSIN, soutenue en 1955, « *l'intérêt est l'avantage poursuivi en saisissant le juge*<sup>159</sup> ». En 1965, le Doyen ROUHETTE montrait dans sa thèse que « *l'intérêt n'est ni l'avantage, ni l'amélioration, mais plutôt, la modification de la condition juridique*<sup>160</sup> ». Aujourd'hui, il est largement admis que l'intérêt est le profit, l'avantage, ou l'utilité que l'exercice de l'action est susceptible de procurer à celui qui en prend l'initiative<sup>161</sup>.

---

<sup>153</sup> L. CADIER, J. NORMAND, S. A. MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 328.

<sup>154</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophiques des valeurs sociales*, Sirey, 1<sup>re</sup> éd. 1945 ; Voir aussi 2<sup>ème</sup> éd. 1951.

<sup>155</sup> E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006.

<sup>156</sup> J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd. Paris, 1969.

<sup>157</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1985 ; Voir aussi nouvelle éd. 2004.

<sup>158</sup> M. TROPER, *La théorie générale du droit, le droit, l'Etat*, Paris, PUF, 2001.

<sup>159</sup> R. GASSIN, *La qualité pour agir en justice*, thèse Aix en Provence, 1955, pp. 196 – 197 ; V. aussi R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1949, p. 32 n° 29.

<sup>160</sup> G. ROUHETTE, « *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat* », Thèse, René RODIERE (dir.), Université de Paris (Faculté de droit et des sciences économiques), Paris, 1965, pp. 632-633.

<sup>161</sup> S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile, droit interne et droit communautaire*, Dalloz, Paris, 33<sup>e</sup> éd., 2016, p. 151, n° 122 ; V. aussi G. CORNU, Assoc. H. CAPITANT,

67. A ce point, un *aller-retour*<sup>162</sup> tout aussi humainement surprenant que juridiquement bouleversant : contingence<sup>163</sup> ! *Ne pas être*<sup>164</sup>, puis, *être*<sup>165</sup>. On n'est pas ainsi loin des vives controverses<sup>166</sup> des thèses copernicienne et géocentrique<sup>167</sup>. Le Conseil d'Etat a, à l'occasion de son rapport de 2006, rappelé que la sécurité juridique « *constitue l'un des fondements de l'Etat de droit* ». Or, l'une des finalités existentielles du droit est l'assurance d'une sécurité juridique à travers la prévisibilité des droits et de toute entrave à leur accessibilité, de même qu'à leur consommation effective. Les frères MAZEAUD et M. CHABAS ont identifié à cet effet des conditions parmi lesquelles figurent en bonne place la clarté et la précision du contenu des règles pour en assurer l'existence<sup>168</sup>. En droit béninois, ce principe est généralement suivi dans l'élaboration des règles juridiques et MM. SOSSA et DJOGBENOU préciseront, à leur tour, que la sécurité juridique consiste en la stabilité juridique qui prévient contre tout bouleversement brutal de l'ordre juridique ainsi qu'en la sécurité judiciaire qui comprend la saine et permanente application de la règle de droit par les juridictions<sup>169</sup>. Dans la même veine, le Conseil constitutionnel, par sa décision n° 2015-710 DC du 12 février 2015, s'est prononcé sur la loi relative à la modernisation et à la ***simplification du droit et des procédures*** dans les domaines de la justice et des affaires intérieures dont il avait été saisi par

---

*Vocabulaire juridique*, V° intérêt ; V. De même J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd. 1997, n° 591.

<sup>162</sup> S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile*, op. cit. n° 122 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, 3<sup>e</sup> éd. Montchrestien, Paris, 2014, n° 309 ; R. GASSIN, *La qualité pour agir en justice*, Thèse Aix en Provence, 1955, p. 197- L. CADIET, J. NORMAND, S. A. MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit. , p. 328, - J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE MAGNAN, *Traité de droit civil, introduction générale*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd. , 1997, n° 591 ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n° 351.

<sup>163</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil : introduction*, Thémis, droit privé, M. DUVERGER et C. LABRUSSE-RIOU (dir.), PUF, 24<sup>e</sup> éd. 1996. « Parlant des principes techniques dans le procès civil, CARBONNIER les juge contingents. ''ils varient d'un pays à l'autre et ont pu varier au cours de l'histoire. Aussi notre droit procédural, à l'heure actuelle, n'accueille-t-il ces principes qu'en leur incorporant une bonne dose de leurs contraires.'' ».

<sup>164</sup> Ni l'avantage, ni l'amélioration, ...

<sup>165</sup> L'avantage, l'amélioration, l'utilité, la satisfaction, ...

<sup>166</sup> Sur le complexe mouvement de la Terre (Rotation et Révolution).

<sup>167</sup> De l'hérésie aux yeux de l'Église romaine quant à l'héliocentrisme inconcevable dans la conscience humaine d'avant les années 1700 en faveur du géocentrisme universellement admis, le monde reconnaît aujourd'hui l'héliocentrisme démontré à travers la sublime présentation de Galilée jugée de sacrilège au point d'ôter la vie à 'un de ses fidèles''.

<sup>168</sup> H. et L. MAZEAUD, F. CHABAS, J. MAZEAUD, *Leçon de droit civil*, T. 1, premier vol. Introduction à l'étude du droit, 12<sup>e</sup> éd. Montchrestien, Paris, 2000, pp. 29-30.

<sup>169</sup> D.C. SOSSA et J. DJOGBENOU, *Introduction à l'étude du droit, perspectives africaines*, éd. CREDIJ, Cotonou, 2012, p. 135, n° 184.



des sénateurs<sup>170</sup>. A cette occasion, le Conseil constitutionnel français a jugé conforme à la Constitution l'article 8 de la loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

**68. Des hypothèses probables eu vue d'un plan.** De tout ce qui précède, on note que rien n'est précis quant aux éléments de recevabilité et on peut se demander si *le ver n'est pas dans le fruit*. Puisqu'on s'est donné pour objectif, dans cette étude, de traiter d'un mal qui a connu beaucoup d'autres traitements qui ne semblent pas l'avoir efficacement guéri, il paraît nécessaire de révéler son existence à nos jours. Aussi il serait efficace d'identifier ce qui justifie sa résilience face aux différents traitements apportés par les doctrines successives. Il semble tout simplement que le vrai débat de fond ait été esquivé en faveur de solutions superficielles qui n'ont pu régler le problème de manière définitive.

**69.** Au demeurant, il n'y a rien sans rien et les mêmes causes produisant les mêmes effets, les différentes contingences exprimées plus haut doivent certainement avoir une justification (**TITRE 2**). Mais si la prépondérance du recours à la substance du droit litigieux peut se justifier, ainsi qu'il en est fait allusion dans l'introduction générale à la présente étude, l'actualité de l'influence du droit substantiel dans l'appréciation procédurale du droit d'agir sera d'abord révélée (**TITRE 1<sup>er</sup>**).

---

<sup>170</sup> Voir décision n° 2015-710 DC du 12 février 2015 - Loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. En effet, les sénateurs contestaient uniquement son article 8, qui habilite le Gouvernement à réformer par ordonnance le droit commun des contrats, le régime des obligations et le droit de la preuve. Le Conseil constitutionnel a fait application de sa jurisprudence constante en matière d'habilitation prise en application de l'article 38 de la Constitution. Il a notamment vérifié que l'habilitation est précisément définie dans son domaine et dans ses finalités. Le Conseil constitutionnel a alors jugé conforme à la Constitution l'article 8 de la loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

**70. Révélation de la prépondérance du droit substantiel dans l'examen de la recevabilité en général.** La liaison subtile du substantiel et du judiciaire dans la notion d'intérêt est une préoccupation majeure en droit processuel.<sup>171</sup>

**71. Témoignage d'un avocat au barreau de Cotonou.** La présence et l'influence du fond dans la présentation du moyen tiré du défaut de l'intérêt à agir se révèle en pratique. Des entretiens obtenus auprès des acteurs de la justice dans divers milieux francophone, anglophone et germanophone ont permis de recenser un certain nombre de témoignages vécus sur la question. Il ne semble pas superflu d'en évoquer un dont l'espèce et les détails corroborent l'essentiel de la problématique.

**72. De l'espèce.** Une affaire opposait un médecin à une société coopérative dont il était membre. En effet, le médecin avait été exclu de la société par les autres membres en raison de ce qu'il ne partageait plus avec eux le lien commun nécessaire à la constitution d'une société de cette nature, conformément aux dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives. Le médecin contestait son exclusion et avait saisi le juge des référés pour la voir déclarer mal fondée et avait demandé une expertise des comptes de la société. L'avocat de la société coopérative devait plaider la nullité de l'assignation, l'incompétence du juge des référés, le défaut de qualité et enfin le défaut d'intérêt. Pour invoquer la nullité, l'incompétence du juge des référés et le défaut de qualité, il aurait fallu, rappeler seulement la procédure. Mais pour plaider le défaut d'intérêt, il a fallu faire une incursion dans le fond de l'affaire.

**73. Des détails.** L'invocation de la nullité en l'espèce imposait de rappeler seulement les mentions de l'assignation qui n'avaient pas été indiquées et dont le défaut viole les articles 53 et 131 du code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes, ce qui permet de conclure à la nullité. L'incompétence voulait qu'on rappelle les demandes qui ont été formulées, qu'on démontre qu'il s'agit de questions de fond et non de mesures

---

<sup>171</sup> L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10<sup>e</sup> éd., 2017, p. 6, n° 9 ; Voir aussi, pour une analyse des rapports entre droit substantiel et procédure en matière de divorce, Ph. THERY, « Les époux et la mort » (à propos des conséquences du décès sur les procédures de divorce et de changement de régime matrimonial), in *Mélanges Jacques NORMAND*, Litec, 2003, n° 461 ; Voir également V. EGEEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Préface A. LEBORGNE, Ed. Defrénois, 2010.

provisaires, qu'on invoque les dispositions du code de procédure civile ou des lois de procédure applicables, et qu'on conclut à l'incompétence du juge des référés. Le défaut de qualité impose de vérifier la qualité indiquée dans l'assignation, en l'espèce, du médecin qui se prétendait président du conseil d'administration de la société alors qu'il ne l'était plus. Par ailleurs, la qualité requise pour assigner aux fins d'expertise de gestion à savoir la possession d'un certain nombre de parts de la société devait être vérifiée également. Pour l'apprécier, il n'était pas non plus nécessaire d'invoquer le fond ou, dans tous les cas, le fond de l'affaire en cause. Tous ces moyens sur la procédure ou la recevabilité n'imposaient pas au plaideur d'invoquer le fond : l'examen de la citation, le rappel de la procédure ou de quelques éléments autour de l'affaire suffisaient. Dans tous les cas, on n'invoquait pas le droit contesté dans le cadre de l'instance et le juge n'aurait pas besoin de s'y référer non plus pour apprécier. Tel n'a pas été le cas pour l'intérêt.

**74. Le défaut d'intérêt.** Pour invoquer le défaut d'intérêt, il a fallu que le plaideur rappelle, ne serait-ce que brièvement, les faits ou ce qu'on appelle, en pratique, la moralité du dossier, pour justifier que le demandeur n'avait pas intérêt ou, en tout cas, que son intérêt n'était ni légitime, ni juridiquement protégé. Il a même fallu invoquer les moyens de fond pour parvenir aux fins de la démonstration. Pour démontrer que le médecin ayant assigné aux fins de voir annuler la mesure d'exclusion prise à son encontre n'avait pas intérêt à le faire, il fallait insister notamment sur les motifs de son exclusion. Ce sont ces motifs d'exclusion, notamment le fait qu'il ne partageait pas le lien commun, qui le privait d'un intérêt légitime et juridiquement protégé à agir. En fait, il a fallu démontrer d'abord qu'il ne partageait plus le lien commun, que cette condition était prévue par la loi, que la loi était d'ordre public, et que dans ces conditions, finalement, recourir, pour se voir reconnaître un droit contraire à la loi ou pour contester une mesure contraire à la loi, ne peut résulter d'un intérêt légitime et juridiquement protégé, mais le contraire. En pratique, au moment de plaider le fond, il faudra nécessairement se répéter sur ces aspects qui sont déjà ceux du mal fondé de l'action, donc du droit au fond.

**75. De manière plus générale.** Classiquement, pour ne pas risquer d'invoquer des défenses au fond avant les exceptions, il faut invoquer celles-ci et fins de non-recevoir. Il faut donc commencer par exposer la procédure, soulever les exceptions et fins de non-recevoir, les argumenter, et ensuite seulement, exposer les faits avant de développer ses défenses au fond. Mais en procédant ainsi, l'exposé du moyen tiré du défaut d'intérêt ne pourra pas être admis.

L'appréciation de cette fin de non-recevoir résulte nécessairement d'une bonne compréhension des faits et des dispositions applicables au fond, et, sans exagérer, l'examen du mal fondé de l'action. Les causes de telles confusions semblent se trouver aussi bien dans les inconstances qui s'observent entre la qualité pour agir et l'intérêt à agir que dans la prépondérance du recours à l'intérêt dans l'appréciation des conditions d'adjudication judiciaire.

**76. Eléments spécifiques de révélation.** Le précédent témoignage pratique est révélateur. Mais il émane également de quelques prévisions légales non moins importantes. Au plan légal en effet, il est posé que « *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*<sup>172</sup> ». L'initiative du procès appartient ainsi aux parties. C'est la disponibilité de l'action civile vis-à-vis de ces dernières. De plus, elles sont maîtresses des droits litigieux et peuvent transiger à tout moment ou renoncer, par un désistement, à poursuivre leur action<sup>173</sup>. Or, si le juge et surtout beaucoup plus, l'avocat, se préoccupent de la procédure, les parties quant à elles visent prioritairement le droit substantiel ou l'avantage à tirer du procès et en font souvent le but ultime du procès. De l'autre côté, comme pour *réaliser l'équilibre*, l'évolution historique qui a lieu tout au long du XX<sup>e</sup> siècle permet d'observer un accroissement progressif du rôle du juge dans le procès civil. C'est suivant cette évolution qu'il a aujourd'hui le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires, en plus de son historique rôle en matière de police et de gouvernance de l'instance<sup>174</sup>. Mais ces mutations n'ont pas pu réduire l'envahissement de la procédure par le droit substantiel en discussion qui fait l'essentiel de la préoccupation des parties, comme si tout autre moyen légal d'empêcher l'évolution diligente en vue d'un dénouement rapide sur le fond du litige n'est que du dilatoire au sens large du terme, la partie qui est de mauvaise foi ne pouvant l'ignorer.

---

<sup>172</sup> Art. 1<sup>er</sup> CPC (correspondant à l'art. 2 CPCCSAC).

<sup>173</sup> E. VERGES, « Procès civil, procès pénal, différents et pourtant si semblables », chron. Droit processuel, *Études et commentaires*, *Rec. Dalloz*, Paris, 2007, n° 21, p. 1443.

<sup>174</sup> V. J. DJOGBENOU, *CPCCSAC commenté et annoté*, éd. Revue et augmentée, CREDIJ, Cotonou, 2014, p. 29 (voir commentaires sous les articles 4 et 754 et s.) ; V. également les commentaires de L. CADIET sous les articles 3 et 763 CPC. On peut noter que sous le modèle accusatoire, le juge, simple arbitre, se contentait de trancher le litige. Mais avec les multiples réformes qui se sont succédées, il y a eu une mutation vers un modèle mixte qui fait jouer au juge actuel un rôle essentiel dans la conduite du procès.

77. Aussi, il a été trop tôt considéré que la tâche qui consiste à combler les insuffisances contenues dans le Code de procédure civile de 1806 afin de mettre un terme à de vieilles controverses devait être abandonnée à la doctrine<sup>175</sup>. De telles considérations ne peuvent favoriser l'accommodation nécessaire du droit positif à l'évolution de la société. Par ce canal, on pourrait espérer un encadrement, ne serait-ce que théorique, de certaines notions dont celle d'action<sup>176</sup>. GLASSON et TISSIER déplorait la grande confusion qui régnait dans les exposés des auteurs sur la théorie des actions en justice ; le mot action n'y aurait pas un sens précis, la confusion existait tant dans les textes législatifs d'alors que dans les décisions de cours et tribunaux, formant ainsi une jurisprudence source de controverses au sein de la doctrine. Cette dernière puisera alors en son propre sein pour accentuer les divergences. Il est vrai, et PEGUY le disait si bien, que les divergences, les contradictions, les variations sont la nature même de l'esprit humain<sup>177</sup>. Mais certaines controverses sont parfois fondées sur des interprétations orientées, soit par le « *sensationnel* », soit dans un but de critiques prolifiques : autant, la beauté de la phrase et l'esthétique syntaxique de l'expression de l'idée de DEMOLOMBE sur la notion d'action, autant les interprétations d'auteurs qui s'en sont suivies, n'ont pu avoir raison de la difficulté. Le témoignage est une conséquence normale de la persistance de la présence du fond dans l'appréciation du droit d'agir à travers, entre autres, l'instabilité de l'intérêt et de la qualité à agir (**Chapitre 1<sup>er</sup>**), d'une part, et du caractère excessif du recours à l'intérêt (**Chapitre 2**), d'autre part.

---

<sup>175</sup> E. GLASSON et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd. T. 1, Recueil Sirey, Paris, 1925, p. 415.

<sup>176</sup> LOCRE, T. XXI, p. 355.

<sup>177</sup> Ch. PEGUY, *Note conjointe sur M. DESCARTES et la philosophie cartésienne*, Posthume, Pléiade, Œuvres en prose, T. III, 1992, p. 1280 (Cité par Philippe MALAURIE, Préface à *Anthologie de la pensée juridique*, 2<sup>e</sup> éd. Cujas, Paris 2001.

## CHAPITRE 1<sup>ER</sup> : L'INSTABILITÉ DE L'INTÉRÊT ET DE LA QUALITÉ POUR AGIR

**78. L'imprécision, source d'instabilité.** La connaissance scientifique du Droit nécessite des recherches sur son application dans la pratique, ce qui aurait, selon Jean BRETHER, été trop négligé. La fin de non-recevoir, moyen d'irrecevabilité fondée entre autres sur la prescription, la chose jugée, le délai préfix, l'absence d'un intérêt ou de qualité, constitue un obstacle radical à la procédure, d'autant plus qu'elle entraîne le rejet de l'action sans examen au fond. De ce fait, les conditions qui permettent d'y procéder sont censées être véritablement stables et accessibles au justiciable. Cette clarté et cette accessibilité supposée fait que la partie qui soulève une fin de non-recevoir aura simplement à indiquer au juge que son adversaire ne satisfait pas aux conditions fixées par la loi pour agir en justice de manière convenable. Or, le constat fait en pratique révèle d'énormes difficultés qui ne favorisent pas une telle conception de l'accès à la justice. En effet, la fin de non-recevoir est définie à l'article 122 du code de procédure civile comme tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée. Les deux conditions les plus en vue demeurent l'intérêt et la qualité pour agir. Mais ces derniers entretiennent des relations aussi bien entre eux qu'avec d'autres concepts qui débordent très souvent du seul champ de la recevabilité. Pour preuve, bien souvent, l'intérêt confère qualité pour agir, la qualité le présume et lui succède très souvent, même si le contraire n'est pas évident. De même, si les variations sur le fond en procédure civile s'observent dans l'examen même de toute prétention, celles de la recevabilité de l'action semble induite, entre autres, par les instabilités entre les notions d'intérêt et de qualité. A ce propos, M. GIVERDON soulignait l'imprécision de la notion de qualité dans son article intitulé « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice<sup>178</sup> ».

**79.** L'instabilité de l'intérêt et de la qualité à agir procèdent, d'une part, du caractère débordant desdites notions dans leur considération solitaire (**section 1**), et du caractère restreint dans leur évolution solidaire (**section 2**).

---

<sup>178</sup> Cf. GIVERDON, « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », *Rec. Dalloz*, 1952, Chron., p. 85.

## **SECTION 1<sup>ère</sup> : Des notions débordantes dans leur considération solitaire**

**80. Éléments de facilitation du débordement.** Ainsi qu'il est rappelé précédemment, le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée constituent des fins de non-recevoir. Le libellé de l'article 122 du code français de procédure civile paraît avoir un contenu large. C'est forte de cela que le 14 février 2003, la Cour de cassation a jugé qu'il résulte des articles 122 et 124 du Code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées. Plus largement, M. JEULAND évoque dans son *Droit processuel général* la possibilité de voir dans les bureaux d'aide juridictionnelle des instances de filtre des affaires, surtout devant la Cour de cassation et le Conseil d'État, qui s'ajoutent aux règles de recevabilité<sup>179</sup>. Des débordements sont donc probables en matière de conditions de recevabilité. Au-delà, ce sont parfois ces conditions qui, prises isolément, connaissent des mutations doctrinales dans leur contenu (**paragraphe 1**) provoquant souvent des risques d'élargissement dans leurs effets (**paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1<sup>er</sup> : Les constats de mutations conceptuelles**

**81. Des mutations issues de la divergence doctrinale.** Dans le domaine de l'intelligence règne une certaine anarchie relativement à toutes les maximes fondamentales dont la fixité est la première condition d'un véritable ordre social, des divergences profondes font la différence et séparent les esprits. Ces divergences tiennent à la coexistence de trois modes de pensée radicalement incompatibles : la théologie explique l'apparition des phénomènes par la volonté des dieux ; la métaphysique substitue aux divinités des entités, des abstractions ; la philosophie positive, quant à elle, renonçant à la recherche des causes transcendantes s'en tient à celle des lois des phénomènes. De ce fait, c'est le principe de la variabilité contre la fixité, principe auquel n'a pas échappé la condition d'intérêt à agir qui a, en effet, connu une substantialité croissante (**A**) en même temps, une substantialité bipolaire (**B**).

#### **A. L'intérêt à agir, une substantialité croissante**

**82. De la difficile définition d'une notion.** La complexité de la notion d'intérêt réside dans l'inconstance de son évolution. L'intérêt est en lien avec celui qui a subi l'atteinte ou celui qui profitera de l'avantage. L'exigence d'un intérêt à agir est tout aussi traditionnelle

---

<sup>179</sup> E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit. n° 61, p. 106.

qu'actuelle. Très délicate à définir comme toute notion élémentaire, la notion d'intérêt s'entend comme un profit susceptible de procurer au plaideur un avantage. Dire d'une personne qu'elle a intérêt à agir signifie que sa demande peut donner lieu à une amélioration de sa condition juridique. « Pas d'intérêt, pas d'action » avait déjà souligné GARAUD dans sa thèse<sup>180</sup>. Selon une formule consacrée, il doit être un « intérêt né et actuel<sup>181</sup> ». Au-delà, considéré en outre comme la mesure de l'action, l'analyse de la substantialité inhérente à la notion d'intérêt à agir procède du déni de la notion d'avantage (1) à la reconnaissance de l'intérêt comme un profit (2).

### ***1. Du déni de la notion d'avantage dans l'intérêt à agir***

**83. La contestation d'une vieille définition.** La notion d'intérêt, en elle-même, n'a pas connu de variation conceptuelle que l'on soit en matière procédurale ou substantielle puisque, dans tous les cas, l'idée de profit a toujours régné. Mais la définition qui lui est reconnue aujourd'hui a fait, par le passé, l'objet de contestation par la doctrine. L'intérêt en procédure, connu sous la dénomination de « l'intérêt à agir », par exemple, se définit aujourd'hui comme le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action est susceptible de procurer au plaideur. De la même manière, du point de vue substantiel, l'intérêt est défini, en matière contractuelle par exemple, comme un avantage, qu'il puisse être d'ordre pécuniaire ou moral ; une utilité ; une amélioration de la condition juridique<sup>182</sup>. Ce qui est important ici est le caractère pratiquement invariable de la notion d'un contexte à l'autre. Que l'on soit en procédure, en droit matériel, elle se réfère toujours au sens d'avantage, d'utilité ou de changement qualitatif de conditions socio-économique, un constat qui se trouve en conformité avec celui de M. WIEDERKEHR à propos de ROUHETTE<sup>183</sup>. Mais ce caractère invariable n'a pas épargné la notion de quelques critiques. Pour ROUHETTE, par exemple, que ce soit le caractère utile, la notion d'avantage, les aspects pécuniaire et moral ou même

---

<sup>180</sup> A. GARAUD, *L'intérêt pour agir en justice. Contribution à la notion d'intérêt en droit positif*, thèse Poitiers, 1959.

<sup>181</sup> V. par ex., Cass 3<sup>e</sup> civ., 8 févr. 2006 : JPC G 2006, IV 1475, à propos d'une action en validité du congé pour vendre, irrecevable avant la date d'effet.

<sup>182</sup> Le sens qui est reconnu à la notion d'intérêt jusqu'alors est rappelé par G. ROUHETTE, « *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat* », Thèse, Université de Paris (Faculté de droit et des sciences économiques), Paris 1965, p. 632 et 633.

<sup>183</sup> G. WIEDERKEHR, « Procès », in *Journée hommage G. ROUHETTE Panthéon*, Paris 11 janvier 2013, Compte-rendu par H. KASSOUL, CERDP, p.12. A propos de ROUHETTE, WIEDERKEHR évoque le constat que l'auteur « a étendu son intérêt à toutes les procédures : il ne s'arrête pas aux frontières, ni celles des états, ni celles plus artificielles des disciplines. Il envisageait la procédure comme un tout, comme un ensemble ».



la condition juridique, tous révéleraient en réalité un aspect quantitatif dans des sens divers qui ne sembleraient pas toucher à la notion même d'intérêt.

**84. Autre grief de la notion d'intérêt.** L'intérêt aurait été défini comme « le besoin qui pousse à agir » ou encore, « l'utilité escomptée ». C'est la conception dite psychologique de la notion d'intérêt, car elle s'intéresse à l'état d'esprit de la personne concernée, sans lier la notion à son aspect substantiel où il n'est pas évident de parler de la lésion d'un tel intérêt sans qu'il n'ait cessé d'être. Le besoin qui pousse à agir en justice comme l'utilité escomptée convient bien à la définition de l'intérêt en vue de la recevabilité du droit d'agir. Ce caractère psychologique rend moins évident la justification dudit intérêt pour la recevabilité. Seulement qu'on n'échapperait pas toujours au caractère substantiel qui peut transparaître, selon les circonstances, dans de tels besoins ou utilités, bien que psychologique. C'est pour éviter cette conception substantielle que ROUHETTE adopte une définition qu'il estime sans lien avec la quantité, la valeur, la substance.

**85. L'intérêt selon ROUHETTE.** L'intérêt devrait s'observer dans la simple «contemplation d'une modification de la condition juridique<sup>184</sup> ». Cette définition donnée par l'auteur a-t-elle effectivement atteint son but, celui d'exorciser la notion d'intérêt de toute conception matérialiste, de toute idée de substance ? Il faut rechercher la différence qu'on peut observer entre cette définition et celle qui l'a précédée et en même temps la plus proche selon laquelle l'intérêt est perçu comme l'«amélioration de la condition juridique». Si l'amélioration s'entend d'un changement en mieux, la contemplation est une observation qui engage les sens; il y a ici un sens d'espoir dans l'obtention d'un changement sur lequel l'intéressé fixe son attention. On remarque que celle qu'a proposée l'auteur appelle une envie par les sens, tandis que l'autre qui existait auparavant et ayant pour objet l'amélioration de la condition semble plus quantifiable, donc plus substantielle. A quoi bon agir si le procès ne peut procurer un profit ?

**86. L'essence impose le sens.** Dans une définition appelée à s'imposer, les mots et expressions clés sont d'une synonymie qui transcende toute différence d'origine entre eux et, comme l'ont exprimé CHARTRAND et KONINCK, il y a lieu de se rendre compte de l'inexistence en langue française de synonymes véritablement purs et homogènes entre deux

---

<sup>184</sup> G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse cit., p. 633.

mots distincts<sup>185</sup>. Ainsi, voit-on en les termes, utilité, profit, importance, avantage etc. par lesquels se définit l'intérêt tant au plan procédural qu'en matière contractuelle ou substantielle tout court, l'expression d'une même idée au sens philosophique d'un avantage espéré par les justiciables ou les cocontractants selon les matières concernées. Cette idée d'avantage semble véhiculer l'essence même de la notion d'intérêt. Or, s'il est de la nature d'une règle juridique de comporter des exceptions, une définition ne saurait en souffrir. ROUHETTE l'a si bien rappelé par une explication simple qui nécessite d'être relevée : « si l'on a défini telle notion en tels termes, si l'on a énoncé comme caractère essentiel d'une notion A l'élément a, on ne saurait ranger sous la notion A une figure où manquerait l'élément a. Un élément essentiel ne peut faire défaut sans ruiner, non pas sans doute la notion, mais la définition qu'on a proposée<sup>186</sup> ». Ainsi, peut-on en conclure, *a contrario*, que si en droit positif, se rencontrent peut-être des situations dépourvues de l'élément « a » sans que l'on ne cesse de qualifier « A » la situation<sup>187</sup>, l'élément « a » n'est pas de l'essence de la notion « A ». On peut comprendre que l'objectif de l'auteur, dans cette thèse, étant d'évincer la volonté comme l'âme et l'élément distinctif du contrat<sup>188</sup>, l'essence même de la notion est vraiment un terrain favorable, tel qu'elle l'est pour cette étude en ce qui concerne la notion d'action en justice.

**87.** Au demeurant, on constate qu'à travers l'une et l'autre de ces définitions, le sens de l'avantage est toujours présent et sert nécessairement de motivation à la mise en œuvre du droit d'agir, contribuant ainsi au maintien de la définition ancienne.

## ***2. A la reconnaissance de l'intérêt comme un profit***

**88. Une conception largement admise.** L'intérêt est reconnu comme avantage pécuniaire ou moral que l'on peut tirer d'une action en justice. Pour Gérard CORNU, c'est « la constatation d'un mal et la possibilité d'un remède ». Aussi, la jurisprudence admet la recevabilité des actions intentées sur le fondement d'un intérêt collectif dans certaines

---

<sup>185</sup> S. G. CHARTRAND et G. de KONINCK, *La clarté terminologique pour plus de cohérence et de rigueur dans l'enseignement du français*, Québec français, n° 154, 2009, p. 1.

<sup>186</sup> G. ROUCHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse cit. p. 631, n° 222.

<sup>187</sup> L'auteur donne l'exemple de la théorie des vices du contrat qui fournirait beaucoup d'exemples pour le cas qu'il défend en matière de contrats privés du soutien d'une volonté. Même si son objectif est d'évincer la volonté comme élément distinctif.

<sup>188</sup> J. GHESTIN, « Le savant, à propos de G. ROUHETTE », in *Journée hommage G. ROUHETTE*, Panthéon, Paris, 11 janv. 2013, Compte-rendu par H. KASSOUL, CERDP, p. 6.

conditions : ainsi les actions sont recevables lorsque l'intérêt collectif ne constitue que la somme d'intérêts individuels, telle une association de défense qui agit dans l'intérêt de ses membres<sup>189</sup> ; ainsi les actions sont irrecevables lorsqu'elles sont intentées par une personne au nom d'une collectivité qu'elle prétend représenter<sup>190</sup>. Les auteurs mettent clairement en lumière les difficultés d'appréhension de cette notion et son caractère parfois très proche du concept de qualité pour agir. Ainsi, M. GUINCHARD et Mmes CHAINAIS et FERRAND expliquent que ces deux notions, indéfinies et multiformes, ne sont pas toujours distinguées avec la netteté qu'il conviendrait de mettre en œuvre. Ces flottements dans l'identification de l'intérêt et de la qualité pour agir se retrouvent avec autant de force en procédure pénale. En effet, transposée dans le contentieux répressif, l'étude des caractères personnel et direct du préjudice revient à étudier la qualité de victime. D'ailleurs, ce constat explique le fait que, la plupart du temps, les pénalistes ne traitent, dans leurs études, que du seul intérêt à agir (préjudice direct et personnel, actuel et certain) mais rarement de la qualité, qui n'est pas toujours clairement identifiée. Or, il paraît nécessaire de séparer ces deux conditions. La confusion constatée mais regrettée par les civilistes tient peut-être au fait que le procès civil ne contient pas les enjeux que l'on retrouve dans le procès pénal et n'a pas non plus les complexités liées à la double nature de celui-ci (procès en réparation et procès en recherche de culpabilité en vue de l'application d'une sanction). Appliqués au procès pénal, les deux concepts paraissent s'identifier avec plus de netteté. Avoir la qualité de victime, c'est répondre aux exigences posées par l'article 2 du code de procédure pénale, c'est-à-dire subir un préjudice direct et personnel. Mais la victime, pour pouvoir se constituer partie civile, doit aussi avoir un intérêt à l'action. Comme l'explique M. CADIET, « Dire d'une personne

---

<sup>189</sup> V. par exemple, CA Versailles, 21 mars 2012, RG n° 11/03437.

<sup>190</sup> F.-L. SIMON, *Les associations de franchisés*, 1<sup>er</sup> octobre 2012. Il en est ainsi lorsque le franchisé témoigne du fait qu'une association a vu le jour à l'occasion d'un conflit avec le franchiseur. Dans ces conditions, les associations de franchisés vont parfois jusqu'à intenter directement des actions en justice à l'encontre des têtes de réseau. Dans l'hypothèse où le litige opposant l'association et le franchiseur résulte de la défense d'intérêts personnels, la recevabilité de leur action ne pose pas de difficulté, mais il en va autrement quand l'action vise à défendre l'intérêt des franchisés. Par de récentes décisions, des juridictions ont eu à se prononcer sur la question de la recevabilité d'actions d'associations de franchisés qui avaient pour finalité d'assurer la défense non pas d'un intérêt personnel mais de l'intérêt des franchisés (Trib. com. Bobigny, 29 janv. 2008, RG n° 2007F00373 ; CA Paris, 20 nov. 2008, RG n° 03/07603). Les actions en justice de ces associations soulèvent en effet des interrogations quant à leur recevabilité, notamment en ce qu'elles heurtent deux exigences de l'action civile : l'existence d'un préjudice personnel et direct et le principe selon lequel « nul ne plaide par procureur ». A ce titre, il importe de s'interroger sur la possibilité pour les associations de franchisés d'agir en justice et, plus particulièrement, sur les sujets en droit d'être abordés sur le terrain judiciaire par ces dernières. Pour ce cas spécifique des associations de franchisés, voir <http://www.lettredesreseaux.com/P-244-451-A1-les-associations-de-franchises.html> consulté le mardi 30 mai 2017 à 1H 59 min.

qu'elle a intérêt à agir, c'est dire que la demande formée est susceptible de modifier, en l'améliorant, sa condition juridique. Plus précisément, a intérêt à agir la personne qui souffre d'un mal auquel l'exercice de l'action peut apporter un remède ». En procédure pénale, comment s'analyse ce profit ? Si, bien évidemment, cet avantage peut être pécuniaire et consister en la réparation fondée sur la responsabilité civile, il ne se résume pas à cet aspect. La victime a un intérêt dans le simple fait de participer à l'accusation. Cet aspect vindicatif de l'action civile peut même être le seul intérêt de la victime. L'intérêt à agir de la victime pénale est donc double : mettre en mouvement l'action publique et pouvoir éventuellement demander des dommages-intérêts.

**89. L'intérêt comme droit à réparation et le droit répressif.** Il y a lieu de s'interroger ici. L'intérêt doit-il être regardé simplement comme un droit à la réparation ou un droit à la répression dans le sens d'une action vindicative ? Dans la première hypothèse, l'action civile ne doit pas être distinguée de l'action intentée par la victime d'un dommage civil devant le juge civil. Ainsi, la place que la loi lui accorde devant le juge pénal se limite à une demande de réparation de son préjudice, à l'image de celle qu'elle aurait pu introduire devant la juridiction civile. En revanche, si l'on estime que le droit de la victime n'est pas qu'un simple droit de réparation et qu'il lui est reconnu un droit de mettre en mouvement l'action publique alors même qu'elle ne peut ou ne veut voir son dommage réparé par la juridiction pénale, alors son action qualifiée de « civile » a un aspect répressif. Cet aspect vindicatif la différencie alors complètement de l'action réparatrice introduite devant le juge civil. C'est cette seconde voie qui a été choisie par le législateur.

**90.** Par ailleurs, la victime possède en effet le pouvoir exorbitant de déclencher l'action publique, tel qu'il est affirmé dans le Code de procédure pénale français en son premier article, deuxième alinéa, dans le but de contourner l'inertie du ministère public. Elle peut tout d'abord le faire directement devant le tribunal de police ou devant le tribunal correctionnel. Elle peut ensuite exiger l'ouverture d'une information devant le juge d'instruction. En effet, contrairement à ce qui avait été soutenu dans un premier temps, la constitution de partie civile entraîne bien l'ouverture d'une information par la mise en mouvement de l'action publique ainsi que l'a affirmé la chambre criminelle de la Cour de cassation dans l'arrêt du 8 décembre 1906. A cela s'ajoute le caractère bipolaire de la notion de qualité.

## B. La qualité à agir, une substantialité bipolaire

**91. Des modalités de considération.** La qualité à agir ne manque pas de caractères substantiels. N'a-t-on pas qualité à agir parce qu'on est titulaire du droit discuté, même si cette titularité reste présumée ? En cela, il faut se référer à l'analyse de GIVERDON qui rend directement responsable la qualité dans le caractère très délicat de la distinction entre la recevabilité de l'action et l'examen du bien-fondé<sup>191</sup>. Il existe même des cas où la qualité est l'objet même du procès<sup>192</sup>. Quant à la jurisprudence, elle considère la question de qualité comme une question de bien-fondé de la demande<sup>193</sup>. L'analyse de ces différentes doctrines sur la question permet de constater que cette substantialité procède d'une double méthode qui résulte, d'une part, de la conception interprétative d'une dynamique précise (1) et, d'autre part, de la titrisation légale qui n'est pas sans polémique (2).

### 1. Une conception interprétative dynamique

**92. Une attribution exclusive.** La qualité pour agir est le titre ou la qualification auxquels sont attachés, dans certaines actions en justice, le droit d'agir en justice, exigée à peine d'irrecevabilité. Cette qualité résulte soit de la qualité requise par la loi : on parle ainsi d'actions attitrées ; soit, dans toutes les actions ouvertes à tout intéressé, de la justification d'un intérêt pour agir : il s'agit dans ces cas d'actions banales.

**93.** Par un arrêt du 2 avril 2008, la Cour de cassation a jugé que, si les biens successoraux recueillis par un époux marié sous le régime de la communauté universelle entrent en communauté, l'époux héritier appelé à la succession peut seul exercer, en demande et en défense, une action qui ne tend qu'au partage de ces biens, de sorte que le mari de la cohéritière, mariée sous ce régime, étant sans qualité pour demander le partage des biens successoraux échus à son épouse, n'a pas intérêt à former tierce opposition au jugement

---

<sup>191</sup> Cf. GIVERDON, « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », *rec. Dalloz*, 1952, *Chron.*, p. 87. L'auteur affirme que si, logiquement, l'examen du fond ne devrait venir qu'une fois tranchée la question de recevabilité de l'action, dans la réalité, ces deux opérations, logiquement distinctes, sont, en fait, confondues, parce que la qualité, élément d'appréciation de la recevabilité, suppose déjà l'examen du bien-fondé.

<sup>192</sup> A. FOURNEAU, *A la recherche d'une notion centrale du droit judiciaire pour une conception objective de l'action en justice*, thèse de doctorat, Droit, Aix-en-Provence, 1951, dact., microfiches, p. 176, 185, et 102. Dans ces situations, la qualité est objet du litige tant du côté du demandeur que de celui du défendeur. De cette sorte, le juge n'a pas la possibilité de vider la question avant l'examen du fond. Ainsi, il est obligé de joindre la question de la qualité à l'examen même du bien-fondé.

<sup>193</sup> V. Cass. Italienne, 15 juin 1948, *Foro Italiano*, 1948, I, p. 494, obs. Stella RICHTER ; *Rivista di diritto processuale*, 1951, II, p. 72. Cité par R. GASSIN, *La qualité pour agir en justice*, Op. cit., 1955, p. 208.

ayant statué sur ce partage<sup>194</sup>. D'un autre côté, Christophe LEFORT soutient que « si la tierce opposition est irrecevable, ce n'est pas parce que le mari n'est pas un tiers, mais bien parce que la Cour fait du droit d'action, qui a pour but d'obtenir le partage, un droit exclusif, en l'occurrence réservé aux successeurs du défunt<sup>195</sup> ». Le rapport 2008 de la Cour de cassation française précise que « Si les biens successoraux recueillis par un époux marié sous le régime de la communauté universelle entrent en communauté et si le conjoint de l'époux à qui ces biens sont échus a la qualité d'administrateur des biens de la communauté, il n'a pas la qualité d'héritier<sup>196</sup> ». C'est une sorte de qualité d'un époux qui exclut le conjoint en dépit du régime de la communauté ; la communauté de biens ne s'identifie point à une communauté de droit, ici en l'espèce, de droit d'action en justice.

**94. Défaut de qualité donnant défaut d'intérêt.** La Cour de cassation, en décidant que cet époux n'avait pas qualité pour exercer une action en partage de ces biens et, par suite, qu'il était dépourvu d'intérêt à former tierce opposition au jugement ayant statué sur le partage, semble opérer un revirement de jurisprudence. En effet, par un arrêt du 18 juin 1985, elle avait jugé qu'un époux, marié sous le régime de la communauté universelle, devait intervenir au partage des biens indivis tombés, par succession échue à son épouse, dans la communauté universelle, mais s'il importait peu qu'il ne l'ait pas fait dès lors qu'il avait déclaré ne pas se prévaloir de l'article 1427 du code civil<sup>197</sup>. Notons toutefois que cette affaire, antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 1985, s'inscrivait dans un contexte de faits très particuliers. A l'époque, l'article 818, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 13 juillet 1965, disposait que le mari, alors seul administrateur de la communauté, ne pouvait, sans le consentement de la femme, procéder au partage des biens à elle échus qui tombaient dans la communauté, non plus que des biens qui devaient lui demeurer propres et dont il avait l'administration. Or, dans l'affaire soumise à la Cour de cassation en 1985, ce n'était pas le mari qui avait procédé au partage, sans le consentement de son épouse, mais cette dernière qui l'avait réalisé en cédant ses droits successifs sans que son mari eût

---

<sup>194</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 2 avril 2008, Bull., n° 103, pourvoi n° 07-11.254.

<sup>195</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 2 avril 2008, n° 07-11254, Dr. et procéd. 2008, p. 277, obs. Ch. Lefort, Famille 2008, n° 1305, note F. SAUVAGE.

<sup>196</sup> [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2008\\_2903/quatrieme\\_partie\\_jurisprudence\\_cour\\_2922/droit\\_personnes\\_famille\\_2939/successions\\_liberalites\\_12198.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2008_2903/quatrieme_partie_jurisprudence_cour_2922/droit_personnes_famille_2939/successions_liberalites_12198.html), consulté le 12 mai 2017 à 1H 34min.

<sup>197</sup> Civ. 1<sup>er</sup>, 18 juin 1985, Bull. civ. 1985, I, n° 189.

participé à l'acte. Si les dispositions de l'article 818 du code civil n'étaient pas applicables, la Cour de cassation ne pouvaient que s'en inspirer, alors que, de surcroît, dans l'affaire qui lui était soumise, l'épouse, qui à l'époque n'avait pas la qualité d'administratrice de la communauté, ne s'était pas bornée à partager les biens qui lui étaient échus, mais les avait aliénés, au sens de l'article 1424 du code civil.

**95. L'action en partage, une action attitrée.** En interdisant ainsi au mari de pouvoir exercer l'action en partage, la Cour de cassation s'inscrit dans une logique différente en suggérant qu'il convient désormais de réunir sur la même personne les qualités de successeur (héritier en l'espèce) et celle d'indivisaire (époux en communauté). Et comme elle fait de l'action en partage une action attitrée, réservée à l'usage exclusif de l'héritier, l'époux non successible est privé du droit d'action et, par voie de conséquence, du droit de former tierce opposition à cette décision. Le législateur, prenant en compte la situation juridique particulière de certaines personnes leur a donné le pouvoir spécifique pour agir.

## ***2. La difficulté résultant de la titrisation légale***

**96. Notion de titrisation légale.** « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention ou pour défendre un intérêt déterminé<sup>198</sup> ». Il ressort de ce texte, du moins dans le contentieux privé, que la qualité est une exigence supplémentaire par rapport à l'exigence de l'intérêt et une exigence spéciale par rapport à la condition générale de l'intérêt à agir. La qualité est tour à tour le simple fait d'émettre la prétention d'un titre suffisant et l'objet même du procès, ce qui enlève à la qualité toute son utilité. En raison des contradictions liées à la confusion avec le fond du droit, ainsi qu'il est précédemment évoqué, GASSIN élève une inquiétude. Selon l'auteur, si la qualité est une condition nécessairement exigée pour que le juge doive examiner le fond, il paraît impossible d'expliquer comment le juge peut procéder à l'examen du fond, la qualité ne pouvant pas être vérifiée en même temps que le bien-fondé. Il en conclut que c'est sans doute pour cette raison qu'il a été soutenu que la seule prétention d'un titre conforme au type d'action engagée suffit à obliger le juge à statuer sur le fond en donnant à la qualité une signification toute différente de celle qui résulte de

---

<sup>198</sup> Article 31 du Code de procédure civile français.

l'idée selon laquelle elle serait l'objet du procès<sup>199</sup>. Il s'agit en réalité de la même contradiction soutenue par M. FOURNEAU<sup>200</sup>. Ces contradictions largement partagées s'étendent aux autres conditions de recevabilité dont l'intérêt à agir.

**97. La qualité, une condition juste pour un tri parmi ceux qui ont intérêt.** le Code béninois de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes prescrit que l'action est ouverte à toute personne ayant intérêt à agir. Toutefois, la présence actuelle d'un intérêt personnel et légitime ne suffit pas toujours à conférer le droit d'agir. La qualité à agir est évidemment liée à l'intérêt à agir mais, dans certains cas, en application de la loi, certaines personnes ont la possibilité d'agir en justice seulement parce qu'elles sont légalement pourvues de ce titre pour agir. Ainsi, la loi va parfois, parmi toutes les personnes justifiant d'un intérêt à agir, effectuer un tri<sup>201</sup>. La qualité à agir est alors un outil de tri, un tri effectué entre les nombreuses personnes ayant un intérêt quelconque dans la cause concernée. Ces actions sont qualifiées d'actions attitrées, par opposition aux actions banales. Elles sont attitrées car la loi qualifie les personnes qui peuvent agir à travers l'octroi du titre. La loi prendra bien sûr en considération la situation juridique particulière permettant de donner ce titre à ces personnes : c'est une titrisation légale. Aussi, certaines personnes ont qualité pour agir à la place de quelqu'un d'autre. Les créanciers personnels d'un des héritiers peuvent demander le partage de la succession dans les cas où leur débiteur aurait lui-même négligé de le faire, mettant ainsi leurs intérêts en péril<sup>202</sup>. Ils peuvent également agir en révocation du partage auquel il a été procédé sans eux au mépris d'une opposition qu'ils auraient formée<sup>203</sup>. De plus, une belle-mère, même si elle a intérêt que sa fille maltraitée par son époux, divorce de lui, ne peut pas agir, car elle n'en a pas la qualité, seul l'un des époux peut demander le divorce<sup>204</sup>.

**98.** On constate ainsi que la loi qualifie les personnes qui peuvent agir en tenant compte de la matière. Ainsi, pour savoir si quelqu'un a qualité pour agir, l'on se réfère à la matière (la

---

<sup>199</sup> R. GASSIN, *La qualité pour agir en justice*, op. cit. n° 286.

<sup>200</sup> V. A. FOURNEAU, *A la recherche d'une notion centrale du droit judiciaire pour une conception objective de l'action en justice*, thèse de doctorat, Droit, Aix-en-Provence, 1951, dact., microfiches, p. 176.

<sup>201</sup> V. Code des personnes et de la famille (CPF, Bénin) en ses articles 762, 769, 784. Il s'agit de l'attribution stricte de qualité par la loi. Cas du créancier d'indivisaire pour provoquer le partage.

<sup>202</sup> Code des personnes et de la famille (CPF, Bénin), article 769 al. 2.

<sup>203</sup> Code des personnes et de la famille (CPF, Bénin), article 784 al. 3.

<sup>204</sup> Code des personnes et de la famille (CPF, Bénin), article 221 : « Le divorce peut résulter (...) d'une décision judiciaire prononçant la dissolution du mariage à la demande de l'un des époux ».



substance) concernée. La qualité pour agir est bien liée à la substance du droit, alors qu'elle devrait être analysée au seuil du procès, autrement dit, elle est une condition de recevabilité des demandes en justice.

Les conditions de recevabilité de l'action ne peuvent être totalement détachées du droit substantiel. Ceci se donne à voir à travers certains risques d'élargissement.

## Paragraphe 2 : Les risques d'élargissement

**99. Entre variabilité et diversité.** « Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée »<sup>205</sup> : c'est le caractère illimité des fins de non-recevoir qui est ainsi énoncé, ce qui a pour implication une diversité de celles-ci. L'étude conjointe de la variabilité des conditions ordinaires (A) et la diversité des conditions supplémentaires (B) méritent d'être analysées dans le but de révéler leur extension à l'examen du droit substantiel.

### A. La variabilité des conditions ordinaires

**100. La qualité, entre déguisement et révélation.** Il est bien certain, ainsi que le remarquent certains auteurs, que le temps joue un rôle déterminant dans la perspective juridique<sup>206</sup>. Au risque de heurter la sensibilité, la doctrine évoque parfois une tendance de la Cour de cassation pour mieux contrôler cette évolution. Ceci nous fait penser à ce passage célèbre du discours préliminaire de Portalis : « Il est trop heureux qu'il y ait des recueils, et une tradition suivie d'usages, de maximes et de règles, pour que l'on soit, en quelque sorte, nécessité à juger aujourd'hui, comme on a jugé hier, et qu'il n'y ait d'autres variations dans les

---

<sup>205</sup> CPC, art. 122

<sup>206</sup> Voir parmi de très nombreux ouvrages sur la question : F. OST, M. VAN HOECKE, *Temps et droit : le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 469 p. ; F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, 376 p. Voir également les ouvrages issus de nombreux colloques sur la question : J.-M. COULON, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Le temps dans la procédure* : Colloque organisé par le Tribunal de Nanterre et l'Association française de philosophie du droit le 5 décembre 1995, Paris, Dalloz, 1996, 78 p. ; M. ORTOLANI et O. VERNIER (dir.), *Le temps et le droit*, Journées internationales de la Société d'histoire du droit, mai 2000, Nice, Serre, 2002, 257 p. ; A. GUINERET-BROBBEL DORSMAN (dir.), *Le Temps et le droit*, Colloque organisé par le Centre de recherches sur la Protection Juridique de la personne de l'Université de Franche-Comté le 24 novembre 2000, Besançon, PUFC, 2003, 133 p. ; S. GABORIAU, H. PAULIAT (dir.), *Le temps, la justice et le droit*, Actes du colloque, Limoges, 20-21 novembre 2003, Limoges, PULIM, 2004, 373 p. ; P. FLEURY-LE GROS (dir.), *Le temps et le droit*, Actes du colloque organisé par le Groupe de recherche en droit fondamental international et comparé, GREDFIC à la Faculté des affaires internationales du Havre, les 14 et 15 mai 2008, Paris, Litec, 2010, 112 p. Selon la quatrième de couverture de ce dernier ouvrage, « L'interaction entre le droit et le temps est si forte qu'elle n'a eu de cesse de passionner les juristes ».

jugements publics, que celles qui sont amenées par le progrès des lumières et par la force des circonstances. Il est trop heureux que la nécessité où est le juge, de s'instruire, de faire des recherches, d'approfondir les questions qui s'offrent à lui, ne lui permette jamais d'oublier que, s'il est des choses qui sont arbitraires à sa raison, il n'en est point qui le soient purement à son caprice ou à sa volonté<sup>207</sup>».

**101.** La variabilité des conditions ordinaires s'apprécie à l'aune du déguisement de la qualité sous le masque de l'intérêt légitime (1) et la révélation de la qualité par l'intérêt juridiquement protégé (2).

### *1. L'intérêt légitime, une qualité déguisée<sup>208</sup>*

**102. La légitimité de l'intérêt, la jurisprudence à la recherche d'un sens.** La notion d'intérêt légitime a été définie au fil de la jurisprudence<sup>209</sup>. La Cour de cassation a décidé que l'appréciation de l'intérêt devrait être laissée à la sagacité des juges du fond<sup>210</sup>. Bien que l'intérêt légitime semble être une notion ouverte dans son application, il résulte de l'appréciation souveraine du juge que l'intérêt soit qualifié de légitime pour motiver la demande<sup>211</sup>. La Cour de cassation, en sa chambre mixte va même loin dans ses analyses et investigations en 1970<sup>212</sup>, par deux arrêts, elle a décidé que la concubine était « irrecevable » en son action faute d'intérêt. La femme avait-elle un droit substantiel, à la réparation de son préjudice ? Telle était la question qui mérite d'être posée. Sans doute, la loi ne saurait à elle seule trouver un remède pour tous les préjudices que peut causer le décès d'une personne. Elle restreint le champ d'exercice à des personnes, en excluant les voisins ou les amis. Fallait-il exclure la concubine ou au contraire l'admettre dans le lot des bénéficiaires ? On ne peut donc se fier à l'intérêt de la concubine à agir mais plutôt à la « qualité » à agir, ladite qualité relevant du droit substantiel du moment où un plaideur, en ce sens d'intérêt légitime, ne pourrait agir que s'il dispose d'un droit subjectif au fond. L'intérêt

---

<sup>207</sup> A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836, t. 1, p.472.

<sup>208</sup> J. DJOGBENOU, *Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes, commenté et annoté*, 2<sup>e</sup> édition, V. art. 33 ; De même que l'art. 31 du Code de procédure civile français, Commentaire de L. CADIET, LexisNexis, 27<sup>e</sup> édition, 2014, p. 49.

<sup>209</sup> J. ZILLER, « Les instruments juridiques de la protection des intérêts diffus et des biens collectifs : Le rôle des pouvoirs privés et la rentrée des pouvoirs publics », *RIDE*, 3/2003 (t. XVII), pp. 495-510.

<sup>210</sup> Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 4 nov. 1980 : *Bull. civ.*, I, p. 223.

<sup>211</sup> L. CADIET, *Code de procédure civile*, LexisNexis, 27<sup>e</sup> édition, 2014, p. 49.

<sup>212</sup> Cass. Mixte, 27 fév. 1970, D. 1970. 201, note J. COMBALDIEU.

à agir paraît ainsi se confondre avec le droit substantiel à travers son caractère légitime. Et puisque n'a ce droit d'agir que celui dont l'intérêt est revêtu de ce caractère légitime, on peut dire qu'il s'agit d'un titre légal : la qualité pour agir. Il en est ainsi de l'article 33 du Code béninois de procédure civile (CPCCSAC) qui insiste sur la légitimité et le caractère juridiquement protégé de l'intérêt pour agir.

## **2. Les frontières discutables entre l'intérêt juridiquement protégé et la qualité**

**103. Notion.** La protection juridique d'un droit suppose une prévision par le Droit positif à travers, d'une part, les textes légaux et autres instruments de droit, et d'autre part, des mécanismes mis en place pour assurer la jouissance effective des droits objet de ladite protection. Il s'agit de tout un système ayant, en amont l'institution des situations juridiques au sein des textes de loi, et, en aval, des mécanismes juridictionnels dédiés à leur mise en œuvre effective. Si, pour conclure à la légitimité de l'intérêt à agir, le juge est forcément amené à examiner le droit substantiel, l'exigence du caractère juridiquement protégé du droit en jeu constitue un obstacle catégorique à la recevabilité même de l'action. Le droit béninois qui prévoit ce caractère juridiquement protégé est allé plus loin dans le filtre que le droit français. Mais en pratique, le juge béninois n'en tient pas rigueur. Il vérifie si l'intérêt invoqué par le demandeur est juridiquement protégeable tout en prenant en compte le caractère moral, éthique, sérieux<sup>213</sup>. Sur le terrain du droit de la famille, la belle-mère ou le beau-père d'un époux ne peut intervenir dans les relations conjugales de son enfant quelles que soient la gravité des sévices et des humiliations qui puissent lui être infligés. Ainsi, une belle-mère par exemple, serait destinataire de la règle de droit substantiel définissant les droits et les obligations des époux, mais elle n'aurait pas le droit de les faire valoir devant les juridictions<sup>214</sup>. L'« on créerait une sorte "d'obligation naturelle" du divorce »<sup>215</sup>. Pour H.

---

<sup>213</sup> Le but est d'offrir aux juges un large pouvoir d'appréciation de la conformité de l'intérêt invoqué au droit et à la morale au moment de son office. V. aussi, à propos de l'intérêt légitime, JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile*, n° 69 ; J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Domat, droit privé, Montchrestien, 6e éd. Paris 2015, p. 70, n°65 ; GLASSON- TISSIER, *Traité de procédure civile*, T. 1<sup>er</sup>, n° 181, p. 437 et s. ; COLIN, CAPITANT et JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Cours de droit civil*, t. II, n° 322 et s. ; H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, 1948, rééd. Dalloz 2002, p. 39 ; JOSSERAND, *De l'esprit des droits*.

<sup>214</sup> Code des personnes et de la famille (CPF, Bénin), article 221 : « Le divorce peut résulter (...) d'une décision judiciaire prononçant la dissolution du mariage à la demande de l'un des époux ».

<sup>215</sup> J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Domat, droit privé, Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd. Paris 2015, p. 71, n° 65.

MOTULSKY, cette situation ne peut s'expliquer<sup>216</sup>. La loi ne fait donc pas d'elle la destinataire de la règle substantielle qui définit ces droits et obligations<sup>217</sup>.

**104. Révélation de la qualité dans la confusion entre les caractères légitime et juridiquement protégé de l'intérêt.** En considération de la notion d'intérêt juridiquement protégé, on constate que la possibilité d'agir en justice est la pierre angulaire de cette protection et de la sanction des droits subjectifs. Dans ce cadre, pour agir en justice, la personne intéressée devra démontrer, à son égard, la titularité du droit substantiel prévu par le Droit positif. Si le juge béninois ne se préoccupe pas tellement de ce caractère juridiquement protégé de l'intérêt, il y a lieu de constater que le caractère légitime à lui seul n'en est pas loin. On peut le dire ainsi du moment où, dans le vocabulaire juridique de G. CORNU, il est indiqué qu'est légitime ce qui est *fondé en droit* (donc juridiquement protégé). Ainsi, est propriétaire légitime celui qui est, *en droit*, le véritable propriétaire. On peut donc se passer d'un examen distinct du caractère juridiquement protégé et parvenir aux mêmes résultats avec l'examen de la seule légitimité de l'intérêt. Une certaine jurisprudence en France peut s'analyser comme une confirmation de tels élargissements. Il en est ainsi en procédure administrative où un enseignant ayant saboté la session d'examen en affectant des notes de 0 à 3 sur 20, le recteur de l'Académie a organisé une session complémentaire afin de corriger le tort qui est ainsi fait. Mais l'enseignant a introduit devant le tribunal administratif un recours. Le tribunal administratif a jugé que l'intérêt de l'enseignant n'était pas légitime dans un arrêt du Conseil d'État du 22 septembre 1993. Le juge a d'ailleurs utilisé l'expression d'*intérêt donnant qualité* dans son raisonnement relativement à l'examen de la recevabilité: « L'intéressé, qui avait ainsi volontairement méconnu les responsabilités attachées à l'exercice des prérogatives découlant de ses fonctions de professeur d'université, *ne justifie d'aucun intérêt lui donnant qualité pour contester la décision* d'organiser des épreuves écrites de remplacement<sup>218</sup> ». Dans la jurisprudence criminelle, il s'agit de l'hypothèse où l'infraction

---

<sup>216</sup> H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, 1948, rééd. Dalloz 2002, pp. 40-41.

<sup>217</sup> J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, op. cit., p. 71, n° 65.

<sup>218</sup> CE, 4/1 SSR, du 22 septembre 1993, n° 79575, Rec Lebon <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007827245>, Consulté le 07-06-17. Il a été jugé « qu'en raison de cette grave irrégularité, ces épreuves ont été annulées par les jurys d'examen et que des épreuves écrites de remplacement ont dû être aussitôt organisées ; que M. X..., qui avait ainsi volontairement méconnu les responsabilités attachées à l'exercice des prérogatives découlant de ses fonctions de professeur d'université, ne justifiait d'aucun intérêt lui donnant qualité pour contester devant le tribunal administratif de Nancy la décision d'organiser des épreuves écrites de remplacement destinées à pallier les

est commise par plusieurs auteurs. Si l'une des personnes se constitue partie civile des coauteurs dans la situation où ils seront tous condamnés, alors qu'elle a participé au délit, sa constitution de partie civile sera irrecevable.

## **B. La diversité des conditions supplémentaires**

**105. De l'inopposabilité à l'irrecevabilité.** La publicité exigée en matière foncière affecte la recevabilité de certaines demandes : ainsi à cause de l'absence de cette publicité obligatoire à peine d'inopposabilité aux tiers, lorsque l'un de ces derniers est partie à la cause.

**106.** Il en est de même pour la condition de la décision préalable qui ne concerne que la procédure administrative. Si, pour ces conditions en dehors de l'article 122 du Code de procédure civile, certaines sont expressément prévues par des textes légaux (1), d'autres en revanche procèdent d'interprétations jurisprudentielles (2).

### ***1. Des prévisions légales***

**107. Entre exhaustivité et ouverture.** Dans certaines matières, les législateurs ont prévu d'autres exigences qu'on pourrait qualifier de « conditions supplémentaires de recevabilité de la demande ». Par exemple, l'article 24, 4° du décret français du 4 janvier 1955 qui prévoit que sont obligatoirement publiés au service chargé de la publicité foncière, *les demandes en justice (...) tendant à obtenir la résolution, la révocation, l'annulation ou la rescision* de certaines conventions ou dispositions à cause de mort soumises à publicité obligatoire à peine d'inopposabilité aux tiers. Le défaut de cette publicité entraîne l'irrecevabilité de la demande (art. 30, 5° du même décret). Ainsi, sont obligatoirement inscrits au Livre foncier, et à peine d'irrecevabilité, les demandes en justice tendant à obtenir la résolution, la révocation, l'annulation ou la rescision d'une convention ou d'une disposition à cause de mort ainsi que les arrêtés d'insalubrité et de périls<sup>219</sup>.

---

conséquences de ses propres agissements ». Le caractère irrégulier de l'acte posé par l'enseignant résulte de ce qu'il a attribué des notes qui ne se justifient par aucune règle, ni juridique, ni éthique ou morale.

<sup>219</sup> Voir article 38-4 de la loi du 1<sup>er</sup> juin 1924 modifiée, article L. 1331-28-1 du Code de la santé publique et article L. 511-1-1 du Code de la construction et de l'habitation.

**108.** L'article 38 de la loi du 1<sup>er</sup> juin 1924 a modifié de manière exhaustive les droits qui doivent être inscrits au Livre foncier aux fins d'opposabilité<sup>220</sup>. Dans cette liste, on trouve notamment les servitudes conventionnelles et toute servitude dont la publicité foncière est prévue par la loi à peine d'inopposabilité.

**109.** Les requêtes examinées par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples doivent nécessairement « être postérieures à l'épuisement des recours internes s'ils existent, à moins qu'il ne soit manifeste à la Commission que la procédure de ces recours se prolonge d'une façon anormale »<sup>221</sup>. Le demandeur ne doit pas utiliser des « termes outrageants ou insultants à l'égard de l'Etat mis en cause, de ses institutions ou de l'OUA<sup>222</sup> ».

**110.** Devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, une condition supplémentaire de recevabilité liée à la qualité est prévue. En effet, les individus et les associations ayant un statut d'observateur auprès de l'Union africaine n'ont qualité pour saisir ladite Cour, qu'à condition que l'État ait fait au préalable, une déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour pour les requêtes individuelles et celle des associations.

**111.** La Cour européenne des droits de l'homme rejette près de 90% des plaintes qu'elle reçoit au motif d'irrecevabilité<sup>223</sup>. Au nombre des motifs, il y a le non-épuisement des voies de recours internes<sup>224</sup>. En effet, au niveau national, tous les recours qui apportent réparation à la situation dont l'on se plaint doivent être utilisés. Il s'agit le plus souvent d'une action devant le tribunal civil, répressif ou administratif compétent, suivi le cas échéant d'un appel et d'un recours devant une juridiction supérieure telle que la Cour suprême, la Cour de cassation ou la Cour constitutionnelle, s'il y en a une. En outre, les règles et les procédures de la loi nationale doivent avoir été respectées. Si les tribunaux internes n'ont pas pu examiner l'affaire parce qu'ils n'ont pas été saisis dans les délais légaux prescrits par la loi nationale, alors la plainte devant la Cour de Strasbourg peut être déclarée irrecevable.

---

<sup>220</sup> Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples, article 56-3

<sup>221</sup> Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée le 27 juin 1981 à Nairobi, Kenya, article 56-5.

<sup>222</sup> L'OUA est l'Organisation de l'Unité Africaine, elle est devenue Union Africaine depuis 2002. Voir F. KPATINDE, « Bienvenue dans l'Union africaine », *Courrier international*, 20 février 2012.

<sup>223</sup> V. Berger (préf. Louis-Edmond Pettiti), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Sirey, 13e éd., 2014,

<sup>224</sup> Art. 35 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentale.

## 2. Des extensions jurisprudentielles

**112. L'examen de la recevabilité, un cheminement ouvert.** Pour être recevable, toute action en justice suppose obligatoirement que le demandeur à l'action ait un droit d'agir. A défaut de droit d'agir, il existe ce que l'on dénomme une « fin de non-recevoir »<sup>225</sup>. La « fin de non-recevoir » est un moyen de défense rédhibitoire qui entraîne concrètement le rejet de l'action sans examen au fond en ce qu'elle tend à rejeter les demandes sans examen au fond et que la demande en justice est déclarée irrecevable, sans que le juge ne puisse valablement examiner le litige au fond. L'efficacité de la fin de non-recevoir provient de sa qualification. Elle a une nature hybride qui la démarque à la fois des exceptions de procédure et des défenses au fond. Cela lui permet d'avoir un régime propre et efficace.

**113.** Le caractère ouvert de l'examen de la recevabilité se révèle à travers ce mécanisme où la partie qui soulève une fin de non-recevoir aura simplement à indiquer au juge que son adversaire ne satisfait pas aux conditions fixées par la loi pour pouvoir agir en justice. Or, la loi n'a pas limitativement cité les cas de « fin de non-recevoir ». Le juge étend alors le champ des « fins de non-recevoir ». A cet effet, le 14 février 2003, la Cour de cassation a jugé que : *« il résulte des articles 122 et 124 du nouveau Code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées ; que, licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent ; qu'ayant retenu que l'acte de cession d'actifs prévoyait le recours à une procédure de conciliation préalable à toute instance judiciaire pour les contestations relatives à l'exécution de la convention, la cour d'appel en a exactement déduit l'irrecevabilité du cédant à agir sur le fondement du contrat avant que la procédure de conciliation ait été mise en œuvre »*<sup>226</sup>.

**114. De l'ouverture à la libéralisation jurisprudentielle.** Rappelons qu'en 1970, la Cour de cassation est revenue sur sa position antérieure<sup>227</sup> en accordant à une concubine une

---

<sup>225</sup> La fin de non-recevoir est définie à l'article 122 du code de procédure civile français : *« Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée »*.

<sup>226</sup> Ch. Mixte, 14 février 2003, n° 00-19.423 et n° 00-19.424.

<sup>227</sup> Avant 1970, la Cour de cassation disait que l'intérêt du concubin de la personne vivante n'était pas digne d'être juridiquement protégé, seul le couple marié pouvait en bénéficier.

indemnité à la suite du décès de son concubin dans un accident à un moment où le concubinage n'était pas pleinement reconnu<sup>228</sup>.

**115. Des implications à l'ouverture.** Dans d'autres systèmes juridiques c'est le juge qui décide à propos de l'existence de l'action et, ce faisant, il attribue la qualité pour agir au cas par cas. C'est le système des *class actions* américaines ou le recours collectif québécois. Ici, ce n'est pas la loi qui reconnaît le droit d'action avant tout litige, mais le juge, une fois que le litige est né, et ceci, selon les cas, grâce à une procédure spécifique et adaptée, conçue à cet effet. Cette procédure comporte une phase de recevabilité de l'action, connue comme phase de certification, voire d'autorisation, dont le but est d'évaluer le bien-fondé de l'attribution du droit d'action portée par le groupe, et de reconnaître le groupe concerné. L'avantage de ce type de procédures est avant tout la souplesse, car l'action s'adapte au litige : le groupe porté et la prétention soulevée sont définis avec le concours du juge, si l'action est certifiée. La réparation du préjudice individuel des victimes, ainsi que le préjudice objectif pur peuvent être demandés au même temps. Pourtant, ce modèle n'est pas non plus la panacée. La certification de l'action n'est pas automatique ; elle est soumise à des conditions, comme celle de prouver l'existence du groupe, ou le caractère adéquat du représentant, et parfois il devra justifier l'opportunité de cette action<sup>229</sup>. La procédure risque de s'allonger de manière irrémédiable dans cette phase, d'autant plus que le recours à la décision de certification est souvent admis. Par exemple, l'affaire Wal-Mart<sup>230</sup>, quoiqu'en matière de discrimination, montre comment un recours de cette nature peut se solder en échec pour les victimes potentielles. Le litige entre - temps n'est pas résolu.

**116.** D'autres inconvénients juridiques invoqués sont liés à la manière d'intégrer le groupe, par un système d'option d'inclusion (*opt in*)<sup>231</sup> ou d'exclusion (*opt out*). Les effets des

---

<sup>228</sup> 27 février 1970.

<sup>229</sup> Les conditions de la class action sont posées à l'art. 23 des Federal Civil Rules. Pour le recours collectif québécois c'est l'art. 1003 du Code de Procédure Civile du Québec.

<sup>230</sup> C. Le GALLOU, « La Cour suprême américaine freine la plus grande class action jamais menée ! » R. Dalloz, 2011, p. 2284. L'affaire débute en 2001, en 2007 un tribunal fédéral certifie l'action, certification qui sera contestée et annulée par la suite. Or, il s'est écoulé dix ans de procédure.

<sup>231</sup> Le principe général est qu'un individu ne peut être destinataire d'une newsletter que s'il a donné de manière claire et explicite son consentement à la réception de ce type de message. L'*opt-in* est le principe par lequel un individu doit donner son consentement préalable et explicite avant d'être la cible d'une prospection directe.

L'obligation d'*opt-in* ne s'applique cependant pas à des individus déjà clients dans le cadre d'offres similaires ou pour des adresses e-mail professionnelles (V. B. BATHELOT, *Glossaires : Droit et déontologie*, <http://www.definitions-marketing.com/definition/opt-in/>, Mis à jour du 30 mars 2017).



décisions dépendent de la manière d'intégrer le groupe, notamment à l'égard des membres du groupe qui ne sont pas parties à l'instance. Dans les systèmes d'inclusion, les victimes potentielles ont un délai défini par le juge, ou la loi, pour intégrer le groupe. Tandis que, pour le système d'option d'exclusion, les victimes potentielles qui voudraient préserver leur droit d'agir individuel devront s'exclure de la procédure, leur silence valant acceptation. C'est pourquoi il est souvent invoqué le risque d'atteinte au droit individuel d'agir personnel, notamment en cas d'*opt-out*<sup>232</sup>, voire au principe du contradictoire. Mais, en fait, ces arguments ne sont pas rédhibitoires : tout dépendra du système de communication et de publicité de la certification de l'action<sup>233</sup>. La phase de certification permet par ailleurs de garantir la contradiction. S'il est vrai que l'action de groupe peut être un outil favorisant la réparation intégrale du préjudice causé, il est difficile de trancher la question sur la réelle incidence de ces mécanismes en matière environnementale. Il n'y a pas de données sur la question. Certes, la protection de l'environnement est probablement un des domaines où elle rencontre certain succès<sup>234</sup>, mais il faut reconnaître que son utilisation demeure relative. Par exemple, au Québec, dans les dix dernières années il n'y a eu que quatorze recours collectifs intentés concernant des questions environnementales selon la base de données de la Cour Supérieure du Québec<sup>235</sup>. Il est possible que le modèle le plus séduisant et ayant fait ses preuves soit le modèle d'action populaire, comme le modèle brésilien<sup>236</sup> et portugais. Non seulement ils permettent de concilier l'aspect public et privé de ces litiges, mais encore l'attribution du droit d'agir au citoyen et aux autres entités est automatique. Il n'y a pas le risque d'allongement procédural existant avec la certification. Ensuite, le modèle est assez ouvert, permettant la défense de plusieurs types d'intérêts. Cela étant, la question est ouverte au débat.

## ***SECTION 2 : Des concepts restreints dans leur évolution solidaire***

---

<sup>232</sup> L'*opt-out* ou *opting out* consiste à faire fi de toute autorisation préalable de l'internaute pour lui adresser un message électronique ou tout simplement collecter des informations à son sujet (venue et déplacement sur un site, nature des achats, profil, mode de paiement... par exemple).

<sup>233</sup> C. HERVAS HERMIDA, *La notion d'action de groupe, étude de droit comparé*, Thèse, Paris Ouest Nanterre la Défense, 2013, n° 541 et s.

<sup>234</sup> Par exemple, au Portugal c'est un des domaines des plus utilisés en matière d'*acção popular*.

<sup>235</sup> Recherche effectuée sur le site <http://services.justice.gouv.qc.ca/dgsj/rrc/DemandeRecours/DemandeRecherche.aspx>.

<sup>236</sup> M.L. CARTIER MARRAUD, « Class action. L'exemple du Brésil », *LPA*, 25 mars 2014, n°60, p. 9.

**117. Une idée de cohabitation notionnelle.** Lorsqu'on considère côte à côte la qualité et l'intérêt, l'on s'aperçoit que, bien qu'étant des notions autonomes, l'un ne va pas sans l'autre en principe dans la pratique. La qualité et l'intérêt partagent des interférences de même que des dissemblances. Ces interférences résultent du caractère tributaire de la qualité de l'intérêt (**paragraphe 1<sup>er</sup>**) et du caractère distinct des deux notions (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1<sup>er</sup> : La qualité tributaire de l'intérêt, les interférences**

**118. Clarification.** L'existence, en la personne de celui qui élève ou combat une prétention, d'un intérêt personnel, juridique et légitime, lui donne en principe qualité pour agir aux fins d'obtenir un jugement : l'idée est que la personne qui peut réclamer l'application du droit est celle que cette application intéresse personnellement. En principe, la qualité et l'intérêt sont liés par le simple fait que celui qui agit a intérêt et qualité pour agir. Mais il arrive que les deux se dissocient. Ainsi, bien qu'une personne ait un intérêt direct et personnel à l'action, elle n'a pas qualité pour agir. Il s'agit des actions attitrées (**B**) qui font exception au principe selon lequel l'action est ouverte à tous ceux qui justifient d'un intérêt légitime dans le cadre des actions banales (**A**).

#### **A. Les actions banales, le principe**

**119. De l'intérêt à la qualité, du général au particulier.** Ici, la qualité n'est qu'un aspect particulier de l'intérêt par lequel elle est absorbée et en cette matière d'action banale, la loi n'a pas déterminé le sujet de l'action. La condition de l'intérêt devient véritablement une condition particulière de la recevabilité de la demande. Il faudra justement se référer tant à son exigence légale (**1**) qu'aux analyses doctrinales (**2**) dont certaines sont tirées de la jurisprudence de la Cour de cassation française.

#### **1. La présence de l'intérêt : une exigence légale**

**120. L'unanimité dans la légalité.** Cette exigence légale s'observe à travers divers Codes de procédure civile dont le Code béninois de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes qui, en son article 33 énonce : « *L'action n'est recevable que*

si le demandeur justifie d'un intérêt légitime, direct et personnel, juridiquement protégé ; ... ». Il en est de même de l'article 31 du Code de procédure civile français qui prévoit que : « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, ... » Cette nécessité pour le plaideur de justifier d'un intérêt est attestée par de vieux brocards : « l'intérêt est la mesure de l'action », « Pas d'intérêt, pas d'action ». Cette vieille maxime exprime de façon lapidaire l'un des principes essentiels de la procédure juridictionnelle. Le bon sens l'impose à tout justiciable, quel que soit le procès qu'il engage, quelle que soit la juridiction saisie. Sans intérêt, la demande en justice, même fondée, est irrecevable<sup>237</sup> Ainsi, la présence de l'intérêt est si importante, tellement affirmée qu'elle couvre celle de la qualité à agir dans les actions dites banales. C'est la situation de l'indifférence de la qualité pour agir dans les actions banales. L'action est banale en ce sens qu'elle est attribuée à tout intéressé en tant que tel, par opposition aux actions attributées qui ne sont attribuées qu'à certains intéressés spécialement et limitativement désignés.

**121. La qualité absorbée.** Les actions banales sont les actions recevables dès lors que le plaideur dispose d'un intérêt pour agir, sans qu'une qualité pour agir ne soit exigée. Ici la qualité pour agir à titre personnel n'apparaît pas. L'intérêt à agir suffit. Le principe est donc que la qualité pour agir n'est pas requise de celui qui agit à titre personnel, pour la défense d'un intérêt direct et personnel. C'est donc l'hypothèse ordinaire, c'est le droit commun des actions. Dans ses cas, intérêt et qualité se confondent. L'intérêt à agir constitue à lui seul un titre suffisant pour agir : on dit que la qualité est absorbée par l'intérêt, puisque la loi a ainsi accordé la qualité à agir à celui qui a l'intérêt à agir<sup>238</sup>. En fait, cette situation est due à ce que l'action s'exerce ici dans l'hypothèse où la demande vise la protection ou la défense d'un intérêt personnel et direct à celui qui agit. Alors, parler encore de la qualité à agir dans

---

<sup>237</sup> H. TOUTEE, « L'intérêt pour agir des syndicats pour la défense des intérêts individuels de leurs membres », *RFDA*, 1993, p. 250 ; M. LALIGANT, « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », *RDJ* 1971, p. 43 ; F. MELLERAY, « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *JCPA*, 2005, p. 1296 ; M. MIGNON, « Une évolution inachevée : la notion d'intérêt ouvrant le recours pour excès de pouvoir », *rec. Dalloz, Chron.* 1953, p. 121 ; B. PACTEAU, « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *Rev. adm.*, numéro spécial, Paris, 1999, p. 51 ; J. TERCINET, « Le retour de l'exception de recours parallèle », *RFDA*, 1993, p.115 ; Ch.-L. VIER, « Le rapporteur public et la simplification, paradoxes d'une réforme », *AJDA*, 2011, p. 1189 ; M. HECQUARD-THERON, « De l'intérêt collectif », *AJDA* 1986, p. 65 ; V. NANDAN, « Quelques remarques sur l'utilité d'une modulation à l'envers : l'inexistence en question », *Dr. Adm. Etude* 2010, p. 12.

<sup>238</sup> H. CROZE, C. MOREL, O. FRADIN, *Procédure civile*, Coll. *Objectif droit*, 4<sup>e</sup> éd, Litec, Paris, 2008, n° 338 ; R. MARTIN, « Faut-il supprimer le ministère public devant les juridictions civiles et administratives ? », *RTD civ.* 1998, p. 873 ; P. CAGNOLI, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, J. thèse Caen, 2002, p. 37 et s.

le cas du demandeur qui agit pour la reconnaissance et la satisfaction de son propre droit est superflu. La distinction pour l'action banale attribuée en fonction de l'intérêt et l'action attitrée attribuée en fonction de la qualification que donne la loi. Elle répond au principe : l'action banale suppose « *Pas d'intérêt, pas d'action* ».

122. Cependant, dans la pratique de cette hypothèse, il faut remarquer que la qualité s'apprécie indirectement à travers la légitimité de l'intérêt dans le droit le substantiel invoqué, ce qui n'a pas suffi à empêcher la doctrine de justifier la convenance de cette absence virtuelle de la qualité à agir.

## **2. L'absence de la qualité : une convenance doctrinale**

123. **D'une pierre, plusieurs coups.** Une partie de la doctrine considère que la qualité se ramène à l'exigence du caractère personnel et direct de l'intérêt<sup>239</sup>. Lorsque l'action est exercée par celui qui se prétend titulaire d'un droit propre, ce dernier dispose en principe de la qualité pour le défendre et d'un intérêt personnel et direct.

124. D'autres justifications militent en faveur de cette absence de la notion de qualité à agir dans ce genre d'action. En effet, la qualité n'est qu'un aspect du droit subjectif invoqué, un élément de fond du litige. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à la définition de la notion de qualité proposée par HERON à savoir : « *La qualité peut être définie comme la traduction processuelle de la titularité du droit substantiel*<sup>240</sup> ». Cette position semble aller à l'encontre de la règle posée par le législateur qui érige le défaut de qualité en fin de non-recevoir. Cela est d'autant plus vrai que le juge, dans son analyse, doit se demander si les conditions objectives de l'action étant réunies, le droit invoqué, en le supposant établi, est celui de la personne que la loi veut protéger. Cet examen est celui de l'une des conditions d'application de la règle de droit subjectif avancé.

125. Il suffit d'imaginer comment le juge raisonnerait si le concept de qualité n'existait pas. Bien que retenant l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité suffisant,

---

<sup>239</sup> S. GUINCHARD C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, 33<sup>e</sup> éd. Dalloz, n° 136, p. 112-113 ; D. BAILLEUL, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA*, 2004, p. 1626 ; C. BROYELLE, « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *revue Droit adm.* 2004, p. 6.

<sup>240</sup> J. HERON, *op. cit.*, n° 56 et 57, note Pierre CAGNOLI, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté thèse cit.*

le juge refusera d'accorder des dommages-intérêts si le préjudice subi est celui d'un animal. Cela faisant, il estime donc, par ce refus de faire droit à la prétention, que l'une des conditions de mise en jeu de la règle de droit ferait défaut. La détermination abstraite des destinataires de la règle de droit ne pose ici aucune difficulté (contrairement aux actions attitrées) d'autant plus que la qualité est liée à l'existence juridique du sujet de droit, une existence réglée par la vie (pour les personnes physiques), et par l'octroi de la personnalité morale (pour les groupements)<sup>241</sup>. Il s'agira donc pour le juge de se demander si cette condition est satisfaite en l'espèce.

126. M. GUINCHARD va dans le même sens de la justification de cette absence de la qualité couverte par la seule présence de l'intérêt à travers l'analyse des arrêts rendus par la Cour de cassation française. Il en conclut que le *trustee*<sup>242</sup> a qualité pour agir en justice du seul fait qu'il dispose de la propriété juridique du bien, en son seul nom et non pas comme représentant des bénéficiaires. Dès lors, il trouve sa qualité à agir dans son intérêt direct et personnel, lui-même lié à la titularité de la propriété juridique du bien, il est ainsi partie à l'action qui lui est donc ouverte. En effet, le représentant de la personne morale ne pourrait prétendre, sur cette seule qualité, agir à titre personnel. L'institution du trust anglais fait débat au sein de la doctrine et devant les juridictions. Finalement, la Cour de Paris a reconnu au *trustee* la qualité de « véritable partie ». Ainsi, en vertu du droit anglais, le trustee dispose de la propriété juridique du bien qui l'investit de l'obligation et, partant, du pouvoir de gérer les biens qui lui sont confiés. Les bénéficiaires du trust ne sont titulaires que de la propriété de jouissance, leur permettant, notamment, de percevoir les revenus des biens confiés au trustee. Il en résulte que, même si ces biens ne font pas partie du patrimoine personnel du trustee, ce dernier, lorsqu'il agit en justice, comme le droit anglais lui en reconnaît la possibilité, le fait, non en qualité de représentant des bénéficiaires, mais en vertu de la propriété juridique dont il est lui-même titulaire. Dès lors, la situation du trustee analysée en considération du droit anglais, commande de la qualifier, au regard du droit processuel français, de véritable partie et non de représentant des bénéficiaires<sup>243</sup>. Du coup, la règle

---

<sup>241</sup> C'est ainsi que la Cour de cassation française traite le défaut de personnalité juridique comme un défaut de qualité et non comme un vice de fond, tiré de la capacité de jouissance (V. Civ. 2<sup>e</sup>, 15 janvier 1992, bull. Civ. II, n° 13).

<sup>242</sup> Administrateur gestionnaire des biens du trust, groupement dont le trustee gère les intérêts

<sup>243</sup> V. Paris, 11 juin, 2005, *Rev. Crit. DIP* 2005/4. 627, N. FOHRER, cité par Serge GUINCHARD, Op. Cit. N 593 ; O. DUBOS et F. MELLERAY, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », *Droit adm.* 2004, *étude*, n°15 ; P.-L. FRIER, « L'ordre de recettes, acte charnière », *RFDA*,

« Nul ne plaide par procureur » n'a plus aucune raison de jouer ici. Mais il n'en est pas toujours ainsi, surtout quand il s'agit des actions attitrées qui font véritable exception au principe.

## B. Les actions attitrées, l'exception

**127. De la distinction.** L'exigence d'une qualité pour agir distincte de l'intérêt pour agir ne peut résulter que de la loi. Il est des situations dans lesquelles il ne suffit pas d'avoir un intérêt au succès ou au rejet d'une prétention pour se voir reconnaître le droit d'agir en justice. Parmi les personnes pouvant se justifier d'un intérêt à agir, l'action ne va être ouverte qu'à certaines d'entre elles spécialement habilitées à cet effet. Ce sont les cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention dans des domaines tout à la fois divers et limités (1). L'action est ici " attitrée ", ou " réservée ". C'est dans cette hypothèse qu'il trouve sa justification dans les finalités de la justice (2) que la qualité pour agir apparaît comme une condition distincte de l'intérêt à agir.

### 1. Des actions limitativement diversifiées

**128. De la restriction.** La seconde situation évoquée par l'article 31 du Code de procédure français est relative aux cas « dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention... ». Dans le cas des actions banales précédemment évoquées, la qualité peut paraître comme un concept inutile, « absorbé <sup>244</sup> » par l'intérêt qui fixe seul la liste des personnes pouvant s'adresser au juge<sup>245</sup>. Dans le cas des actions attitrées, le législateur restreint cette liste à un petit groupe de sujets de droits. Constatant qu'il existe des faits imputables à un conjoint, constituant une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendant intolérable le maintien de la vie commune, le juge ne prononcera pas le divorce si la demande émane d'une personne autre que l'un des époux. Toujours dans une telle action, la question que le juge se pose, relativement à la qualité, est double. D'abord, il se demande quel est le destinataire de

---

1987, p.130 et p.315 ; R. GHEVONTIAN, « Un labyrinthe juridique : le contentieux des actes préparatoires en matière d'élections politiques », *RFDA*, 1994, p.793 ; C. GLENARD, « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative », *AJDA*, 2003, p. 2008.

<sup>244</sup> J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Dalloz 26<sup>e</sup> éd., 2001, n°107.

<sup>245</sup> V. Paris, 11 juin, 2005, *Rev. Crit. DIP* 2005/4. 627, N. FOHRER ; V. aussi civ. 2<sup>e</sup>, 6 mars 2003, D. 1266 (commissaire au plan d'une société en redressement judiciaire).

la règle de droit. Cette question pose souvent de difficultés, les situations n'étant pas, le plus souvent, aussi simples. Le législateur, en posant les règles du divorce, par exemple, peut être en train de viser les seuls époux. Ensuite, dans un second temps, le juge doit vérifier que les parties au procès sont bien ces destinataires (le demandeur est-il effectivement l'un des époux ?). Pour l'action banale, la question est plus simple car la détermination abstraite des destinataires de la règle de droit ne pose jamais de difficultés. Ici, il faut exciper tout à la fois de l'intérêt que l'on a à élever ou à combattre une prétention litigieuse et du titre qui permet de le faire. Les actions attitrées sont surtout fréquentes en droit de la famille : action en nullité du mariage, action en désaveu ou en recherche de maternité ou de paternité, action en divorce.

**129.** En droit des contrats, certaines actions en nullité cumulent les deux domaines et sont souvent subordonnées à des considérations personnelles d'ordre moral et familial. Il s'agit des actions inhérentes à la donation, l'action tendant à être autorisé à disposer d'un bien donné avec clause d'inaliénabilité. Cette action est exclusivement attachée à la personne même du donataire. Elle ne peut donc être exercée par voie oblique. De même, le conjoint d'un époux indivisaire n'a pas qualité pour agir en partage des biens indivis. Aussi, seuls les époux ayant qualité pour intenter une action en divorce ou y défendre, est irrecevable l'intervention à l'instance du mandataire liquidateur de la société propriétaire de l'immeuble ayant constitué le domicile conjugal.

**130.** De même en matière d'élections prud'homales, seuls les électeurs à ces élections, le préfet, le procureur de la république et le mandataire de la liste sont exclusivement désignés pour contester les listes, ce qui exclut toute autre personne<sup>246</sup>.

**131.** Dans ces différentes hypothèses, fréquentes en droit de la famille, des contrats etc, la qualité ne se ramène plus à l'exigence d'un intérêt direct et personnel au succès ou au rejet de la prétention ; il faut en plus justifier d'une habilitation à agir, habilitation dont l'absence caractérise alors le défaut de qualité. Le titre donnant la qualité pour agir peut alors être le titre d'époux, celui de contractant ou tout autre conformément à l'action. Mais cette confusion de l'intérêt et de la qualité se justifie par le but visé par la justice.

## ***2. Des actions téléologiquement justifiées***

---

<sup>246</sup> V. Civ. 2<sup>e</sup>, 6 mars 2003, D. 1266 (commissaire au plan d'une société en redressement judiciaire)

**132. La personnification du droit dans le système des moyens et des fins.** Science des fins, la téléologie concerne ce type de raisonnement tourné vers la finalité<sup>247</sup>. Elle s'intéresse aux moyens en relation avec leur fin ; et en cela elle s'apparente à la science, à la philosophie et à la théologie de son temps<sup>248</sup>. Selon MAUSS, les biens (propriétés), s'identifient quasiment à la personne de leur propriétaire<sup>249</sup>. MM. SOSSA et DJOGBENOU en concluent que « l'appropriation individuelle des biens est accentuée<sup>250</sup> ». On parle, en fait, d'actions attitrées à propos de prétentions qui ne peuvent pas être élevées ou combattues par tous ceux qui y trouveraient un certain intérêt juridique et légitime. Il s'agit de prétentions qui ne peuvent être déduites en justice qu'en vue d'un intérêt défini. Mais à y regarder de près, c'est une manière d'éviter que le droit échappe à la personne la plus intéressée parmi toutes celles qui y ont un quelconque intérêt à faire valoir. C'est une finalité qui renvoie à l'esprit téléologique, puisqu'il suffit d'avoir un intérêt pour avoir qualité dans une action « ordinaire » dite banale. On peut raisonner ainsi en termes de distinction entre le naturel (ordinaire, banal) et l'individuel issue de la claire conscience de l'acte de la raison qui fait que l'homme cherche dans l'imagination, la mémoire et la sensation artificielle des moyens

<sup>247</sup> M. BANDRAC, *Vérification de l'intérêt à agir*, in Serge GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile, droit interne et droit communautaire*, 9<sup>e</sup> éd. Dalloz 2016, p. 3 et s. ; M. MAUSS, *Sociologie et anthropologie*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 1999, p. 389 ; D. SOSSA et J. DJOGBENOU, *Introduction à l'étude du droit : perspectives africaines*, Editions CREDIJ, Cotonou, janvier 2012, p. 338, n° 575 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Capitant, PUF, 2009, V. « téléologique » ; Serge GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile : droit interne-droit communautaire*, p. 13, n°102.10 ; De SABOULIN, *Données sociales*, 1990, p. 276 ; J.-Y. RAULOT et D. BROWN, *La nuptialité récente en France et dans les pays développés*, PUF, 1993, p. 257 ; V. aussi civ. 2<sup>e</sup>, 20 avril 1972, n° 71-12.578, *Bull. civ. II n° 109-CA Paris*, 17 déc. 1982, *Juris-Data* n° 030043- CA Paris, 23 fév. 1984, *Juris-Data* n° 020939 ; De même, civ. 1<sup>re</sup>, 2 avril 2008, n° 07-11.254, P. ; Civ. 2<sup>e</sup>, 22 fév. 2007, n° 06- 11.838, *Bull. civ. II, n° 47*.

<sup>248</sup> GUIRAUDDS, *Langage*, 1968, p. 439. Il s'agit d'une conception qui repose sur l'idée de finalité, qui constitue un rapport de finalité. *Interprétation, preuve téléologique; argument téléologique, la loi téléologique naturelle a pour signification, en termes communs, l'existence d'une destinée des êtres vivants* (V. Ch. RENOUVIER, *Les principes de la nature : essais de critique général*, 3<sup>e</sup>essai, Ed. de la Librairie philosophique Ladrangé, Paris, 1864, p. LXIV). D'après la Théologie catholique, *l'harmonie préétablie ne sauve pas le principe téléologique, précisément parce qu'elle est une harmonie préétablie, c'est-à-dire parce qu'elle est une causalité sans efficacité réelle et, par suite, sans finalité digne de ce nom* (V. aussi *Théologie. Catholique*, tome 4, n° 11920, p. 774).

<sup>249</sup> MAUSS M., *Sociologie et anthropologie*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 1999, p. 389 « Dans son *Essai sur les variations saisonnières des sociétés eskimo, Etude de morphologie sociale*, Marcel MAUSS fait remarquer qu'aux deux saisons correspondent deux droits de propriété. En été, les individus et les familles restreintes vivent isolés dans leurs tentes avec pour biens les choses appropriées par l'individu (habits et, pour l'homme, kayak et armes, pour la femme, objets de ménage ; et celles que s'approprie le petit groupe familial (tente, couverture et traîneau, a ainsi que tous les produits de la pêche et de la chasse). En hiver, des groupes de cousins (*Housemates*) se rassemblent sous un même toit, et impulsent un même mouvement au droit de propriété : le toit commun l'est aussi juridiquement ; la maison appartient aux *housemates* (colocataires) réunis, de même que le sol ou l'ensemble des biens de consommation nouvellement appropriés »

<sup>250</sup> D. SOSSA et J. DJOGBENOU, *Introduction à l'étude du droit : perspectives africaines*, Editions CREDIJ, Cotonou, janvier 2012, p. 338 n° 575.



de fixer des déterminations auxquelles la sensation naturelle serait impropre, parce qu'elles ne sont pas individuelles<sup>251</sup>. Or, ici, il s'agit de la pluralité d'intérêts qui sollicite le tri des intéressés. La pluralité d'intérêts induit la contradiction tandis que le tri ainsi opéré à travers l'attribution du titre par la légalité (ici, qualité à agir), conduit à la raison. C'est l'entrée en jeu de LEIBNIZ qui se flattait de réduire la science à deux principes évidents : celui de la contradiction et celui de la raison suffisante. Mais il faut reconnaître que ces conceptions étaient toutes deux niées par les autres écoles où figurent Descartes avec son hypothétique et controversé dépassement du phénomène qualifié par Renouvier de vivre naturelle ; Kant dont les analyses sont relatives au noumène<sup>252</sup>. Par analogie, si l'on se réfère à ce que soutient Kant à savoir que la connaissance des objets dépend du sujet connaissant au moins autant que des objets à connaître, on comprend également la titrisation légale. A ce niveau, parmi tous ceux qui ont un intérêt quelconque à défendre, il y a celui ou ceux qui connaissent mieux l'objet : ce sont eux *les sujets connaissants* dans les actions dites attitrées. La fin qui justifie les moyens dépend ainsi de la particularité de chacun dans sa conception du bien. Par conséquent, cette spécificité est nécessaire pour la détermination *du plus intéressé*, d'où le titre d'habilitation légale, la qualité. Il en est de même pour JOHN LOCKE, SPINOZA, MALEBRANCHE, BERKELEY, CONDILLAC.

**133.** De par leur attachement à la personne humaine et à la protection de la dignité du plaideur à travers les domaines qu'elles couvrent, la particularité des actions attitrées se justifie au regard de la sensibilité de plus en plus croissante en ce qui concerne la protection des droits de la personne humaine<sup>253</sup>. En effet, le meilleur moyen d'assurer le respect de la règle de droit, c'est de confier sa défense aux sujets de droit qu'elle intéresse directement, en tout premier lieu au titulaire du droit litigieux. C'est donc à bon droit que le législateur a orienté les actions attitrées vers les domaines de la famille (principalement), du contrat

---

<sup>251</sup> V. Ch. RENOUVIER, *Les principes de la nature : essais de critique général*, 3<sup>e</sup> essai, op. cit. p. XLII.

<sup>252</sup> L'originalité de Kant réside dans son renversement du problème de la connaissance. Selon lui, notre connaissance des objets dépend du sujet connaissant au moins autant que des objets à connaître. « *Les objets se règlent sur notre connaissance* » (préface de la seconde édition de la « *Critique de la raison pure* »). Connaître, c'est organiser au moyen de notre sensibilité et de notre entendement ce qui est donné dans l'expérience, ce qui nous apparaît. Nous ne connaissons le monde qu'à travers le prisme de notre structure mentale. Donc les choses telles qu'elles sont « en elles-mêmes », au-delà de leur réalité phénoménale, nous ne pouvons les connaître. Le concept de noumène a le sens négatif de limite (E. Kant, *Critique de la raison pure*, PUF, 7<sup>e</sup> éd. « Quadrige » 2004, p. 229).

<sup>253</sup> V. F. TERRE, « *Sur la notion de libertés et droits fondamentaux* », in *Libertés et droit fondamentaux*, Rémi CABRILLAC, Marie-Anne FRISSON-ROCHE, Thierry REVET (dir.), Ed. Dalloz, Paris, 2012, pp. 3-6, Spéc. pp. 3 et 4.

(accessoirement) et dans une certaine mesure, celui des biens (propriété). Il s'agit des domaines très sensibles à la dignité humaine qui ne permettent pas que les droits subséquents puissent être défendus par des tiers, personnes autres que les titulaires mêmes desdits droits, bien que disposant d'un certain intérêt légitime. En effet, le droit est censé poursuivre son but primordial, celui de la justice. Être juste le plus possible à travers la satisfaction du justiciable dans ses intérêts reconnus. Il s'agit là d'une analyse téléologique qui se rapporte à la science des fins, à la connaissance des finalités<sup>254</sup>. Elle est surtout de mise en matière de méthodes d'interprétation<sup>255</sup>. C'est l'interprétation qui prend pour principe qu'une règle doit être appliquée de manière à remplir ses fins et interprétée à la lumière de ses finalités, principe d'interprétation extensive et évolutive<sup>256</sup>. Il en est ainsi pour la loi portant réforme de la prescription en matière civile votée le 17 juin 2008 et dont l'objectif était de **rendre plus clair le régime de la prescription, d'adapter les délais de la prescription au rythme de la société et de rapprocher le système français des législations en vigueur en Europe**. Le législateur commande donc d'attribuer l'ouverture de ces genres d'actions, relatives à la famille et au contrat, vers les véritables concernés au premier plan. Ce faisant, le législateur retient une orientation qui invite le juge à retenir le sens qui donne un sens utile aux droits des personnes visées.

134. Si le législateur a pris le parti de consacrer les actions attitrées en droit de la famille et en droit de la propriété certainement en raison de la grande importance qu'accordent les systèmes juridiques à la famille en général et au mariage en particulier qui constituent les plus anciennes coutumes humaines et institutions capitales de la société, même si aujourd'hui, ils connaissent une désaffection au sein des populations<sup>257</sup> surtout à propos du mariage de jeunes<sup>258</sup>. Cependant, la famille demeure encore de nos jours une institution

---

<sup>254</sup> G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, Collection Quadrige Dico Poche, Ed. PUF, Paris, 2015, V° « Téléologique ».

<sup>255</sup> Par exemple, la loi française du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire, énonce dans son article 1<sup>er</sup> : « Il est institué une procédure de redressement judiciaire, destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi, et l'apurement du passif ». Cette énonciation tend à régler des problèmes d'actualité qui nécessitent une certaine adaptation et/ou réorientation des lois en vue de ces fins. Quand il y aura des problèmes d'interprétation d'un article de cette loi, on se référera aux finalités posées par cet article.

<sup>256</sup> G. CORNU, Op. cit. V° Téléologique.

<sup>257</sup> De SABOULIN, *Données sociales*, 1990, p. 276 « L'accroissement du nombre de couples de concubins dans le monde au cours de ce dernier quart du vingtième siècle est en tout cas indéniable ; il serait autour de 20% vers le début des années 90 contre 3,6% en 1975 »

<sup>258</sup> J.-Y. RAULOT et D. BROWN, *La nuptialité récente en France et dans les pays développés*, INED, PUF, 1993, p. 257 « quant au mariage, la baisse est générale en Europe et dans les villes africaines »

respectable car bien organisée. Il y a un lien évident entre la famille et le bien en tant que propriété comme le justifie si bien MAUSS.

**135.** Mais la jurisprudence fait quelquefois usage de la notion de qualité, en dehors de toute attribution légale du droit d'agir, pour écarter l'action de certains intéressés dont l'intérêt personnel ne paraît pas assez direct et dont on peut estimer qu'ils agissent, en réalité, dans l'intérêt d'autrui. Il en est ainsi, par exemple, quand elle décide après divorce, que la mère n'a pas qualité pour demander au père de l'enfant commun, qui poursuit ses études après sa majorité, une participation à l'entretien de celui-ci<sup>259</sup> ; ou encore quand elle dénie à l'époux, marié sous un régime de communauté universelle, qualité pour demander le partage des biens échus à son conjoint<sup>260</sup>. Il faut noter que cette attribution de la qualité résulte, en principe, de la loi et s'inscrit en général dans un ensemble de mesures qui enferme l'action dans un régime restrictif. Les actions attribuées pour la défense d'un intérêt spécifique apparaissent surtout en matière familiale. En dehors de ce domaine, leur siège réside essentiellement dans les nullités relatives des contrats qui s'apparentent à une qualité indépendante de l'intérêt.

### **Paragraphe 2 : La qualité indépendante de l'intérêt**

**136. Un domaine politique.** « Considérant que M. Michel NOIR, qui agit en sa seule qualité de député, est sans intérêt lui donnant qualité pour attaquer le décret... »<sup>261</sup>. Cette formulation, au demeurant fort didactique, peut néanmoins laisser perplexe le lecteur<sup>262</sup>. Que recouvre le vocable « qualité » puisqu'il est susceptible de plusieurs emplois ou interprétations ? La polysémie et l'indétermination caractéristiques du mot qualité ont retenu l'attention de la doctrine<sup>263</sup>. Il est évident que la difficulté à cerner ce qui se cache derrière le vocable « qualité » rend peu aisée la tâche des commentateurs des arrêts de la haute juridiction. La doctrine est unanime pour reconnaître trois sens à « qualité ». Techniquement,

---

<sup>259</sup> V. Civ., 20 avril 1972, n° 71-12.578, Bull. civ. II n° 109- CA Paris, 17 déc. 1982, Juris-Data n° 030043- CA Paris, 23 fév. 1984, Juris-Data n° 020939 N. Serge GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit. p. 13, n°102.10

<sup>260</sup> V. Civ. 1<sup>e</sup>, 2 avril 2008, n° 07-11.254, Bulletin 2008, I, N° 103.

<sup>261</sup> CE, 27 fév. 1987, Michel Noir, Rec. p. 84. AJDA 1987.333, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre ; RD publ. 1987.1669, concl. C. Vigoureux.

<sup>262</sup> P. CHARLOT, « L'actualité de la notion de « qualité donnant intérêt à agir », *RFDA 1996*, p.481.

<sup>263</sup> Expression qu'on retrouve, entre autres, chez R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13e éd., Paris, Montchrestien, 2008, n° 433 et chez M. COURTIN, « Intérêt et qualité pour agir », *J.-Cl. Dr. adm.* 1993, n° 51.

le terme recouvre d'abord la qualité à agir pour le compte d'autrui et n'a un sens que par rapport à la notion de représentation<sup>264</sup>. La qualité peut aussi tantôt recouvrir la situation juridique du demandeur, le titre en vertu duquel il peut engager le procès, « la qualité en laquelle le justiciable agit »<sup>265</sup>, l'intérêt en cette qualité, tantôt « le pouvoir de saisir le juge et de l'obliger à statuer sur le bien-fondé de la demande »<sup>266</sup> un « droit d'action », exiger du juge une réponse à une question qui se pose. Ainsi, l'arrêt Noir recouvre ces deux acceptions de la qualité ; la qualité de député, situation du demandeur, est susceptible ou non de donner intérêt à agir, cet intérêt pouvant donner qualité pour saisir le juge. On s'aperçoit, à travers cette formulation, qu'il existe un point commun entre ces deux sens possibles de « qualité » ; ils ne peuvent s'entendre qu'à travers la notion d'intérêt donnant qualité pour agir, condition essentielle de la recevabilité du recours.

**137.** On aboutit ainsi à un imbroglio ; un même terme pour désigner deux réalités différentes, réalité double ne trouvant d'explication apparente que dans un seul et même concept : l'intérêt. A en croire M. LALIGANT, c'est cette confusion entre l'intérêt et la qualité qui explique l'absence de grands débats théoriques et, inversement, l'abondance de descriptions jurisprudentielles<sup>267</sup>. La jurisprudence participe à cette confusion par l'emploi souvent ambigu du terme « qualité ». Le Conseil d'État a bien tenté, dans quelques affaires, de clarifier ces concepts en admettant, par exemple qu'une association a « vocation » pour contester, par la voie contentieuse, des actes susceptibles de porter atteinte à son objet<sup>268</sup>. Remplacer ainsi l'« intérêt donnant qualité pour agir » par « vocation » peut simplifier la démarche du lecteur sans pour autant éluder l'épineux problème de l'articulation intérêt/qualité. En principe, celui qui agit doit avoir intérêt et qualité pour agir. L'intérêt et la

---

<sup>264</sup> Cette qualité à agir pour le compte d'autrui serait intéressante à étudier, plus particulièrement en ce qui concerne la qualité à agir des contribuables pour le compte de la commune, sujet à un contentieux important ces dernières années, même s'il n'y a pas en la matière évolution notable de la jurisprudence ; CE, Ass., 26 juin 1992, Pezet et San Marco, Rec. p. 247 et 252, concl. G. Le CHATELIER Document *Inter-Revues*, *AJDA* 1992.477, chron. C. MAUGÛE et R. SCHWARTZ Document *Inter-Revues* ; CE, Ass., 26 juin 1992, Mme LEPAGE-JESSUA, Rec. p. 246 et 252, concl. G. Le CHATELIER Document *Inter-Revues* ; *AJDA* 1992.477, chron. préc. Document *Inter-Revues* ; CE, Sect. 22 juill. 1992, Commune de Neuilly Sulzer, Rec. p. 304 Document *Inter-Revues* ; *RD publ.* 1993.833.

<sup>265</sup> R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 433.

<sup>266</sup> M. LALIGANT, « »La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », *RD publ.* 1971, p. 50.

<sup>267</sup> Ibid. p. 50-51. M. LALIGANT met en avant « l'indigence du vocabulaire juridique » mais aussi « l'absence chez les juges, davantage préoccupés par les solutions concrètes, d'inquiétude terminologique ». On ne peut que suivre ces conclusions.

<sup>268</sup> Entre autres, CE, 28 oct. 1987, Association pour la défense des sites et paysages, Rec. p. 328 ; *AJDA* 1987.299, obs. X. PRETOT.

qualité sont alors liés. Mais il arrive que les deux conditions se dissocient, de sorte qu'une personne ait un intérêt personnel et direct à l'action sans avoir qualité pour agir et vice versa. La qualité est indépendante de l'intérêt dans les situations où les deux conditions sont toutes requises indifféremment pour la recevabilité de l'action en justice. Dans ces conditions, il faudra étudier les situations dans lesquelles l'une existerait sans l'autre. Il sera ainsi envisagé la qualité sans l'intérêt **(A)** puis, l'intérêt sans la qualité **(B)**.

### **A. La qualité sans l'intérêt**

**138. Une tolérance controversée.** Ne devrait pas, en principe, pouvoir agir celui qui n'a pas d'intérêt. D'où l'adage « *Pas d'intérêt, pas d'action* ». Mais le législateur accorde une certaine qualité qui autorise certains à agir sans avoir à justifier d'un intérêt personnel et direct. C'est dans cette catégorie que règne souvent une controverse due au glissement qui s'opère de la notion de qualité à celle du pouvoir. Mais si cette attribution est controversée **(1)** dans certains cas, elle est consacrée **(2)** dans d'autres.

#### ***1. La qualité sans l'intérêt : une attribution controversée***

**139. La mise en jeu du pouvoir.** Si la qualité est une condition d'existence de l'action dont l'absence est sanctionnée par une fin de non-recevoir<sup>269</sup>, le pouvoir est une condition de mise en œuvre ou d'exercice dont le défaut est constitutif d'une irrégularité de fond sanctionnée par une nullité<sup>270</sup>. Qualité et pouvoir se distinguent ainsi formellement tant dans leur sens que dans leur portée. Mais le raccourci est trop vite trouvé par le législateur tant pour la qualité légale à défendre l'intérêt personnel que dans l'hypothèse de défendre l'intérêt collectif.

**140.** En effet, l'intérêt à agir étant apprécié en la personne de celui qui dispose de l'action, cette exigence est antinomique avec la qualité à agir pour la défense des intérêts d'autrui<sup>271</sup>. Des actions en substitution d'autrui, par la représentation de celui-ci sont accordées par le législateur aux particuliers. Il s'agit des hypothèses que l'on présente comme des exemples

---

<sup>269</sup> V. art. 122 du Code de procédure civile français qui prévoit qu'une fin de non-recevoir peut être formée pour voir l'adversaire déclaré irrecevable en sa demande, « *pour défaut du droit d'agir, tel que le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* »

<sup>270</sup> V. art. 117 du Code de procédure civile français qui dispose que la violation des conditions ayant trait à l'exercice de l'action, *comme le défaut de capacité, le défaut de pouvoir, les vices de représentation d'une partie, constituent des irrégularités de fond donnant lieu à la nullité de l'acte de procédure.*

<sup>271</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*. cit., p. 166, n° 140.

de qualité à agir pour défendre l'intérêt personnel d'autrui<sup>272</sup>. Mais raisonnablement, il faut y voir des hypothèses de représentation, et donc de pouvoir et non de qualité, d'où la confusion. Mais dans le but d'éviter la confusion, une partie de la doctrine les présente avec les situations de représentation à l'action<sup>273</sup>.

**141.** Il en va également ainsi dans l'hypothèse de la qualité à défendre l'intérêt collectif d'autrui. C'est le cas du représentant des créanciers dans les procédures collectives. Là encore, la controverse s'installe dans la mesure où le législateur parle de « qualité » au nom des créanciers à propos de leur représentant, leur mandataire. Or ces deux expressions employées déterminent la nature de l'action qu'ils exercent, à savoir une action en représentation légale (régie par une loi) ou d'autrui (en vertu d'un mandat). Il ne s'agit donc pas là d'une action propre avec qualité à agir pour autrui. C'est ainsi que la Cour de cassation française parlait maladroitement de « qualité tirée des pouvoirs des représentants légaux des créanciers »<sup>274</sup>.

**142.** Il faut dire, et cela ne simplifie rien, que si les concepts sont bien clairement définis, que certaines hypothèses sont ambiguës et relèvent un glissement qui n'est pas seulement de vocabulaire<sup>275</sup>. En effet, la Cour de cassation, à propos du représentant des créanciers dans les procédures collectives, disait que la qualité à agir de ce représentant devait être trouvée « dans les pouvoirs conférés par la loi à ce représentant ». On est bien dans une hypothèse de représentation à l'action, mais les circonstances de cette situation, notamment l'inexistence juridique des créanciers dont la masse n'a pas la personnalité morale, ont pu faire penser à la notion d'action propre au « représentant », ce qui a permis à certains auteurs de voir dans cette situation une question de qualité à agir et non pas de représentation<sup>276</sup>.

---

<sup>272</sup> L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°379

<sup>273</sup> R. GASSIN, *La qualité pour agir en justice*, Op. cit. p. 58-165 ; V. aussi S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, op. cit. ; V. de même Blandine ROLLAND, op. cit., p. 72.

<sup>274</sup> Il en est ainsi de la mère d'un enfant mineur dont l'article 340-2, al. 2 du Code civile dit qu'elle a qualité pour exercer l'action en recherche de paternité naturelle, alors que c'est d'un pouvoir qu'il s'agit ici, celui de représenter son enfant à cette action, l'intérêt et la qualité s'appréciant en la personne de l'enfant, ou encore du président de l'ex Commission des Opérations de bourse, qui avait qualité pour agir au nom de l'Etat, alors qu'il représentait ladite Commission.

<sup>275</sup> J. HERON, « L'apport du droit de l'entreprise au droit judiciaire privé », 25<sup>e</sup> anniversaire du FNDE, *Cahier du droit de l'entreprise*, 1997 p. 28.

<sup>276</sup> E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, Préf. L. CADIET Paris, LGDJ, 1999.

**143.** De même, dans le cas de certaines actions exercées pour autrui, par les syndicats ou les associations, le doute est intervenu quant à leur qualification. Incontestablement, il y a une question de représentation à l'action en ce qui concerne l'action en représentation conjointe exercée par une association de consommateurs, mais il est plus juste d'écarter cette idée pour l'action des syndicats qui se substitue à un salarié défaillant. Dans ce cas, on glisse vers la notion *d'action propre du syndicat* et, alors, vers la notion de qualité à agir car, en secondant les intérêts de leurs membres, ces groupements remplissent aussi leur propre vocation<sup>277</sup>.

**144.** Cette situation est assimilable à un abus de langage : parler de qualité à agir « au nom » de quelqu'un, alors qu'en réalité, il s'agit d'hypothèse où une personne physique ou morale est représentée, que le représentant reçoive ses pouvoirs de la loi, d'un jugement ou d'une convention. C'est toujours la personne titulaire de la prérogative litigieuse qui détient la qualité à agir tirée de l'intérêt, mais l'exercice de l'action est remis à un mandataire ou représentant qui peut être le tuteur du mineur, le gérant de la SARL, l'administrateur de la société, le maire ou le préfet qui a alors (dit-on parfois), « qualité » à agir au nom d'autrui. Il s'agit d'un mandat et on passe du domaine de la qualité qui relève de la théorie de l'action (dans ses conditions d'ouverture), au domaine du pouvoir, qui relève de la théorie de la représentation de quelqu'un en justice, à l'exercice de l'action.

**145.** Mais aussi, il faut bien distinguer ce qui relève du pouvoir de représentant d'un incapable ou d'une personne morale, dans le cadre d'une représentation à l'action au sens de l'article 117 du Code de procédure civile français et ce qui ressortit à la qualité pour agir au sens des articles 31 et 122<sup>278</sup>. Pour la représentation de l'incapable ou de la personne morale, le représentant n'a pas à réunir en lui un quelconque intérêt ou de qualité à agir ; il n'a qu'à justifier de son pouvoir, l'intérêt et la qualité étant appréciés en la personne du représenté. Les deux sanctions sont différentes. Dans un cas, le défaut de pouvoir est sanctionné par la nullité de l'acte pour vice de fond (art. 117) ; dans l'autre, le défaut de qualité est sanctionné par une fin de non-recevoir (art. 122). Mais, au-delà de cette confusion, la qualité sans intérêt opère, sans pour autant créer de difficulté, à travers une attribution consacrée.

---

<sup>277</sup> G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, op. cit. n° 92, p. 418

<sup>278</sup> Ch. ATIAS, « L'action en justice du prétendu représentant d'une personne morale (qualité civile et qualité procédurale) », *D. 2003*, n° 1582.

## ***2. La qualité sans l'intérêt : une attribution consacrée***

**146. Un constat.** L'intérêt personnel s'oppose à l'intérêt général et, en principe, aucun particulier ne peut exercer une action uniquement pour obtenir le respect de la loi, sans y avoir aucun intérêt personnel ; cette action appartient au ministère public. Aux termes de l'article 422 du Code français de procédure civile, « *le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi* ». Le ministère public peut avoir seul qualité pour agir ; il en est ainsi en matière de nationalité<sup>279</sup>. Mais, dans certains cas, son action est concurrente à celle qui est accordée à d'autres catégories de personnes ; c'est le cas en matière de nullité de mariage ou de filiation, de rectification d'acte d'état civil, de déclaration d'absence, d'assistance éducative<sup>280</sup>.

**147.** La défense de l'intérêt général est du ressort exclusif du ministère public, habilité par la loi, alors même qu'il n'a pas d'intérêt direct et personnel. Il s'agit là d'une consécration légale. Il est vrai que des discussions persistent quant à l'opportunité pour le ministère public d'agir comme une véritable partie dans un procès civil où les litiges opposent des particuliers relativement à des droits subjectifs. L'on serait tenté de qualifier cette situation d'une immixtion dans des affaires qui n'intéressent que d'autres personnes qui ont ainsi seules qualité à agir. Cette crainte existe du fait qu'en raison du statut des magistrats du parquet, c'est l'État lui-même qui se profile derrière la société au non de laquelle l'action est exercée. Mais cette fonction, le ministère public ne la remplit pas au nom de l'État dont il n'est pas le représentant en justice. Le gouvernement peut agir par l'intermédiaire de son administration et, notamment, de ses ministres qui en sont les responsables. Quant aux actions contre l'État, elles sont formées, en principe, à l'encontre de l'agent judiciaire du trésor, représentant légal de l'État en justice.

**148.** En effet, le ministère public est le représentant de la société et en même temps le commissaire de la loi qui en est l'expression<sup>281</sup>. A ce titre, l'article 422 du Code français de procédure Civile consacre l'action du ministère public en tant que partie principale et l'article 424 du même code lui en donne qualité comme partie jointe. Mais seule son intervention comme partie principale relève d'une véritable action en justice. Hormis les

---

<sup>279</sup> V. art. 29-3, al. 2 « il est défendeur nécessaire à toute action déclaratoire de nationalité »

<sup>280</sup> L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10<sup>e</sup> éd., n°353, p. 293-294. ; V. Civ., 1<sup>e</sup>, 17 nov. 1981, n° 80-11. 498, *Bull. Civ.* n° 338, *JCP*, 1982, II 12842, note M. GOBERT.

<sup>281</sup> L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., p. 246, n° 368.



hypothèses où la loi l'institue comme partie nécessaire au procès, le ministère public est libre d'apprécier l'opportunité d'une action comme il l'est en matière pénale. Son domaine privilégié d'intervention est celui des personnes et de la famille. Toutefois, son champ s'élargit au domaine économique surtout dans le droit des entreprises en difficulté. En dehors de ces cas spécifiés par la loi, le ministère public « *peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci* » et ceci, à condition de justifier son intérêt à agir par référence, précisément, à la violation de l'ordre public.

**149.** L'action ainsi attribuée au ministère public ne suppose évidemment aucun intérêt personnel, mais elle suppose un intérêt qui n'est autre que celui de l'ordre public. De ce fait, la demande du parquet, dont la recevabilité peut être contestée, ne sera recevable que s'il apparaît que l'ordre public est intéressé. La question s'est posée à propos de l'action en annulation engagée par le ministère public à l'encontre d'un divorce sur demande conjointe, consenti en vue d'un remariage dont le but était d'obtenir la nationalité française, en ce sens que l'arrêt qui énonce que « la décision de divorce prononcée sur la demande conjointe des époux ne pouvait être annulée, sur demande du ministère public, en raison des mobiles qui avaient pu inspirer le consentement des époux », déclarant ainsi la tierce opposition irrecevable et non pas mal fondée<sup>282</sup>.

## **B. L'intérêt sans la qualité**

**150. Du général et du particulier.** Dans un régime de séparation entre intérêt et qualité, il est difficile que l'intérêt sans la qualité puisse trouver un champ d'action au prétoire. Ainsi, l'intérêt sans la qualité est une situation totalement inopérante pour l'action en justice. Il faut présenter le cadre général (1) de ce défaut de qualité avant d'envisager les situations particulières (2).

### ***1. L'intérêt sans la qualité : le cadre général***

**151. L'inopérant intérêt.** L'intérêt, quoique personnel et direct, est inopérant lorsque le titulaire du droit substantiel n'a pas qualité à agir. Cette situation s'observe à l'égard des personnes qui ont une certaine satisfaction à tirer de l'aboutissement ou du rejet d'une prétention, mais ne sont pas directement intéressés en premier. Les actions attitrées sont

---

<sup>282</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 nov. 1981, n° 80-11. 498, *Bull. civ.* n° 338, *JCP1982*, II 12842, Note M. GOBERT

encore appelées ici d'autant plus que la loi indique au préalable ceux qui ont qualité pour agir, donc, à l'exclusion de tous les autres bien qu'ils justifient d'un intérêt direct et personnel. C'est ainsi que ceux qui veulent faire valoir un intérêt personnel et direct mais qui ne jouissent pas du titre conféré par la loi sont écartés<sup>283</sup>.

**152.** Dans cette hypothèse, est déclarée irrecevable, par exemple, toute action en opposition à mariage intentée par des personnes autres que les parents des futurs époux mineurs, le premier conjoint non divorcé, les ascendants<sup>284</sup> (père et mère), le tuteur avec autorisation du conseil de famille<sup>285</sup>, le procureur de la république<sup>286</sup>. Il en est ainsi parce que l'opposition à mariage est définie comme « *un acte juridique par lequel une personne qualifiée fait connaître à l'officier d'état civil qu'il existe une cause de nullité ou un empêchement prohibitif concernant l'union projetée, et lui défend en conséquence de célébrer cette union*<sup>287</sup> ».

**153.** De même pour les cas de nullité du mariage, est irrecevable l'action en nullité exercée par toute personne autre que celles qui sont autorisées par le Code béninois des personnes et de la famille en ses articles 144 et suivants.

**154.** En matière de propriété, l'action tendant à être autorisée à disposer d'un bien donné avec clause d'inaliénabilité ne peut être exercée par voie oblique. De même, le conjoint d'un époux indivisaire n'a pas qualité pour agir en partage des biens indivis. Aussi, seuls les époux ont qualité pour intenter une action en divorce ou y défendre. Est aussi irrecevable l'intervention à l'instance du mandataire liquidateur de la société propriétaire de l'immeuble ayant constitué le domicile conjugal.

---

<sup>283</sup> A. TRIBES, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, Thèse, Paris II, 1975, CUJAS, p. 145

<sup>284</sup> V. art. 121 du Code béninois des personnes et de la famille

<sup>285</sup> Art. 523, al. 2 du Code béninois des personnes et de la famille « L'autorisation du conseil de famille est requise dans les actions relatives à des droits qui ne sont point patrimoniaux lorsque le tuteur n'exerce pas en même temps l'autorité parentale à l'égard du mineur »

<sup>286</sup> Chaque fois que l'empêchement est porté directement à sa connaissance

<sup>287</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. II, La famille, PUF, 1969, 39, In introduction générale au cours de droit civil de la famille, première année de droit de H. AHOUCANDJINO DJOSSINO, Université d'Abomey-Calavi, année 2009-2010, Inédit.

155. Pour la plupart de ces cas, il s'agit des personnes autres que celles que la loi a expressément habilitées pour agir<sup>288</sup>. Au-delà de ce cadre général, celui des sociétés commerciales constitue une spécificité.

## 2. *L'intérêt sans la qualité : le cadre spécifique*

156. **Dans le monde des affaires.** On peut noter une certaine spécificité dans le cas du défaut de qualité à agir des sociétés commerciales<sup>289</sup>. Il faut distinguer entre la situation normale d'une société et les situations exceptionnelles où elle doit être pourvue d'un administrateur provisoire ou d'un liquidateur. Habituellement, les sociétés sont représentées en justice par un organe social. Le personnel salarié est donc sans qualité pour agir. Il en est de même des associés et, à plus forte raison, des tiers. Pour les S.A.R.L. les gérants ont qualité pour exercer toutes les actions sociales en toutes circonstances. C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé que la S.A.R.L. est valablement représentée par son gérant dans une action en nullité de la société, exercée par un tiers et par voie de conséquence, a déclaré irrecevable la tierce opposition formée contre le jugement de nullité par un associé qui, à l'encontre du demandeur en nullité, n'avait pas d'intérêt opposé à ceux de la société et de son gérant<sup>290</sup>.

157. Pour la société anonyme, c'est le Président-Directeur Général qui agit pour le compte de la société. Il n'est pas un simple mandataire du Conseil d'Administration qui est dessaisi de tous les pouvoirs de direction en faveur du Président et ne conserve que le pouvoir général d'orientation et de délibération. Ainsi, le P.D.G. possède un pouvoir propre d'agir en justice, il est la société elle-même. La Cour de cassation décide que, lorsque les parties ont l'obligation de comparaître en personne, c'est le P.D.G. qui doit comparaître<sup>291</sup>. Les sociétés nationales sont, quant à elles, représentées par leur Directeur Général. Ces prévisions légales

---

<sup>288</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. II, La famille, PUF, 1969, 39 ; A. TRIBES, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, Thèse, Paris II, 1975, CUJAS, p. 145 ; V. art. 121 du Code béninois des personnes et de la famille ; Aussi, l'art. 523 al.2 de ce même Code « L'autorisation du Conseil de Famille est requise dans les actions relatives à des droits qui ne sont point patrimoniaux lorsque le tuteur n'exerce pas en même temps l'autorité parentale à l'égard du mineur ».

<sup>289</sup> V. Cass. com., 20 avril 1953, *Bull. Cass. Civ.*, 1953, III, n° 139, p. 97 ; Soc. 23 juillet 1948 solution implicite, *Bull. civ. Cass. Civ.*, 1948, p. 803 ; Civ., 13 juil. 1953, *Bull. civ.*, Civ., 1953, I, n° 246 ; Nancy, 19 juil. 1946, D. 1947 525, note A.C. ; C. LAPP, *La nomination judiciaire des administrateurs de société*, *RTD. Com.*, 1952, pp.788-789, note René GASSIN.

<sup>290</sup> V. Cass. com. 20 avril 1953, *Bull. Civ. Cass. Civ.*, 1953, III, n° 139, p. 97.

<sup>291</sup> Soc. 23 juillet 1948, solution implicite, *Bull. civ. Cass. Civ.*, 1948, p. 803.

provoquent l'exclusion de l'action pour défaut de qualité de certaines personnes dont l'existence d'un intérêt direct et personnel ne fait pas de doute.

**158.** Il s'agit d'abord du personnel salarié. A l'inverse des organes sociaux de direction, le personnel salarié est sans qualité (sans une habilitation ou pouvoir légal) pour agir au nom de la société, y compris le secrétaire général, les fondés de pouvoir et les directeurs de succursales. La jurisprudence retient le défaut de qualité à tous les échelons de la hiérarchie du personnel tout en élargissant l'application de la règle à toutes les personnes morales et affirme que les salariés du groupement ne pourraient agir que sur mandat spécial donné par les organes légalement qualifiés.

**159.** Il s'agit ensuite des associés. Ceux-ci ne peuvent pas non plus prétendre, en cette qualité, représenter la société. Celle-ci est dotée d'une personnalité juridique distincte et indépendante de celle de ses membres ; c'est pourquoi elle seule peut se prétendre titulaire des droits collectifs. On décide ainsi que le principal actionnaire d'une société ne peut exercer une action en nullité de la vente de terrains de la société, car il n'est pas propriétaire de ses titres<sup>292</sup>. De même, les actionnaires sont sans qualité pour agir ou pour se substituer au liquidateur de la société, à l'effet, par exemple, de provoquer une reddition de comptes entre les mains de celui-ci de la part des membres du Conseil d'Administration. N'étant pas un tiers aux actions exercées par les représentants légaux de la société, l'associé n'est pas non plus admis à faire tierce opposition aux jugements prononcés contre la société. Selon la Cour de cassation, celui-ci n'est pas davantage admis à former contre un cocontractant de la société une action tendant à remettre en cause l'objet d'une transaction intervenue entre la société et celui-ci.

**160.** Il s'agit enfin du défaut de qualité des tiers. Les tiers d'une société sont ceux qui ne sont ni dirigeants, ni un associé ou actionnaire encore moins un salarié. Il s'agit de toute personne étrangère à la situation juridique de la société. La jurisprudence leur dénie la qualité pour exercer les actions sociales. Elle a ainsi déclaré irrecevable l'action en dissolution et l'action en nullité de la société, lorsque ces actions sont dirigées contre des tiers étrangers à celle-ci.

**161.** En ce qui concerne la désorganisation et la dissolution de la société, la question se pose de savoir les personnes qualifiées pour agir en son nom. Sont-ce les organes normaux, du

---

<sup>292</sup> Civ. 13 juil. 1953, *Bull. civ.* 1953, I, n° 246.

moins, ce qu'il en reste ou des mandataires spécialement désignés à cet effet ? Lorsque la société est désorganisée, elle peut être pourvue d'un administrateur provisoire, désigné par le juge à la requête des intéressés<sup>293</sup> (associés, créanciers sociaux etc.). Lorsque la décision qui le nomme précise ses pouvoirs, il n'y a pas de difficulté quant à sa qualité à agir. Au contraire, la jurisprudence a un moment hésité entre celui-ci et les organes normaux de la société.

\*\*\*\*\*

**162.** D'abord la dépendance, puisque l'existence du seul intérêt personnel, direct et légitime opère dans l'action en justice ; c'est le cas des actions dites banales qui constituent les actions ordinaires, celles du droit commun, bien qu'il existe, à côté, celles qui exigent une habilitation légale préalable désignant expressément les personnes qualifiées pour agir dans telle ou telle situation.

**163.** Ensuite l'indépendance, avec l'existence de qualité sans intérêt, une habilitation assez rigide, vue la nature de la '*personne !*'<sup>294</sup> ainsi qualifiée pour agir dans ces hypothèses où le citoyen se trouve protégé par la loi. Bien-sûr qu'il existe des situations dans lesquelles l'intérêt pourra exister sans qualité ; mais ce serait trop forcé de trouver des cas d'actions sans qualité et ce, dans une indépendance totale avec l'intérêt.

**164.** Enfin, voilà en substance les genres de relations qu'entretiennent ces deux notions en droit processuel : relation de coexistence, de proximité, de fusion et de confusion, pour emprunter les expressions MM. DJOGBENOU et SOSSA<sup>295</sup>.

**165.** L'on peut penser que, si les relations sont aussi fortes entre ces deux notions, ce serait certainement dû au fait qu'elles opèrent dans le même champ de la marche du procès, à savoir les conditions d'existence de l'action. Qu'en serait-il de leurs relations avec la

---

<sup>293</sup> L'action en nomination judiciaire d'un administrateur provisoire est dirigée contre les organes de représentation de la société (gérant, Président-Directeur Général). Si ceux-ci n'existent plus, l'action est dirigée contre ce qui subsiste des organes normaux de gestion assignés, non en leur nom personnel, mais comme représentants la personnalité des différents administrateurs s'absorbant en effet dans celle de la société. (V. Nancy, 19 juil. 1946, D. 1947 525, note A.C.). Si rien ne subsiste des organes de gestion, le juge est saisi par voie de requête. (V. LAPP C., La nomination judiciaire des administrateurs de société, *RTD com.*, 1952, p.788-789., note René GASSIN.

<sup>294</sup> L'on parle ainsi du ministère public, habilité pour exercer les actions en vue de protéger l'intérêt général.

<sup>295</sup> D. SOSSA et J. DJOGBENOU, *Introduction à l'étude du droit*, op. cit., pp. 34-36.

capacité et le pouvoir qui relèvent, quant à eux, des conditions d'exercice de l'action ? La question mérite d'être posée, bien que le recours au caractère d'intérêt à agir reste excessif.



## CHAPITRE 2 : LE CARACTÈRE EXCESSIF DU RECOURS A L'INTÉRÊT

**166. L'entonnoir des conditions de recevabilité à l'intérêt à agir.** "Puis-je ester en justice" ?<sup>296</sup> Telle est la question que se pose tout justiciable averti au seuil du procès même si les critères de la recevabilité et ceux du bien-fondé de la demande ne se laissent pas toujours démarqués avec la netteté requise<sup>297</sup>. Ceci, non pas au sens d'un pouvoir vis-à-vis du juge, mais au sens d'une possibilité qui lui est offerte. La notion de possibilité offerte renvoie, quant à elle, à la recevabilité<sup>298</sup>. Autrefois conditionnée par les quatre exigences dont un droit substantiel, une capacité, un intérêt et une qualité<sup>299</sup>, la recevabilité de la demande ne prend plus en compte, ni la substance du droit discuté, ni la capacité du justiciable, que ce soit du point de vue de la légalité ou de la doctrine moderne. Du point de vue objectif, la recevabilité est conditionnée par l'absence de prescription de l'action, à l'existence d'une prétention juridique<sup>300</sup>, à la chose jugée ; l'intérêt et à la qualité pour agir relevant tous deux du caractère subjectif de la recevabilité<sup>301</sup>. Ce sont là autant de paramètres dont dépend la réponse *affirmative* ou *négative* à cette interrogation. Ainsi, l'on ne saurait aller au prétoire sur " *un coup de tête* " <sup>302</sup>.

**167.** S'il est reconnu que l'intérêt et la qualité relèvent plutôt des conditions subjectives, c'est parce qu'ils sont strictement liés au titulaire même du droit d'action. Mais il y a lieu de reconnaître que la qualité n'est requise de manière impérative que sur prescription légale relativement à des domaines précis à travers l'attribution de titre à certaines personnes jugées plus intéressées. D'où la définition de la qualité comme une habilitation légale. Une telle situation semble, *a priori*, être à la base de cet attachement privilégié à l'intérêt à agir au détriment de la qualité. Mais au-delà de ce constat, le caractère excessif du recours à

<sup>296</sup> L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10<sup>e</sup> éd., Litec, Paris, 2017, p. 280, n° 336.

<sup>297</sup> J. CARBONNIER, *De minimis non curate praetor*, in Mél. Jean VINCENT, Dalloz, 1981, N. 29.

<sup>298</sup> V. Y. DESDEVISES, « Accès au droit, accès à la justice », *Dictionnaire de la justice*, Loïc CADIET (dir.), PUF, 1<sup>re</sup> édition 2004, p. 1082 ; V. aussi X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ 1994, N° 57-84.

<sup>299</sup> E. GARSONNET et Ch. CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de la procédure civile et commerciale*, Ed. Larose et Forcel, Paris, 1882, p. 357.

<sup>300</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, op. cit. n° 119, Spéc. p. 150. V. aussi Cass. Soc. 10 juillet 1996 où a été déclarée irrecevable la demande qui ne contient aucune prétention ; V. aussi Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 10 février 2000 où a été déclarée irrecevable la demande qui ne chiffre pas les prétentions.

<sup>301</sup> S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Procédure civile*, Ed. PUF, Paris, 2014, p. 128, n° 59.

<sup>302</sup> B. ROLLAND, *Procédure civile, Panorama du droit*, Coll. Guillaume BERNARD, 3<sup>e</sup> éd., Paris 2013, p. 62.



l'intérêt dans l'appréciation procédurale du droit d'action s'observe au regard de ce que l'exigence d'un intérêt substantiel est un préalable prétorien (**Section 1**) bien qu'à la vérité, cela ne soit qu'une commodité pratique (**Section II**).

### **SECTION 1<sup>ère</sup> : L'exigence d'un intérêt substantiel, un préalable prétorien**

**168. De la légitimité de l'intérêt au droit substantiel.** Évoquant le caractère prétorien des aspects substantiels dans l'action, HERON et LE BARS faisaient allusion à l'origine prétorienne de la procédure formulaire que manifestait l'édit préteur : d'une part, c'est la formule qui créait le droit de telle sorte que le droit ne puisse pas exister en dehors de toute action ; d'autre part, le vocabulaire juridique, encore d'actualité, désignant le droit par l'action (l'action de *in rem verso* pour désigner le droit de *in rem verso*, l'action paulienne pour désigner le droit probablement qualifiable de « paulien », ...) <sup>303</sup>. Tout ceci, sans oublier la *litis contestatio* qui intervenait pour éteindre le droit substantiel en discussion tout en créant dans le même temps le droit à la condamnation de l'adversaire, consacrant ainsi le caractère fondé de la demande.

**169.** En dehors du droit romain, celui qui agit aujourd'hui doit justifier d'un « intérêt légitime ». Cela suppose que l'action présente pour lui une utilité certaine, qui peut prendre la forme, indifféremment, d'un avantage d'ordre pécuniaire ou moral, et qui ne contrarie pas l'ordre légal. Alors la jurisprudence fait de la satisfaction d'un intérêt substantiel, le préalable à une demande en justice. Cela induit, par voie de conséquence, la considération discriminatoire de l'effet juridique au détriment du présumé de la règle de droit (**Paragraphe 1**) et aboutit au rejet par principe des actions préventives (**Paragraphe 2**).

#### **Paragraphe 1<sup>er</sup> : La considération de l'effet juridique au détriment du présumé de la règle de droit**

**170. L'impératif de la règle de droit au service d'un intérêt.** La règle de droit est structurée, selon les analyses de MOTULSKY dans ses « *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé* », par deux éléments : la présupposition et l'effet juridique. L'étude de la considération discriminatoire de l'effet juridique au détriment du présumé de la règle de droit, en particulier de son caractère contentieux, soulève de grandes

---

<sup>303</sup> J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Domat, droit privé, 6<sup>e</sup> éd. Montchrestien, Lextenso, Paris, 2015, p. 49 et s. H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, Bordeaux 1956, Rééd. Dalloz, Paris, 2011, p. 25 et s.

difficultés. Ici, il est envisagé d'aborder dans un premier temps l'intérêt comme faculté de mise en œuvre de l'impératif de la règle (A), puis, dans un second, l'avantage qu'a le titulaire de jouir de ce droit à réparation (B).

#### A. L'intérêt comme une faculté de mise en œuvre de l'impératif de la règle

**171. Le jeu de l'impératif du droit dans l'examen de l'intérêt.** « *Tu ne tueras point* ». tel est l'exemple qu'a choisi MOTULSKY pour montrer que toute disposition n'est pas règle de droit complète, cette dernière n'étant complète que lorsqu'elle renferme à la fois la *présupposition* et l'*effet juridique*. Cet exemple pris ne renfermerait que la présupposition. Celle-ci est ce qui conditionne l'application de la disposition concernée : le conditionnant. Quant à l'effet juridique, il n'est autre que la conséquence de la réalisation du conditionnant, de l'hypothèse, de l'interdit. De cette analyse, l'auteur affirme qu'« *il existe, par la force des choses, beaucoup plus de présupposition que d'effet juridique* », les sanctions étant souvent les mêmes dans de nombreux cas. Mais à l'analyse, il y a à remarquer que la disposition selon laquelle il n'est point permis de tuer n'est pas moins une règle de droit complète. Il n'y a là qu'une formulation de style elliptique. En effet, dire « tu ne tueras point », c'est interdire de tuer sous peine de sanction. Il reste seulement que le type précis de sanction n'est pas expressément indiqué dans la disposition. L'effet juridique est donc sous-entendu. En matière de recevabilité de la demande, il est exigé de celui qui réclame, l'invocation d'un intérêt juridique. En ce sens, que le litige dont le juge est saisi doit être relevant de sa compétence afin qu'il puisse donner une solution au regard du droit. Il est important de rappeler que le juge n'a pas pour rôle de trancher des querelles d'amoureux ou des conflits dynastiques par exemple. Certaines demandes peuvent donc être rejetées pour défaut de caractère juridique de l'intérêt en jeu puisqu'elles n'ont pour fondement que de simples faits et donc ne bénéficient d'aucune protection au regard du droit. Cela faisant, c'est l'effet juridique qui est mis en œuvre à travers l'intérêt juridique. Néanmoins, si le contentieux objectif se particularise comme l'action la plus au titre des actions sans droit sans droit protégé (2), il reste qu'en matière d'action en justice, l'impératif est celui d'un droit protégé (1).

## **1. L'effet juridique comme un intérêt, un droit protégé**

**172. La lutte judiciaire au service de l'effet juridique.** Réaliser le droit, c'est rechercher si un fait ou une situation donnée s'intègre ou non dans le cadre d'une règle de droit. ROUBIER parle de situation qui donne ou non naissance à un droit subjectif, tout en qualifiant cette réalisation de lutte judiciaire<sup>304</sup>, posture de JHERING sur la question. Dans ce que HERON et M. LE BARS qualifient d'actions normales pour les distinguer des actions déclaratoires, le demandeur allègue des faits dont il soutient la conformité au présupposé d'une règle de droit substantiel. Mais, dans sa demande, il sollicite du juge d'en tirer les conséquences et d'ordonner la production en sa faveur de l'effet juridique de ladite règle<sup>305</sup>. L'exemple donné par les deux auteurs est assez pertinent à ce sujet. Il s'agit en effet de la situation dans laquelle le cocontractant n'exécute pas la prestation promise. L'intéressé demandera alors au juge de constater que cette prestation est prévue au contrat passé conformément à la loi et lui confère la force obligatoire. En conséquence, il sollicite du juge qu'il ordonne à son adversaire d'exécuter ladite prestation conformément aux dispositions de l'article 1103 du Code civil. Dans une telle situation, il n'y a pas question de demander si l'intéressé a intérêt à agir du fait du caractère évident de son existence.

**173. L'intérêt à agir porté par l'effet juridique de la règle de droit.** De façon générale, chaque fois que le demandeur sollicite l'effet juridique de la règle de droit, il a intérêt à agir. Il est certain en effet que sa demande, à la supposer fondée, lui procurera l'avantage matériel ou moral prévu par l'effet juridique<sup>306</sup>. L'intérêt à agir est donc porté par l'effet juridique de la règle de droit.

**174.** Le point de départ à adopter ne doit donc pas être celui de l'existence d'une volonté, celle-ci n'étant pas le fondement de la personnalité, mais sa conséquence<sup>307</sup>. Pour démontrer cette erreur, Michoud se réfère à JHERING<sup>308</sup> et à ses exemples du fou et de *l'infans* qui, étant dénués de volonté, disposent néanmoins d'une personnalité et de droits. La loi protège,

---

<sup>304</sup> P. ROUBIER, *Préface à Henri MOTULSKY*, in *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Ed. Sirey 1948, Rééd. Dalloz, 2002, p. XI.

<sup>305</sup> J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n° 70, p. 74.

<sup>306</sup> J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n° 70, p. 75.

<sup>307</sup> L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ, 2 tomes, 1998, p. 98.

<sup>308</sup> IHERING, *L'esprit du droit romain*, traduit de la 3<sup>e</sup> éd. par O. de MEULENAERE, 2<sup>e</sup> éd. A. MARESCQ, Paris, 1880, T.IV, p. 319-320.

non la volonté, mais l'intérêt que cette volonté représente<sup>309</sup>. L'élément fondamental du droit est donc l'intérêt car il en est la cause, la volonté n'en étant qu'un élément secondaire et le droit subjectif doit s'entendre comme « l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes, juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre »<sup>310</sup>. L'élément essentiel de cette théorie est que l'État ne doit pas être considéré comme le créateur du droit mais son interprète, un intérêt juridiquement protégé étant pour MICHOU, un intérêt protégé par le droit objectif et non nécessairement par le droit positif. Le premier des intérêts à devoir recevoir une protection légale est celui de la personne humaine, l'homme étant le premier centre d'intérêts auquel la personnalité doit être reconnue. Cela engendre *de facto* une protection de sa volonté, mais celle-ci ne l'est pas en elle-même ; elle n'est qu'un moyen et non un but, le but étant l'homme lui-même. C'est pourquoi on observe des limites à la protection de la volonté. Ainsi pourquoi réprime-t-on l'usage de stupéfiants ? Parce que le droit protège uniquement la volonté ayant un intérêt humain considéré comme digne de recevoir cette protection par le législateur. L'homme étant un être social, la reconnaissance de droits subjectifs en tant qu'intérêts collectifs et permanents des groupements s'avère nécessaire. A cet égard, un tel intérêt n'est que la mise en œuvre de l'effet juridique contenu dans la disposition concernée.

**175. L'intérêt juridique d'un groupement.** Reconnaître l'intérêt poursuivi par un groupement comme digne d'être protégé revient alors à lui reconnaître la personnalité morale à condition que celui-ci détienne un intérêt distinct de celui des intérêts individuels et une organisation capable de dégager une volonté collective qui puisse représenter et défendre cet intérêt. Ce second élément n'est pas le fondement de la personnalité mais il est essentiel pour que la personne puisse agir et exercer les droits qu'on lui attribue. Lorsque ces éléments sont reconnus, il faut néanmoins une condition supplémentaire pour que la personne morale soit reconnue. Il faut que le milieu juridique dans lequel elle intervient accepte sa personnalité. Le but de la théorie de la réalité est clairement politique, en tentant de parvenir à limiter le caractère discrétionnaire de la dévolution de la personnalité morale telle qu'elle est conçue dans la théorie de la fiction. En établissant l'existence en soi du

---

<sup>309</sup> L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op. cit. p. 101.

<sup>310</sup> L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op. cit. p. 103.

groupement, la théorie de la réalité affirme le caractère subsidiaire de la reconnaissance par les pouvoirs publics.

**176.** En prenant la notion d'intérêt comme élément fondateur de la personnalité morale, MICHOUUD parvient donc à lui donner une existence réelle. Si les auteurs défendant cette théorie ne vont pas jusqu'à proposer l'éviction totale du procédé de la personnalisation juridique, ils vont, par leur démonstration, justifier la limitation des pouvoirs publics, alors en situation de compétence liée. Ainsi, pour HAURIOU, « l'État aura des pouvoirs d'officier civil et une surveillance de nature judiciaire, mais il ne pourra pas plus agir administrativement sur l'État des personnes morales, qu'il ne peut agir sur celui des personnes physiques »<sup>311</sup>. Cette situation annonce l'action dans l'intérêt général, principal objet du contentieux objectif sensé exister sans droit particulier en protection.

## ***2. Le contentieux objectif, action sans droit protégé***

**177. Notion.** Le contentieux objectif se cristallise particulièrement en matière administrative. Il désigne cette part des recours adressés au juge qui porte sur la question de la conformité d'une décision au droit objectif, à la légalité. Le justiciable invoque la violation d'une règle de droit, et non la violation de ses droits, ce type d'action relevant au contraire du contentieux subjectif. Dans le cadre d'un contentieux objectif, le justiciable ne met pas en cause une personne, mais un acte : l'on dit que le contentieux objectif regroupe les procès faits à des actes.

**178. La survivance de l'intérêt à agir en dépit du caractère objectif de l'action.** Intérêt général, mais intérêt quand-même. La distinction des deux branches de contentieux présente un intérêt pédagogique puisqu'elle permet de comprendre que les conditions de recevabilité des différents recours ne soient pas toujours les mêmes. Le contentieux objectif n'exclut cependant pas tout élément de subjectivité, ne serait-ce que parce qu'il faut démontrer au juge que l'on a intérêt à agir, ce qui suppose une situation juridique en cause. Cette appellation se justifie toutefois par le fait que le moyen qui emportera la décision juridictionnelle est la violation de la légalité. Le contentieux objectif englobe les recours en annulation des actes administratifs dont le recours pour excès de pouvoir se présente comme le porte-flambeau, le contentieux électoral, le recours en appréciation de légalité etc.

---

<sup>311</sup> M. HAURIOU, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, R.G.D., 1898, p. 140.

**179.** Si le contentieux administratif paraît le domaine privilégié d'expression du contentieux exclusif d'un droit subjectif protégé, les recherches récentes ont abouti à la conclusion qu'un jugement qui tranche un litige collectif en droit du travail<sup>312</sup>, ne peut ni profiter, ni nuire aux salariés qui n'y sont pas parties. Ainsi dans sa thèse, M. LEVANNIER-GOUEL démontre que, bien que jamais mis en évidence, le contentieux des relations de travail fait aussi une place significative au contentieux objectif, à savoir le contentieux de la légalité des actes de l'employeur, contentieux électoral, contentieux de l'application d'une convention collective<sup>313</sup>. L'auteur suggère, pour remédier à l'inefficacité du système judiciaire de traiter des litiges collectifs, la nécessité de faire évoluer le droit judiciaire du travail par la reconnaissance d'un contentieux objectif collectif. Les règles applicables à ce type de contentieux sont en effet, sensiblement différentes de celles du contentieux subjectif ; le droit d'agir étant largement ouvert à toute personne qui a un intérêt qui fait valoir la lésion « d'un intérêt froissé ». Il n'est point besoin de prétendre à la méconnaissance d'un droit. Le jugement qui interviendra produira ses effets à l'égard de tous ceux qui se trouvent lésés par l'acte illégal. Au-delà de tout ce qui précède, le constat que l'on peut toutefois faire est que, si les rapports de droit public se trouvent dominés par l'inégalité qu'implique la hiérarchie des organes de la puissance publique ou la prédominance des intérêts publics sur les intérêts privés, les rapports juridiques de droit privé sont, quant à eux, fondés sur le principe d'égalité entre les parties<sup>314</sup>.

**180.** En effet, les intérêts qui entrent en jeu sur le terrain du droit privé diffèrent de ceux du droit public. Suivant les développements de BERGEL, on peut noter que les intérêts privés sont de sources variées. Leurs sources sont très souvent, soit des actes juridiques, manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit, soit des faits juridiques, événements susceptibles de produire des effets de droit non voulus par les intéressés : intérêts recherchés et intérêts non recherchés, mais toujours intérêts pour agir. Le raccourci entre le droit substantiel et l'intérêt pour agir peut sembler, à ce niveau, un peu forcé. Mais puisque le caractère substantiel de l'intérêt pour agir semble un peu trop affirmé dans le

---

<sup>312</sup> Le conflit collectif est le différend qui oppose une collectivité de salariés organisés ou non en groupement professionnel à un employeur ou à un groupe d'employeurs. Il est caractérisé par la nature collective de l'intérêt en jeu. Voir art. 252 du Code du travail, voir aussi J.-M. VERDIER et alii. (2005) « Droit du travail », Vol. 1 Rapports collectifs, Dalloz, 13<sup>e</sup> édition, p.74

<sup>313</sup> O. LEVANNIER- GOUEL, *Contentieux objectif et subjectif en droit du travail*, Thèse, Atelier National de Reproduction des Thèses, 398p. 2016.

<sup>314</sup> V. par exemple, J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd. *Méthode du droit*, Paris, 2012, p. 237.

procès, sa distinction avec son aspect purement procédural reste toujours assez délicate. Or, le succès au fond d'un certain nombre de demandes n'est pas subordonné, en matière civile, à la preuve d'un droit subjectif appartenant au titulaire de l'action. Ceux des proches que le Code déclare recevables à provoquer la mise sous tutelle d'un parent ne demandent au juge la reconnaissance ou la sanction d'aucun droit subjectif<sup>315</sup>. C'est aussi en cette même matière qu'un mariage blanc peut connaître annulation par l'action du ministère public demandeur. Il en est de même en matière de pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi à la suite d'un contentieux subjectif lorsque, par exemple, la juridiction de fond rend une décision fondée sur des moyens constitutifs d'une violation de la loi. S'il n'y a pas de pourvoi de la part d'une partie au procès, le ministère public peut former un pourvoi en cassation dans le seul intérêt du droit. Cela relève d'une censure de la décision de la juridiction de fond. La prépondérance de l'effet juridique au détriment de la présupposition résulte ici de ce que l'aboutissement du pourvoi n'a aucune conséquence pour les parties et ne remet pas en cause l'autorité de la chose jugée de la juridiction du fond. La même prééminence s'observe à travers l'intérêt pris comme une jouissance du droit à la réparation.

## **B. L'intérêt comme une jouissance du droit à la réparation**

**181. De l'escompte à la jouissance.** L'intérêt à agir est défini comme le profit, l'avantage, la satisfaction que l'aboutissement de la procédure fera jouir au justiciable. Lorsque la procédure devrait aboutir à la réparation d'un tort par exemple, l'intérêt à agir, requis au seuil du procès, se confond souvent en pratique à la jouissance escomptée de cette réparation attendue. La manifestation de l'intérêt comme la jouissance du droit à la réparation est à analyser au regard des droits réels (1) et des droits relatifs à l'état des personnes (2).

### ***1. L'intérêt à agir en réparation d'un préjudice réel***

**182. Caractère juridique de l'intérêt.** Pour défendre la substance de son droit subjectif, le titulaire dispose d'une action en justice correspondante. Pour le droit dans son ensemble, une querelle sans intérêt économique, peut avoir un intérêt juridique. Se battre pour le droit peut intéresser la jurisprudence. La condition de légitimité de l'intérêt est palpable. La jurisprudence en fait un usage très modeste. Il a, par exemple, été jugé que celui qui doit restituer la chose dont il était possesseur ne peut exiger l'indemnisation de dépenses minimales

---

<sup>315</sup> V. art. 493, Code civil.

qu'il a engagées sur le bien. C'est une application de la règle « *de minimis* »<sup>316</sup>. Il ne peut déférer la restitution en demandant le remboursement de dépenses minimales qu'il a engagées sur le bien.

**183.** En matière pénale, quand la victime vient demander au tribunal pénal qu'il statue pour obtenir la réparation du préjudice qu'une infraction lui a créé, il y a un intérêt personnel car il est une victime directe du préjudice. Ainsi qu'il a été précisé plus haut, l'action civile ne doit pas être distinguée de l'action intentée par la victime d'un dommage civil devant le juge civil. C'est en cela que la place qu'occupe le justiciable devant le juge pénal se limite à une demande de réparation de son préjudice, de la même manière que celle qu'il aurait pu introduire devant la juridiction civile. La victime possède en effet le pouvoir exorbitant de déclencher l'action publique dans le but de contourner l'« *inertie* » éventuelle du ministère public. Elle peut, tout d'abord, le faire directement devant le tribunal de police ou devant le tribunal correctionnel, pouvoir qui ne lui a jamais été contesté. Elle peut ensuite exiger l'ouverture d'une information devant le juge d'instruction. En effet, contrairement à ce qui avait été soutenu dans un premier temps, la constitution de partie civile entraîne bien l'ouverture d'une information par mise en mouvement de l'action publique ainsi que l'a affirmé avec force la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>317</sup>. En matière civile, le gain est de mettre à la charge d'une personne, le responsable, l'obligation de réparer les dommages causés à autrui. Parfois, la responsabilité civile a une fonction répressive ou punitive, consistant à devoir de payer des dommages et intérêts, par exemple. Ainsi, l'intérêt à agir se trouve dans ce gain escompté. La responsabilité civile peut être délictuelle ou contractuelle. En matière administrative, pour défendre son droit de créance que l'administration n'a pas respecté, un justiciable, dans un contentieux de pleine juridiction, peut demander à une personne publique l'exécution de ses obligations. Dans deux arrêts concordants, le Conseil d'État avait restreint l'intérêt à agir des voisins, en affirmant que tout justiciable doit « *préciser l'atteinte qu'il invoque (...) en faisant état de tous éléments suffisamment précis et étayés de nature à établir que cette atteinte est susceptible d'affecter*

---

<sup>316</sup> J. CARBONNIER (Jean), « De minimis... », in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Dalloz, 1987, pp 29-37

<sup>317</sup> Dans l'arrêt du 8 décembre 1906, dit « Laurent-Atthalin » (Crim. 8 déc. 1906, *Bull. crim.* n° 443 ; DP 1907. 1. 207, rapp. Laurent-Atthalin). Toutefois, depuis la loi du 5 mars 2007 (citée *supra*), ce droit a été encadré, la réforme ayant modifié l'article 85 du code de procédure pénale pour juguler le nombre de constitutions de partie civile.



*directement les conditions d'occupation de son bien* »<sup>318</sup>. En matière commerciale, l'intérêt à agir peut être une mise en demeure ou une menace d'action en contrefaçon de la part du titulaire d'un brevet d'invention<sup>319</sup> ou en matière de marque<sup>320</sup>.

**184. La sagacité du juge dans l'appréciation de l'intérêt à agir.** Avant, l'intérêt à agir pouvait se justifier par le fait d'avoir une société dont l'objet social est proche de l'objet social du breveté ou bien proche du dispositif breveté<sup>321</sup>. Aujourd'hui, les magistrats semblent en demander plus : il faut démontrer l'existence d'actes préparatoires ou de projets sérieux de mise en œuvre d'une technique proche des brevets contestés<sup>322</sup>. Le licencié, souhaitant conserver la titularité de ces améliorations, a intérêt à invoquer la nullité du brevet initial, pour faire annuler en cascade ces clauses de propriété<sup>323</sup>. Cet intérêt doit être également patent dans l'exercice des voies de recours telles que la tierce-opposition. Lorsque le tiers ne démontre pas l'existence d'un préjudice, la tierce opposition formée doit être déclarée irrecevable pour défaut d'intérêt<sup>324</sup>. Il en est ainsi de la tierce opposition formée par une personne morale qui n'existait pas au moment où le jugement a été rendu<sup>325</sup>. La Cour de cassation considère que la violation d'une disposition légale ne saurait constituer l'intérêt direct et personnel exigé par l'article 583 du code de procédure civile<sup>326</sup>. Une jurisprudence constante décide que l'existence d'un intérêt, condition de recevabilité de la tierce opposition, est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>327</sup>. L'état des personnes est aussi concerné par la manifestation de l'intérêt comme la jouissance du droit à la réparation.

---

318 CE, 10/06/2015, n° 386121 ; CE, 10/02/2016, n° 387507.

319 Tribunal civil de Seine, 11 août 1864.

320 Tribunal de Grande Instance de Paris, 3<sup>e</sup> ch. 1<sup>re</sup> sect., 19 septembre 2013.

321 CA. Paris, 4<sup>e</sup> ch., sect. B, 13 mai 2005.

322 Cour d'appel de Paris, Pôle 5, 1<sup>re</sup> ch., 6 mars 2013.

323 C. Cass. com., 8 juillet 1997, n°95-17589.

324 Com. 13 déc. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 351. - Civ. 2<sup>e</sup>, 3 mai 1990, n° 88-16.854, *Bull. civ.* II, n° 91 ; Gaz. Pal. 1990. 2. Pan. 207. - Civ. 3<sup>e</sup>, 26 juin 2002, n° 00-15.718, *Bull. civ.* III, n° 153 ; JCP 2002. IV. 2435.

325 V. Besançon, 12 juill. 1951, *D.* 1952. Somm. 16. - Riom, 8 juin 1964, *JCP A* 1964. IV. 4500, obs. J. A.

326 (Civ. 2<sup>e</sup>, 23 sept. 1998, no 95-15.687, *Bull. civ.* II, n° 246)

327 (Soc. 25 mai 2000, n° 98-12.771, *Bull. civ.* V, n° 204. - Civ. 2<sup>e</sup>, 19 nov. 2009, n° 08-19.221, inédit. - Civ. 2<sup>e</sup>, 6 mai 2010, n° 08-18.936, inédit. - Civ. 2<sup>e</sup>, 8 juill. 2010, n° 09-68.717, inédit).

## 2. Les droits relatifs à l'état et à la capacité des personnes

**185. Du caractère large de la prévision légale.** « L'action est ouverte à **tous** ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention »<sup>328</sup>. Le terme « tous », dans cette disposition légale, exprime une absence de limite, pourvu qu'il y ait un intérêt légitime quelconque. Dès lors, une personne qui prétend que son état<sup>329</sup> et sa capacité<sup>330</sup> sont menacés peut ester en justice. L'état d'une personne comprend principalement ses prénoms et nom de famille, son lieu et sa date de naissance, sa filiation, sa capacité civile, son domicile, sa situation au regard de l'institution du mariage (célibataire, marié, divorcé, ...). Notons que les personnes morales qui sont des fictions juridiques n'ont pas d'état proprement-dit, mais un statut.

**186. De la définition admise de la notion d'intérêt à agir.** L'intérêt à agir est défini comme le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action est susceptible de procurer<sup>331</sup>. Une personne a donc intérêt à agir si sa demande est susceptible d'améliorer sa condition juridique. Si l'action ne procure aucune utilité, on ne peut pas agir<sup>332</sup>.

### Paragraphe 2 : Le rejet par principe des actions préventives

**187. Des pièges.** M. JESTAZ nous aura prévenus : toute notion abstraite est « un piège », car elle risque d'englober des objets auxquels les auteurs de la définition n'avaient pas songé<sup>333</sup>. En raison de son manque de clarté, la notion d'action préventive est à prendre avec circonspection. Si le souci du concept ne doit pas être le plus important, que ce soit dans la considération des intérêts vivants ou relativement aux valeurs profondes de l'ordre social, DABIN affirme néanmoins que le droit ne peut se passer d'un appareil conceptuel

---

<sup>328</sup> Article 31 du Code de procédure civile français.

<sup>329</sup> L'état d'une personne est entendu comme l'ensemble des règles qui définissent la personnalité juridique d'une personne physique et qui l'individualisent par rapport à sa famille et aux autres personnes.

<sup>330</sup> La capacité juridique, qui permet aux personnes d'exercer des prérogatives qui leur sont reconnues, parfois seulement à partir d'un âge de majorité civile, et ses exceptions, formant les incapacités. En droit français, la capacité juridique d'une personne physique est l'aptitude de cette personne à exercer ses droits et obligations. La capacité juridique englobe d'une part la capacité d'exercice, et d'une autre part la capacité de jouissance.

<sup>331</sup> G. WIEDERKEHR, « Procès », in Journée hommage G. ROUHETTE Panthéon, Paris 11 janvier 2013, Compte-rendu par H. KASSOUL, CERDP, p. 12.

<sup>332</sup> Le sens qui est reconnu à la notion d'intérêt jusqu'alors est rappelé par G. ROUCHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse Paris, 1965, pp. 632-633.

<sup>333</sup> Ph. JESTAZ, *Le droit*, Coll. *Connaissance du droit*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd. Paris, 2016, p. 82 et s.

suffisant<sup>334</sup>. La notion d'action préventive est ambiguë. Généralement, elle confond diverses situations qui ne méritent pas d'être confondues malgré certains points communs. Or, un droit insuffisamment défini n'est point praticable en ce sens que son application donnera lieu à des hésitations et à des controverses génératrices d'insécurité juridique. Les actions dont l'intérêt est incertain telles que l'action en déclaration de nationalité<sup>335</sup> ou l'action en désaveu préventif de paternité<sup>336</sup> sont aussi, dans une certaine mesure admises ; ces actions sont dites déclaratoires (B). En revanche, la jurisprudence rejette les actions interrogatoires et provocatoires (A).

#### **A. L'admission de l'irrecevabilité des actions interrogatoires et provocatoires**

**188. Une difficile admission.** L'exigence d'un intérêt actuel est exclue du domaine des actions dites « provocatoires ». De ce fait, au cas où la prétention serait admise, elle serait certes incompatible avec l'exigence d'un intérêt né et actuel : condition d'existence d'une action. La réforme du code civil français opérée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 a consacré de nouvelles actions interrogatoires notamment en matière de pacte de préférence<sup>337</sup>, de représentation conventionnelle<sup>338</sup> et d'actions en nullité<sup>339</sup>.

**189.** L'action interrogatoire s'entend de l'action ayant pour objet de contraindre une personne disposant d'une option, soit de déclarer si elle entend ou non user d'un droit, soit d'opter entre plusieurs partis qui s'offrent à elle dans l'exercice de son droit. L'objet de l'action provocatoire est de permettre à une personne, troublée par les allégations publiques d'une autre sur la titularité d'un droit, de mettre en demeure cette dernière d'avoir à justifier ses assertions sous peine de se voir imposer un perpétuel silence. Pendant que la jurisprudence admet de plus en plus les actions interrogatoires (2), les actions provocatoires restent difficilement recevables (1).

---

<sup>334</sup> J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1969, n° 232.

<sup>335</sup> Art. 29-3 à 29-5 du Code civil.

<sup>336</sup> Art. 326 du Code civil.

<sup>337</sup> Art. 1123, al.3 et 4 du Code civil

<sup>338</sup> Art. 1158 du Code civil

<sup>339</sup> Art. 1183 du Code civil

## ***1. La difficile recevabilité des actions provocatoires***

**190. Notion.** L'action provocatoire consiste pour le demandeur à vouloir faire prendre parti à une personne qui est le défendeur au regard d'une option que le créancier n'a pas encore exercée. Les actions provocatoires visent à obliger celui qui se vante publiquement de pouvoir contester une action en justice à en apporter la preuve devant le tribunal afin d'en démontrer l'exactitude. Autrement dit, elle vise à contraindre quelqu'un qui prétend avoir un droit à prouver ses prétentions en justice sous délai ou de se taire pour toujours sur ce point ; en tant que tel, elle est interdite. Les actions provocatoires permettent de forcer une personne qui se prétend titulaire d'un droit à le faire valoir immédiatement sous peine de le perdre. Les actions provocatoires étaient, dans l'ancien droit qualifiées « actions de *jactance* ». Dans l'ancien droit, ces actions étaient largement admises ; une personne troublée dans son honneur ou dans ses biens, par la menace ou la jactance d'une autre personne, pouvait très bien la contraindre à saisir la justice afin d'établir le bien-fondé de ces prétentions. Faute de le faire, elle se voyait imposer un silence perpétuel. Ces actions étaient contraires au caractère facultatif de l'action en justice et constituait une atteinte au libre choix de la personne. Elles ne sont plus admises aujourd'hui. L'action provocatoire a pour objet de contraindre celui qui se prétend publiquement titulaire d'un droit à agir en justice, à faire valoir son droit ou bien y renoncer définitivement. Cette action est contraire au principe de la liberté d'agir en justice et est fermée en principe de manière très rigoureuse. Mais, puisque la flexibilité des catégories juridiques est la condition de leur adaptation à l'évolution sociale, le droit essaie, par la touche jurisprudentielle et doctrinale, dans le but de sa mission, d'intégrer des situations nouvelles qui surgissent sans cesse des rapports juridiques nouveaux, des biens nouveaux, des techniques nouvelles etc.<sup>340</sup>. Il existe aujourd'hui quelques actions provocatoires admises.

**191. Quelques exemples d'actions provocatoires** Bien que généralement rejetées, il existe quelques rares cas où les actions provocatoires sont admis. Par exemple, les actions qui visent à demander une mesure d'instruction à titre préventif ainsi qu'il est prévu à l'article 145 Code de procédure civile : « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé,*

---

<sup>340</sup> En ce sens, V. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit. n° 186, p. 242.

sur requête ou en référé»<sup>341</sup>. La dénonciation de nouvel œuvre<sup>342</sup> était une action possessoire, dont l'objet est d'éviter qu'il n'advienne un trouble dans la possession ou dans la détention. Elle permet d'obtenir toute mesure de nature à éviter la réalisation du dommage qui s'annonce. Par exemple, la construction d'un mur de séparation empiétant largement sur le terrain voisin. Ce dernier peut demander la protection de sa possession. Il y a aussi *les mesures de référé*, encore appelé *référé sauvegarde*, de l'article 809, alinéa 1 CPC qui vise spécialement la prévention d'un dommage imminent.

La même évolution semble s'étendre aux actions interrogatoires.

## **2. L'admission prétorienne progressivement légalisée des actions interrogatoires**

**192. L'atteinte au droit d'option.** Il faut que l'ordre soit troublé pour recourir au juge, sinon l'action détournerait la justice de sa finalité. C'est ce qu'on peut comprendre à travers le principe général selon lequel *il n'y a pas en principe de procès préventif*. Le mécanisme de l'action interrogatoire a, de manière générale, pour objet de mettre une personne en demeure de déclarer si elle entend user d'un droit sous peine de déchéance<sup>343</sup>. **Les actions interrogatoires permettent de contraindre une personne qui bénéficie d'une faculté d'option à prendre parti.** Ces actions violeraient le principe d'option accordé à cette personne. Par exemple, constituerait une action interrogatoire l'action dirigée contre l'héritier pour le forcer à déclarer s'il accepte ou s'il refuse une succession avant l'expiration du délai qui lui est reconnu par la loi. Ces actions sont prévues par la loi dans quelques cas exceptionnels, notamment en matière de constitution de sociétés et en matière de successions. En effet, dans le premier cas (en matière de société), l'article 1844-12 du Code civil permet de contraindre celui qui se prétend titulaire d'une action en nullité soit de l'exercer, soit de la régulariser. Il doit exercer ce choix sous la contrainte de l'action en justice. Dans le second, (en matière de successions), nous pouvons citer l'exemple de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions qui autorise l'héritier de second rang à

---

<sup>341</sup> Art. 145, CPC.

<sup>342</sup> C'est l'appellation donnée à l'action possessoire par laquelle le possesseur d'un terrain ou d'une bâtisse demande au juge d'ordonner l'arrêt de travaux fait par un son voisin lorsque ces derniers une fois achevés, causeraient un dommage certain. Il en est également ainsi par exemple, lorsque le plaideur va exiger que soit ordonné l'arrêt ou la démolition d'un obstacle posé par un riverain l'empêchant d'utiliser un chemin desservant la propriété dont il se prétend possesseur.

<sup>343</sup> M. de FONTMICHEL, « Les nouvelles actions interrogatoires », *D.* 2016, n° 1665.

contraindre celui-ci d'exercer l'action ou bien d'y renoncer. Les héritiers de second rang pourront exercer leur action contre les héritiers de premier rang.

**193. Une réforme qui conforte.** En 2016, en France, une réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a été adoptée par voie d'ordonnance<sup>344</sup>. Ce texte, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016<sup>345</sup>, crée trois actions interrogatoires au service de la sécurité juridique<sup>346</sup>. Ces actions concernent le pacte de préférence, les pouvoirs du représentant conventionnel et la nullité.

**194. Des dispositions spécifiques.** S'agissant, tout d'abord, de l'action interrogatoire relative au pacte de préférence, l'article 1123 alinéas 3 et 4 du Code civil, tels qu'issus de l'ordonnance, dispose que « le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat». Cette action est ainsi encadrée par des conditions strictes : exigence d'un écrit, mention de la sanction encourue en cas de défaut de réponse et fixation d'un délai raisonnable. Cette dernière condition, qui repose sur un standard, illustre le rôle du juge qui sera, *via* ce standard comme les nombreux autres que la loi contient, le coauteur de la loi. L'absence de fixation d'un délai légal, si elle peut s'expliquer en raison de la diversité des opérations juridiques, accorde au juge le pouvoir d'apprécier le caractère raisonnable ou non du délai ; certains y verront une source d'insécurité juridique pour le tiers, d'autres un facteur de flexibilité qu'impose la diversité des situations. La sanction du défaut de délai raisonnable n'est pas précisée, mais, elle pourrait consister en la conservation par le bénéficiaire du pacte de la possibilité de solliciter la substitution ou la nullité. En outre, il est possible de s'interroger sur l'utilité de cette action interrogatoire. Le tiers souhaitant conclure le contrat préférera, peut-être, ne pas interpeller le bénéficiaire, à ses risques et périls. Cependant, quelle sera la position de la Cour de cassation dans l'hypothèse où le tiers, soupçonnant l'existence d'un pacte, ne met pas en œuvre cette action interrogatoire ? Malgré le caractère

---

<sup>344</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

<sup>345</sup> V : art. 9, alinéa 1<sup>er</sup> de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>346</sup> V. sur ce point, D. MAINGUY, « Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats », *D. 2016*, p. 1762.

facultatif de cette action, le juge considèrera-t-il que le tiers est de mauvaise foi et donc qu'il peut être sanctionné, même en l'absence de certitude sur la volonté du bénéficiaire de se prévaloir du pacte ? A tout le moins, retiendra-t-il plus facilement ou présumera-t-il la connaissance de cette volonté ?

**195.** Concernant l'action interrogatoire qui permet de lever les doutes sur l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel, le nouvel article 1158 du Code civil énonce que : « Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte. » Les mêmes conditions exigées dans le texte précédent le sont ici : nécessité d'un écrit, mention de la sanction encourue et fixation d'un délai raisonnable. Se pose également dans cette hypothèse la question de l'appréciation du caractère raisonnable ou non du délai. Par ailleurs, il est aussi possible de se demander, malgré le caractère facultatif de l'action, si une sanction du tiers qui douterait du pouvoir du représentant mais qui n'interpellerait pas le représenté serait possible ? En effet, l'application de la théorie de l'apparence, telle que consacrée à l'article 1156 nouveau du Code civil<sup>347</sup>, pourrait, peut-être, lui être refusée<sup>348</sup>.

**196.** Enfin, l'ordonnance introduit dans le Code civil une action interrogatoire relative à la mise en œuvre de l'action en nullité, à l'article 1183 du Code civil, tel qu'issu de l'ordonnance, qui prévoit qu' : « Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé. L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmée. » Comme pour les deux autres actions interrogatoires un écrit est exigé, ainsi que la mention de la sanction encourue. Cependant, pour cette action un délai légal d'action en nullité pour la partie interrogée est fixé. En outre, le champ d'application de ce texte est limité : la cause de la nullité doit avoir cessé et elle ne peut concerner qu'une

---

<sup>347</sup> Art. 1156 nouveau du Code civil français : « L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté »

<sup>348</sup> G. CHANTEPIE et M. LATINA, « La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil », *D. 2016*, n° 44 s.

nullité relative, seule susceptible de confirmation<sup>349</sup>. L'action en nullité se prescrivant par cinq ans<sup>350</sup> et, de surcroît, l'exception de nullité ne se prescrivant pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution<sup>351</sup>, cette action interrogatoire a l'avantage de permettre de sortir d'une situation d'incertitude quant à l'exécution du contrat. Toutefois, la partie qui décide d'user de cette faculté, en cas d'action en nullité exercée par son cocontractant, aura des difficultés à contester une telle demande à la suite de son action interrogatoire.

**197. Relativité d'une efficacité affirmée de la réforme sur les actions interrogatoires.**

Ainsi que l'affirment nombre d'auteurs et chercheurs, cette réforme est de nature à renforcer la sécurité juridique en matière contractuelle et en droit des obligations en général.

En effet, lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, on sait que le bénéficiaire peut : soit obtenir la réparation du préjudice subi, soit en demander la nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Or, il n'est pas toujours facile de connaître l'existence du pacte. Désormais, et par cette réforme, le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. Mieux, contrairement à la première mouture de ladite ordonnance, la clause de confidentialité insérée dans le pacte de préférence ne fait plus obstacle à cette action interrogatoire.

**198.** Aussi, en matière de représentation de personne morale, il est parfois observé que les actionnaires représentés procèdent d'une remise en cause de la signature du représentant en cas de différends internes à la société. Ils évoquent souvent une absence d'habilitation du représentant à la signature du contrat querellé. C'est en cela que le nouvel article 1158 du code civil vient régler une insécurité juridique en indiquant que le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte.

**199.** Enfin, on peut regretter une sorte de menace perpétuelle d'action en nullité des contrats peu de temps avant la prescription dans le seul dessein de contourner ou d'échapper à une clause moins confortable. Il y a lieu de lutter contre cette instrumentalisation des actions en

---

<sup>349</sup> Code civil, art. 1181, tel qu'issu de l'ordonnance.

<sup>350</sup> Code civil, art. 2224.

<sup>351</sup> Code civil, art. 1185, tel qu'issu de l'ordonnance.



nullité pour ce qui concerne l'action interrogatoire sur l'intention des cocontractants à propos d'une convention susceptible d'être annulée. Le texte de l'ordonnance donne, à travers l'article 1183 nouveau, la possibilité d'interpeller le cocontractant sur ces intentions en disposant qu'une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé. L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé. Au-delà du fait que cette action est de nature à mettre à nu une clause révélatrice d'une faiblesse du contrat, elle est tout autant à même de contribuer à la stabilité des relations contractuelles participant ainsi à la sécurité juridique.

**200.** Au demeurant, il y a lieu de constater que la mise en œuvre de toutes ces actions est une avancée dans la sécurité juridique. Les parties concernées disposent désormais des moyens leur permettant d'éviter d'avancer inutilement dans un champ juridique mouvant et susceptible de réduire à néant toutes leurs prévisions par la mise en œuvre a priori desdites actions afin d'éviter les sources d'éviction de leurs divers droits y relatifs. Mais en même temps, tout n'est pas rose en cette matière. Le terme de délai raisonnable utilisé par l'ordonnance est une notion à contenu variable qui, de ce fait, n'est pas de nature à faciliter la mise en œuvre de ces différentes dispositions. Le législateur aurait mieux fait de fixer un délai pour chaque cas de figure. Laisser l'appréciation au juge est toujours source d'incertitude susceptible d'une autre forme d'insécurité, cette fois-ci et surtout, judiciaire. Il est à relever en effet, à la suite de M. MONTCHO-AGBASSA, que cette appréciation laissée à la libre interprétation et au pouvoir souverain du juge du fond se fait *in concreto*, c'est-à-dire, en fonction des circonstances particulières de la cause<sup>352</sup>. L'obligation de motivation suffisante qui incombe au juge dans cette appréciation n'anéantit pas forcément la situation d'incertitude. C'est une autre difficulté au-delà de l'évolution. Elle pourrait justifier le caractère timide de la recevabilité des actions déclaratoires.

## **B. La timide recevabilité des actions déclaratoires**

**201. Définition et objet.** Les actions déclaratoires sont des actions dont l'objet est de faire constater par le juge l'existence ou l'étendue d'une situation juridique. La loi consacre

---

<sup>352</sup> E. C. MONTCHO-AGBASSA, *Contribution à l'étude d'une notion à contenu variable: le délai raisonnable en droit privé*, Thèse Abomey-Calavi, 2009, p. 13.

l'existence de certaines actions déclaratoires. Dans un remarquable arrêt<sup>353</sup>, après avoir exactement retenu que, même en dehors de tout litige, une demanderesse venant aux droits de son mari prédécédé avait intérêt à faire constater la prescription de la créance d'une banque afin de lui permettre de connaître la consistance exacte du patrimoine dont elle avait hérité et l'étendue des droits dont elle pouvait disposer compte tenu des hypothèques garantissant cette créance, c'est à bon droit qu'une cour d'appel a déclaré son action recevable. La recevabilité de ces actions est subordonnée à la démonstration de l'existence d'une menace grave et sérieuse sur la jouissance d'un droit (1). De même, l'action doit permettre la mise à l'écart de la menace (2).

### *1. L'existence d'une menace grave et sérieuse*

#### **202. Le caractère négatif de l'intérêt à agir au sens employé par HERON et LE BARS.**

L'action déclaratoire a pour objet de faire reconnaître en justice une situation qui n'est pas encore contestée mais qui risque de l'être prochainement. Il naît une inquiétude qu'il y a intérêt à dissiper : c'est le caractère négatif de l'intérêt à agir. L'action peut être admise lorsqu'elle a été intentée, même à titre déclaratoire, en vue de prévenir la violation d'un droit gravement menacé. Si le recours à la justice « *ad futurum* », c'est-à-dire, à titre préventif ou simplement déclaratoire est possible, c'est à la condition que le péril soit certain, bien que le droit substantiel poursuivi ne soit pas encore né et actuel. L'intérêt qui fonde cette action est relatif au caractère né et actuel du péril, de la menace. Le demandeur doit établir l'existence d'une menace grave et sérieuse au point de créer un trouble précis. Ainsi, ne justifie pas d'un intérêt né et actuel à obtenir une mesure, le demandeur qui fait état d'un préjudice éventuel susceptible de provenir d'une décision administrative future dont la teneur est totalement inconnue au moment où le juge statue<sup>354</sup>. De même, n'est pas recevable l'action purement déclaratoire qu'un commerçant introduit afin de demander au juge de dire pour droit que la publicité qu'il entend réaliser est légale<sup>355</sup>. Il faut en d'autres termes que le droit ou l'exercice du droit apparaisse sérieusement contesté ou menacé, qu'il y ait une prétention

---

<sup>353</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juin 2011, n°10-10.348 ; *JurisData* n°2011-010935, *D.* 2011 p.2311. note S. Grayot-Dirx

<sup>354</sup> Bruxelles, 1<sup>er</sup> février 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 881.

<sup>355</sup> Bruxelles, 13 octobre 1995, *J.T.*, 1996, p. 27.

immédiate et actuelle faisant présager ou annonçant d'une manière suffisamment probable et sérieuse la mise en péril d'un droit ou la réalisation d'un dommage<sup>356</sup>.

**203.** L'action déclaratoire peut également être admise lorsque l'on justifie d'un intérêt de conserver ou d'établir des preuves dont peut dépendre la solution d'un litige encore éventuel. Ceci peut être illustré par les mesures d'instruction *in futurum* prévues à l'article 145 du Code de procédure civile français. Il s'agit là d'une action tendant à la sauvegarde d'une preuve, pour laquelle on utilise la voie d'un référé.

**204. Quelques spécificités de distinction entre la doctrine et la jurisprudence.** Si la jurisprudence produite se réfère essentiellement au droit des personnes et au régime matrimonial, la doctrine actuelle reconnaît la recevabilité des actions déclaratoires dans des cas de « litiges en puissance » et ce dans tous les domaines : que l'intérêt à agir est réputé naître, non seulement si un droit est contesté, mais encore s'il existe une incertitude ou une menace sérieuse ; qu'aussi bien, l'arrêt de la Cour de cassation (1<sup>re</sup> chambre civile) du 13 mai 1997 précise que « l'intérêt d'une partie qui diligente une action déclaratoire afin que le juge se prononce, immédiatement avant tout litige, sur l'existence ou l'étendue d'une situation juridique, est parfaitement valable et rend recevable une telle action(...)»<sup>357</sup>. De l'autre côté, la menace d'un trouble patrimonial et l'intérêt qu'il y a à le prévenir peut justifier le recours à la justice par action déclaratoire. Il s'agit là de la dénonciation de nouvel œuvre (action possessoire et référé sauvegarde) supprimée par abrogation de l'article 2279 du Code civil par la loi n°2015-177 du 16 février 2015. Les articles 1264 à 1267 du Code de procédure civile ont été abrogés formellement par le décret n°2017-892 du 6 mai 2017<sup>358</sup>. Le référé sauvegarde<sup>359</sup> vise spécialement la prévention d'un dommage imminent. L'article 809 al. 1 du Code de procédure civile français met d'ailleurs en place une protection similaire à celle qu'autorise l'action possessoire précédente.

---

<sup>356</sup> Liège, 15 juillet 2004, *J.T.*, 2004, p. 892.

<sup>357</sup> T. com. Paris (3<sup>e</sup> ch.), 6 avril 2005 : SA klepierre et autre c. Société Goldhar Corporate Finance Ltd - RG n° 2005003344

<sup>358</sup> Désormais c'est au moyen de la procédure de référé que la protection possessoire est assurée.

<sup>359</sup> Art. 809, al. 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile français.

## 2. La mise à l'écart de la menace : objectif de l'action

**205. Le droit de faire décider.** Les actions déclaratoires assurent à une partie des avantages pratiques comme, par exemple, des époux qui saisissent un tribunal, en dehors de tout litige, pour qu'il détermine la loi applicable à leur régime matrimonial. Il en va de même, en matière de nationalité, de l'action « qui a pour objet principal de faire déclarer qu'une personne a ou n'a pas la qualité de Français »<sup>360</sup>. L'intérêt préventif de celui qui expose un recours est de prendre les devants en soulevant lui-même la question pour laquelle il pourrait être appelé en justice. Il s'agit du droit d'agir pour faire décider si l'on a ou n'a pas la qualité de Français. Aux moyens des actions déclaratoires, l'on a la possibilité de faire statuer un juge par anticipation sur le fait de savoir si le brevet fait ou non obstacle à l'exploitation qui a été initiée ou qui a fait l'objet de préparatifs effectifs et sérieux à cet effet. Alors, la décision préventive ou déclaratoire doit avoir une utilité concrète, clarifier la situation, mettre un terme à la menace qui a justifié l'action, faire reconnaître l'existence ou l'inexistence d'un droit.

**206.** Les cas « classiques » d'actions préventives sont ceux où le juge des référés ordonne une enquête « *ad futurum* » s'il est constant que tout retard apporté à l'audition du témoin doit faire craindre que le témoignage ne puisse plus être recueilli ultérieurement<sup>361</sup>, l'hypothèse où le juge est saisi d'une demande principale ayant pour seul objet la désignation d'un expert chargé de procéder à des constatations ou de donner un avis d'ordre technique<sup>362</sup>. Mais les actions préventives sont également admises en matière de prévention des dommages liés, notamment, à l'atteinte à la vie privée. Ainsi, le demandeur peut faire interdire préventivement la diffusion d'une émission de télévision qui « serait de nature à porter atteinte, sans nécessité, à l'honneur, à la réputation et à la vie privée de la personne visée par la communication au public d'informations inexactes, non vérifiées ou manquant d'objectivité »<sup>363</sup>.

---

<sup>360</sup> Art. 1040 du Code de procédure civile français.

<sup>361</sup> Art. 584, alinéa 4 du Code judiciaire belge.

<sup>362</sup> Est prématurée la demande adressée au juge des référés de commettre un expert chargé d'évaluer les incidences de travaux lorsqu'elle intervient à un moment où le dépérissement des preuves n'est pas à craindre et où la procédure relative à ce permis est toujours en cours en sorte que pourrait intervenir une décision de refus ou d'octroi sous des conditions garantissant le respect des droits des riverains. Voir dans ce sens : Liège, 15 juillet 2004, *J.T.*, 2004, p. 892.

<sup>363</sup> Cass., 2 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1403 ; Civ. Liège (réf.) 14 avril 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 788.

**207.** En matière de pratiques commerciales, on admet également l'action en cessation préventive en vue de faire cesser une pratique qui n'a pas encore eu lieu mais dont le caractère imminent est certain. Les actions déclaratoires sont aussi celles par lesquelles le demandeur sollicite une déclaration négative ou positive de la part du juge qui est destinée à clarifier la situation et éviter ainsi la réalisation d'un préjudice ou d'inconvénients imminents.

**208.** La jurisprudence belge admet en matière d'exécution, que le créancier dont l'actualité ou l'efficacité du titre exécutoire est contestée puisse agir à titre déclaratoire devant le juge des saisies avant que toute procédure d'exécution forcée n'ait été initiée ou, encore, pour faire liquider une astreinte dont la décision ferait l'objet de contestation<sup>364</sup>. En revanche, elle refuse qu'une demande de déclaration de conformité d'une pratique à une législation déterminée soit soumise à titre préventif au juge des cessations<sup>365</sup>.

**209.** La jurisprudence française admet de plus en plus les actions déclaratoires. Dans une décision, une veuve, après le décès de son mari avec qui elle avait contracté un prêt garanti par plusieurs hypothèques, avait, avant tout litige, assigné la banque pour faire constater la prescription de la créance de remboursement inhérente au prêt. La Cour de cassation a décidé que la veuve était en droit de connaître la consistance exacte du patrimoine dont elle avait hérité et l'étendue des droits dont elle pouvait disposer, compte tenu des hypothèques garantissant la créance<sup>366</sup>.

**210.** Dans une autre espèce, une SCI avait vendu des maisons d'habitation en état futur d'achèvement et fait établir un règlement de copropriété stipulant que les voies du groupe d'immeubles étaient la propriété du syndicat. Or, des voisins avaient installé des canalisations dans la copropriété. D'où une assignation lancée par la SCI à l'encontre desdits voisins en vue d'obtenir la suppression des canalisations. La cour d'appel avait considéré l'action comme irrecevable, au motif que la SCI était sans intérêt ni qualité à se prémunir contre une action purement éventuelle qui serait exercée par le syndicat de copropriété du

---

<sup>364</sup> Liège, 22 avril 2004, J.L.M.B., 2004, p. 1485.

<sup>365</sup> Prés. Comm. Bruxelles, 9 décembre 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 966, et la note I. BUELENS qui propose de reconnaître la possibilité d'une action déclaratoire négative lorsqu'il existe une menace sérieuse de contestation de la pratique concernée ; Bruxelles, 13 octobre 1995, *J.T.*, 1996, p. 27 ; *Ann. Prat. Comm. & Conc.*, 1996, p. 96, note A. PUTTEMANS.

<sup>366</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juin 2011, n° 10-10.348, *RD transports* 2011, n° 189, obs. Ch. DE CORBIERE.

fait de l'implantation des fameuses canalisations. L'arrêt a été cassé, la Cour de cassation reprochant aux premiers juges de n'avoir pas recherché si la SCI, en sa qualité de venderesse, débitrice d'une obligation de garantie d'éviction à l'égard de ses acheteurs, n'avait pas d'ores et déjà un intérêt à agir en vue de se prémunir contre le recours probable de ses cocontractants<sup>367</sup>.

**211.** Notons aussi que la Cour de cassation a très clairement admis la possibilité d'une action déclaratoire sur la compétence internationale des juridictions françaises « (...) *dès lors qu'ils ont été contraints de porter leur litige devant une juridiction qu'ils n'avaient pas choisie, les demandeurs ont sur le fondement de la Convention de Montréal, un intérêt actuel et légitime à agir, à titre déclaratoire, en constatation de l'existence et de la portée du droit d'option de compétence que celle-ci leur reconnaît* »<sup>368</sup>. Toutes ces pratiques jurisprudentielles participent au recours au droit substantiel.

## ***SECTION 2 : Le recours au droit substantiel, une commodité pratique***

**212. Une pratique historique.** Le droit d'agir est issu du Code de Justinien, selon lequel «Nul ne peut se faire à soi-même justice ». Ce droit résulte d'un pacte social : « Je renonce à me venger car je sais qu'une entité tierce est tenue d'un devoir de protection juridictionnelle ». Mais le justiciable qui agit n'a dans le viseur que le droit substantiel en jeu. Que ce soient les conditions positives telles que l'intérêt et la qualité pour agir, ou les conditions négatives à savoir l'absence de prescription, l'absence de chose jugée ou le non-épuisement du délai préfix, toutes ces conditions relèvent de l'aspect procédural de l'instance. C'est justement pour cette raison que le rôle des auxiliaires de justice en général et de l'avocat en particulier à un sens. Car, *a priori*, « 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 »<sup>369</sup>. Il ne pouvait en tout cas exister d'action que s'il existait un droit substantiel auquel elle sert de bouclier : c'est la commodité pratique<sup>370</sup>. L'article 2 du Code de procédure civile français poursuit : « Les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient

---

<sup>367</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ. 21 juin 2011, n° 10.17036.

<sup>368</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 7 déc. 2011, n° 10.30919.

<sup>369</sup> Art. 1<sup>er</sup>, CPC. Ces dispositions sont prévues à l'article 2, CPCCSAC dans les mêmes termes.

<sup>370</sup> V. dans ce sens, E. GLASSON et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd. T. 1, Rec. Sirey, Paris, 1925, p. 423.

d'accomplir les actes de la procédure dans les formes et délais requis ». De ces dispositions, il ressort toute l'implication personnelle des parties à faire progresser la procédure. L'intervention de l'avocat n'est qu'à titre de représentation (" pouvoir ad litem"<sup>371</sup>). Après avoir reconnu cette commodité, GLASSON et TISSIER ont aussitôt émis une réserve en cela que le constat peut paraître excessif au regard de cette même pratique où des actions ne se fondent pas toujours sur des droits substantiels au vrai sens matériel du terme<sup>372</sup>. Aussi, le recours au droit substantiel comme commodité pratique s'analyse au regard de l'identification des actions aux droits substantiels, d'une part (**Paragraphe 1**) et de l'identification de l'intérêt à agir au droit substantiel, d'autre part (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1<sup>er</sup> : L'identification des actions aux droits substantiels**

**213. Des prémices de l'identification des actions aux droits substantiels.** C'est l'action en justice qui sert normalement à faire valoir des droits, écrivait MOTULSKY<sup>373</sup>. L'action en justice désignerait non seulement le pouvoir de saisir un juge, mais aussi le pouvoir d'exiger de lui la reconnaissance du droit invoqué à son profit et, enfin, qu'il prenne les mesures nécessaires pour en assurer l'effectivité. Parmi les différentes acceptions de la notion d'action figurent en effet celles qui impliquent plus ou moins fortement le droit substantiel en jeu. Ainsi, outre la conception selon laquelle l'action est *le pouvoir de saisir un juge pour l'obliger à statuer sur le bien-fondé de la demande qui lui est soumise* (que cette demande soit justifiée ou non en droit), elle s'était enrichie d'une autre conception qui prend en

---

<sup>371</sup> On oppose généralement le mandat " *ad litem* " qui est « la représentation en justice ou à l'instance » et la représentation " *ad agendum* " qui signifie « représentation dans l'action ». Mandat de représentation en justice, la représentation *ad litem* est une expression latine signifiant " *en vue du procès* ". Les deux types de représentation diffèrent par leur régime juridique. La première grande divergence entre ces deux représentations réside en la personne du représenté. Le représenté *ad agendum* est en effet, dépourvu de la capacité à agir, tandis que le représenté *ad litem* est tout à fait capable d'ester en justice. C'est simplement la complexité du droit qui le pousse à recourir à un professionnel pour accomplir les actes de la procédure (assignation, conclusions, ...) En second lieu, selon la représentation envisagée, le représenté figure ou pas dans la procédure.. On trouve aussi des actes *ad litem*. Par exemple, le mandat spécial qui permet à une personne qui n'entre pas dans l'énumération limitative de l'article 828, CPC, de représenter ou d'assister une partie en justice est un " *pouvoir ad litem* ".

<sup>372</sup> Après avoir indiqué que « *l'action est le droit traditionnel, le pouvoir qu'a une personne investie d'un droit d'obtenir du juge, contre une autre personne, la protection de ce droit au moyen de l'application de la loi* », les deux auteurs ont vu la nécessité de compléter l'affirmation en ajoutant que « *C'est le pouvoir d'obtenir la protection de la justice, à laquelle on peut demander soit la reconnaissance du droit contesté, soit une condamnation, soit des mesures d'exécution, soit seulement des mesures conservatoires ou provisoires, soit enfin quelquefois, l'établissement d'une situation juridique nouvelle* ».

<sup>373</sup> H. MOTULSKY, *Ecrits, études et notes de procédure civile*, Préf. de G. BOLARD, Dalloz, Paris 1973, pp. 85-100, Spéc. p. 66.

compte la possibilité d'obtenir une décision favorable sur le fond du droit<sup>374</sup>. C'est la toute prise en compte du brocard « *pas de droit, pas d'action* » qui revient à dire qu'il n'y a pas d'action sans droit. Il y a lieu de reconnaître toutefois que le chef principal qui conduit le demandeur vers le juge est le droit substantiel en jeu, même si le juge est appelé à trancher les exceptions et les fins de non-recevoir. Ces dernières ne sont que des préalables à l'examen du bien-fondé du droit substantiel discuté, objet de la demande. Au-delà de cette prééminence du droit substantiel, c'est l'action qui, dans ses types divers, s'y identifie. Il y a lieu d'examiner les procédés de cette identification.

**214.** L'identification des actions aux droits substantiels procède de la classification traditionnelle des actions (A), qui a été étendue grâce à l'œuvre de la jurisprudence (B).

### A. La classification traditionnelle des actions

**215. Une tradition romaine en héritage.** A Rome, on se fait rendre justice ; on ne se rend pas justice. Pour le faire, *le quirite*<sup>375</sup> a à sa disposition des actions. Celles-ci varient selon les troubles, le caractère de la propriété, propriété quiritaire ou propriété prétorienne, pérégrine ou fonds provinciaux<sup>376</sup>. De la même manière, et ce jusqu'au droit contemporain, chaque forme de droit détermine une action précise. C'est ainsi qu'on note que la substance du droit sert à nommer aussi bien des actions mobilières et des actions personnelles (1) que des actions immobilières (2).

#### *1. La substance du droit au service de l'identification des actions mobilières et personnelles*

**216. Du droit mobilier à l'action mobilière, du droit personnel à l'action personnelle.** De ce qui précède, on note que la notion de droit d'action porte les germes de substantialité dans sa propre terminologie dès lors qu'on parle en termes de "*droit de*" : "**droit de quelque chose, droit d'action**". C'est une sorte de substantialisation terminologique et expressive de la notion d'action. Aussi, GLASSON, TISSIER et MOREL précisent que, dans le sens

---

<sup>374</sup> E.-D. GLASSON, A. TISSIER et R. MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1925-1936, 5 vol : tome 1, 1925, VIII, n° 173, p. 426. Les trois auteurs affirment que « le droit d'action implique d'abord l'existence d'un droit qu'on demande au juge de reconnaître ou de faire respecter ».

<sup>375</sup> *Quirite* désignait autrefois le citoyen romain

<sup>376</sup> P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Rééd. Dalloz, présentation de J-P. LEVY, Paris, 2003, p. 359.



traditionnel, le droit d'action est autre chose non seulement que le droit d'accès au tribunaux, mais aussi que la simple faculté donnée à tous de porter devant les tribunaux organisés par l'État leur demande quelle qu'elle soit. De là, celui qui n'a pas le droit qu'il allègue a, tout au moins, la faculté de porter sa demande, même insoutenable, devant la justice. Mais le juge, après examen, repoussera sa demande en disant qu'il n'a pas de droit et, par suite, pas d'action<sup>377</sup>. Le droit conditionne ainsi l'action. Il continue de la conditionner aujourd'hui. On ne se dirige vers le juge qu'en cas de violation d'un droit substantiel légitime violé (intérêt né et actuel, donc action ouverte) ou bien en cas de menace imminente de violation, future mais certaine, du droit (intérêt né et actuel à cause d'une menace actuellement vécue, mais pour un droit futur, une action préventive). Cette même conditionnalité par le droit substantiel semble prévoir la détermination des types d'actions.

**217. A chaque type de droit son action appropriée.** En matière d'action, les auteurs comme HERON ET M. LE BARS relèvent que c'est la nature du droit invoqué qui commande sa qualification. L'action prend la nature du droit substantiel qui la fonde : les actions réelles sont celles qui tendent à la réalisation d'un droit réel, les actions personnelles, celles qui tendent à la réalisation d'un droit personnel ou au paiement d'une créance. L'énumération des actions personnelles n'est pas envisageable en raison de la diversité et du caractère illimité des droits personnels. A ce niveau, il importe peu que le droit de créance puise son origine dans un contrat ou non. Une action réelle est une action par laquelle on demande en justice la reconnaissance ou la protection d'un droit réel. L'action réelle peut viser un droit réel principal (comme le droit de propriété ou l'usufruit) ou accessoire (comme une servitude ou une hypothèque). L'action est mobilière si le droit réel exercé porte sur un meuble. Par exemple, l'action en revendication d'un meuble perdu ou volé est une action réelle mobilière ou l'action en recouvrement d'une créance. L'action réelle est exercée *in rem*.

**218.** Les actions personnelles sont celles qui ont pour but d'obtenir la reconnaissance d'un droit personnel comme, par exemple, l'action en paiement. L'action personnelle est exercée *in personam*. L'action personnelle mobilière est l'action très générale par laquelle on fait valoir un droit de créance portant sur une somme d'argent, un meuble, un fait ou une abstention.

---

<sup>377</sup> E.-D. GLASSON, A. TISSIER et R. MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, op. cit. p. 424.

**219.** En matière mobilière, il n'y a pas lieu à protection de la possession, car en vertu de l'article 2276 du Code Civil, « possession vaut titre ». La possession confère donc instantanément et directement au possesseur le droit de propriété sur la chose. Le possesseur peut donc agir en vertu de son droit réel. Toutefois, il faut qu'il s'agisse d'une chose mobilière susceptible d'être détenue matériellement et qui n'a été ni perdue, ni volée. Il s'agit donc de tous les meubles corporels, à l'exception des biens non susceptibles d'appropriation privée<sup>378</sup>, des meubles dont le transfert est soumis à publicité<sup>379</sup>, des meubles perdus ou volés, c'est-à-dire frauduleusement soustraits, si le meuble a été détourné par abus de confiance<sup>380</sup> ou escroquerie<sup>381</sup>. Le possesseur n'a aucune preuve à fournir ; c'est au revendiquant qu'il appartient de prouver qu'il s'agit d'une simple détention ou que la possession est entachée d'un vice ou, encore, que le possesseur est de mauvaise foi. C'est de cette même manière que la terminologie du droit substantiel se trouve au service des actions immobilières.

## ***2. La réalité des droits au service des actions immobilières : l'exception des actions mixtes***

**220. Le glissement inévitable.** Abordant les questions relatives aux droits immobiliers, il semble assez inévitable de glisser sur les actions immobilières, tellement l'enjeu des intérêts de la distinction entre action mobilière et action immobilière est important. Le droit emprunte à l'action. Jean BEAUCHARD, examinant l'étendue du droit immobilier, est amené à examiner les actions immobilières pétitoires et possessoires<sup>382</sup>. Toutefois, la notion d'action immobilière est une terminologie d'emprunt au droit substantiel sur un immeuble.

**221.** Aussi, certains droits, de par leur spécificité, communiquent leur caractère à l'action qui les porte. Il en est ainsi du caractère d'ordre public que revêt l'interdiction de transiger sur certains droits dont celui de la pension alimentaire et les actions relatives à la filiation. De même, l'action oblique que peut exercer un créancier en vertu de l'article 1341-1 du Code civil ne peut être exercée par son propre créancier à lui sur la même créance détenue par le premier débiteur.

---

<sup>378</sup> C'est le cas des meubles du domaine public.

<sup>379</sup> Dans ce sens, nous pouvons citer les navires, bateaux de plaisance, aéronefs, etc.

<sup>380</sup> Art. 408, commun aux Codes Pénaux béninois et français.

<sup>381</sup> Art. 405, commun aux Codes Pénaux béninois et français.

<sup>382</sup> J. BEAUCHARD, « Compétence matérielle des juridictions de droit commun », in *Droit et pratique de la procédure civile*, S. GUINCHARD (dir.), 9<sup>e</sup> éd. Dalloz action, Paris, 2016, pp. 72-111, Spéc. p. 78.

## **222. Limites à la classification des actions selon les droits substantiels qu'elles portent.**

Il existe des droits immobiliers démunis d'actions, bien qu'ayant une existence certaine. On peut songer par exemple, comme pour les droits personnels ou mobiliers, à ceux qui ont pour objet un bien immobilier et portés par *des obligations à terme*.

**223.** De même, en vertu de l'article 1341-1 du Code civil, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception toutefois de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. Cette disposition semble bien séparer le pouvoir du créancier sur les droits du débiteur d'une part et sur les actions de ce même débiteur d'autre part. Une telle hypothèse peut amener à conclure que l'exercice des droits se distingue de celui des actions. Il n'y a donc pas à affirmer que l'action emprunte son existence au droit.

**224.** Mieux, si l'on considère à présent l'"*action paulienne*" sur laquelle on reviendra plus amplement, cette voie de droit qui permet au créancier d'attaquer un acte fait par son débiteur lorsque ce dernier a agi en fraude de ses droits, on peut se demander si cette action emprunte à un certain droit que l'on pourrait dénommer "*droit paulien*". Cette action est utilisée notamment pour permettre au créancier de faire réintégrer dans le patrimoine de son débiteur un ou des biens (en l'espèce, immobiliers) que celui-ci avait aliénés à un tiers, généralement complice, dans le but d'empêcher le créancier de faire saisir ces biens et par conséquent, organiser son insolvabilité. Or, dans un arrêt du 6 octobre 2004<sup>383</sup>, la Cour de cassation a jugé que l'action paulienne est ouverte *dès lors que l'acte frauduleux prive le créancier de la possibilité d'exercer un droit spécial dont il dispose sur le bien qui a été aliéné*. Cela suppose que l'action paulienne n'emprunte pas à l'existence d'un certain droit paulien. Aussi, l'action est recevable dès lors que le créancier justifie d'une créance certaine, bien que tel ne soit le cas lorsqu'un recours a été engagé et qu'il est en cours, pour contester la créance<sup>384</sup>. En effet, le seul fondement de l'action paulienne reste la créance qui n'a pas besoin de revêtir un caractère liquide. Il suffit qu'elle soit certaine en son principe<sup>385</sup>. En effet, le caractère liquide de la créance n'est requis pour la recevabilité de l'action paulienne que lorsqu'elle a pour objet une somme d'argent ; ce qui n'est pas tous le cas. La créance du preneur d'un fond rural et des droits y attachés est certaine et exigible du jour de la

---

<sup>383</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ. 6 oct. 2004, *Juris-Data* n° 2004-025092, *JCP G* 2004, n°43, act. 532.

<sup>384</sup> V. par exemple, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 mai 2013, pourvoi n° 12-13637, BICC n° 790 du 1<sup>er</sup> novembre 2013

<sup>385</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 nov. 2002 : *Bull. Civ. I*, n° 271.

conclusion du bail et y demeure pendant toute sa durée<sup>386</sup>. C'est de cette même manière que la fraude paulienne ne rend l'acte frauduleux inopposable au créancier demandeur que dans la mesure des droits de créance dont celui-ci se prévaut à l'égard de son débiteur au soutien de son action<sup>387</sup>.

**225. L'exception des actions mixtes.** S'il est généralement admis qu'à chaque type de droit substantiel correspond une action, les actions sont dites mixtes sans qu'on ne puisse parler rigoureusement de droit mixte<sup>388</sup>. Il en est ainsi pour des actions qui portent sur une contestation ayant à la fois pour objet un droit personnel et un droit réel distincts et séparément identifiables dans chaque espèce conforme à ce type d'action. On distingue aussi quelques extensions prétorienne.

## B. Les extensions prétorienne

**226. Un peu d'histoire autour du prétoire.** Autrefois, nom donné au quartier général de la Légion de Rome, le prétoire a connu plusieurs utilisations avant de désigner la demeure du procurateur (gouverneur) d'une province, l'endroit par conséquent où il rendait justice. Cette tradition sera suivie jusqu'à la condamnation, selon les livres saints, du *filis de Dieu*. C'est ainsi que *praetorium* désigna, selon le Nouveau Testament, le palais de Ponce Pilate, le procurateur romain de Judée<sup>389</sup>. De ces termes de procureur, rendre justice, condamnation, palais, procurateur, la notion de palais de justice n'était pas loin, l'expression ayant son origine dans le droit romain où la justice était rendue par le *praetor* (en latin) qui signifie chef, magistrat de rang sénatorial dans la Rome antique. Par extension, le mot est utilisé pour désigner *le bâtiment du tribunal* comme dans l'expression populaire « courir les prétoires ».

---

<sup>386</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 10 déc. 1974, *D.* 1975, 777, note SIMON ; *Gaz. Pal.* 1975, I, 363, note PLANCQUEEL.

<sup>387</sup> G. MARRAUD DES GROTTE, « Cautionnement, fraude paulienne et autorité de la chose jugée », *Rev. Lamy*, droit civil, n° 78, janv. 2011, *Actualités*, n°4091, p. 34, note sur Civ. 1<sup>re</sup>, 4 nov. 2010, pourvoi n° 08-17898, BICC, n° 737 du 1<sup>er</sup> mars 2011.

<sup>388</sup> G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd. Thémis, Droit privé, PUF, Paris 1996, n° 73, p. 317. Il en est en effet ainsi des actions qui tendent à faire prononcer l'annulation, la rescision, la révocation ou la résolution d'un acte juridique translatif de propriété immobilière et qui, *in fine*, tendent à faire entrer dans le patrimoine du demandeur un droit réel antérieurement aliéné. L'acte juridique est porteur d'une créance personnelle dont la source pourrait être une obligation non respectée : une créance personnelle, une action personnelle. Mais le droit visé *in fine* par le demandeur est un droit réel : un droit réel, une action réelle.

<sup>389</sup> Dans l'Évangile selon Saint Marc, ch. 15, v. 16, c'est le lieu où Jésus-Christ a été condamné à mort. Juste avant sa crucifixion, « *les soldats l'emmenèrent à l'intérieur du palais, qui est le prétoire, et ils convoquèrent toute la cohorte* » (*La Bible de Jérusalem*, Traduite en français sous la direction de l'École Biblique de Jérusalem, 4<sup>e</sup> éd. Le Cerf, *Verbum bible*, France, 2013, p. 1509.

Le terme est encore utilisé pour désigner les *Chambres de justice*, dans les lieux où elle est rendue, même si cette dénomination n'a plus aucun caractère officiel.

**227. Notion d'extension prétorienne.** Aujourd'hui le prétoire désigne la « *salle d'audience* » d'un tribunal. Dans le sens que donne de *prétorien* le vocabulaire juridique du Doyen CORNU, les extensions prétoriennes s'entendent des solutions ou autres institutions issues d'une élaboration autonome et retenue par la jurisprudence au-delà de la loi ou dans le silence de celle-ci, parfois même contre elle. Mais il y a lieu de reconnaître que l'expression s'emploie aujourd'hui au souvenir du préteur romain, magistrat, maillon central de l'appareil judiciaire de Rome. Aujourd'hui, nombreuses sont les solutions apportées par la jurisprudence en matière de création de nouveaux types d'actions. Il sera successivement évoqué les actions qualifiées de directes (1) et celles dénommées *de in rem verso* (2).

### *1. Les actions directes*

**228. Du légal au jurisprudentiel.** La bonne compréhension du caractère jurisprudentiel des actions directes impose un passage à l'existant légal avant d'aborder la nécessité apparue à la jurisprudence de procéder à cette élaboration autonome. En effet, il existe différentes sortes d'actions directes dont certaines sont d'origine législative et d'autres, prétorienne.

**229.** Le champ de l'action directe est prévu dans le Code civil à travers divers articles. On en rencontre en effet en matière de la sous-location de l'article 1753 qui fonde le propriétaire de l'immeuble objet de bail à réclamer le loyer échu au sous-locataire. Quant aux dispositions de l'article 1798 du même code, elles donnent droit aux ouvriers d'un bâtiment ou autres ouvrages d'agir directement contre le bénéficiaire desdits ouvrages. Également, l'article 1994 du Code civil dispose que

*« le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion : 1° quand il n'a pas reçu pouvoir de se substituer quelqu'un ; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable. Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée ».*

**230.** Dans tous ces cas, l'intérêt à agir du créancier résulte de la menace qui prévaut du côté du véritable débiteur qui se retrouve très souvent à ces occasions dans une situation d'insolvabilité. Le caractère substantiel de cet intérêt à agir s'observe dans le fait qu'il ne se trouve désormais qu'au niveau du débiteur *secondaire*. C'est d'ailleurs ce qui justifie que le créancier ne puisse orienter son action que vers le sous-locataire qui a effectivement joui du bail ou vers le bénéficiaire des ouvrages réalisés ou encore vers la personne substituée au mandataire. Il en est de même des dispositions concernant l'action du déposant contre le dépositaire en vue de se faire restituer le dépôt. Le créancier peut ainsi agir en son nom contre le tiers, débiteur du débiteur saisi, et son action aura le même effet que si elle était née directement d'un contrat fait entre lui et le tiers saisi. Cette action donne donc au créancier la possibilité d'atteindre directement le patrimoine du *débiteur secondaire* sans que la créance ait à transiter par celui du *débiteur intermédiaire*.

**231. Les actions directes de construction jurisprudentielle.** Se fondant sur le caractère assez étroit du lien de connexité unissant la créance du titulaire de l'action directe et celle du débiteur, la jurisprudence a créé certaines actions directes indépendamment des textes qui en prévoient déjà. On note néanmoins une certaine autonomie de l'action exercée par le créancier par rapport au contrat qui le lie à son débiteur immédiat. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que le créancier peut exercer une action directe, tant en paiement qu'en responsabilité, alors que sa créance à l'égard du débiteur intermédiaire est éteinte en raison de son défaut de production dans les délais. Cette autonomie trouve son sens dans la mesure où l'extinction de ladite créance résulte de l'incapacité du débiteur intermédiaire à honorer ses engagements. Il ne serait pas normal de sanctionner la bonne foi du créancier qui a patienté ou a excusé son débiteur jusqu'à ce que passent les délais d'existence de la créance. Mais pour autant, il y a lieu de souligner pour regretter que la jurisprudence ne soit pas allée loin en prévoyant la prise en compte de l'extinction de la créance dès lors que le créancier est resté lui aussi inactif sans réclamer son dû durant toute la période. Cette considération aurait pu permettre d'arrimer quelque peu la construction jurisprudentielle à la réalité légale qui n'est pas moins sociologique en ce sens qu'elle permet de ne pas laisser les actions perdurer tout le temps sans limite.

**232.** Aussi, la démonstration que la créance revêt les caractères certaine et exigible est nécessaire pour la recevabilité de l'action du titulaire d'une action directe en paiement, sauf à noter que l'existence de cette condition d'exigibilité n'est requise qu'au moment où l'action

opère son effet translatif<sup>390</sup>. En définitive, l'action directe est le fait pour un créancier d'agir en justice en son nom et pour son compte contre le débiteur de son débiteur, qu'on peut appeler « *débiteur secondaire* ». Par l'action directe, le créancier se fait payer ce que lui doit son débiteur qui, dans le cadre de ce mécanisme, portera le nom de « *débiteur intermédiaire* », mais seulement à concurrence de ce que doit le sous débiteur à ce dernier. C'est le bris du principe de l'effet relatif des contrats. En effet, l'action directe tend à conférer à un individu un droit à l'encontre d'un tiers qui n'était pas concerné par les relations contractuelles qui liaient l'intermédiaire au créancier poursuivant. Ainsi, le créancier, en agissant directement contre le débiteur secondaire, invoque à son encontre le bénéfice des termes d'un contrat auquel il n'est pas partie. De plus, par principe, le créancier ne peut exiger du débiteur secondaire plus que ce que pourrait lui réclamer le débiteur intermédiaire. On constate que tout se passe comme si c'est toujours le contrat initial qui continue de s'exécuter à l'encontre du débiteur secondaire car celui-ci n'est tenu à l'égard du titulaire de l'action directe qu'à concurrence de ce qu'il doit encore à son propre créancier, au moment de la formation de la créance du premier ou de l'exercice de l'action<sup>391</sup>.

**233.** Il est admis qu'il choisisse d'agir contre l'un et l'autre, dans la seule limite de l'interdiction d'un double paiement qui lui procurerait un enrichissement injuste ouvrant droit à l'action « *de in rem verso* ».

## **2. Les actions « *de in rem verso* »**

**234. Notion.** L'action dite "*de in rem verso*" est une action qui dérive de l'enrichissement sans cause. Ce dernier est un principe général, consacré par la jurisprudence, selon lequel la personne dont le patrimoine s'est enrichi aux dépens d'autrui doit indemniser celui dont le patrimoine s'est appauvri<sup>392</sup>. Il s'agit en fait d'une expression latine qui désigne un type d'actions subsidiaires connues du droit romain, dont l'appellation sous cette forme est encore, mais rarement, utilisée de nos jours, pour regrouper l'« enrichissement sans cause », la

---

<sup>390</sup> V. cette solution que la Cour de cassation a admise concernant l'action directe de la victime contre l'assureur où elle affirme que la condition d'exigibilité de la créance n'est pas requise (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 30 oct. 1984, Bull. civ. I, n° 288, p. 245).

<sup>391</sup> Dans le premier cas, on parle d'action directe parfaite. Dans le second cas, il s'agit d'une action directe imparfaite

<sup>392</sup> Chambre des requêtes, 15 juin 1892, Boudier.

« gestion d'affaires », et l'action en « répétition de l'indu »<sup>393</sup>. Son caractère subsidiaire résulte de ce qu'elle vient renforcer l'action principale qui serait issue de l'enrichissement sans cause. Cette dernière, qualifiée de principale relativement à celle *de in rem verso* qui la porte, ne peut en effet s'exercer qu'en cas d'impossibilité de toute autre action, bien que ce caractère subsidiaire reconnu à l'action fondée sur l'enrichissement sans cause ne constitue pas une fin de non-recevoir au sens de l'article 122 du Code de procédure civile, mais une condition inhérente à l'action<sup>394</sup>. L'action *de in rem verso* est donc dédiée à l'appauvri dans la situation d'enrichissement sans cause (au sens de situation juridique). Celui-ci doit l'exercer pour faire valoir ses droits conformément aux dispositions de l'article 1303 du Code civil qui pose le principe général d'engagement, donc de réparation en matière de quasi-contrats<sup>395</sup>, encore que cette dénomination par le Code civil de *quasi-contrats* est critiquée par la doctrine puisque le contrat suppose un accord des consentements alors qu'avant l'appauvrissement du patrimoine de celui qui agit en justice ici, sa cause n'était pas dans une expression de volonté<sup>396</sup>. D'après MM. CHARBONNEAU et PANSIER, même un accord verbal peut être considéré comme un engagement contractuel, de telle sorte que « *si en vertu d'un accord verbal une personne s'est obligé à financer des travaux d'aménagement en contrepartie de l'engagement pris par le propriétaire d'une maison de lui consentir un droit d'usage et d'habitation des lieux ainsi aménagés, il a pris le risque d'assumer ce financement sur le fondement de ce seul accord* »<sup>397</sup>. Dès lors qu'il s'inscrit dans le cadre contractuel ainsi défini par les parties, un tel financement ne peut ouvrir droit à remboursement sur le fondement des règles qui gouvernent l'enrichissement sans cause<sup>398</sup>.

**235.** L'enrichissement sans cause, également appelée action *de in rem verso* sous l'influence d'AUBRY et RAU<sup>399</sup>, est le premier quasi-contrat créé par la jurisprudence. Il s'agit de permettre à une personne, qui se sera acquittée sans raison d'une obligation et qui se sera

---

<sup>393</sup> J.-L. AUBERT, *obs. sous Civ 1<sup>re</sup>*, 13 juil. 2004, *Bull. civ. I*, in Répertoire du notariat, Defrénois, 30 octobre 2004, n° 20, article 38035, p. 1407-1408.

<sup>394</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avril 2006, *BICC* n° 645 du 1<sup>er</sup> août 2006.

<sup>395</sup> « *Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties* ».

<sup>396</sup> J. MESTRE et B. FAGES, observations sous Civ. 1<sup>re</sup>, 13 juillet 2004, *Bull.civ. I*, n° 208, p. 174, in : *RTC*. janvier-mars 2005, n° 1, p. 120-121.

<sup>397</sup> C. CHARBONNEAU et F.-J. PANSIER, « Réaffirmation du principe de subsidiarité de l'action "*de in rem verso*", *JCP G* 2009. 47 Jurisprudence, n°450, p. 11, note à propos de Civ. 1<sup>re</sup>, 5 nov. 2009.

<sup>398</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 5 novembre 2009, pourvoi n°08-16497, *BICC* n°720 du 15 avril 2010 ; Soc., 19 janvier 1999, pourvoi n° 96-45. 583, *Bull.civ.* 1999, V, n° 36.

<sup>399</sup>



donc appauvrie, de demander à être remboursée par celui qui s'est enrichi à son détriment. Ainsi, nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui<sup>400</sup>. On comprend que l'on ne peut parler d' « *action d'enrichissement sans cause* ». C'est certainement en cela que l'expression latine « *de in rem verso* » est restée jusqu'à présent pour l'exprimer.

**236.** C'est l'arrêt dit « des engrais » de la Cour de cassation du 15 juin 1892<sup>401</sup> qui consacre un revirement de jurisprudence et crée *ex nihilo* une nouvelle catégorie de quasi-contrats : l'enrichissement sans cause. En l'espèce, un marchand d'engrais avait vendu sa marchandise à un fermier exploitant les terres du propriétaire. À la suite de la résiliation du bail, l'exploitant s'est retrouvé insolvable. Le marchand a été admis à prouver que les engrais chimiques, qu'il avait fournis au fermier, ont été employés sur les terres d'un tiers (le propriétaire), pour servir à des ensemencements dont ce propriétaire a profité. L'emploi desdits engrais dans ces conditions peut donner naissance à l'action *de in rem verso*. Cette solution, prise en équité, crée de fait un nouveau quasi-contrat qui permet au marchand d'engrais (appauvri), d'être indemnisé par le propriétaire des terres qui s'est ainsi retrouvé indirectement enrichi par le traitement de ses terres.

**237. Réaffirmation jurisprudentielle de la présence du droit substantiel à travers les conditions de recevabilité.** La Cour de cassation affirme à cette occasion pour la première fois ce principe d'une façon générale en dehors des cas précisés par la loi. Par la suite, elle a fini par insister, dans des arrêts ultérieurs, sur cinq conditions nécessaires pour que cette action soit recevable. À l'issue de la réforme du Code civil, l'expression l'enrichissement sans cause a été supprimée au profit de « *l'enrichissement injustifié* » prévu aux articles 1303 à 1303-4 du Code civil. Il s'agit de la première consécration par les textes d'une création prétorienne de quasi-contrat<sup>402</sup>. Dans le même temps, l'éventualité d'une faute de la part de

---

<sup>400</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 avr. 2001, n° 98-13.285 ; Cass. com., 25 juin 2013, n° 12-12.341. V. Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 25 juin 2013, 12-12.341, Inédit.

<sup>401</sup> Ch. des req., 15 juin 1892, BOUDIER contre PATUREAU, Dalloz, 1892, première partie, p. 596.

<sup>402</sup> Ainsi, pour intenter une action dans le cadre de l'enrichissement sans cause, il faut qu'une personne se soit enrichie (accroissement de son patrimoine ou octroi d'un avantage) ou ait évité une perte ou une dépense qu'elle aurait dû faire (Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janv. 1965, *Gaz. Pal.*, 1965, 1, p. 198.), ladite augmentation pouvant être aussi bien un élément matériel qu'un élément intellectuel ; qu'une autre personne ait subi un appauvrissement, une perte financière réelle ou un manque à gagner, et qu'elle n'ait pas agi dans son propre intérêt (situation qui fait disparaître tout préjudice). Enfin l'appauvrissement délibéré ne fonde pas un droit ultérieur à indemnité, tel est le cas dans les relations entre amis (Civ. 1<sup>re</sup>, mars 1989 *Bull. civ. III*, N° 49, p. 29) ; qu'il existe un lien de causalité entre l'appauvrissement et l'enrichissement. C'est-à-dire que l'appauvrissement et l'enrichissement soient corrélatifs, de manière médiate ou immédiate (Cass. civ 1<sup>re</sup>, 26 août 1962, *JCP 1983, II*, 19992, note Ph. THERY) ; que l'enrichissement soit sans cause, c'est-à-dire qu'aucune raison juridique (obligation ou

l'appauvri n'a pas été occultée par la jurisprudence qui a bien distingué entre faute intentionnelle et faute non intentionnelle<sup>403</sup>.

**238. En conclusion.** Finalement, action directe et action *de in rem verso* s'identifient pratiquement aux droits substantiels respectifs. On remarque en cela que, d'une part, le demandeur à l'action direct dirige son action vers là où se trouve à un moment donné son droit substantiel et pour le fait d'ignorer son débiteur dans la dite action, celle-ci est qualifiée de directe ; d'autre part, l'action *de in rem verso* est déterminée par l'existence d'une situation d'enrichissement sans cause, un droit substantiel qui se retrouve pour la circonstance dans le patrimoine d'autrui sans contrepartie. Une fois encore, c'est toujours le droit substantiel qui conditionne l'action, quoi qu'on dise. Et plus loin, c'est tout aussi l'intérêt à agir qui s'identifie parfois, à ce droit une fois appel relevé.

## **Paragraphe 2 : L'identification de l'intérêt au droit substantiel en appel**

**239. Une préoccupation toutefois banale.** On peut se poser la question non moins importante de savoir : où se trouve l'intérêt pour l'appelant d'agir ? En se référant à l'effet dévolutif de l'appel, on se rend compte qu'il remet la chose jugée en question devant la juridiction du second degré pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit. L'article 627 CPCSSAC en son premier alinéa, sans préciser en quoi consiste l'intérêt à agir en appel, prévoit que « *le droit d'appel appartient à toute partie qui y a intérêt, si elle n'y a pas*

---

libéralité) ne justifie l'enrichissement de celui qui en a bénéficié (V. art. 1303-1 de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations) ; que l'appauvri ne dispose d'aucune autre action judiciaire, que ce soit contre l'enrichi ou contre tout tiers, lui permettant de prétendre récupérer ce dont il s'est appauvri. Ce « caractère subsidiaire de l'action » de *in rem verso* qui limite le champ d'application de cette théorie (Cass, 1<sup>re</sup>, 10 oct. 2000 *D. 2000*, AJ, p. 409, obs. V. AVENA-ROBARDET ; V. aussi art. 1303-3 de ladite Ordonnance).

<sup>403</sup> Ainsi, l'exercice de l'action est paralysé chaque fois qu'on se trouve en présence d'une faute intentionnelle ou d'une faute lourde (dol ou qui confine au dol). Mais en présence d'une faute plutôt non intentionnelle, l'exercice de l'action reste ouvert à l'appauvri, sauf à engager sa propre responsabilité civile délictuelle en cas de préjudice causé à l'enrichi, avec pour implication, d'éventuels dommages et intérêts qui pourront venir en déduction de la créance de l'appauvri imprudent. Prenant en compte tous ces éléments, le juge pourra modérer l'indemnisation (V. art. 1303-2 de la même ordonnance). Au demeurant, on remarquera que si la chambre commerciale continue de retenir la solution antérieure consistant à exclure le droit à l'action *de in rem verso* en cas de faute la part de l'appauvri, qu'elle soit intentionnelle ou non (Cass. Com. du 18 mai 1999, 96-19.235), il n'en est toutefois pas de même de la Chambre civile de cette même cour qui a estimé dans un arrêt de juin 1997 que « *le fait d'avoir commis une imprudence ou une négligence ne prive pas celui qui, en s'appauvrissant, a enrichi autrui, de son recours fondé sur l'enrichissement sans cause* » (V. par exemple, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 1997, *Bull. civ.* n° 182, p. 122). Dans cet arrêt fondateur de cette distinction de situation, un commissaire-priseur avait vendu un meuble qui s'était finalement révélé être un faux. L'acheteur a donc poursuivi le commissaire-priseur en dommages-intérêts. Ce dernier a, lui aussi, intenté une action *de in rem verso* contre le propriétaire initial du meuble qui s'est fortement enrichi de cette vente.

*renoncé* ». Cette disposition du Code de procédure civile béninois se trouve à l'alinéa premier de l'article 546 CPC français. L'intérêt est si important en cause d'appel qu'il est essentiel pour les tiers qui n'auraient été ni parties ni représentés à l'instance du jugement d'intervenir<sup>404</sup>. On comprend l'absence de définition particulière à l'intérêt à agir en appel à en croire son caractère valable reconnu par la Cour de cassation française<sup>405</sup> pour toute action en quelque degré de juridiction que ce soit. Mais, à analyser de près les éléments qui conditionnent l'intérêt à relever appel d'une décision de première instance, on peut constater qu'il est souvent fait recours, d'une part, au grief fait par la décision attaquée (**A**) et d'autre part, au grief éprouvé (**B**), toute chose qui permet de conclure à l'identification de l'intérêt au droit substantiel.

### **A. Le recours au grief « fait » par la décision attaquée**

**240. Justification de l'attaque opérée contre le premier jugement.** Deux situations, relativement au grief, militent en faveur de l'intérêt pour la partie concernée à relever appel du jugement intervenu. Si c'est en effet dans ce cadre que la partie qui a succombé à l'issue d'une instance de jugement se trouve plus prédisposée, du moins, plus diligente à interjeter appel (1), l'exigence d'un grief n'est pas moins de mise dans les recours accessoires (2).

#### ***1. La partie succombante comme la plus diligente dans les recours en appel et en cassation***

**241. La succombance présuppose le grief.** Toute partie en première instance à qui le jugement rendu fait grief présente un intérêt pour interjeter appel, dans les cas où cette voie de recours n'est pas fermée. C'est ce que prévoit l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 627 du Code béninois de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes. La maxime selon laquelle « pas d'intérêt pas d'action » se trouve ainsi confirmée<sup>406</sup>. L'intérêt visé à l'article 546, al. 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile français est une application particulière de cette même règle, selon les commentaires faits par M. Cadiet sous ce même article. Toutefois, l'auteur dans son commentaire a insisté davantage sur le caractère substantiel des conditions de cet intérêt lorsqu'il fait référence à la jurisprudence pour

---

<sup>404</sup> V. art. 635, CPCCSAC et 554, CPC.

<sup>405</sup> Par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 16 janv. 1979 : *D. 1979*, rap. 289, obs. Julien ; Cass. com. 14 déc. 2010, n° 10-17.235 : *Procédures 2011*, n° 83, obs. PERROT ; Cass. com. 31 mai 2011, n° 10-17.774 : *D. 2011*, p. 1613.

<sup>406</sup> J. DJOGBENOU, *Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes, commenté et annoté*, 2<sup>e</sup> édition, Les éditions du CREDIJ, 2014, V. art. 627, p. 198.

indiquer la nécessité d'un intérêt à appeler s'appliquant à l'appel-nullité qui n'est pas recevable si l'appelant n'a aucune **prétention** à soutenir<sup>407</sup>. Il est à reconnaître ici la notion de prétention en tant que question de fait ou de droit formant l'objet de la contestation en vue d'une demande précise.

**242. Au-delà les parties à l'instance de jugement.** Des personnes peuvent être appelées à prendre une part très active à l'instance d'appel alors même qu'elles n'ont pas participé à celle de jugement. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'alinéa 2 de l'article 627 du Code béninois de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes en ouvrant la voie de l'appel aux tiers, du moins, en matière gracieuse. Mais cette dernière situation n'est possible qu'autant que le jugement leur a été notifié.

**243. L'intérêt dans le grief, une présence du droit substantiel révélée par la jurisprudence.** La jurisprudence précise que c'est au dispositif de la conclusion qu'il faut se référer pour apprécier le grief invoqué, et non à ses motifs. Ce n'est qu'à ce niveau que se situe la substance même du droit attribué par la décision<sup>408</sup>. Aussi, a-t-elle donné une appréciation de cet intérêt dans l'une de ses décisions<sup>409</sup>. Comme précisé précédemment par référence au droit béninois, les décisions gracieuses ne sont pas épargnées par cette exigence d'un intérêt en droit français également<sup>410</sup>. Ainsi, une personne étrangère au procès en première instance, ou qui n'y était pas représentée comme partie, peut intervenir dans la procédure en cause d'appel si elle remplit les conditions nécessaires d'une partie à un procès. Mais cette possibilité n'est réservée qu'à l'intervention volontaire à l'exclusion de l'intervention forcée<sup>411</sup>. En effet, l'intervention volontaire à titre principal<sup>412</sup> s'analyse comme une véritable demande privant les autres parties au procès du second degré de

---

<sup>407</sup> Paris, 9 janv. 1979 : *Gaz. Pal.* 1979. 649, note BRAZIER ; *D.* 1979. 513, note Breton. Voir aussi, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 16 janv. 1979 : *D.* 1979, inf. rap. 289, obs. Julien ; De même, Cass. Com. 14 déc. 2010, n° 10-17. 235 : *Procédures 2011*, n° 83, obs. Perrot ; Également, Cass. Com. 31 mai 2011, n° 10- 17. 774 : *D.* 2011. 1613.

<sup>408</sup> V. pour cette précision, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 29 juill. 1952 : *Bull. civ. I.* n° 251 ; Paris 10 nov. 1987 : *D.* 1988, somm. 123, obs. JULIEN.

<sup>409</sup> Concernant l'appréciation de l'intérêt à interjeter appel, V. Cass. 1<sup>re</sup> civ. 14 avril 2010 : *D.* 2010. 1087. En effet, Constatant que, depuis le prononcé du jugement homologuant la convention de changement de régime matrimonial, par laquelle des époux mariés sous le régime de la séparation de biens étaient convenus d'adopter le régime de la communauté universelle avec clause d'attribution de la communauté au conjoint survivant, le mari s'opposait à cette convention en raison de la décision prise par l'épouse de divorcer, une cour d'appel a souverainement admis qu'il justifiait d'un intérêt à interjeter appel du jugement.

<sup>410</sup> L. CADJET, *Code de procédure civile*, op. cit. p. 410.

<sup>411</sup> GIVERDON (C.), et AVRIL (P.), « Les interventions en appel », *Gaz. Pal.*, 1986, doct. 121.

<sup>412</sup> Art. 329, al. 1<sup>er</sup> CPC « L'intervention est principale lorsqu'elle élève une prétention au profit de celui qui la forme. Elle n'est recevable que si son auteur a le droit d'agir relativement à cette prétention ».

juridiction si l'intervenant volontaire réussit dans ses prétentions. On note que la recevabilité de l'intervention d'un tiers dépend de l'existence d'un lien de rattachement suffisant aux prétentions des parties. Ce constat est également affirmé par l'article 325 du même code. Quant à l'intervention volontaire accessoire, elle est recevable lorsque son auteur justifie son intérêt à soutenir la partie à laquelle il se joint. C'est la preuve que le droit substantiel visé par l'intervention est la source principale de l'intérêt à agir.

**244.** Celui qui n'a pas été convié à une procédure et qui souffre du jugement rendu à son insu est recevable à former tierce opposition dans la perspective de la rétractation ou de la réformation de la décision. L'alinéa 2 de l'article 658 fait dépendre la voie de recours de l'existence ou non d'une notification de la décision gracieuse. En cette matière, en effet, si les tiers auxquels le jugement a été notifié peuvent relever appel, ceux auxquels la décision n'a pas été notifiée peuvent faire tierce opposition. C'est là que se situe le caractère original de cette disposition.

**245.** De plus, s'il est vrai que chaque plaideur conduit sa procédure, y compris en appel, comme il l'entend, il apparaît nécessaire, lorsque les droits et les obligations des parties sont liés, d'éviter des décisions contradictoires et inapplicables. Cette préoccupation a déjà été prise en compte par le législateur qui a institué de nombreux mécanismes, tels que l'intervention<sup>413</sup>, les mécanismes de jonction et de disjonction de procédures<sup>414</sup> et les possibilités de condamnation solidaire ou indivisible<sup>415</sup>.

**246. En matière de recours extraordinaires.** Lorsque le jugement a un effet indivisible, la tierce opposition n'a de raison d'être que si toutes les parties sont appelées à l'instance. C'est à raison que l'article 659 CPCCSAC du Bénin fait de la présence de toutes les parties qui supportent les effets d'un jugement, une condition de recevabilité de la tierce opposition. C'est une manière de prendre en compte l'étendue du grief de la décision. La décision rendue sur tierce opposition ne peut affecter que les points de droit qui concernent le tiers opposant. Les autres dispositions du jugement attaqué conservent leurs effets à l'égard des parties. Si la cause est indivisible, à l'égard de plusieurs parties, la décision rendue sur tierce opposition est opposable à toutes. Aussi, « *Une partie condamnée aux dépens a, par la même, un intérêt*

---

<sup>413</sup> Voir articles 394 et suivants de la Loi n° 2008 – 07 du 28 février 2011 portant Code béninois de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes.

<sup>414</sup> Voir articles 451 et 452 de la Loi n° 2008 – 07 du 28 février 2011, op. cit.

<sup>415</sup> Voir articles 609 de la Loi n° 2008 – 07 du 28 février 2011, op. cit.

*suffisant à former un pourvoi* »<sup>416</sup>. Tout plaideur qui n'est pas partie à une transaction intervenue en cours d'instance conserve la faculté de se pourvoir en cassation<sup>417</sup>.

**247. Au-delà les parties, le ministère public.** Outre les parties à l'instance, qui doivent justifier d'un intérêt à agir, le ministère public est recevable à se pourvoir lorsque l'intérêt général ou l'intérêt de la loi est gravement affecté par la décision querellée<sup>418</sup>. C'est une sorte de grief fait à la société qui, de ce fait, a intérêt à agir. Les parties ne peuvent nullement se prévaloir de la cassation prononcée contre une décision lorsqu'elles ne sont pas associées au pourvoi du procureur général<sup>419</sup>. En principe, seul l'auteur du pourvoi peut se prévaloir de la décision rendue par la Cour suprême. Mais l'article 687 apporte des exceptions à ce principe. L'indivisibilité de la décision attaquée à l'égard des parties permet à chacune d'entre elles de bénéficier du pourvoi. L'indivisibilité permet donc à celui dont le pourvoi n'est pas recevable de bénéficier du pourvoi régulièrement formé par une autre partie. Pour être valable, le pourvoi, même formé contre une seule partie, doit appeler toutes les autres parties à l'instance.

Au demeurant, le grief est essentiel dans l'appréciation de l'intérêt à agir de l'appelant. Il en est également ainsi dans les recours accessoires.

## ***2. L'exigence du grief dans les recours accessoires***

**248. L'exception à la règle selon laquelle l'accessoire suit le principal.** « Le droit d'appel appartient à toute partie qui y a intérêt, si elle n'y a pas renoncé. 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. 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. La Cour d'appel n'est saisie que des chefs du jugement que l'appelant défère à son contrôle ». Il résulte des dispositions de l'article 566 du code de procédure civile qu'une partie n'est pas recevable à présenter pour la première fois devant la cour d'appel des prétentions qui seraient le prolongement ou

---

<sup>416</sup> L. CADIET, *Code de procédure civile*, LexisNexis, 27<sup>e</sup> édition, 2014, p. 486.

<sup>417</sup> Cass. com., 7 mars 1989, Gaz. Pal., 1989, 962, concl. Jéol.

<sup>418</sup> V. dans ce sens également les articles 691 et 45 de la loi N° 2004-20 du 17 août 2007 portant règles de procédures applicables devant les formations juridictionnelles de la Cour suprême.

<sup>419</sup> J. DJOGBENOU, *Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes, commenté et annoté*, V. art. 682, p. 215.

l'accessoire des demandes formées en première instance par une autre partie<sup>420</sup>. Cela suppose la nécessité d'une succombance en première instance. Une partie succombe dès lors qu'elle a été condamnée par le jugement frappé d'appel ou qu'elle a été déboutée explicitement ou implicitement de l'un de ses chefs de demande. Ainsi, est contraire à la loi l'arrêt qui, pour déclarer irrecevable l'appel d'une partie condamnée au paiement d'effets de commerce, déclare qu'en première instance ladite partie n'avait pas contesté devoir les sommes réclamées<sup>421</sup>. La condamnation peut être partielle. Il n'est pas nécessaire que la condamnation soit totale. Il suffit que l'appelant ait succombé partiellement et n'ait pas obtenu le bénéfice intégral de ses conclusions<sup>422</sup>, soit en raison de la mise hors de cause du défendeur<sup>423</sup>, soit en raison du rejet d'une demande accessoire<sup>424</sup> soit encore en raison du rejet des fins de non-recevoir, alors que les conclusions subsidiaires ont été adoptées<sup>425</sup>. Ici, l'accessoire ne suit plus le principal. Il en va de même, et l'intérêt est établi, dès lors que l'appelant n'a obtenu de condamnation que contre l'une des parties au procès et n'a donc bénéficié que d'une satisfaction partielle<sup>426</sup>. Ainsi, il faut constater que le fait pour le plaideur de s'en rapporter à la justice sur sa demande, en première instance, ne constitue pas une renonciation à l'appel et ne fait pas disparaître l'intérêt de ce plaideur d'interjeter appel<sup>427</sup>. En présence de trois jugements rendus dans la même cause dont l'un n'est pas contraire aux conclusions du défendeur, tandis que le second rejette une de ses prétentions et que le troisième le condamne à payer une somme d'argent, cette partie justifie d'un intérêt suffisant rendant l'appel recevable contre les trois décisions en raison de leur indivisibilité. De même, la condamnation aux dépens est suffisante pour autoriser l'appel, même si l'appelant a obtenu satisfaction sur le fond<sup>428</sup>.

---

<sup>420</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ. 30 juin 2011, pourvoi n° 10-23537, *BICC*, n° 751 du 15 nov. 2011.

<sup>421</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 8 janv. 1975, *Bull. civ. II*, n° 1 ; D. 1975. IR 61.

<sup>422</sup> Soc. 20 janv. 1960 : *Bull. civ. IV*, n° 59 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 17 janv. 1968 : *Bull. civ. II*, n° 22 ; D. 1968. Somm. 56 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 21 avr. 1970, *RTD civ. 1970*. 824, obs. P. Raynaud.

<sup>423</sup> Soc. 20 janv. 1960, préc.,

<sup>424</sup> Req. 29 juill. 1896, *DP 1897. I*. 283.

<sup>425</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 9 juill. 1981, *Bull. civ. II*, n° 155 ; D. 1983. IR 141, obs. P. Julien ; V. aussi Civ. 3<sup>e</sup>, 22 avr. 1975 : *Bull. civ. III*, n° 126.

<sup>426</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 17 janv. 1968 : *Bull. civ. II*, n° 22 ; D. 1968, Somm. 56 ; V. aussi, Amiens, 7 juill. 1959, *D. 1959*. 553.

<sup>427</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 26 févr. 1970, *JCP 1970. IV*. 5742 ; Com. 22 avr. 1986 : *Bull. civ. IV*, n° 69 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 23 janv. 1991, *Gaz. Pal. 1991. 2*. 646, note du Rusquec ; *RTD civ. 1991*. 407, obs. R. Perrot.

<sup>428</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 22 avr. 1975, *Bull. civ. III*, n° 126, note J. A. - Paris, 11 juill. 1984, *Bull. avoués* 1985. 82.

249. L'appel tend par la critique du jugement à la réformation ou à l'annulation de la première décision<sup>429</sup>. Lorsque les prétentions d'une partie n'ont pas été complètement accueillies, elle a intérêt à interjeter un appel dont l'effet dévolutif confère à la juridiction du second degré la connaissance de l'entier litige. L'appelant incident ne peut être déclaré irrecevable au motif que sa prétention ne se rattachait pas par un lien suffisant à la demande principale<sup>430</sup>. « *L'appel incident et l'appel provoqué sont formés de la même manière que le sont les demandes incidentes* »<sup>431</sup>. Un appel incident peut être relevé par toute partie qui avait participé au procès devant le juge d'instance même si elle n'a pas été appelée dans la procédure principale d'appel. L'appel doit être formulé dans les formes et conditions prescrites par les articles 133 à 140 du Code béninois de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes. Si l'appel incident est formé de façon dilatoire, le juge peut condamner son auteur à des dommages et intérêts<sup>432</sup>. Dans tous les cas, les prétentions formulées pour soutenir l'appel incident ou l'appel provoqué doivent avoir un lien de connexité avec la demande principale au point où l'irrecevabilité de l'appel principal entraîne de *facto* celle des autres qui y sont liés<sup>433</sup>. L'alinéa premier de l'article 632 du Code béninois de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes prescrit dans ce sens que « *l'appel incident ou l'appel provoqué peut être formé en tout état de cause, alors même que celui qui l'interjetterait serait forcloso pour agir à titre principal* ».

Au-delà du grief probable, il faut aussi recourir au grief effectivement subi. Il s'agit ici du grief éprouvé.

## B. Le recours au grief éprouvé

250. Les épreuves manifestes du recours au grief sont ostensibles de la part de la jurisprudence (1) et de la doctrine (2).

---

<sup>429</sup> R. PERROT, « Déclaration d'appel signée pour ordre », *Procédures* 2008, n° 257, p. 10.

<sup>430</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 8 avril 2010, pourvoi n° 09-11159, *BICC n°2010* ; Civ. 1<sup>re</sup>, 26 sept. 2007, pourvoi n° 04-15.051, *Bull. civ.* 2007, I, n° 300.

<sup>431</sup> Articles 632 de la Loi n° 2008 – 07 du 28 février 2011 portant Code béninois de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes.

<sup>432</sup> J. DJOGBENOU, *Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes, commenté et annoté*, V. art. 632, p. 199.

<sup>433</sup> *Ibid.*



## *1. De la part de la jurisprudence*

**251. Cas d'une action syndicale en appel.** Une affaire qui mettait aux prises des syndicats de pisciculteurs et d'herbagers de la vallée de la Brenne avec les tanneurs établis sur cette rivière fournit à la Cour d'appel d'Orléans l'occasion de revenir sur les principes concernant la recevabilité des actions syndicales<sup>434</sup>. Les syndicats réclamaient la réparation des dommages causés par les tanneries, qui, en polluant les eaux, les avaient rendues impropres à l'élevage et au développement des poissons, avaient provoqué une épidémie de charbon et diminué la valeur des terres comme des fourrages. Ils réclamaient en outre l'exécution de certaines obligations destinées à empêcher ce dommage à l'avenir. La Cour a rappelé que les syndicats ont le droit d'agir en justice, non seulement lorsqu'ils allèguent un préjudice personnel, une atteinte au patrimoine syndical, mais encore lorsqu'il y a lésion directe ou indirecte de l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. La Cour conclut que la demande du syndicat des herbagers est irrecevable en tant qu'elle vise la réparation du préjudice causé à ses adhérents par la perte ou la vaccination des animaux contaminés et par la diminution de valeurs de leurs fourrages ou de leurs terres ; il s'agit là, en effet, d'intérêts individuels. En revanche, la profession des herbagers et celles des pisciculteurs ayant subi, du fait de la pollution des eaux, un certain préjudice distinct de celui qu'ont pu éprouver les membres des syndicats, l'action syndicale doit être, de ce chef, déclarée recevable.

**252.** La nécessité d'une définition unique de l'intérêt à agir susceptible de s'appliquer à tous les types de procès. Pour la Cour d'appel d'Orléans, l'action en justice suppose un intérêt lésé, un préjudice subi. Cette idée d'une lésion, ou tout au moins d'un trouble faisant obstacle à l'exercice d'un droit, on la retrouve constamment dans la jurisprudence civile. Mais elle ne cadre plus avec l'action publique, ni avec les recours contentieux du droit administratif. Cela vient de ce que la jurisprudence civile et les processualistes ont dégagé les conditions générales de recevabilité d'une demande sous l'angle du seul procès civil. Si l'on veut construire une théorie générale de l'action en justice, il est donc nécessaire de les réviser, d'envisager, à côté de l'atteinte à des droits subjectifs, la violation de la loi, de trouver une définition de l'intérêt susceptible de s'appliquer à tous les types de procès.

---

<sup>434</sup> Orléans, 18 juillet 1946, *J.C.P. 1947- II* – 3375, note A.S.

## 2. De la part de la doctrine

253. La qualité est le titre requis de chacun des plaideurs, par le droit positif, pour mettre le juge en contact avec le fond du litige<sup>435</sup>. Mais les litiges qui relèvent de l'environnement ont cette spécificité de mettre en cause des intérêts de plusieurs personnes à la fois. En effet, d'après les règles ordinaires de procédure, l'action est ouverte à celui qui a personnellement subi un préjudice et à qui la décision à rendre profitera réellement. Ce n'est pas forcément le cas en matière de préjudice relatif à l'environnement où la détermination de la nature du préjudice découlant des dommages causés à l'environnement ne semble pas du tout aisée, puisqu'il peut être individuel, ainsi que collectif, voire diffus<sup>436</sup>. Aussi, se pose le problème relatif à la nature du préjudice en cause et du but de la prétention pouvant être soulevée<sup>437</sup> : l'action judiciaire peut être préventive et non seulement en réparation<sup>438</sup>, ce qui peut avoir une incidence en ce qui concerne la chose jugée. La protection de l'environnement pose le problème de savoir qui peut agir et pour demander quoi. Dans ce contexte, l'action de groupe est souvent réclamée pour faciliter la réparation et la prévention de ce type de litiges, que ce soit pour prévenir ou réparer le dommage causé. Mais, permettrait-elle de surmonter ces difficultés<sup>439</sup> ? L'action de groupe semble résoudre cette question puisqu'elle est définie, de

---

<sup>435</sup> R. GASSIN, *La qualité pour agir en justice*, op. cit. p. 197.

<sup>436</sup> V. par exemple les analyses de C. HERVAS dans son article intitulé : « L'action de groupe, un outil au service de la protection d'un environnement sain ? », p. 3 et s. <http://www.droit-fr-all-paris-ouest.fr/wp-content/uploads/2015/10/HERVAS-L%e2%80%99ACTION-DE-GROUPE-UN-OUTIL-AU-SERVICE-DE-LA-PROTECTION-D%e2%80%99UN-ENVIRONNEMENT-SAIN-.pdf>

<sup>437</sup> Sur les difficultés relatives à la réparation du préjudice écologique V. « Pour la réparation du préjudice écologique », soumis à la Ministre de la Justice Ch. TAUBIRA, le 17 septembre 2013 (V. note C. HERVAS).

<sup>438</sup> Idem. L'atteinte à l'environnement entraîne à la fois un préjudice individuel et un préjudice collectif, voire diffus. Si l'être humain ne peut pas vivre détaché de l'environnement, le rapport existant entre l'individu et l'environnement n'est pas exclusif. « L'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel ». (considérant 2 de la Charte de l'environnement de 2005). Tout être humain est *a priori* concerné par sa protection et sa préservation. En ce sens toute action ayant pour but sa protection risque d'affecter toute personne habitant ou entrant en contact avec le milieu affecté. En matière d'environnement il transparait l'existence d'un intérêt supra-individuel pur - parfois collectif, parfois diffus - qui concerne tout individu. Mais sans nier l'existence de cet intérêt supra-individuel, une atteinte, ou une menace à l'environnement, risque de causer un préjudice individuel certain à une pluralité de personne

<sup>439</sup> A-L. VINCENT, H. DEROUX, « L'action de groupe, une réforme nécessaire au regard des lacunes des procédures alternatives prévues par le droit français » *Gaz Pal* 2014, n°60, p. 14 et s. En droit européen la question s'est également posée, v. C. PRIETO (dir), *Cohérence européenne des recours collectifs. Réponse à la consultation publique de la Commission européenne*, SLC Paris, 2011, p. 110. Ce n'est pas l'avis des auteurs du rapport public, « Pour la réparation du préjudice écologique », soumis à la Ministre de la Justice Ch. TAUBIRA, le 17 septembre 2013, p. 16, parce qu'ils considèrent que l'action de groupe « vise essentiellement à la réparation du préjudice individuel ». Il s'agit d'une question ancienne. V.

manière large, comme la voie procédurale permettant à une ou plusieurs personnes d'exercer une action pour le compte d'une catégorie de personnes sans avoir reçu mandat au préalable.

\*\*\*\*\*

**254.** L'intérêt à agir est porté par l'effet juridique de la règle de droit. L'élément fondamental de la règle de droit est donc l'intérêt en cause, un intérêt juridiquement protégé. Le plaideur qui agit en justice entend souvent défendre un droit substantiel. Il n'existe d'action que s'il existe un droit substantiel. On a d'ailleurs observé pour preuve que les actions s'identifient aux droits substantiels et que l'intérêt à agir ne peut s'en détacher. L'action en justice sert à faire valoir les droits en justice. A chaque type de droit substantiel correspond, en dehors de quelques exceptions, une action spécifique. L'intérêt ne peut résolument être détaché du droit substantiel. Ceci se donne aussi à voir dans le cadre de l'exercice des voies de recours telles que l'appel et la tierce opposition. Il est connu que ne peut exercer ces recours que la partie ou le tiers auquel le jugement rendu fait grief, le grief renvoyant à la substance du droit.

---

Vivian O. Adler, *The Viability of Class Actions in Environmental Litigation*, 2 *Ecology L.Q.* (1972)., consulté le 23/12/2016 à 12 h 15 sur <http://scholarship.law.berkeley.edu/elq/vol2/iss3/5>.

## Conclusion du titre

**255. Le droit substantiel dans l'appréciation du droit d'agir, révélation confirmée.** A la suite des développements précédemment exposés, on peut retenir que la révélation de la prépondérance du droit dans l'examen de la recevabilité s'observe dans la liaison subtile du droit substantiel et des éléments procéduraux dans le processus d'adjudication judiciaire du droit en jeu. Aussi, la plupart des fins de non-recevoir ont des liens plus ou moins étroits avec le fond du droit. On peut par ailleurs se demander si c'est la prescription du droit substantiel qui est la cause de celle de l'action qui la porte ou, plutôt, la prescription de l'action qui entraîne celle du droit substantiel en jeu. A cela s'ajoute l'instabilité de l'intérêt et de la qualité pour agir qui procèdent du caractère débordant desdites notions dans leur considération solitaire et du caractère restreint dans leur évolution solidaire. En cela, il est à noter que la connaissance scientifique du droit nécessite des recherches sur son application dans la pratique.

**256. De l'excès du recours à l'intérêt à l'excès du recours au droit substantiel.** Le recours excessif à l'intérêt pour agir se trouve encouragé par la nature substantielle de tout intérêt quel que soit le qualificatif qu'on lui donne. On note que de l'édit du préteur romain jusqu'à nos jours, le constat ne semble pas avoir connue une variation importante dans le caractère substantiel des conditions du droit d'agir.

**257.** Aujourd'hui, l'exigence d'un intérêt légitime suppose que l'action présente une utilité certaine en forme d'avantage sans, surtout, être contraire à l'ordre légal. Dans cette notion, l'examen de la légalité est privilégié à celui du caractère procédural ou substantiel de l'intérêt à agir. Ce sont plutôt la satisfaction attendue, l'amélioration de sa situation, le profit à tirer, l'utilité espérée, ... tous, de nature substantielle, conditionnent l'intérêt pour agir, donc le droit d'action. La pratique prétorienne ne s'en dissocie guère en dépit des nombreuses interventions doctrinales. La considération de l'effet juridique au détriment du présumé de la règle de droit, le rejet par principe des actions préventives, même si certaines sont de plus en plus accueillies, l'intérêt dans la jouissance du droit, du droit à réparation d'un préjudice en particulier, l'identification des actions aux droits substantiels poursuivis, celle de l'intérêt à agir à ces mêmes droits constituent autant d'éléments qui confirment la prépondérance du droit substantiel dans l'appréciation procédurale du droit d'agir, encore que la situation, bien

que largement déplorée, ne manque pas de justifications aussi bien historiques que contemporaines.

## ***TITRE 2 : LES CAUSES DE L'INFLUENCE DU SUBSTANTIEL DANS L'APPRECIATION DU DROIT D'AGIR***

---

**258. L'esquive du vrai débat.** Loin d'être dédiée à la présentation de l'histoire de la procédure<sup>440</sup>, la présente partie est consacrée à l'identification des origines historiques et des sources contemporaines de la prééminence du droit substantiel dans l'appréciation de l'intérêt à agir ou, plus largement, dans l'examen de la recevabilité de la demande ou, encore, l'absence de cette étape normalement préalable au jugement au fond<sup>441</sup>. Il s'agit là d'une question essentiellement procédurale ; d'où la nécessité d'en rechercher les solutions dans la procédure. Mais dans quelle procédure ? Il est reconnu que le droit romain s'est construit au moyen de procédures au point où tout son droit privé en dépend<sup>442</sup>. Les pratiques inadaptées à l'état actuel du droit semblent renouveler leur présence tant dans les législations que dans les pratiques judiciaires des siècles durant. En dépit de ce que la période contemporaine a été fortement marquée par l'avènement en France d'un « nouveau » Code de procédure civile qui a paru faire table rase des questionnements du passé<sup>443</sup>, certaines questions de sources historiques continuent de préoccuper. Il est vrai qu'il faut renouer le lien, comme le disent MM. CADIET, DAUCHY et HALPERIN. Mais cette nouvelle liaison permettra certainement d'appuyer notre réflexion à travers des œuvres qui présenteront l'évolution de la procédure civile dans son ensemble et de manière exhaustive dans le but de mieux cerner les difficultés en la matière.

**259.** L'une des causes de persistance de certains débats restés jusque-là non aboutis est la non prise en compte du contexte dans lequel émergent certaines idées de doctrine qui tendent à dévier du sens standard attendu comme constant de certaines notions dites indéterminées<sup>444</sup>. Ne pas prendre en compte les conditions dans lesquelles ces nouvelles théories sont

---

<sup>440</sup> Ce serait à la fois prétentieux et inadapté à une étude aussi modeste d'examiner tous les contours des diverses procédures connues dans l'histoire du droit en matière civile.

<sup>441</sup> Comme il en a toujours été le cas, les réflexions de cet ordre ne peuvent que « porter sur des questions précises à une époque déterminée, sans pouvoir fournir une histoire d'ensemble de la matière. » (V. L. CADIET, S. DAUCHY, J.-L. HALPERIN, Avant propos à l'ouvrage intitulé *Itinéraire d'histoire de la procédure civile*, 1. Regards français, IRJS éditions, T. 52, Coll. Bibliothèque de l'IRJS-Andrée Tunc, Paris 2014, p. 1.

<sup>442</sup> J.-P. LEVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 11.

<sup>443</sup> L. CADIET, S. DAUCHY, J.-L. HALPERIN, « Itinéraire d'histoire de la procédure civile », Regards français, IRJS éditions, t. 52, Coll. Bibliothèque de l'IRJS-Andrée Tunc, Paris 2014, p. 1.

<sup>444</sup> H. BAUER-BERNET, « Notions indéterminées et droit communautaire », Exposé fait au Centre National de Recherches de Logique (C.N.R.L) le 9 janvier 1982, in C. PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles 1984, p. 269.

développées ne permet pas de faire la part des choses. Cela conduit plutôt à des interprétations et supputations qui ne reflètent pas exactement le véritable sens auquel lesdites théories aboutiraient. Ces interprétations ont souvent lieu sur fond de longues discussions scientifiques qui, sans être vaines, ne parviennent pas, malheureusement, à des solutions plus ou moins définitives. Il s'agit surtout de ces expressions équivoques, moins clairement explicitées dans les codes et autres règles de droit qui les prévoient et qui, en pratique, sont utilisées suivant une autre logique que celle naturellement appréhendable. Il est vrai qu'on puisse opposer à ce constat la citation de MOTULSKY qui a suffisamment prévenu lorsqu'il s'exprimait en ces termes : « *une loi techniquement trop parfaite serait un monstre. Et ce n'est pas assurément une boutade. Ne sait-on pas que, presque autant qu'à ses vertus, le Code de Napoléon doit sa magnifique vitalité à quelques heureux défauts* ».

**260.** Ces défaillances de la législation<sup>445</sup> devraient-elle se justifier par le fait qu'elles alimenteraient les réflexions de la doctrine ? La question mérite d'être posée, surtout quand l'auteur parle de « *magnifique vitalité* » qui dépendrait de « *certaines défauts* » qu'il qualifie d' « *heureux* ». Convaincu de ce que le législateur se retrouve souvent dans cette posture où il glisserait sciemment des imprécisions lorsqu'il exerce son pouvoir législatif, M. RIALS trouve que l'indétermination dans un système juridique est un moyen de délégation ou de réserve de pouvoir<sup>446</sup> par le législateur qui laisserait ainsi la latitude d'interprétation tant au juge qu'à la doctrine. On peut comprendre que la définition anéantit le débat et l'évolution du droit car définir c'est poser des limites, c'est limiter le sens d'un mot ou d'une expression à travers une signification précise. C'est en cela que Mme H. BERNET rappelle que la théorie générale des systèmes enseigne qu'un certain flou est nécessaire pour éviter les blocages<sup>447</sup>. Ce sont autant de facteurs, favorables aux débats de doctrine, auxquels s'ajoutent l'incertitude qui caractérise le domaine du droit en général et le dédain longtemps présenté par la procédure en particulier. Au fond, DEMOLOMBE confondait-il réellement l'action et le droit ? N'était-il pas en train de déplorer une pratique contraire à la logique procédurale ?

---

<sup>445</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, coll. « Champs », 1996 ; A. OUATTARA, « Prolégomènes pour une épistémologie du droit en Afrique », in *Recueil d'études sur l'OHADA et les normes juridiques africaines*, PUAM, Vol. VI, p. 28

<sup>446</sup> S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique des standards, essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, L.G.D.J. 1980, pp. 55-57.

<sup>447</sup> H. BAUER-BERNET, *Notions indéterminées et droit communautaire*, Exposé fait au Centre National de Recherches de Logique (C.N.R.L) le 9 janvier 1982, In C. PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles 1984, p. 269.

**261.** Pour le savoir, il paraît important d'exposer la justification originelle de ce constat (**Chapitre 1<sup>er</sup>**) avant d'entrevoir la justification conceptuelle qu'il sied d'adopter (**Chapitre 2**)





## CHAPITRE 1<sup>ER</sup> : UNE CAUSE ORIGINELLE

*« Qu'elle vise à perpétuer ces traditions ou à rompre avec elles, le passé laisse toujours ses traces, et jusque dans l'innovation. »*

*MOTULSKY, Principe d'une réalisation méthodique du droit privé, éd. Sirey 1948, Rééd. Dalloz 2002, pp. 19-20.*

**262. Objet.** « Qu'elle vise à perpétuer ces traditions ou à rompre avec elles, le passé laisse toujours ses traces, et jusque dans l'innovation. » Ainsi, l'innovation aurait-elle deux fonctions possibles : soit, elle rompt avec les traditions, soit, elle les perpétue : c'est cette dernière fonction qui semble être assurée par les législations successives et séculaires et par pratiques judiciaires constantes, de sorte que la doctrine ne s'en détache pas toujours.

**263.** Ce chapitre a alors pour objet de révéler les germes du problème posé - celui de la prééminence du droit substantiel dans une étape de la procédure, qui est en principe, en dehors de celle consacrée à l'examen au fond - dans les anciens systèmes qui ont été à l'origine du droit français et du droit béninois dans leur état actuel. Si on y parvient, c'est qu'on aura pu montrer que le problème ainsi évoqué a une justification originelle, c'est-à-dire qu'il tient sa source dans les toutes premières formes de procédure ayant été à l'origine des pratiques judiciaires dans les premières formes d'organisation sociale. Le débat autour de la présence regrettable du droit substantiel dans l'appréciation procédurale de l'intérêt à agir et, plus largement, dans l'examen de la recevabilité de la demande semble éluder sa vraie cible en se focalisant, sur une redéfinition de la notion d'intérêt légitime ou l'abandon de l'examen de cette légitimité du droit d'agir.

**264. L'identification d'une origine comme référence.** Aucun système de droit n'est spontané, intervenant *ex nihilo*. Même la législation NUMA, l'un des premiers corps de règles de l'humanité et de source probablement divine n'a pas empêché les romains de

distinguer le domaine du « *Fas* » et celui du « *Jus* »<sup>448</sup>. Voilà qui oriente les réflexions dans deux univers de référence. Le « *Fas* », d'origine divine, était, en effet un recours dans certains systèmes traditionnels en Afrique - sous l'appellation de « *Fâ* » au Bénin par exemple -, et même encore aujourd'hui en dépit de son caractère indirect et rare. Le « *jus* » - droit en latin - à cette époque rappelle le droit romain dont les origines se situent aux environs du VIII<sup>e</sup> siècle av. J.-C.

**265.** En droit traditionnel africain, le recours au « *fas* » n'est plus d'usage direct de nos jours dans tous les jugements. Telle l'expertise en droit moderne, le Chef se réfère parfois à « *Akplogan* » (chargé de culte) qui consulte le « *Fâ* » - divinité capable de révéler le passé, le présent et l'avenir d'une personne ou d'une situation - afin de clarifier, au sujet d'un défendeur, certains comportements contraires à la vie sociale normale. Les rois y recouraient pour faire intervenir les ancêtres, ce qui donne un caractère sacré à la procédure et au jugement. Quant au droit romain, le legs en matière procédurale paraît immense, tant de ses règles juridiques, de sa coutume que de sa doctrine<sup>449</sup>. Qu'il s'agisse de l'Ancien droit – à cheval entre la période de la Royauté et celle de la République romaine -, du droit classique – situé de part et d'autre de l'avènement de l'ère chrétienne – ou du droit de l'Empire romain, les points de ressemblance au droit contemporain sont multiples et leurs influences encore d'actualité. Dans une telle situation, il est évident que la longue période du Haut Moyen-âge jusqu'à la fin de l'Ancien Régime en France ne peut pas échapper à un tel renouvellement tacite des pratiques en dépit de quelques éléments de rupture selon les événements qui avaient suscité de telles réformes.

**266.** Il importe alors de se référer aux différentes procédures des périodes successives du droit romain, véritable héritage des systèmes actuels. Sans pour autant être considérées

---

<sup>448</sup> J.-M CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, 5<sup>e</sup> éd. Coll. Droit fondamental, PUF, Paris, 2013, p. 35, n° 18. A la création de Rome, le système royal avait prévalu. Le seul corps de règles qui régissait les relations humaines était la « législation » de *Numa* (en dehors de la coutume). L'auteur explique en effet que « selon la légende, le roi aurait reçu ces lois de la nymphe Egérie, qu'il allait écouter au bord de la fontaine. Ces règles de nature et d'origine religieuse étaient désignées par le mot *fas*, qui vient peut-être d'un vieux mot signifiant « *dire* ». Le *fas*, c'est ce que les dieux ont dit, ou ce qu'ils promettent ; *nefas* est ce qu'ils interdisent ».

<sup>449</sup> B. BASDEVANT-GAUDEMET et J. GAUDEMET, *Introduction historique au droit XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Lextenso, 3<sup>e</sup> éd. LGDJ, Paris 2010, p. 77. « Rome avait connu la coutume. Ses juristes et rhéteurs (Cicéron) en avaient dégagé les traits majeurs. ... Romanistes et Canonistes, à partir de la fin du XII<sup>e</sup>, mais bien plus au XIII<sup>e</sup>, jettent les bases d'une doctrine savante de la coutume. La doctrine moderne reste, sur certains points, tributaire de leur apport. ».

comme une référence originelle, les procédures traditionnelles ayant eu cours en Afrique d'avant les colonisations recèlent, elles aussi, des points de similitude qui méritent qu'on s'y attarde.

**267. L'établissement d'un lien entre les différents systèmes de droit dans leur évolution historique.** Chaque époque, chaque étape est tributaire de celles qui l'ont précédée, même si elle s'en démarque, et elle pèse à son tour sur les suivantes, fût-ce comme rejetée. Justifiant la nécessité du caractère chronologique induit à son ouvrage, le professeur CARBASSE s'était posé la question en ces termes : « *Comment comprendre le processus de formation d'un système juridique si l'on ne distingue pas l'avant de l'après, si l'on confond celui qui donne et celui qui reçoit, celui qui lègue et celui qui hérite ou qui rejette l'héritage ?*<sup>450</sup> ». Il ne s'agit pas bien-sûr d'un immobilisme législatif, encore que Mme J. CHANTEUR déplore la mobilité incessante des lois.<sup>451</sup> Mais il s'agit plutôt d'identifier quelques éléments contenus dans les anciennes procédures et qui sont encore d'actualité<sup>452</sup> dans les débats de doctrine, pour ce qui concerne le problème sus évoqué. Les systèmes de droit continentaux des États européens présentent, en effet, entre eux, de frappantes similitudes du fait qu'ils sont des héritiers du droit romain.<sup>453</sup>

**268. La part du droit africain.** Le droit africain n'y sera pas en marge en dépit de son caractère juridique contesté. Les auteurs africains et européens intervenus sur la « procédure civile » africaine ont pu témoigner de ce que c'était à une époque qui n'est pas aussi lointaine que celle du droit romain, mais au moins des siècles avant les colonisations. L'analyse de ces travaux ont permis de comprendre que les germes du problème y étaient également présents.

**269.** Si, au plan politique, l'Empire romain a connu quatre périodes successives à savoir, la Royauté (753 à 509 av. J-C), la République (509 à 27 av. J-C), le Haut-Empire (27 av. J-C à 284 apr. J-C) et le Bas-Empire (284 à 565 apr. J-C), au plan juridique, on peut distinguer

---

<sup>450</sup> J.-M CARBASSE, op. cit. p. 16, n° 5.

<sup>451</sup> J. CHANTEUR, CPPJ, n° 12, 1987, p. 157 (citée par Frédéric ROUVILLOIS, in « Le droit », GF Flammarion, Paris, 1999, p. 159.

<sup>452</sup> J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Durand, 1777, t. I, Préface, p. III-IV.

<sup>453</sup> J.-M CARBASSE, op. cit. p. 17 et 19. « Construit tout au long de ce millénaire, selon un rythme inégal, l'édifice du droit romain est impressionnant. Il constitue l'apport majeur de Rome aux siècles ultérieurs, et tout particulièrement à l'Europe actuel ».

trois moments : l'ancien droit (des origines de Rome au milieu du II<sup>e</sup> siècle av. J-C), le droit classique (146 av. J-C au III<sup>e</sup> siècle apr. J-C) et le droit du Bas-Empire (III<sup>e</sup> au VI<sup>e</sup> siècle). On constate que la période couverte par l'ancien droit est complètement antérieure à l'ère chrétienne, tandis que celle du droit classique partage cette ère avec le Bas-Empire.

**270.** Il sera alors question d'étudier, d'abord, les sources de la prééminence du fond dans les procédures de l'ancien droit romain (**section 1<sup>ère</sup>**). Ce droit prend en compte, non seulement la période dite primitive et assez pauvre en information, mais aussi l'avènement de la Loi des XII Tables, véritable source légale de cette époque. Par ailleurs, l'identification des germes du problème dans la procédure du droit classique et celle du Bas-Empire, qui ont en partage l'avènement de la chrétienté, retiendra en suite notre attention (**Section 2**).

### ***SECTION 1<sup>ère</sup> : Les origines légales de la prééminence du droit substantiel***

**271. Les procédures romaines et d'autres sources.** Il faut se référer, entre autres, à la préface de M. CADIET pour se faire une idée de ce qu'il existe des rapports complexes, faits d'influences réciproques entre le droit processuel et le droit substantiel. Ce qui est intéressant est la précision apportée par l'auteur, précision selon laquelle « *cette dialectique subtile du substantiel et du processuel plonge ses puissantes racines dans le terreau de l'antiquité grecque*<sup>454</sup> ». Puisque le passage de la Préhistoire à l'Antiquité s'est produit à différentes périodes pour les différents peuples, on pourrait imaginer des différences entre l'antiquité grecque et l'antiquité romaine. C'est ainsi que l'Antiquité avait, elle aussi, précédé soit le Moyen Âge, soit les temps modernes, selon les civilisations, et se termine à différentes dates pour différentes régions du monde. Mais, au regard des travaux de M. André BERNAND, on comprend que, dans le bassin méditerranéen, la culture grecque a plutôt induit celle de Rome. Elle y a joué un rôle décisif, notamment du fait de l'influence qu'elle eut à Rome où le grec devint la langue du savoir utilisée par les élites. C'est ainsi que certaines productions politiques et culturelles du monde grec ont eu un rôle majeur dans le développement de la civilisation occidentale<sup>455</sup>. Depuis les origines de Rome vers le VIII<sup>e</sup> siècle av. J.-C. La procédure connue successivement de l'ancien droit, du droit classique et du Bas-Empire est

---

<sup>454</sup> L. CADIET, Préface à Loïs RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, Thèse, Paris 1, Ed. IRJS, Paris 2010, p. XIII ; V. dans le même sens, S. AMRANI-MEKKI, « Le droit processuel de la responsabilité civile », in *Mélanges en l'honneur du Professeur G. Viney*, LGDJ, 2008, pp. 1 et s.  
( [https://www.clio.fr/BIBLIOTHEQUE/les\\_grecs\\_devant\\_leurs\\_dieux\\_dans\\_l\\_antiquite.asp](https://www.clio.fr/BIBLIOTHEQUE/les_grecs_devant_leurs_dieux_dans_l_antiquite.asp)).

<sup>455</sup> A. BERNAND, *Les Grecs devant leurs dieux dans l'Antiquité*, Clio, 2001.

issue de plusieurs règles de cette période antique où le préteur, dans son office essentiellement dédié à l'organisation du procès, faisait usage des termes techniques relatifs au véritable jugement au fond. Ainsi, les origines légales de la prééminence du droit substantiel dans l'examen de la recevabilité de l'action procèdent, d'une part, de la prépondérance du droit en jeu et observable dans les règles issues de la procédure romaine (**Paragraphe 1<sup>er</sup>**) et, d'autre part, de ladite prépondérance connue d'autres règles de procédure (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1<sup>er</sup> : Une prépondérance issue des règles de procédure romaine**

**272. Du magistrat préteur et des lois.** Le magistrat, dans le sens qui lui est connu en droit romain, n'est pas un juge, donc ne juge pas. Il est chargé d'organiser le procès, de mettre l'affaire en état d'être jugé et de désigner le juge. Mais en pratique, le préteur semble juger le fond même du droit en discussion. Cette anomalie n'est finalement pas le seul fait de la pratique du préteur. L'influence des règles romaines s'analyse d'un double point de vue. D'abord au regard de l'attribution de la chose objet du litige par le magistrat (**A**), ensuite par le renforcement de la prééminence du fond dans les lois *aebutia* et *licinienne* (**B**).

#### **A. L'attribution de la chose objet du litige par le préteur au mépris de la séparation de l'*in iure* et de l'*apud iudicem***

**273. Entre le provisoire et le définitif.** La procédure judiciaire empruntée par les parties a pour objectif l'attribution à l'une d'elles de la chose objet du litige. Cette attribution peut être provisoire (1) ou définitive, auquel cas, l'objet est adjugé au profit de l'une des parties (2).

##### ***1. Une attribution provisoire en présence de contestation***

**274. Un principe non respecté ou inconnu à l'époque ?** Partant de ce que l'appréciation des éléments de la recevabilité ne doit pas faire intervenir ceux du fond du droit en discussion, il faut constater ici que le droit romain n'a pas tout à fait été fidèle au contenu de ce principe. On peut se poser des questions concernant l'existence ou non de ce principe. Tout porte à croire que le droit romain n'en connaissait pas. Pourtant, il existe des facteurs favorables à son respect. Par exemple, la séparation de la juridiction de l'*in iure* (le magistrat) de celle de l'*apud iudicem*. Si la première n'est pas habilitée pour juger, le juge de l'*apud iudicem* est compétent pour juger le fond du droit. Cependant, dans la procédure qui

se déroule devant le magistrat, la présence du fond du droit s'observe par une attribution provisoire de la chose objet de litige, alors même que cette attribution relève, en principe, de l'*apud iudicem*, où il est examiné le fond même du droit.

**275. Un mécanisme d'attribution fondé sur la prétention.** L'attribution provisoire de la chose en discussion s'opère à travers les mots que doit prononcer le préteur en fonction de l'appréciation qu'il a faite de la prétention. Ainsi, lorsqu'il estime que l'affaire mérite d'être jugée au fond, il prononçait le mot « *do* » qui signifie « je donne ». C'est par ce mot prononcé qu'il identifie un juge pour trancher le litige. Mais avant de donner un juge, il peut estimer que le demandeur (ou même le défendeur) est plus convaincant, que celui-ci a justifié la légitimité de son droit et est donc à même de se voir attribuer la possession de la chose, outrepassant ainsi ses prérogatives préalablement définies. Dans ces conditions, il prononçait le mot « *dico* », qui signifie « je dis ». Par ce mot, il attribuait la possession dite intermédiaire de la chose litigieuse à l'un des plaideurs.

**276. Le caractère intermédiaire, tempérament à la dominance du fond ou source d'instabilité du droit ?** Le terme « intérimaire » employé ici par MM. LEVY et CASTALDO et par certains autres auteurs ne semble pas innocent, l'intérimaire étant celui qui assure un intérim. Selon le doyen CORNU, l'intérim est la situation temporaire dans laquelle un agent est chargé provisoirement d'une fonction soudainement devenue vacante, en attendant la désignation définitive du nouveau titulaire. D'abord, le caractère vacant de la titularité du droit se lit ici à travers la situation litigieuse dans laquelle se trouve, à un moment donné, la chose objet de discussion. Mais ce qui intéresse surtout ici, dans le caractère intermédiaire de l'attribution, est le fait qu'elle est faite « ... en attendant la désignation définitive du nouveau titulaire ... », le vrai titulaire en quelque sorte, - encore que la vérité judiciaire n'est pas toujours la vraie - . La propriété est alors susceptible de passer d'un camp à l'autre, d'une partie à l'autre, du demandeur au défendeur et vice versa. Voilà un examen au fond qui, produisant un effet bien que provisoire, relève tout au moins d'une décision sur le fond qui ne peut intervenir sans une analyse touchant des éléments du fond du droit alors qu'il s'agit de la phase « *in iure* » qui a lieu devant le préteur, un magistrat qui ne juge pas, qui n'examine pas, en principe, le fond qui relève plutôt de la

procédure « *apud iudicem* »<sup>456</sup>. Le caractère intermédiaire ne semble donc pas modifier l'état de prééminence du droit substantiel dans cette phase se déroulant devant le préteur. Cette anomalie peut être un prolongement de ce qui avait lieu dans *les actions par enjeu sacré*, qui relèvent des *legis actiones*, en ce sens que, parmi les paroles exigées par la loi qui l'a instituée, figure celle par laquelle l'une des parties devrait dire : « *Je demande que tu dises à quel titre tu as revendiqué* »<sup>457</sup>. Une telle demande aboutissait inévitablement à une justification du titre de propriété ou de créance et permettait au préteur de l'ancien droit romain d'examiner, d'une manière ou d'une autre, la légitimité du droit en litige. Il en était également ainsi lorsque l'autre partie s'oppose à la prétention du demandeur. Finalement, la prééminence du droit substantiel dans la procédure de « recevabilité » de la demande devant le préteur ne dépend pas de la présence ou de l'absence de contestation. L'attribution par décision du préteur n'est pourtant définitive que lorsque cette prétention n'est pas contredite par la partie adverse.

## 2. Une adjudication définitive en absence de contestation

**277. Le préalable du délai mensuel prévu par la loi « Pinaria ».** Comme il a été précisé par hypothèse et justifié par des textes légaux et ouvrages d'auteurs historiens de droit auxquels nous avons pu avoir accès, le préteur ne juge pas le fond du droit, mais reçoit la demande et affecte un juge au procès qui se tiendra plus tard. Mais la distinction entre la procédure ayant lieu devant le préteur et celle au cours de laquelle le juge est appelé à trancher au fond est ici matérialisée par une sorte de *pause* dans le processus avec l'avènement de la loi « *Pinaria* » (une loi dont la date ainsi que les mobiles ou les événements ayant suscité son élaboration ne sont pas assez clairs). Cette loi, en effet, a prévu un délai de trente jours pour la désignation d'un juge. Ce délai imparti permet de limiter la procédure devant le préteur, dans une durée assez précise, surtout après le *sacramentum* versé ou promis<sup>458</sup>. L'importance de cette loi se trouve aussi dans le fait qu'auparavant, le

---

<sup>456</sup> J. Ph. LEVY et A. CASTALDO, op. cit., p. 16. Dans la phase *apud iudicem* présentée par les auteurs témoigne de ce que cette phase n'est pas différente de l'examen au fond dans la procédure civile actuelle. « *Les débats devant le juge sont libres et sans forme, il comporte en pratique l'intervention fréquente d'avocats, ... Ces débats ont surtout pour but d'administrer les preuves susceptibles de convaincre le juge. ... Le juge (le jugement) rend une fois que les preuves ont achevé de le convaincre* ». Voir aussi, pour le même ouvrage, pp. 879 et s.

<sup>457</sup> V. Gaius, *Commentarius quartus*, 16.

<sup>458</sup> P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit. p. 1048.



juge était désigné sur le champ<sup>459</sup>. C'est ce qui permettait, dans la procédure du *sacramentum* de procéder le plus rapidement possible à l'exécution de la sanction relative à l'enjeu sacré<sup>460</sup>.

**278. L'attribution de l'objet de droit par le préteur.** « *Addico* » signifie « donner son assentiment, son accord ». C'est par l'emploi de ce mot, en effet, que le préteur donnait son accord à la prétention du demandeur, et par l'« *addictio* », il attribuait définitivement la chose objet de discussion à celui-ci. Il faut reconnaître que cette décision intervient surtout lorsque la prétention du demandeur ne rencontre aucune contestation de la part du défendeur. Ainsi comprise, cette situation semble assez proche de l'acquiescement, un des modes d'extinction de l'instance qui relève des incidents d'instance<sup>461</sup> connu en droit moderne. Mais si l'« *addictio* » intervenait en droit romain en raison de la simple absence de contestation de la part du défendeur, l'actuel acquiescement ne s'inscrit pas dans une telle passivité ou inaction du défendeur. Il est à noter en effet que la volonté non équivoque d'acquiescer à la demande ne saurait être déduite lors d'une procédure orale, de l'absence de contestation à l'audience et de conclusions écrites de la partie adverse<sup>462</sup>. Cela ne signifie pas que l'acquiescement doit être formellement matérialisé dans un acte établi, mais il peut être implicite. Ainsi, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'acquiescement implicite doit toujours être certain, c'est-à-dire, résulter d'actes incompatibles avec la volonté de former un recours et démontrant avec évidence l'intention de la partie à laquelle on l'oppose d'accepter<sup>463</sup>. Au-delà de cette différence entre les conditions de l'« *addictio* » du droit romain et l'acquiescement du droit moderne, les deux notions se rejoignent dans leur effet. L'article 408 du code de procédure civile français dispose en effet que « l'acquiescement à la demande emporte reconnaissance du bien-fondé des prétentions de l'adversaire... ». De plus, la Cour de cassation pose comme condition essentielle à son admission, l'effet extinctif qu'il

---

<sup>459</sup> Gaius, *commentarius quartus*, 15.

<sup>460</sup> V. B. EISELE, , p. 222. L'auteur fait constater toute l'utilité de cet intervalle de temps laissé aux plaideurs avant d'aller devant le juge. « *C'est là un temps de réflexion qu'on a pu laisser utilement aux parties depuis la sécularisation du sacramentum, tandis qu'auparavant il importait de faire le plus vite possible le sacrifice expiatoire* ».

<sup>461</sup> V. art. 408 à 410 du Code de procédure civile français.

<sup>462</sup> H. CROZE et R. MOREL, obs. sous cass. 2<sup>e</sup> civ. 25 mai 1994, in *Gaz. Pal.* 21 mars 1995, *Somm. V. Proc. Civ.* ; N. FRICERO, obs. *D.* 1995, *somm.* 107.

<sup>463</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ. 26 nov. 1975 : *Bull. Civ. II*, n<sup>o</sup> 311 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ. 5 avr. 1978 : *D.* 1978, *inf rap.* 363, obs. JULIEN.

doit produire<sup>464</sup>. Les conditions de l' « *addico* » s'inscrivent dans cette même idée, celle de mettre fin au litige par le caractère définitif de l'attribution de la chose. Aussi, intervenait-elle à la suite d'un certain examen du bien-fondé de la demande. Si l'actuelle règle parle de la reconnaissance du bien-fondé de la prétention de l'adversaire, cette reconnaissance ne paraît pas possible sans celle de la légitimité du titre qui lui sert de fondement et c'est par référence (peut-être non formelle) à ce titre que s'opère l'acquiescement. En droit romain, l'attribution définitive sur simple absence de contestation met fin au litige et l'intervention du juge pour la seconde phase, celle dite « *apud iudicem* » pour le jugement au fond, ne pourra plus avoir lieu. Le préteur se trouve de ce fait dans une position de juge au sens plein, celui qui lui est reconnu en droit moderne (le juge de recevabilité est juge d'exception et juge de fond), tel que c'est le cas dans nos systèmes de droit actuels, une procédure à phase à peu près unique, toute chose de nature à renforcer la prééminence du fond du droit.

## **B. Le renforcement de la prééminence du fond dans les lois *aebutia* et *licinienne***

**279. L'*aebutia* et la *licinienne*.** La *Lex aebutia* est une loi qui interdit la réélection au consulat. Selon elle, quiconque propose la création d'une magistrature extraordinaire ne peut être candidat. L'*aebutia* impose la procédure formulaire qui est entre les mains du [préteur](#). Quant à la *lex Licinia Mucia*, elle règle l'expulsion de Rome et renvoie dans leurs cités respectives des Latins et des Italiens avec des peines sévères pour ceux qui se seraient fait inscrire par fraude comme citoyens romains. L'une et l'autre n'ont pas manqué de renforcer la présence du droit substantiel dans l'appréciation du droit d'agir. Il procède du renforcement par le contenu de la loi *aebutia* (1) et du renforcement par le flou entretenu dans la loi *licinienne* instituant la préture (2).

### ***1. Un renforcement par le contenu de la loi *aebutia****

**280. La mission de loi *Aebutia*.** La loi ne peut tout prévoir et l'organisation de la procédure romaine a, à un moment donné, pris cette réalité en compte à travers l'avènement des édits. Au départ, l'action précédait le droit, « pas d'action, pas de droit » disait-on du fait que toutes les actions pouvant être mises en œuvre étaient censées déterminées préalablement par

---

<sup>464</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ. 12 févr. 1975 : *Bull. Civ. II*, n° 45. « L'acquiescement à la demande ne produit d'effet que s'il met fin au litige ».

la loi elle-même et dénommées action de la loi « *legis actiones* ». Mais il est évident que, dans de pareilles situations, des actions ne puissent pas être mises en œuvre du simple fait de n'avoir pas été prévues dans les lois régissant la matière. De plus, les « *legis actiones* » se caractérisaient par des exigences excessivement rigoureuses dans une procédure où les mots à employer doivent être prononcés dans leur exactitude telle que contenus dans la loi qui a prévu l'action concernée. Par une telle rigueur, les pertes de procès étaient assez fréquentes et ne tenaient pas à grand-chose ; il suffisait de mettre un petit mot à la place d'un autre contenu dans la loi et le procès était perdu en faveur de l'adversaire, ce qui rendit peu à peu impopulaires lesdites lois. Telle est l'histoire de la loi « *Aebutia* » qui, en plus de deux autres lois *Juliennes*, intervient pour « abroger » les actions de la loi, permettant ainsi de procéder par rédaction préparées appelées « *formules* »<sup>465</sup>. L'édit du préteur a ainsi été initié pour combler cette lacune<sup>466</sup>. Mais il ne s'agit pas en réalité d'une abrogation définitive des « *legis actiones* » car ces dernières sont restées et les nouvelles dispositions sont intervenues pour compléter et pourvoir aux lacunes ainsi évoquées.

**281. Les prémisses du détournement de la loi *aebutia*.** La loi *Aebutia* a en effet donné de nouveaux pouvoirs aux magistrats en leur permettant d'avoir, à côté des *legis actiones*, la formule donnant ainsi au plaideur la possibilité d'opérer un choix sous le contrôle du magistrat. Ce dernier, à travers la formule, a acquis une nouvelle mission, celle de pallier les insuffisances des actions par enjeu sacré, avec la possibilité de procéder à une transposition des paroles sacramentelles en formules pour lier les procès. Véritable pouvoir donc sur les anciennes *legis actiones* qui ne pouvaient ainsi plus être recevables sans son accord, telle la formule dont il a tout pouvoir sur le contenu<sup>467</sup> : nouveau pouvoir, nouveau juge. Et puisque toute personne qui en détient une parcelle a tendance à en abuser, l'activité du préteur à partir de ces nouvelles lois, – *Aebutia* et *juliennes* –, n'a pas échappé aux dérives d'autorité judiciaire.

---

<sup>465</sup> GAIUS, *Commentarius quartus*, 30. « ... toutes ces actions de la loi devinrent peu à peu impopulaires, car à cause de la minutie exagérée des anciens qui créèrent ces droits, la chose fut poussée à ce point que la moindre erreur entraînait la perte du procès. Aussi la *Aebutia* et deux lois *Juliennes* vinrent-elles abroger ces actions de la loi et permirent-elles de procéder par rédactions préparées, c'est-à-dire par formules »

<sup>466</sup> P. DIGESTE, 1, 1, 7, 1. « La loi *Aebutia* établie pour seconder, compléter ou corriger le droit civil ».

<sup>467</sup> P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit privé*, op. cit. p. 43.

**282. La présence d'éléments de fond dans l'exercice de l'imperium par le préteur.** Les deux éléments indispensables à la bonne conduite de toute société n'étaient-ils pas institués bien avant la création de Rome ? De la Théophanie, un son divin les indiquait : la loi et le commandement, tels le Droit et les injonctions, indispensables pour la *jurisdictio* et l'*imperium*, destinés à Moïse<sup>468</sup>. Dans le programme annuel des édits du préteur figure un élément qui relève du fond du droit à savoir, la *restitutio integrum*<sup>469</sup> par lequel « il (le préteur) remettra au profit des créanciers les choses dans l'état où elles seraient s'il n'y avait jamais eu de *capitis deminutio* »<sup>470</sup>, défaut ou perte de personnalité juridique, la mort civile. Elle constitue également une voie de recours permettant à une partie insatisfaite de la décision rendue de la déférer devant un magistrat pour la voir déclarer non avenue. Pour qu'il en soit ainsi, le préteur a décidé au préalable que, pour toutes les *capitis deminutiones*, celui qui avait recueilli les biens ne pourrait les conserver que déduction faite des dettes<sup>471</sup>. Les controverses sur son existence ou non lors des *legis actiones*, donc bien avant l'avènement de la procédure formulaire, ne semblent pas intéresser cette étude car, qu'elle soit plus ancienne que la procédure formulaire ou qu'elle en fasse partie, c'est son caractère substantiel qui préoccupe. En tout état de cause, l'exception et la *restitutio in integrum*

<sup>468</sup> V. Ph. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, 2<sup>e</sup> éd. Cujas, Paris, 2001, p. 6. La vie de Moïse se situe en effet autour du XV<sup>e</sup> et du XIII<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ, soit au moins cinq siècles avant la création de l'Empire romain en 753 avant Jésus-Christ par Romulus, descendant d'Enée et petit-fils de Priam, il appartenait aux nobles de Palatin, l'un des sept villages que comprend l'Empire à sa fondation. Mais des siècles auparavant, l'*imperium et la jurisdictio* sont les deux moyens que Dieu avait déjà mis à la disposition de Moïse pour conduire son peuple à la Terre promise. « Sur le Sinaï, au milieu des flammes, du tonnerre, des nuées et du son de la trompe (théophanie= apparition de Dieu), Dieu lui transmet le Décalogue : Dieu dit à Moïse 'Monte vers moi sur la montagne et demeure là que je te donne les deux tables de pierre – la loi et le commandement – que j'ai écrites pour leur instruction'... ». Au-delà des règles ainsi annoncées, il y a lieu de constater l'*imperium* qui les recouvre : honore ton père et ta mère ... Tu ne voleras pas, que d'injonctions. S'il est reconnu que partout et à toute époque où existe un groupe d'individus, une société, il y a un droit, un ordre de conduite ; mais aussi il n'est pas contesté qu'il faut un minimum de moyen coercitif pour maintenir le respect de ces règles.

<sup>469</sup> En droit moderne, la « *restitutio in integrum* » est une locution latine qui signifie littéralement « *restitution en entier* » que l'on pourrait traduirait plutôt par « *réparation intégrale* ». Il s'agit du mécanisme utilisé par la responsabilité civile et qui est la conséquence normale de l'annulation d'un contrat, c'est-à-dire le retour à l'état précontractuel. Il peut s'agir également du processus de réparation d'un dommage qui résulte de l'exécution unilatérale du contrat ; la réparation vise ainsi à empêcher un enrichissement sans cause de la part du défendeur au détriment du demandeur. En droit communautaire, la « *restitutio in integrum* » désigne le rétablissement des droits en vertu de la Convention sur le brevet européen. Il s'agit d'un moyen de remédier à la disposition du demandeur ou du titulaire de brevet qui n'a pas respecté un délai malgré l'exercice de « toute la vigilance nécessitée par les circonstances ». La base juridique de cette voie de recours est prévue à l'article 122 de ladite convention. Si la demande en « *restitutio in integrum* » est reçue, le demandeur ou le breveté sera rétabli dans ses droits, comme si le délai avait été dûment rempli.

<sup>470</sup> V. PAUL, *DIGESTE*, 4, 5, de *capiteminutis*, 11.

<sup>471</sup> DESSERTAUX, *Adrogation*, pp. 46 et s. ; de même, In *N.R.H.* (Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger), 1912, pp. 423-472 ; V. GAIUS, 3, 84. 4, 88.

paraissent très tôt intégrées à la procédure formulaire, en ce sens que la première est connue de Labéon<sup>472</sup> ; la seconde devait exister en 695 d'après Cicéron<sup>473</sup>.

**283.** Selon une doctrine inspirée et développée par SAVIGNY, cette *restitutio in integrum* est accordée par le préteur sans examen des faits, c'est-à-dire sans aller au fond du droit<sup>474</sup>. On se pose forcément la question de savoir comment cela peut être possible, alors même que la *restitutio in integrum* est une décision par laquelle le magistrat remet dans sa situation primitive celui qui a subi, en vertu des règles même de droit, un préjudice que le magistrat estime injuste, par laquelle il répute non avenu **le fait duquel résulte ce préjudice**<sup>475</sup>. Il s'agit là encore d'un acte fait par le magistrat en dehors de sa *jurisdictio*, mais plutôt en vertu de son *imperium*, terme non exclusivement juridique qui était d'usage courant à Rome, s'entend comme le pouvoir de donner des ordres, un pouvoir, à l'origine, attribuer aux seuls empereurs romains<sup>476</sup>. Vis-à-vis du juge, on oppose l'*imperium* à *jurisdictio*, le premier étant le pouvoir d'ordonner, le second s'entend comme le pouvoir (sinon même le devoir) de dire le droit afin de trancher un différend. Etant donné que ces deux pouvoirs rassemblés définissent l'office du juge<sup>477</sup>, seul l'*imperium* ne saurait permettre de trancher au fond un différend entre créancier et débiteur, tel le préfet du département, un chef d'un service administratif aussi grand qu'il soit, un détenteur du pouvoir de commandement militaire disposent tous, à des niveaux divers, d'une fraction de puissance publique, un pouvoir d'injonction aux fins d'une bonne administration ; un pouvoir dont même l'arbitre ne dispose pas en dépit de sa *jurisdictio*, en principe, ne pourrait permettre de dire le droit afin de trancher le litige, à moins qu'on convienne que toute personne exerçant l'autorité au nom de la loi est juge.

**284.** Mais la position du préteur paraît plus délicate et spéciale. Étant une institution étatique, un magistrat en amont de toute instance judiciaire, il semble détenir l'*imperium mixtum* qui

---

<sup>472</sup> DIGESTE, h. t. 14, 9.

<sup>473</sup> V. CICERON, *Pro Flacco*, 21, 49.

<sup>474</sup> SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Trad. Guenoux, 7, p. 117 et s. V° GIRARD, manuel... pp. 1128-1129.

<sup>475</sup> KARLOWA, *Römische Rechts geschichte*, 2, pp. 1064-1104 ; BURCHARDI, *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, 1831, BEKKER, *Aktionen*, 2, 1873, pp. 74-105 ; V. DIGESTE, 4, 1, *De restitutionibus in integrum*.

<sup>476</sup> T. CLAY, « *Imperium* », In L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, 1<sup>re</sup> éd. PUF, Paris, 2004, pp. 610-613.

<sup>477</sup> T. CLAY, « *Imperium* », op. cit. p. 611.

se trouve être indissociable de la *jurisdictio* du véritable juge<sup>478</sup>. Et puisque c'est par cet *imperium* que le préteur rend sa décision sur la *restitutio integrum*<sup>479</sup>, son rôle paraît finalement sans limite<sup>480</sup> au point d'aboutir à des abus du pouvoir que lui ont conféré les nouvelles lois.

**285. Le détournement de la mission de la loi *Aebutia* par le préteur à travers sa *jurisdictio*.** L'activité du préteur se limite à l'organisation du procès, à la recevabilité de la demande et à l'octroi d'un juge pour trancher le fond du droit et cette précision est également apportée par les nouvelles lois ayant institué les édits. La preuve que le rôle du préteur est en principe essentiellement procédural et ne touche pas le fond du droit transparaît également dans son programme d'édit permanent pour toute son année d'exercice. On y trouve des modèles concrets des moyens qui pourront lui être soumis<sup>481</sup>. De plus, le préteur y expose les conditions dans lesquelles les demandes pourront être reçues ou rejetées. Comme conditions, on peut citer la prescription, l'exception, la restitution<sup>482</sup>. On peut bien constater une hétérogénéité dans l'analyse de ces conditions. En droit moderne, en effet, ce sont plutôt seules les fins de non-recevoir qui sont examinées en vue de la recevabilité de la demande, la prescription étant une fin de non-recevoir. Les exceptions de procédure sont relatives à la forme dans laquelle les actes doivent être accomplis. Mais la *restitutio integrum*, ne semble pas n'être que procédurale - il (le préteur) remettra au profit des créanciers les choses dans l'état où elles seraient s'il n'y avait jamais eu de *capitis deminutio*.

---

<sup>478</sup> R. POTHIER (cité par T. CLAY) distingue en effet, outre *l'imperium militae* (pouvoir militaire monopolisé par l'empereur à partir du Haut-Empire romain) et *l'imperium domi* (pouvoir civil), *l'imperium merum* (noyau dur de *l'imperium* indissociable de l'usage de la force) et *l'imperium mixtum* (inséparable de la *jurisdictio*), les deux associés formant ainsi *l'imperium domi*.

<sup>479</sup> V. DIGESTE, 2, 1, *De jurisdictione*, 3 ; GIRARD, *manuel élémentaire de droit romain*, op. cit. p. 1033 note 5 et 1053 « ... par opposition à la juridiction contentieuse proprement dite, *l'imperium* en vertu duquel le magistrat (le préteur) rend des ordres sans organiser d'instance (*missiones in possessionem, interdicta, restitutiones in integrum*) et en conséquence on oppose à la *jurisdictio* simple *l'imperium mixtum cuius jurisdictione non est*, duquel on distingue même *l'imperium merum* tout à fait étranger à la juridiction... ».

<sup>480</sup> DIGESTE, 2, 1, *De jurisdictione*, 4 ; Digeste, 50, 1, *Ad munic.*, 26. GIRARD fait constater qu'il y a là des actes qui dépassent l'autorité ordinaire exercée par voie d'amendes et de saisies par tous les magistrats ; voir aussi p. 1127 (C'est encore un acte fait par le magistrat en dehors de sa juridiction, en vertu de *l'imperium*... )

<sup>481</sup> V. la loi Rubria, c, 20 ; aussi, GAIUS, *Commentarius quartus*, 37.

<sup>482</sup> P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit privé*, op. cit. p. 44.

**286.** D'autre part, ayant dès lors le pouvoir d'admettre ou non la *legis actio* pour régler les litiges et celui de donner son accord une formule permettant de juger au fond, le préteur use plutôt de ces pouvoirs pour étouffer certaines prétentions fondées sur la loi en refusant parfois la *legis actio* sans délivrer de formule corrélatrice. Il s'agit là d'une sanction qui dépasse le simple rejet de la demande pour cause d'irrecevabilité car, elle paralyse toute manifestation de vérité sur le fond du droit par anéantissement d'une procédure sur la base de considérations souvent illégales<sup>483</sup>. Il s'agit d'un rejet essentiellement fondé sur la prétention plutôt que sur les éléments d'existence de l'action. D'une manière ou d'une autre, la mise en œuvre de cette nouvelle loi (*Aebutia*) révèle ainsi la présence d'éléments du fond avec des solutions souvent aléatoires.

**287. Une anomalie perpétuée.** La loi *Aebutia* a en effet institué une sorte de voie de réforme législative à la disposition du préteur<sup>484</sup>. Véritables sources de droit à côté de la *legis actio*, les édits d'entrée en charge sont permanents (*edictum perpetuum*) contrairement aux autres dits *edicta repentina* qui sont quant à eux souvent motivés par des situations précises. Ces édits d'entrée en charge faisaient l'objet de manifestes techniques et précis dans lesquels le préteur expose le programme de son administration judiciaire qui est affiché et accessible à tous et exécuté pour toute son année d'exercice et même au-delà, puisque le remplaçant s'y référerait aussi. Ainsi, le résultat de toute son activité judiciaire se trouve perpétué sur fond de légitimité et de légalité en dépit de ses anomalies précédemment relevées. Si ces dernières sont révélées dans la mise en œuvre de la loi, d'autres sont, au départ, contenues dans celle-ci.

## ***2. Un renforcement par le flou entretenu dans la loi licinienne instituant la préture.***

**288. L'histoire de la préture, de l'imperium à la iurisdictio.** Si l'Empire romain a évolué de la Royauté à la République avant d'aboutir au Bas-Empire, la magistrature – en tant que pouvoir de régler les différends – a successivement appartenu à l'Autorité royale, au Consul et au Préteur. A l'origine de Rome, ce sont en effet, les rois qui intervenaient dans les procès

---

<sup>483</sup> P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit. p. 44. L'auteur relève en effet que lorsque le préteur délivre des formules dans ces conditions, celles-ci ne correspondent qu'imparfaitement ou ne répondent pas du tout aux lois existantes.

<sup>484</sup> BRUNS-LENEL, *Encyclopédie d'Holtzendorff (Gesch. und Quell)*, I, 7<sup>e</sup> éd. 1913-1915, n° 26 et 27 ; P. KRUEGER, *Histoire des sources du droit romain*, Trad. Brissaud, 2<sup>e</sup> éd., pp. 40 et s.; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, 1, pp. 458-473.

pour trancher les litiges. Mais, à l'avènement de la révolution ayant conduit à l'institution de la République romaine, ce rôle a été confié aux consuls qui l'ont exercé jusqu'au milieu du IV<sup>e</sup> siècle avant J.-C. précisément en 367 avant J.-C., date à laquelle la magistrature échut au préteur grâce à une loi dénommée "la loi Licinienne"<sup>485</sup> (*Licinius*). Cette loi va faire naître une confusion lorsqu'elle va attribuer à ce magistrat le nom « *Praetor* », une dénomination ancienne dont le sens n'est pas assez net. Dans la conception romaine, le terme a toujours été utilisé pour désigner ceux qui exerçaient dans la cité un commandement très élevé<sup>486</sup>. Au même moment, la « *iurisdictio* » faisait partie des pouvoirs du « *Praetor* »<sup>487</sup>.

**289. L'analyse du phénomène au regard du droit moderne.** Peut-on juger sans être juge ? La question appelle l'affirmation selon laquelle « *tout juge n'est pas magistrat, tout magistrat n'est pas juge* ». Il y a, en droit moderne, des juges qui ne sont pas magistrats, dans le sens professionnel du terme<sup>488</sup>, et des magistrats qui ne sont pas des juges, les magistrats du parquet par exemple. Mais le problème que l'attribution de la *iurisdictio* au préteur posé ici n'est pas aussi simple car, dans les cas ainsi évoqués en droit moderne, tous ces juges ont reçu officiellement le pouvoir de juger sans qu'il y ait à confondre leur fonction à une autre. Le préteur, quant à lui, n'a pas reçu cette attribution dès le départ et même dans l'exercice de son activité, il ne doit pas juger. Il est un magistrat, mais un magistrat au sens romain, c'est-à-dire un personnage élu par le peuple, un homme politique. Pour MM. LEVY et CASTALDO, « *il organise le procès, investit le juge, mais ne juge pas* ». Le jugement intervient dans une seconde phase dite justement *apud iudicem* qui signifie « devant le juge », laquelle aboutit à une décision rendue par le juge<sup>489</sup>. Pourtant, c'est en dépit de toutes ces considérations que la loi *Licinienne* confère, outre l'*imperium*, la « *iurisdictio* » qui prédomine dans son activité de magistrat, à une période où tout véritable pouvoir était

---

<sup>485</sup> J. Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit. p. 12.

<sup>486</sup> Par exemple, dans la période primitive, les trois mots *Praetor*, *Judex* et *Consul* étaient synonymes (Cicéron, *de Leg.*, 3, 3; *Justinien, Nouvelle*, I, chap2, parag. 2 pr. ; V. aussi Mommsen, « L'histoire romaine », II, p. 132 et s. Les consuls à Rome l'auraient tout d'abord porté, selon FESTUS « *in initio praetores erant qui nunc consules et hi bella administrabant* » ; V. Cependant, DEMANGEAT, *Cours élémentaire de droit romain*, 2<sup>e</sup> éd. I, p. 64.

<sup>487</sup> J.-Ph. LEVY et CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit. p. 12.

<sup>488</sup> On pense ainsi aux jurés dans certaines juridictions dont celles criminelles ; aussi les juges d'un tribunal commercial qui peuvent être des professionnels du commerce et non de la justice.

<sup>489</sup> J. Ph. LEVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 11.



dominé par *l'imperium* : au commencement était *l'imperium*, disait M. MOURY<sup>490</sup>. Comme les problèmes du droit moderne ont souvent leur source dans les systèmes de droit antique, certaines préoccupations de l'ancien droit pourraient mieux s'expliquer par des éléments du droit moderne. Ainsi, pourrait-on se référer aux analyses de M. WIEDERKEHR sur l'identité d'un juge pour tenter une explication. S'il est unanimement admis de la part des historiens du droit que le préteur n'est pas un juge, on peut se poser la question de savoir si ce n'est pas plutôt l'activité qui confère le statut de juge. La question est digne d'intérêt, car elle est susceptible de donner une explication à la situation du préteur en droit romain ; puisque, ici, le préteur, sans être juge, juge finalement par la connaissance du fond du litige, et même parfois, en attribuant pratiquement la chose en litige à l'une des parties, souvent provisoirement et parfois définitivement. Mais suffit-il d'exercer la fonction pour en avoir le titre ?<sup>491</sup> M. WIEDERKEHR se demande si on peut se contenter d'affirmer qu'est juge celui qui juge. Mais son analyse est orientée sur un autre terrain, celle de la légitimité du pouvoir du juge. Pour l'auteur, le juge tire sa légitimité de la loi. Si l'analyse s'arrête à ce niveau<sup>492</sup>, on pourrait conclure que la loi *Licinienne* étant à la base de cette investiture, le préteur tire sa légitimité d'elle et l'exercice de la *iurisdictio* de sa part serait bien dans le cadre de sa compétence. Il ne l'exerçait donc pas en fraude à la loi ou par débordement de son domaine de compétence. Mais cette manière d'analyser la situation ne semble pas efficace et, de plus, ne convainc pas, car le problème qui se pose ici n'est pas celui de la légalité des actes du préteur dans sa fonction de magistrature. Encore qu'une telle analyse semble confondre *légitimité* et *légalité*. Avant d'aborder cet aspect, il est nécessaire de préciser ici que l'exercice de la *iurisdictio* du préteur est légal sans pour autant être légitime en ce sens qu'il n'est pas logique. Cette logique voudrait qu'il ne juge pas le fond du droit, cette phase revenant au juge lors de *l'apud iudicem*. La loi est intervenue dans une logique dont le moule ne lui convient pas. Le problème semble donc plus profond avec des sources qui dépassent la loi *licinienne*.

---

<sup>490</sup> J. MOURY, « De quelques aspects de l'évolution de la *iurisdictio* en droit judiciaire privé », in *Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*. Paris, LGDJ, 1996, p. 299.

<sup>491</sup> G. WIEDERDERHEHR, « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, Dalloz, Paris, 1996, p. 576.

<sup>492</sup> L'auteur ne s'est pas arrêté là en effet. Il suppose que le juge tient sa légitimité du législateur, seul auteur de la loi. Mais finalement, l'auteur, évoquant les implications d'une telle façon d'examiner le pouvoir du juge sollicite la vertu de l'équilibre des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire.

290. Mais si l'analyse devait se poursuivre plus loin, au delà de la soumission aux lois et au législateur, la fonction de juge, selon M. WIEDERKEHR, est une fonction nécessaire à la loi et, par conséquent, au législateur<sup>493</sup>, alors même qu'il est chargé de veiller à son respect. Devant cette difficulté, l'auteur se réfère au nécessaire équilibre des pouvoirs :

« la fonction de juger suppose le respect par le juge ainsi que par le législateur du pouvoir législatif et du pouvoir de juger. Ce respect est inhérent à la fonction de juger. Ne juge véritablement et n'est un véritable juge que celui qui juge dans le respect de cet équilibre ».

291. On aboutit ainsi à la conclusion que la légitimité de la fonction de juger étant inhérente à la fonction elle-même, est juge alors celui qui juge sous la seule condition de respecter l'équilibre entre les différents pouvoirs. Le magistrat de l'ancien droit romain ne semble pas être en dehors de cette conception du juge, en ce sens qu'il rend des décisions tantôt provisoires, tantôt définitives selon qu'il est ou non en présence de contestation face à la demande du plaideur. Mais faire de quelqu'un qui exerce une telle fonction un juge est encore insuffisant, il faut encore la légitimité de son pouvoir. Cette dernière, au-delà de la loi et du législateur, passe par le respect de la logique procédurale.

292. **Au-delà de la loi Licinienne.** Si la loi de 367 avant J.-C. a parlé de la *iurisdictio*, ce rôle qui consiste à dire le droit et trancher le litige transparaissait quotidiennement dans l'activité du préteur à travers le recours fréquent aux éléments du fond du droit. Depuis la loi des XII Tables jusqu'à l'avènement du Bas-Empire en passant par l'institution de la préture par la loi *Licinienne* et la période du droit classique caractérisée par la procédure formulaire, la distinction des deux phases de la procédure a pourtant été constante avec un objet spécifique à chacune d'elles. La confusion semble avoir été favorisée par la conception romaine de l'*imperium*. Ce dernier offrait en effet les compétences les plus étendues au point de couvrir la *iurisdictio* et c'est là que se trouve l'épicentre de la préoccupation. Le terme, au temps de la Royauté, a été pris comme synonyme des plus vastes pouvoirs pouvant être exercés par un responsable politique. Il revêtait, à l'époque de la Révolution républicaine, une plus large signification avec l'adjonction de la *iurisdictio* civile et militaire à ce qui était

---

<sup>493</sup> G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge ? », *art. cit.* p. 576.

jusqu'alors surtout un commandement<sup>494</sup>. Ainsi, le préteur institué en 367 avant J.-C., par la loi *Licinienne*, détenait-il deux pouvoirs : la *iurisdictio* (ou *jurisdictio*) et l'*imperium*<sup>495</sup>. Si l'*imperium* lui confère le pouvoir de donner des ordres et de commander, la *iurisdictio*, quant à elle, est l'acte par lequel il « dit le droit »<sup>496</sup> : par-là, on doit comprendre « *iusdicere* » dont dérive l'expression « *in iure* » qui désigne la phase du procès qui se tient devant le préteur<sup>497</sup>. Cette conception romaine de la notion de l'*imperium* qui englobe la *iurisdictio* paraît assez ambiguë, en ce sens qu'elle tend ainsi à attribuer le pouvoir de trancher les litiges, de dire le droit<sup>498</sup> et de rendre des décisions à une institution qui, en principe, n'en avait pas reçu compétence au préalable (car le préteur ne juge pas). La différence avec le droit moderne est que « trancher les litiges en disant le droit » est inhérent à la fonction du juge en droit moderne ; tandis que le magistrat du droit romain n'était même pas encore juge pour bénéficier de ce caractère inhérent de la fonction de juger. La confusion est ainsi entretenue à travers des règles selon lesquelles le préteur, à la fois, « ne juge pas » et en même temps tranche les litiges à travers son *iurisdictio*. Telle semble là la réflexion de MOTULSKY sur la loi lorsqu'il disait qu'une loi techniquement trop parfaite serait un monstre ?<sup>499</sup> Au-delà de

<sup>494</sup> J. MOURY, « De quelques aspects de l'évolution de la *iurisdictio* en droit judiciaire privé », *art. cit.*

<sup>495</sup> J.-ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.* p. 12

<sup>496</sup> D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, éd. LGDJ, 1994, p. 1 et s. Encore que *dire le droit* ne semble pas pouvoir se confondre avec « trancher le litige ». Généralement, l'opinion commune voit dans la notion de « *dire le droit* », celle de faire usage, appliquer les dispositions légales en vigueur dans le domaine de l'objet du litige en jeu, le contenu de la loi étant considéré comme le bon sens ayant reçu l'adhésion de tous soit directement ou indirectement à travers les représentants du peuple. Mais le sens de la notion devrait aller plus loin pour signifier « *dire ce qui est* », c'est-à-dire, la vérité réelle et non celle « imposée » par le juge ou une par une « certaine application » faite de la loi. Et voilà de quoi revoir ce que signifie « trancher le litige » qui semble être une paix imposée aux parties et s'entend d'ordinaire « attribuer à chaque partie ce qui lui revient à l'issue du procès ». Mais il faut aussi aller plus loin vers le sens d'une véritable paix sociale qui n'est pas possible sans la logique unanimement admissible et le droit traditionnel africain semble offrir de nombreux atouts évoqués dans la présente étude.

<sup>497</sup> J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Manuel élémentaire de droit romain*. *op. cit.* p. 12.

<sup>498</sup> P. THERY, « Le litige en droit judiciaire privé, petits exercices de procédure élémentaire », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, *op. cit.* p. 860.

<sup>499</sup> H. MOTULSKY, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.* p. 20. L'auteur lançait en effet une invite à l'adaptation de la loi à la mouvante réalité. « Le droit vit, la loi, comme l'institution, est un véritable être. Elle meurt d'asphyxie si elle perd le contact avec la mouvante réalité. Ce qui revient à dire, ou à peu près, qu'une loi techniquement trop parfaite serait un monstre. Et ce n'est pas assurément une boutade. Ne sait-on pas que, presque autant qu'à ses vertus, le Code de Napoléon doit sa magnifique vitalité à quelques heureux défauts, tels, par exemple, que l'absence de rigidité, voire de rigueur dogmatique, un langage dru plutôt que soucieux de conformisme terminologique, des rappels historique souvent pratiquement inutiles mais suggérant la continuité de l'évolution ? A chacun son travail donc, Le législateur peut se borner à traduire en contours fermes les « arêtes vives » des fluctuations du milieu social ». Dans les conditions de mise en œuvre de la loi *Licinienne*, peut-on dire que le préteur joue effectivement le rôle qui est le sien dans le cadre qui lui est délimité par celui qui revient au juge dans la phase à venir ? L'auteur l'a bien souligné lorsqu'il dit « *A chacun son travail* ». Ce n'est qu'une question de logique. Il ne nous semble pas bienséant qu'une légitimité soit fondée sur une loi qui ne respecte pas la logique. Il est vrai, comme l'a souligné M.

l'*aebutia* et la *licinienne*, d'autres règles de procédure favorisent cette prépondérance du droit discuté.

---

WIEDERKEHR, que dans son obligation de soumission à la loi, le juge se soumet indirectement au législateur qui se placerait ainsi au-dessus de tous les pouvoirs. Il peut alors anéantir toute logique en place par son rôle de législateur. Mais il faut qu'il mette en place une nouvelle logique qui adhère mieux à ses réformes. Telle est la compréhension que nous retenons du « coup de gueule » de MOTULSKY.

## Paragraphe 2 : Une prépondérance connue d'autres règles de procédure

**293. L'Afrique et les autres systèmes dans leur tradition.** Au-delà de *l'aebutia* et de la *licinienne* de la Rome antique, l'Afrique traditionnelle dans ses règles coutumières, de même que d'autres systèmes de droit n'ont pas échappé à cette manière de juger. La prépondérance du droit substantiel est marquée dans certaines traditions de l'ancien droit africain (A) et constituent les prémisses de la prééminence de certains systèmes spécifiques (B).

### A. Dans les traditions « éwé », « kamba », « ibo », ... de l'ancien droit africain

**294. Les traditions « éwé » et autres, la prégnance de la chose litigieuse comme condition de recevabilité.** La présence exigée de la chose litigieuse est une condition essentielle de recevabilité (1) bien qu'il existe des circonstances exceptionnelles d'absence tolérée de l'objet de discussion (2).

#### 1. La présence exigée de la chose litigieuse, condition essentielle de recevabilité

**295. Une présence révélée par une légalité essentiellement coutumière.** Dans les règles coutumières des anciennes communautés *éwé*, *kamba*, *ibo*, *yorouba*, *bantou*, le demandeur qui se plaint accusant une personne d'avoir, par exemple, refusé la restitution de son bien (animal de troupeau, collier ou tout meuble) est tenu de la présenter au juge<sup>500</sup>. La présence de la chose objet du litige est ainsi requise pour accueillir favorablement la demande<sup>501</sup>. La preuve du droit substantiel, élément d'examen du bien-fondé, sert ainsi à l'admission de la demande en vue du procès. Évidemment, il va de soi que le rôle de la procédure se trouve être de rejeter une prétention qui n'est pas soutenue par la moindre preuve. Mais l'examiner dès cette étape, au seuil du procès, on pourrait parler d'une "*justice droit au but*". Et cela ne paraît pas mauvais en soi selon les idées de TALBOT<sup>502</sup>. Les juges africains, en effet, ne s'attardent guère sur les théories et principes juridiques. Ils en font certes la base de leur raisonnement, mais sans les abstraire du milieu social et culturel. C'est l'approche

<sup>500</sup> T. E. OLAWALE, *La nature du droit coutumier africain*, Op. cit. p. 261.

<sup>501</sup> C. DUNDAS, *op. cit.*, vol. 45, p. 293 et s.

<sup>502</sup> P. A. TALBOT, *The peoples of Southern Nigeria*, Oxford University Press, Vol. III, London, 1924, p. 619. A travers l'exemple de la procédure appliquée dans le Nigéria du Sud, l'auteur affirmait que le juge indigène moyen dépasse dans sa fonction toutes les espèces où n'intervient aucun élément de sorcellerie ou autre facteur paraissant étrange ; on peut ainsi être certain que les jugements sont rendus avec autant de conscience que dans les juridictions européennes

pragmatique de l'idéal de justice. Certains évoquent la nécessaire rationalité que doit viser les acteurs de la justice au cours du déroulement des procès, d'autant plus qu'en tant que service, le secteur de la justice, en tout contentieux, mobilise des ressources en temps, en personnel et en frais de fonctionnement ; il impose des contraintes parfois très lourdes à la partie adverse<sup>503</sup>. Couper court en connaissance de cause aboutissant effectivement à une décision conséquente qui garantisse la paix sociale peut être unanimement admis. Mais il n'est pas évident de précipiter par là le processus en allant tout de suite au fond et cerner en même temps tous les éléments du procès. Rendre la justice, c'est tout un procédé, et tout le processus y afférent doit pouvoir être suivi pour le bien tant des parties que de la justice en tant qu'institution de la République et même du juge.

**296.** Ainsi compris, de tels systèmes ne manquent pas d'aspects négatifs. Il faut relever pour le déplorer que, dans une telle situation, aucun détail, si petit soit-il n'est négligé tant par le juge<sup>504</sup> que par les parties. La rigueur sur les précisions relatives à la chose objet de litige est si prononcée qu'elle contribue malheureusement à la chicane, surtout chez les *Mkamba*. Ces derniers semblent éprouver une véritable satisfaction à chicaner et ils y consacraient tout ce qu'ils possèdent. Du coup, comme l'a si bien relevé M. DUNDAS, « ... on peut très bien imaginer en effet qu'un procès prolongé produise un différend durable entre les parties, à travers les générations successives ; et qu'un homme avisé respecte toujours ses engagements. C'est ainsi que des compensations sont dues entre les meilleurs amis et les parents les plus intimes, alors qu'on pourrait penser qu'elles n'ont pas lieu d'être exigées dans de telles cas ».

**297. Une difficulté.** Devrait intervenir une véritable difficulté : celle d'avoir une emprise sur la chose objet du litige en vue d'honorer cette exigence de présentation au juge. C'est sans doute pour remédier à cette éventualité qu'il est prévu une alternative en cas d'absence de la chose.

---

<sup>503</sup> L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Coll. *Thémis droit*, 1<sup>re</sup> éd. PUF, Paris, 2010, p. 328.

<sup>504</sup> C. DUNDAS, « Native laws of some Bantu Tribes of Africa ». (Les lois indigènes de certaines tribus Bantous de l'Afrique orientale), in *Journal of Royal Anthropological Institute*, Vol. 51, 1921, pp. 217-278. Il faut dire ici, pour le déplorer, que l'observateur non averti conclut de façon erronée que le droit africain donne à tout un chacun toute latitude pour intervenir dans le procès de façon inconsidérée, sans égard à l'ordre des débats, alors même que les conditions sont si méticuleuses qu'elles favorisent des récupérations négatives au point de conduire à la chicane.

## ***2. L'absence tolérée de l'objet de discussion, une situation exceptionnelle de recevabilité.***

**298. La réalité qui fléchit la règle.** Avec la difficulté certaine de pouvoir appréhender l'objet souvent en possession d'autrui ou indisponible par les circonstances du litige, il est exigé la description de l'objet avec le plus d'exactitude et de précisions possibles<sup>505</sup>. Tel qu'indiqué, il faut y voir, sans que cela ne soit expressément spécifié, une condition de recevabilité. Et plus précisément, cette condition n'est liée ni à la chose jugée, ni au délai d'action, telle l'absence de forclusion ou de prescription requise en droit moderne, encore que cette dernière n'existe même pas dans le droit coutumier africain<sup>506</sup>. Elle est plutôt relative à l'intérêt à agir dans sa conception substantielle<sup>507</sup>. Présenter ou décrire un bien, au-delà de ce que cela permet au juge de s'en faire une idée précise est, en effet, tout aussi une preuve de sa maîtrise et de sa meilleure et parfaite connaissance comme il peut être attendu de tout propriétaire qui y attache de l'importance. L'on peut voir alors, à travers cette importance attachée à ce bien, tout l'intérêt du demandeur à en réclamer la reconnaissance de la propriété en sa faveur. Si cette forte présence de la chose objet du droit discuté semble beaucoup plus liée à l'intérêt à agir dans sa conception substantielle, la chose jugée se trouve tout aussi renforcée car ladite présence contribue au renforcement non seulement de la conviction du juge (ici, du roi, le chef de famille, de la lignée ou le plus ancien selon les cas), mais également celle de l'opinion publique. Cette réalité positive se justifie par la déférence due au Chef ou au roi dans les traditions africaines. Dans ces communautés africaines, le peuple tout entier voit la bonne justice à travers celle que rend le Chef traditionnel ou le roi, et la soumission à leur décision est parfois systématique et considérée comme devant aller de soi, avec une exécution sans complaisance. Il ne s'agit pas d'une soumission aveugle, car chacun se sent véritablement satisfait. On peut y voir une satisfaction sur fond d'adaptation psychologique des mentalités. Mais le fait est, comme l'a dit Lord HEWART, qu'il ne suffit pas que chacun reçoive justice ; il est encore nécessaire que chacun ait pleine conscience de

---

<sup>505</sup> C. DUNDAS, *Idem*

<sup>506</sup> T. E. OLAWALE, *La nature du droit coutumier africain*, op. cit. p. 184. « *La prescription est en effet inconnue du droit africain ; c'est pourquoi les indigènes qui quittent leur pays pour aller travailler dans les villes se considèrent toujours comme propriétaires des terres qu'ils ont laissé derrière eux et qu'ils peuvent les revendiquer à leur retour. Mais il faut reconnaître le fait de laisser à l'abandon une terre pendant une période prolongée et sans raison tenant aux nécessités de l'agriculture entraîne habituellement l'allocation de la terre abandonnée à un autre individu disposé à la faire fructifier, et ce pour des raisons d'ordre essentiellement économique* ».

<sup>507</sup> V. la distinction entre les deux aspects de l'intérêt (l'aspect substantiel et l'aspect procédural) dans l'introduction générale.

recevoir justice. Cette manière de se soumettre au Chef ou au roi contribue ainsi à l'affermissement des effets attachés à la chose jugée au point où aucune partie ne puisse se soustraire au jugement une fois prononcé<sup>508</sup>. Il est à préciser que le recours à l'ancien ou au roi n'était pas une particularité du droit traditionnel et coutumier africain. L'analogie à cette référence à l'ancien ou au roi pour trancher les litiges peut être faite dans la *jurisdictio* du droit romain, le droit de concourir aux *legis actiones*<sup>509</sup> appartenant, à l'époque ancienne, au roi entre les mains duquel étaient concentrés tous les pouvoirs<sup>510</sup>. En même temps, il est souvent déploré le caractère arbitral qui s'est poursuivi un moment dans le Gold Coast (actuel Ghana) même à la Cour suprême du Ghana et dénommé « arbitrage coutumier », mais qui ne sont que préalables dans certaines procédures. Sans pour autant être assimilé à une décision d'un tribunal, à la différence des sentences arbitrales actuelles, celle-ci peut simplement être utilisée par l'une des parties comme élément de défense<sup>511</sup>. Au demeurant, certains systèmes recèlent des prémisses de la prééminence du droit substantiel dans des aspects procéduraux du procès.

## **B. Les prémisses de la prééminence à l'origine de certains systèmes spécifiques**

**299. Des traditions procédurales musulmane et anglaise : entre concentration et évolution.** Les prémisses de cette prééminence semblent induites, d'une part, de la

---

<sup>508</sup> V. KWASI, Larbi et Ors. (1953), AC 164. CF, Note de A.N. ALLOT sous cet arrêt, in *International and Comparative Quarterly*, July 1953, Vol. 2, T. III, p. 466. En réalité, il ne s'agit là que d'une des manifestations de la coutume africaine de soumettre les litiges au Chef de famille ou au plus ancien de la tribu en vue de parvenir à un compromis qui revêt une force obligatoire après leur acceptation avec possibilité donnée à chacune des parties de refuser jusqu'à cet instant.

<sup>509</sup> Il s'agit de la juridiction contentieuse (*Jurisdictio contentiosa*), le droit de concourir à de vrais procès, soit en jugeant soi-même (*judicare*), soit en chargeant quelqu'un de les juger (*judicare jubere* : Digeste, 2, 1, *De jurisd.*, 13, pr., in loi *Rubria*, c. 19-23) qu'il faut distinguer de la juridiction gracieuse (*jurisdictio voluntaria*, *legisactio*) et qui est le droit d'assister à une *legisactio* que les parties accomplissent simplement pour la forme afin d'arriver à un résultat convenu : affranchissement, *in jure cessio*, adoption, émancipation... (Digeste 1, 16 par exemple).

<sup>510</sup> P.- F. GIRARD, *Manuel élémentaire du droit romain*, Rééd. Dalloz présentée par J-P LEVY, Paris 2003, p. 1032-1033. « Il faut en effet attendre l'avènement de la République pour la voir passée entre les mains des consuls investis de tous les pouvoirs civils du roi. Plus tard, en 388, à la suite d'un démembrement d'attributions, les consuls n'ont gardé que la juridiction gracieuse (*jurisdictio voluntaria*) et ont été dépouillés de la juridiction contentieuse, du droit de concourir aux procès proprement dits, au profit d'un magistrat nouveau, le préteur, qui est désormais le chef de la justice civile, l'autorité judiciaire par excellence et à peu près unique ». *Pomponius, Digeste*, I, 2, De O. J., 2, 27. Tite-Live, 6, 42. 7, 1. La juridiction gracieuse maintenue aux consuls (Mommsen, *Droit public*, 3, p. 116) appartient de même à tous les magistrats supérieurs (cf. Mommsen, *Droit public*, 1, p. 217, n. 1), cité par Paul-Frédéric GIRARD.

<sup>511</sup> Voir MENSAH c/ TAKAYIAMPONG, 6W, A.C. A.118, in J. N. MATSON, *The supreme court and the customary judicial process in the Gold Coast*, I.C.L.Q., Janv. 1953, p. 47-59 (Vol. 2.Pt. 1. 5<sup>e</sup> série).



concentration de toutes les procédures par le droit musulman (1) et d'autre part, de la procédure anglaise dans son évolution historique (2).

### ***1. La concentration de toutes les procédures par le droit musulman.***

**300. Une confusion textuelle de règles substantielles et de règles de procédure.** Le droit musulman concentre toutes les procédures en quelque matière que ce soit. La présence, à la fois, de règles de procédure et de règles substantielles est de nature à favoriser l'absorption des premières par les secondes. Dans de telles situations, l'on assiste très souvent à la banalisation de la procédure à suivre. Et c'est la remarque qui a été faite dans le cas de la loi des XII Tables dont le principal objet est de reconnaître certains droits substantiels, en même temps que de donner aux citoyens les moyens de les faire sanctionner en justice<sup>512</sup>. Dans l'évolution historique du droit égyptien à l'avènement de la conquête arabe au début du VII<sup>e</sup> siècle, le droit musulman fut le seul qui concentrait toute les règles de droits substantiels et de procédure applicables à toute sorte de situation<sup>513</sup>. Ainsi, régissait-il à la fois le statut personnel (le mariage, le divorce, les successions, ...) et le droit civil en général, les infractions et leurs sanctions, les relations commerciales et chacune de leurs procédures. Il faudra attendre 1875 pour voir promulguer différents codes pour diverses procédures<sup>514</sup> et, plus encore, c'est en 1955 que le législateur décida de la suppression des juridictions des tribunaux musulmans<sup>515</sup>. Il est vrai que plusieurs auteurs ont déploré le caractère incomplet de cette réforme, puisque la loi de procédure islamique n° 78 de 1931, continuait d'être appliquée. De même une loi n° 126 entrée en vigueur en 1951 avait ajouté un livre IV au code de 1949 contenant les règles de procédure applicable aux matières relatives à l'état des personnes. Cette situation diminuait considérablement les avantages que les citoyens égyptiens espéraient tirer de l'unification des juridictions<sup>516</sup>. Pendant toute la période qui a

---

<sup>512</sup> J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, op. cit. p. 37.

<sup>513</sup> R. SEIF, *Les conflits de juridiction entre les tribunaux mixtes et les tribunaux indigènes*, Thèse, Le Caire, 1938, p. 13 ; A. IBN, *Histoire de la justice islamique*, Le Caire, 1934, pp. 8 et 198.

<sup>514</sup> A. KAMHA et A. EL-SAYYED, *Explication de la loi de procédure musulmane*, Le Caire, 1924, p. 35, n° 39 ; V. aussi R. SEIF, *Manuel de procédure civile et commerciale*, Le Caire, 1965, n° 20 et s.

<sup>515</sup> Y. LYNANT de BELLEFONDS, « La suppression des juridictions de statut personnel en Egypte », in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1956, p. 412. Encore que cette suppression légale n'a pas été complète, en ce sens que malgré cette unification des juridictions opérée par la suppression de ces juridictions, la procédure n'était pas totalement unifiée, la loi de procédure islamique n° 78, 1931, continuait à être appliquée dans une certaine mesure aux matières du statut personnel des égyptiens. Sur ce dernier aspect, V. Cour d'appel du Caire, 2 février 1964, *Bull. Officiel*, année 1962, p. 68, n° 10.

<sup>516</sup> S. ABDELWAHAB, *La procédure du statut personnel des étrangers*, Le Caire, 1957.

précédé cette éclosion d'instruments juridiques, le droit musulman a confondu règles de fond et règles de procédure, tel qu'il avait été le cas en droit romain avec la loi des XII Tables.

**301. L'action en droit musulman, une conception substantielle en dépit de son aspect procédural.** Le droit musulman connaissait la notion d'action sous la dénomination de « *El Daawa* » depuis l'avènement de la justice islamique née avec le second calife OMAR en 634<sup>517</sup>. La doctrine musulmane la traite dans une partie consacrée au droit judiciaire dont un premier livre parle de la justice « *Kitab el-kadaa* » qui concerne l'organisation judiciaire et un autre traitant de l'action « *Kitab el-Daawa* » qui, quant à lui, concerne l'action, l'exception, les preuves, l'instruction, le jugement et les voies d'exécution. Ainsi conçue, l'unicité de la procédure se trouve conservée à travers l'examen par une institution juridictionnelle unique, depuis l'introduction de la demande jusqu'au jugement. Mais ce bloc formé par l'examen de l'existence de l'action, l'exception, les preuves, l'instruction le jugement et les voies d'exécution ne semble pas assez homogène. Il tend à associer des éléments de l'examen du fond du droit à d'autres qui relèvent de pure procédure. Aussi, au-delà de la distinction opérée entre le droit et l'action<sup>518</sup>, c'est le contenu donné à la notion d'action qui paraît trop lié au droit substantiel en discussion. Cette conception musulmane distingue, en effet, à l'intérieur de l'action, des éléments intrinsèques ou constitutifs d'une part, pour lesquels le défaut est sanctionné par l'inexistence même de l'action et des conditions de l'action d'autre part dont le défaut est sanctionné par la nullité ou l'inaudibilité. Mais l'analyse des éléments intrinsèques ou d'existence de l'action permet de distinguer le « *rukhn* » et la « *charte* »<sup>519</sup>. Or, le « *rukhn* » n'est rien d'autre que le droit substantiel lui-même. Pour El ZEILAAI, le « *rukhn* » de l'action est « la réclamation d'une chose en l'état de contestation<sup>520</sup> » et, pour l'expliquer mieux, El-SARAKHSI complétait que

---

<sup>517</sup> M. B. AHMED, *An outline of the system of the administration of justice under the muslims in india between 1206 and 1750*, Thèse, Cambridge, 1938, pp. 1 et s.; A. IBN, « Histoire de la justice islamique », op. cit. 8 et s.

<sup>518</sup> M. ABDEL-KHALEK OMAR, *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, Thèse, Paris, 1965, LGDJ, 1967, p. 10, n° 24. Cette révélation est de la doctrine musulmane : « Les auteurs musulmans ont eu le soin de distinguer entre l'action et le droit. Pour l'action elle-même, ils distinguent entre ses éléments constitutifs et ses conditions. Si l'un des éléments de l'action fait défaut, il n'y a donc pas d'action. Les conditions de l'action sont sanctionnées par une nullité ou une inaudibilité ».

<sup>519</sup> Ch. CARDAHI, « La théorie générale des actions en droit musulman », *Bull. de législation comparée*, 1929, p. 279.

<sup>520</sup> El ZEILAAI, *Commentaire sur le Kanz d'El-Nasfi, Ecrit vers 743, Hégire 1314 après J.-C.* Ed. Le Caire, 1310, Hégire, 1893 après J.-C., T. IV, p. 290 ; V. aussi El-FATAWI El-HINDIYYAH, T. IV, écrit vers 1070, Hégire, 1660 après J.-C. Ed. Le Caire, 1328, H. 1910 après J.-C. p. 1.

« le demandeur dans une action est celui qui veut prouver un droit à l'égard d'un autre ». La confusion est alors évidente entre le droit substantiel et l'action, car l'existence de cette dernière se trouve ainsi subordonnée à la justification d'un droit substantiel précis<sup>521</sup>. Ladite justification est soumise à deux exigences, à savoir : la réclamation d'un droit à l'égard d'un autre et qui s'observe à travers une prétention juridique d'une part, et la présence d'une contestation, une atteinte ou une méconnaissance de ce droit appartenant au demandeur<sup>522</sup>.

**302. Une analyse différenciée du caractère substantiel de l'action en droit musulman par la doctrine.** Le caractère substantiel de l'action en droit musulman vient d'être mis en évidence. Mais certains auteurs trouvent en dépit de cela que ce droit distingue droit et action. Le raisonnement mené pour en arriver à de telle conclusion paraît quand-même étonnant en ce sens qu'il se fonde sur les éléments constitutifs et même intrinsèques de l'action, ce qui est tout à fait logique. Or, les deux éléments constitutifs d'une action en justice au sens du droit musulman sont le « *ruk'n* » et la « *Charte* ». Cette dernière est essentiellement procédurale, car elle regroupe les conditions et les modalités extrinsèques de la réalisation de l'action et, selon les auteurs musulmans, « *ces conditions ne rentrent pas dans la substance même de l'action, mais elles sont indispensables pour que l'action produise des effets juridiques à l'égard du juge et des parties*<sup>523</sup> ». Mais on peut toutefois déplorer la présence de conditions d'existence et d'exercice de l'action, des moyens d'exception de compétence juridictionnelle, des exceptions de nullité de forme et de fond, la loyauté et l'estoppel, avec beaucoup d'autres conditions inconnues en droit moderne dont la « *raisonnabilité* » et la *possibilité* de l'objet de la demande, l'absence du défendeur comme cause d'irrecevabilité, ... .

**303.** Mais le « *ruk'n* » de l'action quant à lui, est « *la réclamation d'une chose en contestation* », c'est ce qui constitue la « *substance* » même de l'action, c'est-à-dire les éléments constitutifs intrinsèques et qui sont indispensables à son existence même. L'existence de l'action est ainsi soumise à la justification d'un droit substantiel méconnu,

---

<sup>521</sup> El-SARAKHSI, « El-Mabsut », écrit vers 438, Hégire, 1047 après J.-C. Ed. Le Caire, 1324, H. 1906, après J.-C., T. XVII.

<sup>522</sup> El ZEILAAI, *Commentaire sur le Kanz d'El-Nasfi*, op. cit. p. 290.

<sup>523</sup> Par exemple, El-FATAWI El-HINDIYYAH, T. IV, p. 1 et s. ; M. Z. El-IBIANI, *Recherches sur la procédure musulmane*, Le Caire, 1924, p. 4 et s. ; Ch. CARDAHI, *La théorie générale des actions en droit musulman*, Bull. de législation comparée, 1929, p. 279 et s.

certains auteurs ont pourtant fait remarquer qu'avoir une action ne signifie pas avoir un droit. Et pour s'en convaincre, El- SARAKHSI écrit : « *Celui qui veut, en l'état de contestation, faire valoir son droit à l'égard d'un autre n'est qu'un demandeur tant qu'il n'a pas encore gagné le procès, après quoi il s'appellera "celui qui a un droit" et non plus "celui qui a une action"* ». Cette affirmation nous paraît assez juste, et c'est d'ailleurs conforme à la logique procédurale. Mais elle paraît contradictoire avec la règle qui impose la justification d'un droit substantiel avant l'existence même de l'action. Dans cette affirmation, en effet, l'action n'est pas subordonnée à la justification d'un droit. De plus, cette affirmation semble lacunaire du point de vue processuel, car elle ne précise pas le statut du demandeur vis-à-vis de l'action. S'il est demandeur avant l'aboutissement du procès, à quelle occasion l'action peut-elle exister sans que le droit sollicité ne soit fondé ? C'est bien parce qu'on a l'action à une étape donnée de la procédure que le juge a pu examiner le fond afin de reconnaître le droit.

**304.** En définitive, la conception de l'action en droit musulman, du point de vue des conditions exigées pour son existence, fait appel au droit substantiel, et, en opérant ainsi, c'est la recevabilité de l'action qui se trouve subordonnée à la justification du droit substantiel. S'il en est ainsi procédé en droit musulman, en ce qui concerne le droit anglais, c'est dans son évolution que s'observe le phénomène.

## ***2. La procédure anglaise dans son évolution historique***

**305. Le legs romain au droit anglais à travers celui de l'Europe occidentale et océanique en général.** Le legs est une évidence quant au droit romain en faveur de la plupart des systèmes de droit<sup>524</sup>. A l'origine, le droit anglais distinguerait l'action du droit. Une formule de BRACTON précisait, parlant de l'ancien droit anglais, qu'il y a autant d'actions que de droits substantiels<sup>525</sup>. Elle paraît révélatrice de cette affirmation selon laquelle il y aurait, en droit anglais, une distinction à l'origine entre l'action et le droit, l'action étant désignée par « *writ* » ou encore « *form of action* » et le droit substantiel par l'expression

---

<sup>524</sup> A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 11<sup>e</sup> éd. Sirey, Paris, 1912, p. 107. « Toutes les *leges barbarorum* n'ont point été rédigées dans la monarchie franque ou dans les pays qui en étaient tributaires. Un groupe important appartient à l'Italie, les *edicta* des Rois Lombards ; d'autres ont été rédigées en Espagne ; d'autres en Angleterre, les lois Anglo-Saxons. (...) Et ce sont elles (...), qui ont le plus d'importance dans l'histoire de notre droit ».

<sup>525</sup> « *Tot erunt formulae brevium quot sunt genera actionum* ».

technique de « *cause of action* »<sup>526</sup>. L'on doit alors éviter de faire des confusions entre la « *cause of action* » et la « *form of action* ». Ce constat doit être examiné sous le prisme de l'histoire et de certaines analyses de la part de la doctrine afin de voir s'il peut être considéré comme exact.

**306.** Au regard de ce qui précède, la distinction de l'action du droit substantiel n'est que théorique depuis l'origine des procédures romaines. Or, l'on est en droit de se demander s'il y a du système de droit qui aurait totalement échappé au bénéfice de l'héritage du droit romain ? A l'image de ce que dit M. Schiavone, « *si nous devons aux Grecs la naissance du « politique », nous devons aux Romains celle du « juridique*<sup>527</sup> », on répondra qu'il n'y en a pas. C'est vrai qu'il avait existé des systèmes de droit plus anciens avec des lois normatives tels que le Code d'*Ur-Nammu* (2100-2050 av. J.-C.)<sup>528</sup>, le Code d'*Hammurabi* de Babylone (1750 av. J.-C.). Mais au-delà de tout, le droit romain se caractérise notoirement par un niveau exceptionnellement élevé de technicité constituant ainsi une science juridique *stricto sensu*, par le rôle d'une classe spécialisée de juristes dénommés jurisconsultes, qui exercent leur science juridique en théorie (enseignement, écriture de traités) et en pratique (expertise, conseil), et par son autonomie relative à l'égard tant de la religion que de la politique. Il est aussi vrai que le droit anglais est le domaine par excellence où apparaît nettement le rôle de la procédure dans la formation et l'élaboration des concepts du droit substantiel<sup>529</sup>. Or, la période de référence de cet état de droit est le Haut Moyen-âge qui coïncide avec le point de départ en France où le fond juridique commun aux deux pays était constitué par le droit germanique, le droit Salique et la loi Ripuaire en France et la loi Anglo-saxonne en Angleterre<sup>530</sup>. Dans ce cadre, évoquant le droit des Barbares, M. CARBASSE relevait qu'il ne s'agissait pas d'anciennes coutumes ethniques que les germains auraient apportées d'au-delà de Rhin et simplement mises par écrit après leur installation dans l'Empire. Nombre d'auteurs minimiseraient la « *barbarité* » des droits germaniques pour en souligner la

---

<sup>526</sup> HALSBURY'S, *Law of England* (le droit anglais), 3<sup>e</sup> éd. Londres, 1952, T. I, p. 6.

<sup>527</sup> A. SCHIAVONE, *L'invenzione del diritto in Occidente* (L'invention du droit en Occident), trad. Geneviève et Jean Bouffartigue, préf. Aldo Schiavone Paris, Belin, coll. « L'Antiquité au présent », 2008, p. 9.

<sup>528</sup> S. KRAMER, *History begins at Sumer* (L'histoire commence à Sumer), « *Two Fragments of Sumerian Laws* », *Assyriological*, 1956, p. 52-55. Le premier exemplaire de ce code fut en effet découvert en deux fragments à Nippur, puis traduit par Samuel Kramer en 1952. L'état partiellement détruit de l'exemplaire ne permit de lire que le prologue ainsi que seulement quelques cinq lois.

<sup>529</sup> M. ABDEL-KHALEK OMAR, *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, Op. cit. p. 22.

<sup>530</sup> J. BAR AMES, *Lectures on Legal History and Miscellaneous Legal Essays*, Cambridge, Mass. 1913, Lect. II, pp. 40-41, Lect. I, p. 34.

« romanisation », par un droit écrit en latin, puis à travers l'intervention de la loi Salique. D'abord soumis à de simples usages oraux, des coutumes ancestrales, avec un système de vengeance privée, ils ne se seraient civilisés qu'une fois au contact de la romanité<sup>531</sup>. C'est ce qui aboutira plus tard au *Code d'Éuric* qui combinait traditions germaniques, droit romain et influence chrétienne. Dans une telle situation, plusieurs éléments témoignent indiquent que face au droit substantiel, la procédure est reléguée au second plan : le fait de sortir fraîchement de la vengeance privée qui se faisait pratiquement sans procédure, l'unicité de texte de loi qui réunit et droit substantiel et droit sanctionnateur d'une part, la procédure pénale et la procédure civile d'autre part. De plus, il faut rappeler que la loi Salique évoquée par les auteurs pour le compte de l'histoire de la procédure anglaise est, pour l'essentiel, un code pénal, fondé sur le principe des *compositions pécuniaires*. M. CARBASSE parle d'un droit pénal de nature privatiste où l'indemnisation l'emporte sur l'action publique. Cette loi n'est en réalité qu'une liste d'infractions (atteintes aux biens et aux personnes) avec, à chaque fois, l'indemnisation correspondante<sup>532</sup>. Ce progrès résulte non seulement de l'influence romaine, mais il est conforté aussi par les conceptions chrétiennes. C'est ainsi que les deux courants étaient venus influencer ensuite les premiers codes écrits : le droit canonique, via l'évangélisation (conversion religieuse), et le droit romain, par l'acculturation. La synthèse amène les bases du droit des États européens.

**307. Le legs spécifique au droit anglais.** Le legs du droit romain à l'Europe occidentale et océanique en général et au droit anglais en particulier est considérable et date des premiers siècles de l'ère chrétienne. Sa richesse est devenue plus perceptible au fil des années avec l'ampleur du rôle du préteur depuis environ 200 siècles avant Jésus-Christ. La création de nouveaux droits dits prétoriens et qui se manifeste par la délivrance aux plaideurs de nouvelles formules est considérée comme une solution aux besoins de la vie juridique et une nécessaire utilité à la pratique du droit. Ces formules dont la liste est contenue dans l'édit du préteur visent des solutions concrètes et précises. C'est justement cet aspect que l'on

---

<sup>531</sup> J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, op. cit. p. 97.

<sup>532</sup> Par exemple, le *wergeld* ou « prix de l'homme » est l'homicide est à 200 sous d'or pour un franc ordinaire et à 100 sous d'or pour un romain, un franc placé sous protection du roi valant 600 sous d'or et le romain « convive du roi » en vaut 300. Il en est de même pour les blessés, la loi Salique, en son titre XXXII, prévoit, pour une main coupée mais pendante, un dédommagement de 2500 deniers (art. 1<sup>er</sup>), 4000 deniers si elle est complètement séparée du bras (art. 2), ... Dans ces conditions, on n'a presque pas besoin d'un juge arbitre pour se faire rendre justice, sauf en cas de contestation. Mais la loi est suffisamment claire pour éviter des difficultés ; elle était complétée au fur et à mesure que l'évolution de la société fait découvrir des situations nouvelles.

rapproche très souvent du droit anglais. Ce processus prétorien d'élaboration du droit romain semble en effet avoir été la source principale de ce que seront quelques siècles plus tard (autour des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles) les débuts de la *Common Law* dont la base est constituée par un stock de formules d'action, les *writs*, délivrées à la demande des plaideurs par le roi ou son chancelier. Des demandes concrètes de justiciables conduisent à la création de nouvelles possibilités d'action. Comme dans le cas de la procédure formulaire du droit romain, le *writ* était adressé au juge pour lui indiquer dans quel cadre et en considération de quoi il devrait juger l'affaire. Tel est l'un des aspects les plus importants de l'héritage du droit romain dans le droit anglais. De ce fait, l'influence du droit substantiel dans l'appréciation de l'action ne paraît pas lui avoir échappé. La seule différence importante que l'on peut relever entre les deux systèmes se situe au niveau du système du précédent, inconnu du droit romain, mais qui lie le juge anglais : droit essentiellement jurisprudentiel, un « *judge made law* » (juge crée le droit) qui, contrairement à M. CARBASSE qui y trouve une différence par rapport au droit romain, se rapproche singulièrement de celui-ci à travers son rôle de créateur de nouveaux droits. Si le préteur analyse l'adéquation entre l'action du demandeur et la loi (Les XII Tables lors des actions de la loi par exemple), et en cas d'inadéquation, crée une nouvelle formule, le juge anglais quant à lui, se réfère beaucoup plus à sa jurisprudence (le précédent) et, en cas d'inexistence de précédent, crée une nouvelle action. Le mécanisme procédural est le même des deux côtés, même si le référent diffère.

**308. Une analyse qui aboutit au même résultat qu'une certaine doctrine.** Notre précédente analyse montre bien l'influence de l'ancien droit romain sur le droit anglais et, par voie de conséquence, la prééminence du droit substantiel dans la procédure. Cette analyse concorde avec celle de certains auteurs dont BUCKLAND et Mc NAIR qui aboutissent, après leurs analyses sur le legs important du droit romain au droit anglais, à la conclusion que c'est le droit substantiel et non la forme d'action qui compte vraiment<sup>533</sup>. Ces auteurs mettent en effet dos à dos BRACON et MAITLAND qui, par diverses analyses effectuées sur le droit anglais et le droit romain aboutissent à des conclusions divergentes, presque opposées. Avec BRACON, la formule d'inspiration byzantine « *Toterunt formulae brevium quot sunt genera actionum* » montre la distinction entre la « *form of action* » qui est l'action et la « *cause of action* » qui est le droit substantiel. Mais, selon MAITLAND, la

---

<sup>533</sup> BUCKLAND et Mc NAIR, *Roman Law and Common Law*, Oxford, 2<sup>e</sup> éd. 1952, pp. 409.

formule de BRACTON serait inexacte. Il montre qu'en dépit de son caractère libéral, le *writ system* était devenu très rigide et la preuve d'une atteinte subie d'une part et celle d'y remédier par une certaine action d'autre part était des exigences qui faisaient échec à l'accès aux tribunaux du roi. Pour contenir de telles atteintes fréquentes à l'accès au droit, il a été établi, aux côtés des règles de la Common Law, celles de l'*Equity*<sup>534</sup>. Ce constat est assez proche de l'institution de la procédure formulaire pour remédier à la rigidité des actions de la loi en droit romain. Mais l'auteur revient aux relations entre la procédure et le fond du droit pour conclure que, par ce biais de l'introduction de l'*Equity*, la forme commençait à prendre le pas sur le fond du droit substantiel. Et, pour tempérer le débat, essaie de se rapprocher de BRACTON par la conclusion qu'il faudra renverser sa formule en disant plutôt : « *Toterunt actiones quot sunt formulae brevium* » (Il y a autant de droit substantiels que d'actions). La différence entre les conclusions des deux auteurs n'est pas très grande. Mais celle à laquelle parvient BUCKLAND et Mc NAIR conforte la nôtre qui est la prépondérance du droit substantiel dans l'appréciation de l'action qui se révèle également dans les anciennes pratiques procédurales.

## ***SECTION 2 : Les origines décelées des anciennes pratiques procédurales***

**309. Liaisons entre faits et droits, règles et droits.** Pour mieux comprendre le phénomène de prééminence du droit substantiel dans les anciennes pratiques, il paraît nécessaire de rappeler la distinction entre la chose litigieuse et la cause du litige. La première s'identifie en pratique à la prétention même et, d'ailleurs, la nature de la prétention varie selon les procès. Le demandeur peut prétendre à des dommages et intérêts, à la revendication d'une chose ou à la paternité d'un enfant. L'objet du litige est ici la reconnaissance d'un droit sur une chose ou sur une personne. Sa stabilité participe de la règle de l'immutabilité du litige<sup>535</sup>. Mais il n'est pas logique de réclamer une chose sans cause. La cause est nécessaire même si elle n'est actuellement l'objet d'aucune disposition d'ensemble par le Code de procédure civile. Selon

---

<sup>534</sup> H. G. HANBURY, *Modern equity*, 8<sup>e</sup>éd. Londres, 1962.

<sup>535</sup> Art. 5, CPC. « *Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement ce qui est demandé* ». Il est donc prisonnier de l'objet du litige en ce qu'il ne peut statuer ni *infra petita* ni *ultra petita*.

De la même manière, et du côté des parties, il n'est possible pour ces dernières de faire des demandes supplémentaires que dès lors qu'elles se rattachent aux prétentions antérieurement exprimées par un lien suffisant.



les auteurs, la cause se trouve soit dans les prévisions légales<sup>536</sup>, soit dans les circonstances de fait qui justifient le droit allégué<sup>537</sup>.

**310.** Au demeurant, dans la répartition des tâches entre les parties et le juge, une partie qui allègue des faits cite souvent en appui la règle de droit à même de fonder sa prétention. Dans le même temps, le juge peut procéder à la requalification des faits allégués par les parties. Cela signifie que les parties ont le pouvoir de lier le juge par leur qualification. La cause peut donc se constituer par l'ensemble des faits juridiquement qualifiés en vue de fonder le droit substantiel déductible : c'est le lien entre faits, règle de droit et droit substantiel.

**311. Faits, règles et droits dans les pratiques anciennes.** Dans les anciennes pratiques, les origines de la prééminence sont induites, non seulement des faits et les règles, mais aussi et surtout de la chose litigieuse dans la procédure (**paragraphe 1<sup>er</sup>**) et de la personne humaine, objet du litige au seuil du procès (**paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1<sup>er</sup> : La chose litigieuse dans la procédure**

**312. La chose objet du litige.** La chose litigieuse n'est autre que l'objet du litige. Elle a une importance capitale dans les pratiques procédurales de Rome, notamment dans celle du *sacramentum* (de par son caractère sacré) fait de promesses de l'un à l'autre plaideur. La chose s'appréciera ici au regard du *sacramentum* de l'ancien droit romain (**A**) et de l'influence probable des éléments de différenciation (**B**).

#### **A. Le sacramentum de l'ancien droit romain**

**313.** La présence d'éléments substantiels (**1**) et l'exigence de justification de la cause (**2**) sont les manifestations du *sacramentum* dans l'ancien droit.

##### ***1. La présence d'éléments substantiels dans le sacramentum in rem***

---

<sup>536</sup> Par exemple, lorsqu'on intente une action pour obtenir des dommages et intérêts il y a lieu de se fonder sur une règle de droit.

<sup>537</sup> V. entre autres l'art. 6 du Code de procédure civile qui explique bien que les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à fonder leurs prétentions. Dans le cas d'une action en résolution de contrat par exemple, on fonde sa prétention sur le fait que l'autre contractant a eu un comportement abusif et la cause se trouve dans les éléments qui matérialisent ce comportement abusif.

**314. Un formalisme essentiellement lié au fond du droit.** Dans la phase *in iure* du *sacramentum in rem* (l'actuelle action en revendication qui a pour objet la sanction de la propriété), la prééminence du droit substantiel s'observe sans difficulté et il n'y a pas à chercher loin pour le révéler. En pratique, la procédure du *sacramentum in rem* se présente en effet sous la forme d'un pari portant sur le droit litigieux et dont l'enjeu est une somme d'argent à verser au profit de l'État. Elle est un formalisme limité à des formules qui n'existent que pour porter des matières substantielles ou le droit en discussion, sur fond de cérémonial complexe et de rites archaïques : affirmations de droits, amendes versées à l'avance, promesse portant sur des sommes d'argent et des garanties de caution (*praedes sacramenti*). Il est vrai que ce processus se manifeste par des actes tant des parties que des organes juridictionnels examinés, non d'après leur succession extérieure, mais plutôt d'après leur objet, l'activité des parties amenant ainsi à la production des preuves<sup>538</sup>, le magistrat quant à lui, devant prendre une décision de simple octroi de juge en ayant déjà à cette étape toute la preuve du droit. Cette présence d'éléments de preuve au seuil du procès se manifeste également par la nécessité pour le demandeur de se conformer à un des rituels formalistes reconnus en pratique à travers les usages répétés des formules<sup>539</sup>. Ainsi, faut-il, en cas de revendication de la propriété d'un esclave, apporter sur soi l'esclave au tribunal tout en affirmant que celui-ci est sien<sup>540</sup>. La formule « *Meum esse ex jure quiritium* » doit être prononcée pour se voir reconnaître un droit de propriété. « *Aio te mihi dare oportere ex sponsione* » est celle adaptée à la réclamation d'une créance fondée sur une « *sponsio* », entendue comme une promesse solennelle du débiteur : *je dis que tu dois telle somme en vertu de la « sponsio »*. Chaque prétention doit ainsi pouvoir être coulée dans l'une des formules admises par la pratique. A la suite du respect de cette exigence procédurale, il faut encore que le préteur accepte de déclarer l'action recevable par l'acte d'octroi d'un juge pour examiner les faits et rendre une décision. Bien sûr que c'est la procédure ; une procédure

---

<sup>538</sup> V. par exemple, H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Rééd de Dalloz, Préf. Serge GUINCHARD, p. 23. On s'aperçoit ainsi que quoi qu'il en soit, toute activité du prétoire concourt à la manifestation de la vérité. Dans cet objectif, les actes produits par les parties au procès sont prévus soit pour éclairer des éléments de preuve, soit pour renforcer ou combattre la prétention de l'adversaire ou la conviction du juge. Ces actes, examinés selon leur objet, le droit substantiel n'est pas ainsi très loin dès lors que les éléments de preuve sont exhibés déjà à ce stade.

<sup>539</sup> M. VILLEY, *Le droit romain*, Quadrige, PUF, Que sais-je ? Paris, 2012, pp. 14, 28 et s.

<sup>540</sup> GAIUS (IV, 16), *Aiohunc hominem meum esse ex jure quiritium*, « Je dis que cet esclave est mien, en vertu du droit quiritaire »

parmi les cinq prévues par le droit alors en vigueur : les « *legis actiones* »<sup>541</sup>. La conception romaine de la procédure diffère-t-elle de celle connue aujourd'hui en droit moderne au point de ne porter que sur des éléments de fond en dépit du préalable de l'étape *in iure* séparée de l'« *apud iudicem* » d'une part et de celle de la recevabilité, distincte de l'examen du fond d'autre part ?

### **315. La conception romaine de la notion de procédure en est-il pour quelque chose ?**

Les romains désignaient la procédure par l'expression « *ius actionum* » qui signifie littéralement « le droit des actions ». Il s'agit de l'ensemble des règles que tout justiciable doit observer pour agir en justice à quelque titre que ce soit, demandeur ou défendeur. On parlait même d'une « action double » en ce sens que les justiciables sont tous deux demandeurs car ils revendiquent tous la propriété sur la chose, se battent à le prouver par le procès, avec même la possibilité que ni l'un ni l'autre n'y parviennent. La procédure ainsi conçue, comme en droit moderne, est l'ensemble des règles de forme à suivre pour faire reconnaître son droit sur la base d'un jugement et de le faire exécuter par la suite<sup>542</sup>. Sa conception dans la Rome antique n'est donc pas différente de celle d'aujourd'hui, bien qu'elle ne fût pas instituée seulement par des règles écrites. Il semble que la loi des XII Tables est la seule crédible sur laquelle on peut insister. Mais, dans le même temps, la longue période qui l'a précédée est la première dans laquelle on rencontre une source de droit autre que la coutume<sup>543</sup>, le *jus non scriptum*. Des lois écrites, « *lex* » ou « *jus scripta* » qui prenaient en compte aussi bien des textes formels que *ut universi*, toutes des règles émises par les autorités qualifiées (tels les règlements) et autres règles assimilées (principes généraux du Droit, coutume ...). Elles donnaient l'allure des différentes procédures, au-delà de leur structure trop englobante, c'est-à-dire moins détaillée. On peut citer par exemple les lois centuriates (de *centuria* qui est une unité politique, administrative et militaire formée, à l'origine de la Rome antique, de cent citoyens et ayant souvent à sa tête un officier commandant appelé Centurion)<sup>544</sup>, la loi *Valeria Horatia de provocatione*, ... ont contribué à la codification des XII Tables. En dehors des quelques confusions relevées dans les

---

<sup>541</sup> Gaius (4 ; 11). Outre la *pignoriscapio* et la *manusiniectio qui son des voies d'exécution*, les trois autres à savoir : la *iudicis arbitrivepostulatio*, la *condictio* et le *sacramentum* sont de véritables procédures judiciaires.

<sup>542</sup> J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit. p. 13.

<sup>543</sup> P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire du droit romain*, op. cit. p. 27.

<sup>544</sup> P. KRUEGER, *Histoire des sources du droit romain*, op. cit. p. 9 ; V. surtout DENYS, 4, 10. 13. 25. 43. 5, 2.

dispositions légales, c'est plutôt par la pratique que la procédure *in iure* a semblé subir des transformations, des élargissements de compétence opérées par rois, pontifes, consuls et magistrats au fil des siècles. Cette accommodation progressivement établie pourrait être l'une des causes du rapprochement observé aujourd'hui entre les deux réalités (romaine et contemporaine), mettant ainsi à nu la nécessité de distinguer les éléments de pure procédure de ceux qui sont relatifs au fond du droit. C'est ainsi qu'on observe une certaine anticipation de l'examen au fond dans la procédure du *sacramentum in rem*, la décision du juge ne porte pas directement sur la propriété de l'objet en discussion. C'est le droit substantiel qui se trouve ainsi attribué en dépit de ce que les parties sont, à cette étape, dans une situation incertaine où la procédure, une fois devant le magistrat, s'apparente à celle de la *relativité de la propriété romaine*<sup>545</sup>.

## **2. L'exigence de la justification de la cause du droit dans le *sacramentum in personam*.**

### **316. Le passage obligé par le bien fondé du droit à travers l'examen de la cause.**

L'exigence de la légitimité de l'intérêt à agir, source en droit moderne de la prééminence d'éléments du fond du droit dans l'examen de la recevabilité de la demande, semble avoir une origine historique en droit romain. Le *sacramentum in personam* (qui sanctionnait les obligations de créance, connues aujourd'hui sous la dénomination de « *droit personnel* ») n'avait pas échappé aux subtilités qui conduisent à la prédominance du fond du droit dans la phase *in iure*. La procédure *in iure*, en dépit de son objet qui n'a rien à voir avec le jugement proprement dit, fait appel à des exigences procédurales qui sont liées au fond même du droit substantiel en discussion. Parmi ces éléments, figure en bonne place, dans la procédure *in iure*, la « *causa* ». En dépit des controverses concernant l'indication ou non de la cause du droit par le demandeur, il résulte de l'analyse de plusieurs documents importants relatifs au droit romain qu'il est fait recours à cette exigence<sup>546</sup>. Ainsi, le demandeur devait-il affirmer

---

<sup>545</sup> S. M. KASER, *la propriété et la possession dans le plus ancien droit romain*, éd. 1956. Avec des prétentions tout aussi valables de plusieurs personnes sur la même chose, le juge pourra attribuer la propriété, non point à celle qui, par des démonstrations procédurales, arriverait à convaincre les juges, mais plutôt à celle qui semblerait avoir plus de droits ou un meilleur droit. Cette dernière est qualifiée de mieux fondée. Cette procédure consiste ainsi à avoir des droits pour avoir le droit ; en quelque sorte, il faut être capable de montrer que l'on a beaucoup plus de « petits droits » pour se voir reconnaître la titularité du « grand droit ». Max KASER oppose cette propriété relative à celle absolue qui est celle qui peut être invoquée *erga omnes* (contre tous). Elle est fondée sur le principe selon lequel on est propriétaire ou l'on ne l'est pas ; et pour une chose donnée, il ne peut y avoir qu'un et un seul propriétaire, sauf cas de copropriété indivise.

<sup>546</sup> V. *Valerius Probus*, 4, 1, dans la formule d'Action de la loi : *Aio te mihidareoportere* ; Aussi, BARON, *Conditionen*, 1881, p. 190 ; voir cependant PERNICE, *Labeo*, 3, 1, p. 226, n° 2.

solennellement sa créance par l'indication de la cause de celle-ci. Et voilà qui doit déterminer la liaison ou non du procès. C'est en effet à la suite de cette indication que le défendeur devait répondre par une contestation (la négation solennelle du droit) et c'est là qu'intervient la provocation au *sacramentum* du demandeur, puis celle du défendeur pour le versement ou la promesse de celui-ci en vue de la désignation du juge. La cause, avec sa correspondante anglo-saxonne « *consideration* », est beaucoup plus connue en droit des obligations et, plus spécifiquement, en droit des contrats. Elle est l'une des conditions essentielles de validité des conventions déterminées par l'article 1128 du Code civil. Mais son utilité dans une procédure judiciaire ne semble pas toujours évidente, vu l'importance de ses attaches avec le droit matériel. Dans les actions personnelles en effet, ce sont les créances ou les obligations non exécutées qui sont la plupart du temps en jeu et il faut bien qu'elles soient fondées sur des bases valides pour être réclamées en justice. C'est bien l'examen de cette validité qui passe par celui de la cause.

**317. Une question afin de mieux comprendre.** La question qui se pose ici est de savoir s'il est possible d'examiner la cause du droit litigieux sans aller au fond ? Examiner la cause revient pour l'essentiel à l'examiner dans son existence ou sa licéité. La cause est l'obligation envisagée par chaque partie comme devant être effectivement exécutée de l'autre partie. Cette conception est restée depuis le droit romain jusqu'au droit moderne. Ainsi, la cause fait-elle défaut lorsque l'une des parties n'a pas exécuté sa part d'obligation qui lui revient d'après le contrat<sup>547</sup>. La preuve de son inexistence ou de son défaut en cours d'exécution du contrat est source de légitimité de l'action personnelle, ouverte à l'autre partie qui est en règle vis-à-vis du contenu dudit contrat et celle-ci est à la charge de celui qui l'invoque. Elle se fait par tous moyens<sup>548</sup>. De plus, la cause est si importante que, déclarée fautive ou illicite, elle anéantit toutes les obligations au point qu'il incombe au bénéficiaire de prouver que sa créance repose sur une autre cause licite sous peine de succomber dans ses

---

<sup>547</sup> V. Civ. 30 déc. 1941 : DA 1942. 98.

<sup>548</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 juin 2008 : *D. 2008, AJ. 1827*, obs. DELPECH ; aussi, *D. 2008, Chron.*, Cass. 2363, n° 5, Obs. CRETON ; sur les moyens de prouver la cause illicite, V. Civ. 1<sup>re</sup>, 4juill. 1995 : *JCP N° 1996, II, 152*. Il a été retenu par la cour de cassation que la preuve de la fausseté de la cause exprimée à l'acte doit être administrée par écrit en ce qui concerne les rapports entre les parties, dans les conditions de l'article 1341 du code civil (nécessité d'un acte passé devant notaires ou sous signature privée de toutes choses excédent un certain montant). V. pour cet aspect, Com. 14 mars 2006 : *Bull. civ. IV, n° 66* ; aussi, *D. 2006, IR, 948* ; Cependant, Com. 12 oct. 1982 : *Bull. IV, 306* pour l'admission de la preuve par tout moyen en matière d'inexistence de la cause d'un bon de caisse ; De même, Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juill. 1995 préc.

prétentions<sup>549</sup>. L'action personnelle en recouvrement de créance se trouve ainsi subordonnée à la justification de son origine, ce qui aboutit pratiquement au règlement définitif du litige puisqu'elle se fera par des éléments de preuve qui fonde la créance.

**318. L'analyse de la *causa* du droit romain.** La doctrine grecque des V<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> siècles avant J.-C. coïncide quelque peu avec l'avènement des XII Tables intervenues au cours de la période où prévalait l'ancien droit. Or, d'après Tite-Live, il y avait une importante relation entre Rome et Athènes en matière de législation et, surtout, le processus d'élaboration de la loi des XII Tables serait l'une des premières influences grecques sur l'œuvre historique que constitue le droit romain<sup>550</sup>. On peut alors se livrer à des conjectures en considérant que les réflexions d'Aristote<sup>551</sup> dont la classification de la notion de cause est admise par la doctrine moderne, ont conditionné celle de Rome. Il apparaît dans certaines œuvres que le philosophe distingue la cause efficiente de la cause finale. Aristote définit en effet la cause efficiente comme le fait générateur d'un effet<sup>552</sup>, un phénomène qui en engendre un autre<sup>553</sup>; la cause finale, quant à elle, est l'incarnation de l'idée d'un objectif à atteindre, le but en vue duquel s'accomplit une action. Telle la cause constitue l'obligation envisagée par chaque partie comme devant être effectivement exécutée de l'autre partie, je contracte parce que j'espère, je compte atteindre un but dont j'ai la maîtrise. Cette distinction semble avoir prévalu dans le droit romain d'abord, sous la forme du premier aspect, celui de la cause efficiente, la « *causa* » étant présentée comme la formalité « *verba* » ou l'accomplissement du *factum* qui permet la constitution des contrats. Mais la cause finale avait pris le dessus par un revirement

---

<sup>549</sup> D. 1989. Somm. 230. Obs. Aubert; Aussi, Civ. 1<sup>re</sup>, 20 déc. 1988 : D. 1990. 241, note Marguénaud; De même, RTD civ. 1989. 300, obs. Mestre; également, civ. 1<sup>re</sup>, 7 avr. 1992; Bull. civ. I, n° 115.

<sup>550</sup> M. VILLEY, *Le droit romain*, op. cit. p. 16. Même l'élaboration des XII Tables a pris par là, et avant ce moment, le lien était déjà séculaire. L'auteur précisait que « peu de temps après l'établissement de la République, ... les romains auraient décidé de constituer un corps de lois écrites. (...) Rome aurait voulu suivre l'exemple des cités grecques qui possédaient leurs lois écrites, Athènes celle de Solon, Sparte, celles de Lycurgue; de même les villes de la grande Grèce, de la Sicile colonisée par les Hellènes, et si proche de Rome. ».

<sup>551</sup> M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, Tome VI, « Obligation », Première partie, LGDJ, Paris 1930, pp. 348- 349, n° 252. Comme l'a relevé M. J. DJOGBENOU dans son article intitulé « la cause dans les contrats fondés sur les actes uniformes de l'OHADA », *depuis plusieurs siècles déjà, les philosophes ont tenté de systématiser les différents sens auxquels se rapporte la notion de cause. Aristote distingue par exemple la cause formelle de la cause matérielle, la cause efficiente de la cause finale. Pour Saint Thomas d'AQUIN, la cause peut être directe ou indirecte, univoque ou équivoque* »; V. aussi Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Défrénois, 3<sup>e</sup> éd. Paris, 2007, p. 312, n° 606.

<sup>552</sup> J. ROCHFELD, in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, tome 3, Paris, 2006, V° « cause », n° 7.

<sup>553</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE; *Droit civil, les obligations*, Dalloz, Précis, 9<sup>e</sup> éd. Paris, 2005, p. 343, n° 332.

opéré par le droit canonique car la licéité des motivations, produit de l'accomplissement d'un devoir de conscience avait été considérée comme essentielle<sup>554</sup>. Ainsi comprise, la conception de la *causa* de l'ancien droit romain n'a pas tellement varié dans son évolution, surtout, dans son objectif, celui de déterminer la source du droit en discussion. Il est possible que la conception de la « *causa* » du droit romain ne soit pas la même en droit moderne.

## B. L'influence probable des éléments de différenciation

**319. L'imbroglia avec la procédure du préteur qui, en principe, ne juge pas.** L'influence du fond du droit s'apprécie dans le fait pour le magistrat de faire appel à des éléments de preuve pour prendre des décisions qui ne sont pas loin d'être de véritables jugements au fond, ce qui nous conduit à analyser le rattachement de la procédure de *in jure* et celle de *l'apud iudicem* (1) et le confinement de toutes les exceptions dans la procédure *in jure* (2).

### 1. Le constat du rattachement de la procédure de *in iure* de celle de *l'apud iudicem*

**320. Le paradoxe de l'unité dans la conception romaine de la notion de procédure.** La conception romaine de la procédure n'a pas beaucoup évolué. Elle conserve depuis lors et encore aujourd'hui cette unité qui part des formes exigées depuis l'introduction de l'action jusqu'à l'exécution de la décision du juge, ce qui devrait contribuer à une unicité dans la pratique, un seul bloc de la procédure, de l'action à l'exécution de la décision du juge ou tout au moins au jugement et, également, à l'unicité de la juridiction, de sorte que le juge de la recevabilité soit celui du jugement au fond, tel qu'il est aujourd'hui en droit moderne. Ce n'est pourtant pas ce qui a été la pratique romaine en matière de procédure et c'est là que réside tout le paradoxe. Définissant la procédure, GLASSON et TISSIER se réfèrent en effet à tout le procès, de l'introduction de l'action jusqu'à l'exécution même du jugement. Elle est, précisent-ils « *l'ensemble des règles établies pour l'exercice des actions, l'introduction et le jugement des procès, l'exécution forcée des jugements et autres titres exécutoires. Elle est le chemin par lequel on arrive à la justice, à la reconnaissance et à la réalisation des droits*<sup>555</sup> ». Il y a matière à ce que cette définition rejoigne la conception romaine de la notion

---

<sup>554</sup> J. DJOGBENOU, « La cause dans les contrats conclus sur le fondement des Actes uniformes de l'OHADA », in *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, n° 20 et 21, Penant, n°867, Avril-juin 2009, p. 58.

<sup>555</sup> E. GLASSON et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de la procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd. T1, Recueil Sirey, Paris, 1925, p. 1 et 3.

de procédure sus indiquée si l'on prend la mesure de tout le dédain qu'avaient les juristes face à la procédure et ceci, jusqu'à un passé relativement récent<sup>556</sup>. M. VIZIOZ y voyait d'abord l'art de conduire le procès, voire du formalisme judiciaire<sup>557</sup>, ce qui consisterait à l'emploi des formules dans leur sens exact et de leur usage judiciaire. Cette conception tend vers le rigorisme excessif reproché à la procédure romaine où les formules devaient être employées, non seulement dans leur sens adéquat, mais aussi et surtout dans les formes et expressions exactes, précises et identiques à ce qui est libellé par les textes ayant prévu une telle action<sup>558</sup>, tels les pontifes avaient la maîtrise de la procédure, dans la mesure où ils détenaient les formules précises que les plaideurs devaient prononcer, à peine de nullité, pour intenter un procès ou même pour conclure un acte juridique<sup>559</sup>. Mais le scepticisme autour de la notion de procédure n'a pas empêché la cristallisation des multiples efforts de conceptualisation menés par la doctrine.

**321.** Aussi, si les lois de procédure fixent les règles suivant lesquelles l'on parvient aux jugements et à leur exécution, celles régissant l'organisation judiciaire et les compétences déterminent les attributions et le fonctionnement des tribunaux. On voit bien à travers toutes ces définitions une constante : l'unicité procédurale à travers celle de juridiction, d'autorité judiciaire (en dépit de la collégialité des juges) pour une même affaire, depuis son introduction jusqu'au jugement. C'est au niveau des règles d'organisation et de compétence que transparaissent les spécificités de la procédure romaine par rapport au système moderne.

---

<sup>556</sup> V. A. TISSIER, *Le rôle social et économique des règles de la procédure civile*, 1911, pp. 105-108. L'auteur précise que beaucoup de ceux que le hasard de la carrière y envoie n'attendent que l'occasion de les abandonner pour d'autres qu'ils estiment, par suite d'un préjugé traditionnel, avoir plus d'importance, et qui paraissent entourées d'un prestige plus grand. On sait d'ailleurs que notre littérature juridique n'est pas bien riche dans ce domaine de la procédure civile ; nous n'avons, en France, aucune revue sérieuse des questions de procédure et les études doctrinales un peu poussées sont ici peu nombreuses ». Il en est de même pour PIGEAU dans son ouvrage intitulé *Procédure civile des tribunaux de France* publié en 1811, t. I, discours sur l'étude de la procédure, p. V ; THOMINES-DESMAZURES, *Commentaire sur le code de procédure civile*, 1882, t. I, pp. 1-2 ; V. aussi JAPIOT, in *RTD civ.* 1914, p. 524. Il évoquait en particulier le défaut d'intérêt dont souffrait la science qu'il qualifie d'« un peu démodée » de la procédure ; A ceux-ci, on peut ajouter les écrits de BOITARD, *Leçon de procédure civile*, 12<sup>e</sup> éd. COLMET-DAAGE, 1876, pp 1-2 ; P. BONCENNE et O. BOURBEAU, *Théorie de la procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd. 1837, t. I, p. 27.

<sup>557</sup> H. VIZIOZ, *Études de procédure*, op. cit. pp. 6-7.

<sup>558</sup> Cette conception qui n'a pas été admise par la doctrine française a d'ailleurs été abandonnée par la suite dans l'analyse de Vizioz qui y trouve un intérêt exclusivement pratique, inadapté aux juristes. Or, le prétoire n'est pas l'apanage des seuls juristes. Comme il est précisé aux l'article 2 du CPC et 3 du CPCSSAC en effet, « *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* », il est tout aussi essentiel que les règles de procédure, comme tout texte d'importance, connaisse une vulgarisation au sein des populations.

<sup>559</sup> J.-M. CARBASSE, *Manuel d'Introduction historique au droit*, op. cit. p. 36.



En droit moderne, le juge de l'examen de la recevabilité de l'action ou de la demande est le même qui juge au fond ; il y a là une conformité au caractère unique de la procédure. Ainsi, saisi d'un recours ou d'une action<sup>560</sup>, le juge intervient-il pour dire le droit et, éventuellement, pour ordonner des mesures tendant à assurer le respect du droit. Mais la procédure romaine est caractérisée par sa séparation en deux phases : d'une part, la phase *in iure*, consacrée à la recevabilité de l'action, à l'octroi d'un juge et à l'organisation du procès et d'autre part, celle *apud iudicem* prévue pour le jugement proprement dit au fond à travers les débats, l'administration des moyens de preuve. A cette séparation s'associe un corollaire non moins important, à savoir que chacune de ces deux institutions est administrée par une autorité judiciaire distincte qui l'anime, en principe, indépendamment de l'autre : d'un côté, le magistrat (rôle successivement joué par les Rois, les Pontifes, les Consules et surtout par les plus connus que sont les préteurs) qui intervient dans la phase *in iure* et qui n'est pas compétent pour juger le fond du droit, et de l'autre côté, le juge, chargé de dire le droit, de juger au fond et de trancher définitivement le litige, décision qui dessaisit les deux autorités, et magistrat et juge, en même temps qu'elle acquiert l'autorité de chose jugée. Ainsi pratiquée, l'unicité que revêtent les conceptions romaine et moderne de la notion de procédure n'avait pas empêché cette séparation rigoureuse de l'*in iure* de l'*apud iudicem*. Néanmoins, positivant cette séparation, on pourrait encore espérer celle des éléments de la recevabilité et des éléments de fond du droit. Qu'en est-il, toujours en pratique ?

**322. Un espoir vain.** De ce qui vient juste d'être exposé, on pouvait légitimement espérer que cette forme d'organisation qui opère une séparation rigoureuse des institutions aboutirait, en pratique, à une distinction de l'objet ou de la matière de compétence de chacune d'elles, l'objet ou la matière de compétence du magistrat étant la recevabilité de l'action, à l'octroi d'un juge et à l'organisation du procès, celui ou celle du juge étant de juger le fond du droit. C'est ainsi que chaque fois que les conditions énoncées par la loi (au sens large, englobant la coutume) étaient réunies, tout citoyen pouvait agir en demandant au magistrat le bénéfice d'un procès fondé ainsi sur une action de la loi (*legis actio*) et le magistrat est tenu d'y donner suite, soit favorable en offrant un juge qui ouvre le procès, soit en rejetant la demande. Précisément, le magistrat contrôlait la régularité formelle de la demande, après quoi il désignait un juge pour trancher le procès ; c'est là une action digne de relever de la

---

<sup>560</sup> Dans le sens d' « *Azione* » en droit italien et « *klage* » (plainte) en droit allemand.

recevabilité<sup>561</sup>. En pratique, l'on assiste plutôt à la confusion de rôles, sinon de compétences en dépit de toute la rigueur reconnue de la procédure romaine. La présence d'éléments de preuve du droit de propriété, de la licéité de la cause du droit personnel. Dans la plupart des cas, le magistrat finit quand-même par attribuer, provisoirement ou définitivement, la chose objet de litige à l'un des justiciables, alors même que cette étape était normalement destinée à l'examen de la recevabilité de l'action, à l'organisation du procès et à l'octroi d'un juge.

**323. L'envahissement du fond par des actes précis de la procédure *in iure*.** Bien que la procédure *in iure* soit consacrée à l'admission ou non de l'action, l'autorité judiciaire chargée de la conduire se réfère à des actes qui font appel au fond même du droit durant presque tout le processus.

**324.** D'abord, dans les trois situations où le magistrat pourrait décider de ne pas envoyer l'affaire devant le juge, non pas parce que l'action est irrecevable, mais parce qu'il n'y a pas lieu d'avoir un procès, il peut prononcer lui-même l'« *addictio* » qui constitue un véritable jugement ouvrant des procédures d'exécution. Il s'agit de la « *confessio in iure* » qui n'est que l'aveu du défendeur devant le magistrat. Il en est également ainsi en cas d'« *indefensio* » où, sans formellement avouer ce qui lui est reproché, le défendeur refuse de se défendre. Il s'agit enfin de la situation dans laquelle le défendeur accepte de se défendre, mais ne le fait pas comme il le fallait, par exemple, en ne faisant pas les actes nécessaires à travers les paroles dans leurs formes indiquées ou les gestes rituels prévus à une telle action. Ainsi, lorsque l'objet de la demande était de l'« *aes* », c'est-à-dire de l'argent liquide. Lorsque la demande portait sur un corps certain, un objet individuellement désigné, le demandeur avait le droit de le prendre avec lui.

**325.** Ensuite, la procédure devant le magistrat se termine normalement par la « *litis contestatio* », où le demandeur prononçait la formule « *testes estote* » qui signifie « soyez témoins ». Il s'agissait donc d'une formalité qui consiste en une prise à témoins du procès. La *litis contestatio* est une sorte de garantie portant sur l'autorité de chose jugée que le bénéficiaire de la décision rendue par le magistrat tient à sauvegarder. Ce qui signifie que cette décision porte en elle des éléments substantiels que l'intéressé cherche ainsi à protéger.

---

<sup>561</sup> P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit. pp. 1035-1039 ; J.-M. CARBASSE, *Manuel d'Introduction historique au droit*, op. cit. p. 40 ; J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit. pp. 11-12.

Il s'agit même d'un moment déterminant du procès en ce sens qu'il entraîne un effet extinctif comme s'il y avait eu chose jugée<sup>562</sup> exprimée dans l'adage « *Bis de eadem re ne sit actio* » qui signifie « qu'il n'y ait pas deux fois une action pour la même affaire »<sup>563</sup>.

**326.** C'est enfin dans l'acte qui marque la fin, du moins au plan matériel, de la procédure *in iure* que l'on fait le constat, une fois encore, de la cristallisation du fond dans la substance même de la décision du magistrat. Il s'agit de la formule qui porte entre autres la nomination du juge. Celle-ci semble conditionner la décision que rendra ce dernier sur le fond. L'aspect substantiel du contenu de la formule se trouve dans la *condemnatio*, tout un ordre orienté vers une condamnation de la partie qui n'aurait pas convaincu le magistrat et libellé comme suit : « ... juge, condamne Numerius Negidius à donner ... sesterces à Aulus ... ». Le juge est ainsi orienté dans sa solution et il doit être ainsi plus facile pour lui d'adopter ce qui a déjà été décidé par le préteur. Le seul bémol qu'on puisse apporter à ce niveau est *l'exceptio* qui permet au juge de revoir les circonstances dans lesquelles l'obligation non honorée par le débiteur était intervenue, encore que ce soit toujours par le biais de cette même formule du préteur que le juge sera informé d'un possible dol et autres anomalies dans la constitution de la créance par exemple. C'est de cette même manière que les trois actions rangées dans la liste des actions de bonne foi par les *Institutes* de Justinien donnent lieu à l'emploi de formule avec une *ad iudicatio*, une partie de la formule qui remplace la *condemnatio* et prescrit au juge d'adjuger et d'attribuer à chacune des parties ce qui lui revient de droit. Il s'agit en effet des deux actions en partage tels que l'action *familiae erciscundae* et l'action *communi dividundo* d'une part, et de l'action en bornage d'autre part.

## ***2. Le confinement de toute exception dans la procédure in iure***

**327. Un confinement théorique.** L'exception<sup>564</sup> est prise ici dans son sens large. En ce sens, elle couvre tout moyen de défense. Cette signification transparaît mieux dans la formule « *le*

---

<sup>562</sup> LEVY et CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit. p. 16.

<sup>563</sup> J. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile : essai de définition*, thèse, 1954.

<sup>564</sup> V. GIRARD, *Manuel élémentaire du droit romain*, op. cit. p. 1066. « ... quant à la manière dont il peut contester la demande, par suite de l'introduction des exceptions. La règle de l'unité de question a disparu. Le défendeur peut contester la prétention du demandeur, non plus seulement en niant le droit allégué par lui, mais en lui opposant un droit rival qu'il soutient devoir le neutraliser : à côté de la première question posée par le demandeur, il peut en poser une seconde par l'exception, en face de laquelle le demandeur pourrait en poser une troisième par une réplique et ainsi de suite. » ; V. aussi LEVY et CASTALDO, Op. cit. p. 20. Si le demandeur, devant le préteur, cherche l'obtention de la formule d'une action déterminée, le défendeur pour sa

*juge de l'action est le juge de l'exception* ». Mais ce principe du droit moderne n'était pas connu en droit romain qui n'a adopté ni ce sens large de la notion d'exception qui englobe fins de non-recevoir et défenses au fond, ni son sens précis où elle désigne le moyen de défense par lequel le défendeur tend à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, ou à en suspendre le cours<sup>565</sup>, indépendamment de tout examen au fond. Le droit romain semble avoir adopté une conception médiane de la notion d'exception qui rallie caractères restreint et large lorsqu'elle prend en compte les fins de non-recevoir en même temps qu'elle sépare l'*in iure* de l'*apud iudicem*, l'*apud iudicem* étant consacrée, en principe uniquement, aux défenses et jugement au fond. La procédure romaine confine ainsi tout « *moyen de recevabilité* » et « *exception de procédure* » dans la phase *in iure*, de sorte que le juge (*judex* ou *arbiter*)<sup>566</sup> n'intervienne que pour trancher le fond. Cette séparation des rôles se justifie une fois encore par ce qui fait l'essentiel de la phase *apud iudicem* tel que relevé par certains auteurs : « *Les débats, devant le juge, sont libres et sans forme. [...]. Ces débats ont surtout pour but d'administrer les preuves susceptibles de convaincre le juge*<sup>567</sup> ». C'est ainsi qu'à la différence de la phase *in iure*, le formalisme était laissé de côté *in iudicio* et l'examen des preuves, véritables éléments décisifs est mis en œuvre. On est alors dans le débat au fond. Voilà clairement séparées les deux phases avec chacune son objet, limitant ainsi toute tendance à la confusion entre défense au fond et fin de non-recevoir ou entre les éléments de fond du droit et ceux de la recevabilité<sup>568</sup>. Mais, en pratique, certaines étapes de la phase *in*

---

part cherche plutôt « à y faire ajouter certaines modifications à son profit, comme l'exception ». C'est bien la preuve que l'exception de procédure a existé dans les procédures du droit romain ; V. enfin, GLASSON et TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile* op. cit. p. 576. L'auteur nous informe aussi que le mot exception se rencontre déjà dans la procédure romaine, mais avec un sens plus large que dans le Code de procédure d'alors. « Sous la procédure formulaire, en effet, on appelait exception tout moyen par lequel le défendeur, sans contredire directement la prétention du demandeur, soutenait qu'il ne devait cependant pas être condamné. Lorsque le défendeur niait directement la prétention du demandeur, il faisait valoir une défense qui n'était pas insérée dans la formule. Au contraire, toute exception devait être, en général, placée dans la formule à la suite de l'*intentio* ».

<sup>565</sup> V. art. 164 CPCCSAC ou 73 CPC. Ainsi, le défendeur pourrait demander au juge de refuser d'examiner la prétention du demandeur parce que l'instance a été mal engagée du fait de l'incompétence du tribunal saisi, de l'irrégularité d'un acte de procédure. Il peut aussi demander le sursis à statuer aux fins de la mise en cause d'un garant ou jusqu'à l'expiration du délai de 4 mois accordé à l'héritier pour faire inventaire et de 2 mois pour délibérer.

<sup>566</sup> V. Loi des XII Tables, 2, 2. 9, 3. V. GIRARD, *Organisation judiciaire*, I, p. 95, n° 1. Il est désigné *arbiter* lorsqu'il s'agit d'un partage.

<sup>567</sup> P. F. GIRARD, *Manuel*, op. cit. p. 1039; LEVY et CASTALDO, *Histoire*, op. cit. p. 16.

<sup>568</sup> Même si les termes « fin de non-recevoir » et de « recevabilité » n'était pas aussi consacrés dans l'ancien droit romain, on sait tout au moins qu'il y a des conditions de forme et de fond qui sont relatives aux formules prononcées par les parties pour ne pas voir leur action purement et simplement rejetée. C'est une sorte d'examen de la recevabilité et, en cas de rejet ou d'admission de la prétention, on serait en face d'une décision sur la recevabilité de la demande.

*iure* se retrouvent facilement dans celle qui a lieu devant le juge du fond. Peut-on encore affirmer que toute la procédure, en dehors des défenses au fond, est confinée au sein de la procédure *in iure* lorsque, par exemple, la *litis contestatio*, qui relève de la première phase était encore examinée par le juge dans la seconde phase. Elle a en effet des conséquences sur la suite à donner au procès qui aura bientôt lieu devant le juge. D'abord, la *litis contestatio* cristallise toute la matière du procès et fixe ses différents éléments, de sorte que le juge doit les apprécier en se plaçant à ce jour où elle a lieu, et non en tenant compte des événements ayant pu survenir entre ce jour et celui du jugement, avec toutes les implications que cet aspect est susceptible d'induire<sup>569</sup>. Ensuite, la *litis contestatio* a un effet créateur en ce sens qu'elle crée au profit du demandeur un droit éventuel<sup>570</sup> à obtenir la condamnation de son adversaire. Enfin, elle a un effet extinctif exprimé dans l'adage « *Bis de eadem re ne sit actio* » comme pour dire qu'il n'y a pas deux fois une action sur la même affaire. Sur la base de ce principe, il est interdit au demandeur d'introduire une nouvelle action en vue d'un nouveau procès dès lors qu'il a une fois poussé la procédure jusqu'au niveau de la *litis contestatio*, indépendamment de l'obtention d'un jugement. La situation ainsi imposée par la *litis contestatio* n'est en réalité qu'un aspect de ce que plusieurs autres du genre s'observent au travers de l'influence des décisions du magistrat sur le jugement au fond qui relève du domaine de compétence du juge.

**328. Le caractère prépondérant de la conviction du magistrat dans la décision du juge en dépit du confinement.** L'*in iure* tient-elle l'*apud iudicem* en l'état ? En d'autres termes, la « chose jugée » par le magistrat n'a-t-il pas autorité sur la décision à rendre dans la phase qui a lieu devant le juge ? On peut bien s'en convaincre si l'on prend toute la mesure de l'influence du contenu de la formule qui matérialise la fin de la procédure *in iure*. Le juge est

---

<sup>569</sup> De cet effet fixateur de la *litis contestatio*, les implications qui découlent sont importantes et nombreuses et tout se passe comme si elle est l'élément essentiel qui fonde la décision qui sera rendue plus tard par le juge. Par exemple, elle rend transmissibles les actions qui ne le sont pas en principe. Ainsi, les actions délictuelles qui ne peuvent être intentées que contre l'auteur de l'infraction pourra l'être contre ses héritiers en cas de décès du vrai auteur du simple fait que ce dernier vivait au moment de la *litis contestatio* et les choses doivent être gardées en l'état afin d'être prises en compte lors du jugement. Plus surprenant effet est celui-là par lequel on fait fi de du demandeur par le défendeur qui aurait dû payer le montant après la *litis contestatio* au point où ce dernier risque d'être condamné à payer une seconde fois ; De plus, la *litis contestatio* semble interrompre la prescription en ce sens que l'on ne tient pas compte du temps couru à partir de cette formalité puisqu'elle tend en pratique à perpétuer les *actions temporaires* au cas où ces dernières ont dû s'éteindre après elle.

<sup>570</sup> Le caractère éventuel en cause ici résulte de ce que la prétention du demandeur peut être reconnue ou rejetée à l'issue de l'examen de la recevabilité (V. LEVY et CASTALDO, p. 20).

en effet lié par la formule parce que c'est d'elle qu'il tient ses pouvoirs de juger. De plus, il est lié par la formule elle-même au point où, même en cas d'erreur dans le contenu de la prétention du demandeur<sup>571</sup>, il est dans une certaine mesure tenu par celui-ci. Il s'agit, par exemple, des situations dans lesquelles le contenu de la formule porte une orientation en prélude à la sentence du juge « *sentencia*<sup>572</sup> » qui conduirait, du fait du demandeur lui-même, à un jugement *intra petita* ou, au contraire, *extra petita*<sup>573</sup>. Dans l'un ou l'autre de ces deux cas, le juge devait se plier à la formule. Or, au même moment, la phase *apud iudicem* réalisait des progrès de la période ancienne caractérisée par les actions de la loi à la période du droit classique où prévalait la procédure formulaire. Ledit progrès s'observait surtout dans le régime des preuves où il a été posé pour la toute première fois le principe selon lequel la preuve incombe au demandeur « *Actori incumbit probatio* », une formule passée dans presque tous les systèmes de droit modernes. Le paradoxe réside dans le fait que le juge, en dépit de tout le travail effectué en amont pour la clarification des éléments du procès, reçoit également mission d'examiner les preuves, alors même que du fait de cette influence permanente du droit substantiel dans d'appréciation procédurale du droit d'agir, le magistrat était déjà très souvent amené à analyser ces mêmes preuves à travers, entre autres, l'examen de la cause dont l'indication était exigée au demandeur, la présence de la chose objet de litige .... On peut logiquement en déduire le risque d'un double emploi des moyens de preuve dans les deux phases, à moins que le juge chargé de trancher au fond dans la phase *apud iudicem* n'ait plus de rôle à jouer dans ce processus d'adjudication judiciaire du droit substantiel discuté. Ainsi, il n'aura qu'à proclamer ce qui fut décidé et caché entre les lignes de la formule. Cette situation n'a pas échappé à la personne humaine qui en a payé le prix fort par le passé.

---

<sup>571</sup> LEVY et CASTALDO, *Histoire*, op. cit. p. 21, n° 28.

<sup>572</sup> J.-M. CARBASSE, *Manuel*, op. cit. « La *sentencia*, c'est ce que le juge sent ou estime être juste ».

<sup>573</sup> Selon les précisions données par les auteurs sur cet aspect, ces erreurs dans la demande sont, soit en une *plus*, soit en une *minus petitio*. « A supposer que le demandeur ait droit à une somme de 100, s'il demande 95, il a commis une *minus petitio* en demandant moins que son droit ; il obtiendra bien la condamnation à 95, mais rien de plus. Si, au lieu de demander trop peu, il a demandé trop (par exemple 105), il a commis une *plus petitio* et, en pareil cas, il perdra entièrement son procès, car ce n'est pas à 105 qu'il a droit. » V. LEVY et CASTALDO, *Histoire*, p. 21.

## Paragraphe 2 : La personne humaine objet de litige au seuil du procès

**329. Fondement d'une considération surprenante.** Le droit familial est essentiellement fait d'aspects patrimoniaux<sup>574</sup>. De plus, la personne humaine est considérée dans certaines conditions comme une chose. C'est surtout le cas des esclaves lorsque ceux-ci ne sont pas affranchis et peuvent alors faire l'objet de discussion dans le procès. La personne humaine comme objet du litige au seuil du procès procède d'une présentation abjecte en droit africain (A). Dans le même temps, elle fait l'objet d'une exposition sacramentelle en droit romain (B).

### A. Une présentation abjecte en droit africain

**330. Entre chosification et confusion.** On note l'exigence d'une présentation de la « chose humaine » au seuil du procès. Une telle présentation procède de la chosification de la personne humaine (1) et de la confusion entre délits civils et pénaux (2).

#### 1. De la chosification de la personne humaine

**331. La personne défenderesse en matière matrimoniale.** La prééminence, tant critiquée aujourd'hui, du fond du droit dans la recevabilité de l'action en justice ne se manifeste pas seulement au niveau des biens en litige. En droit traditionnel africain, la personne humaine a longtemps fait objet de litige. Il en fut ainsi en matière d'état des personnes. Les cas les plus frappants furent ceux du droit matrimonial. Dans les affaires de cette matière, des femmes ou des enfants peuvent faire l'objet de litige entre deux hommes. Une telle situation se présente à l'occasion du paiement ou du remboursement de la somme versée lors du mariage. Pour qu'une telle affaire soit jugée, la femme ou l'enfant doivent être conduits et présentés au juge. On remarque ainsi que « la chose » objet du litige est constituée de personnes humaines dont la présence est exigée avant tout jugement au fond. Chez les Shillouk, il est en plus admis que le bétail qui doit être rendu en tant que présent marital à la mort de la femme ou en cas de divorce ne peut plus l'être en fait s'il est mort entre les mains des parents de la femme, mais que du moins, ceux-ci doivent en exhiber les peaux<sup>575</sup>. Ceci permettra en effet de convaincre par cette preuve que la mort du bétail n'est pas due à une faute de leur part.

---

<sup>574</sup> J.-P. LEVY et A. CASTALDO, op. cit., p. 31.

<sup>575</sup> P.P. HOWELL, *Observations on the Shilluk of the Upper Nile in Africa*, vol. 23, n° 2, Avril 1953, p. 102

**332. Un engagement du juge sur fond de malédiction du défendeur.** Toujours en matière civile telle que révélé par Miss Green, l'une des cinq voies procédurales de traditions Ibo consistait à jeter du mauvais sort sur le défendeur afin d'engager le juge dans la discussion sur le fond du droit. Le demandeur peut ainsi ester en justice en invoquant la lance sacrée d'un esprit révééré. Curieuse coutume, s'étonnait E. OLAWALE<sup>576</sup>. Celle-ci consiste en effet à ficher en terre une « lance sacrée » devant la demeure de la partie défenderesse dans le but de nuire à sa personne. Pour les Ibo, cet acte constitue une manière d'appeler la malédiction sur la tête de l'offenseur, seul moyen d'alerter le juge et de l'engager<sup>577</sup> au jugement proprement dit. Cette manière d'introduire l'instance est semblable à une justice privée, même si cette forme de justice était l'une des sources de la prépondérance du fond du droit au seuil du procès. Mais au-delà de cet aspect vindicatif, c'est cette action sur la personne du défendeur qui témoigne du caractère abject de ce traitement que subit celui-ci avant même que le droit ne soit dit. En plus, le demandeur, par cet acte, se donne ainsi le droit de sanctionner son droit prétendu avant de demander le droit.

## ***2. De la confusion entre délits civils et délits pénaux***

**333. D'une confusion à l'autre.** Ne pas distinguer entre délits civils des délits pénaux dans la période précoloniale en Afrique favorise le jugement au fond sans un examen séparé et préalable de la recevabilité de la demande. La confusion semble profiter à la procédure civile, vu tout l'intérêt et toute l'importance que l'opinion attache à la chose pénale. MM. CADIET, NORMAND et Mme AMRANI-MEKKI, parlent de « théâtralité » qui assure une visibilité supérieure à celle du procès civil<sup>578</sup>. De plus, les enjeux de la procédure pénale en termes de libertés fondamentales en font une question plus politique là où la procédure civile paraît plus technique<sup>579</sup>. Il faut d'ores et déjà relever que le sensationnel sur fond d'émoi provoqué au niveau des populations par la violation des règles coutumières contribue à une justice expéditive. Le contrôle de l'existence d'un droit d'agir connu en droit moderne sous l'appellation « d'examen de la recevabilité » échappe à de tel procédé. Le Roi (ou le Chef de village) ne s'offre guère ce temps de vérification avant de passer au jugement proprement dit

---

<sup>576</sup> E. OLAWALE, *La nature du droit coutumier africain*, Op. cit. p. 238.

<sup>577</sup> Miss GREEN, *Ibo Village affairs*, p. 106.

<sup>578</sup> L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> éd. 2013, n° 263.

<sup>579</sup> L. CADIET, S. DAUCHY, J.-L. HALPERIN, *Itinéraire d'histoire de la procédure civile*, Regards français, IRJS éditions, t. 52, Coll. Bibliothèque de l'IRJS-Andrée Tunc, Paris 2014, p. 1.



au fond sur la base de témoignages, de serments, d'ordalies. BRISSAUD, dans son ouvrage intitulé « Histoire du droit français », indique purement orale, publique et solennelle, la procédure franque était commune aux affaires civiles et criminelles<sup>580</sup> ; mais cette identité offrait-elle la même confusion des deux procédures comme en droit coutumier africain ? A propos des communautés africaines d'avant la colonisation, Miss GREEN, dans l'énumération des six types de voies procédurales applicables aux délits privés, indique que ce processus consiste à juger le différend sur le moment, dès sa connaissance par les autorités traditionnelles<sup>581</sup>. La confusion est si fortement entretenue que certains auteurs ignoraient si le droit pénal des communautés anciennes d'Afrique traite de véritables crimes<sup>582</sup>. Il est vrai que certains auteurs en font une analyse en sens inverse et démontre l'existence, de manière distincte, des deux types de procédures (Procédure civile et procédure pénale)<sup>583</sup>. Plus modéré, DIAMOND insiste sur le fait que le droit *primitif* distingue le civil du pénal, au moins à un certain stade<sup>584</sup>. Au-delà de cette polémique, il faut remarquer que ce procédé a laissé ses vestiges dans le droit coutumier des chefferies traditionnelles présentes dans plusieurs États africains. Des études entreprises sur l'état de la justice au Bénin nous ont permis de réaliser des enquêtes dont les rapports sont édifiants à ce propos<sup>585</sup>. Il existe

<sup>580</sup> BRISSAUD, *Histoire du droit français*, p. 816 et s. de même que p. 863 et s.

<sup>581</sup> Miss GREEN, *Ibo village affairs*, Sidgwick et Jackson, London 1947, pp. 106 et s.

<sup>582</sup> H. J. S. MAINE, *Ancientlaw*, éd. Sir F. Pollock, John Murray, Londres, 1906, p. 379. « *Le droit pénal des communautés anciennes ne traite pas les crimes, mais les dommages en tant que tels, ou pour utiliser le terme juridique anglais, les torts* ».

<sup>583</sup> B. MALINOWSKI, *Crime and Custom in Savage Society*, Kegan Paul, Londres, 1932, p. 31. Cet auteur, après avoir reconnu que dans les îles Trobriande, « il se peut que les crimes soient définis de façon imprécise », a insisté sur le fait que tous les peuples *primitifs* connaissent le droit civil aussi bien que le droit pénal. V. aussi Robert Lowie, « Primitive society », Routledge, 1921, Londres, pp. 385 et s. où l'auteur affirme que le droit *primitif* distingue nettement les crimes et les délits civils.

<sup>584</sup> A. S. DIAMOND, *Primitive Law*, 2e éd. Longmans, Green, Londres et New York, 1935, pp. 192 - 194. V. aussi D. J. PENWELL, *Kamba Customary Law*, Macmillan, Londres, 1951, pp. 88- 90 et 94. Selon cet auteur, quand les vieux "utui" estiment qu'un crime était trop sérieux pour être réparé par le paiement d'une amende, ou par l'expulsion du coupable, celui-ci était traduit par eux devant le « king'ole » en tant que « membre indésirable de la communauté » et s'il était reconnu coupable, il était éventuellement exécuté au cours d'un « rendez-vous dans le bush ». V. Dans ce même sens G. S. SNELL, *Nandi Customary Law*, pp. 78 - 79. Egalement, P. A. TALBOT, *The peoples of Southern Nigeria*, p. XIII et pp. 208 - 228. « La distinction entre délits civils et pénaux n'est pas très nette, et la même action pourrait rentrer dans l'une ou l'autre catégorie, selon la tribu ou le clan. On verra que pour l'essentiel, la classification n'est pas très différente de la nôtre. On observe dans toutes ces analyses, que la procédure ne peut permettre des fins de non-recevoir tels le contrôle de l'existence d'un intérêt à agir, l'aspect pénal étant prépondérant et la punition visée tout de suite.

<sup>585</sup> V. d'une part, le rapport de 2013 sur l'état de la justice au Bénin et la perception des justiciables et, d'autre part, le rapport de 2014 sur l'état de la justice au Bénin et la perception des justiciables : les innovations des codes et la réalité de leur application. Ces deux rapports ont été réalisés pour le compte de l'Observatoire de la Justice au Bénin (OJB), mis en place sur l'initiative d'un Consortium composé du Centre Afrika Obota (CAO)-Bénin, de l'ONG Droit de l'Homme, Paix et Développement (DHPD) et le Centre de

effectivement, comme dans la procédure franque, une procédure unique pour les affaires civiles et les affaires pénales. De plus, elle s'opère avec une confusion qui tient tant dans l'unicité de juridiction, dans la terminologie employée que dans le mythe qui entoure la procédure.

**334. Une confusion favorisée par l'unicité de juridiction.** Que ce soit un litige né entre individus ou un délit ou crime commis par un individu, « *la plainte* » est adressée à la seule juridiction royale dont les Chefs de village ou de quartier ne constituent que des démembrements. On peut y voir un ordre de juridiction, mais un ordre unique. Lesdites plaintes sont en effet adressées au secrétaire du Roi et il lui revient de rendre compte à ce dernier. Le système judiciaire n'est alors pas structuré comme il se présente aujourd'hui avec un ordre judiciaire composé de juridictions civiles et pénales coiffé par une cour suprême (Cour de cassation en France) d'une part et un ordre administratif chapeauté par le Conseil d'État en France d'autre part. La seule chefferie tranche toute sorte de litige. Il s'agit d'une unicité qui se manifeste ainsi par la non distinction des compétences matérielles. Seul reste identifiable, dans une certaine mesure, une sorte de hiérarchie entre les juridictions. Elle a son intérêt dans l'importance de l'affaire. Ainsi, les affaires mineures ou de faible importance sont du ressort des Chefs de famille ou de village, le Roi faisant parfois office de juridiction suprême (cour de cassation)<sup>586</sup>. Cette situation concentre toutes les matières (civile, pénale et administrative) à la seule compétence du Roi. Le criminel et le civil suivent ainsi la même procédure qui précipite le jugement au fond négligeant tout examen de la recevabilité, ou au meilleur des cas, cet examen préalable est laissé à l'appréciation souveraine du Chef de famille ou du lignage qui décide de faire comparaître les parties s'il l'estime indispensable<sup>587</sup>. Aussi, la juridiction royale peut s'autosaisir en toute matière<sup>588</sup>, comme dans les actions publiques en droit moderne. On constate ainsi clairement que l'unicité de juridiction ne favorise pas la distinction nécessaire entre délits civils et délits pénaux, mais donne beaucoup plus un caractère pénal à presque tout litige, avec pour objectif principal, sinon unique, le jugement au fond.

---

Recherche et d'Etude en Droit et Institutions Judiciaires en Afrique (CREDIJ), sur financement de Open Society Initiative for West Afrika (OSIWA).

<sup>586</sup> Ch. KOUGNIAZONDE, « Étude sur la justice coutumière au Bénin », In *Revue de la justice criminelle*, initiative Africaine pour la Sécurité Humaine, Cotonou, 2009, pp. 121 et s.

<sup>587</sup> E. T. OLAWALE, *La nature du droit coutumier africain*, op. cit. p. 235. « ... s'il estime indispensable eu égard au caractère du différend, cet ancien fera comparaître devant lui l'autre partie.

<sup>588</sup> Ch. KOUGNIAZONDE, « Étude sur la justice coutumière au Bénin », art. cit. *idem*.

**335. Une confusion entretenue par la terminologie et la qualification des faits.** Dans la plupart des communautés du Golfe de Guinée, la terminologie utilisée pour désigner les parties au procès, l'activité du juge et la décision de celui-ci, de même que la qualification des faits ne semble pas déterminante pour distinguer le litige privé du pénal. Principalement au Bénin, les enquêtes réalisées dans le cadre de cette étude permettent de constater que la situation n'a pas changé et se trouve du coup en déphasage avec les analyses de E. OLAWALE, mais en parfait accord avec les récents travaux de M. KOUGNIAZONDE. Si pour OLAWALE, la distinction des deux procédures est tout à fait nette<sup>589</sup>, les études de M. KOUGNIAZONDE montrent plutôt que jusqu'à présent, cette distinction n'est pas faite dans la procédure de règlement des litiges et ne semble même pas être une préoccupation<sup>590</sup>. Ainsi, les termes en langue fongbé « *houègbigbo* » (littéralement, « trancher un litige né entre deux particuliers) et « *sinsadomè* » (punir, sanctionner une infraction, un sacrilège, un tort fait à la société), s'emploient indifféremment, que le délit soit civil ou pénal. Les personnes impliquées dans l'un ou l'autre type de procès sont qualifiées à la fois de *mises en cause* ou de parties litigantes<sup>591</sup>. Au même moment, le défendeur est appelé « *singbato* », le demandeur est qualifié de victime ou de personne lésée, les deux termes étant employés indifféremment qu'il s'agisse d'une demande en responsabilité, en restitution de bien ou de créance de somme d'argent ou à la suite d'une infraction. En pays fon, il est désigné sous le vocable unique de « *mindjèagodo* » (littéralement, « celui contre qui le droit est violé »). A voir cette désignation, on pense à la conception de ROUBIER qui considère les actions en responsabilité, de *in rem verso*, possessoires, ... comme des sanctions à un devoir (celui de ne pas causer un dommage injuste à la personne ou aux biens d'autrui)<sup>592</sup>. Une telle conception ressemble à celle du droit traditionnel coutumier africain. Or, dans ce système de droit, tout manquement à un devoir est considéré comme un tort causé à l'ordre juridique établi et, par voie de conséquence, un dommage à la société tout entière, bien que ce ne soit

<sup>589</sup> V. E. OLAWALE, *La nature du droit coutumier africain*, op. cit. pp. 129 et s.

<sup>590</sup> Ch. KOUGNIAZONDE, « Étude sur la justice coutumière au Bénin », in *Revue de la justice criminelle*, art. cit., pp. 120 – 129, v. surtout la partie intitulée « La procédure ». Déjà, cet intitulé est révélateur de l'unicité de la procédure pour toute sorte de litige (de droit privé, de contentieux administratif ou de procédure pénale). Mais aussi au fond, cette confusion conditionne le jugement directement au fond sans passer par un examen de recevabilité.

<sup>591</sup> Ch. KOUGNIAZONDE, « Etude sur la justice coutumière au Bénin », art. cit. p. 121. On peut ainsi lire : « ... Il (le secrétaire du Roi) adresse la convocation cette fois-ci aux **parties « litigantes »**... à Kétou,..., en cas de non présentation de la **personne mise en cause** suite à deux convocations, le Roi lui envoie sa « récade » en signe d'ultimatum. La personne ainsi convoquée est tenue de répondre. Dans le cas contraire, elle y est contrainte par "Ilary", ministre du Roi spécialement chargé des diligences procédurales à la cour »

<sup>592</sup> P. ROUBIER, *Droit subjectifs et situations juridiques*, éd. Sirey, 1963, rééd. Dalloz, 2005, p. 58.

actuellement une idée partagée par l'actuelle doctrine majoritaire qui soutient l'existence d'action objective distinguées de celles purement subjectives.

**336. Une confusion tenant dans le mythe qui entoure la procédure.** L'importance que l'Africain attache au sacré n'est que le vestige d'un passé très lointain dont la procédure de règlement des litiges n'était pas en marge. Il nous a été dit, lors de nos investigations dans certaines cours royales, que le plus souvent, c'est un signe cosmique<sup>593</sup> qui amène l'oracle à révéler le sacrilège, l'infraction. Ainsi, ce caractère sacré de la procédure ne laisse aucune ouverture aux actions accessoires telles les exceptions de procédure ou les fins de non-recevoir. Le jugement est immédiat et la décision radicale. Ce caractère mythique de la procédure s'étend même au lieu du prétoire. L'audience a en effet souvent lieu dans la salle des ancêtres appelée « Adjalalassa » ou sous un arbre symbolique du village<sup>594</sup>. Tout un symbole qui, au surplus, renforce la confiance des populations<sup>595</sup> aux décisions issues de ces jugements auxquels nous reprochons entre autres de semer la confusion entre le pénal et le civil avec une justice qui paraît expéditive sur fond de banalisation de certains aspects procéduraux qui touche l'existence même du droit d'agir. En droit romain, c'est d'une exposition sacrée que la personne humaine fait objet.

## **B. Une exposition sacrée en droit romain**

**337. Une sacralisation négativiste.** Un sujet d'étonnement dans l'exposition sacramentelle est que la personne humaine est présentée comme objet du droit en discussion (1) et comme objet d'exécution du jugement (2).

---

<sup>593</sup> Ce signe peut se manifester par une sécheresse inattendue ou par la descente de la foudre. V. l'exemple le plus récent cité par M. DJOGBENOU dans son ouvrage intitulé *Introduction à l'étude de droit : perspectives africaines* », publié aux éditions du CREDIJ, Cotonou, 2012, p. 32. Il s'agissait d'un pasteur et sa femme qui étaient abattus par la foudre, l'un pour avoir saccagé les fétiches d'autrui, l'autre pour avoir commis l'adultère.

<sup>594</sup> Ch. KOUIGNIAZONDE, « Étude sur la justice coutumière au Bénin », op. cit. p. 123.

<sup>595</sup> Observatoire de la justice au Bénin (OJB), « Rapport de 2014 sur l'état de la justice au Bénin et perception des justiciables : les innovations des codes et la réalité de leur application », Bibliothèque nationale, 2015, p. 19. Certaines populations trouvent en cette forme de justice les qualités de justice pacifique, rendue dans un délai plus que raisonnable et dont l'exécution est la plupart du temps volontaire.

### ***1. La personne humaine comme objet de droit en discussion***

**338. L'absence d'humanisme.** Tel qu'il a été présenté dans la précédente section consacrée aux origines légales de la prééminence du droit substantiel dans la procédure romaine, la pratique n'a fait que suivre et cela témoigne, une fois encore, de tout l'attachement et la rigueur du romain. Parmi les actions de la loi figure le *sacramentum* (action par enjeu sacré) dont l'objet est le droit litigieux et l'enjeu une somme d'argent fixée à 50 as ou 500 as au profit de l'État selon que l'objet du procès est ou non supérieur à 1000 as<sup>596</sup>. C'est ainsi que la personne humaine pouvait être l'objet de droit en discussion. Le droit substantiel au fond est alors une personne humaine<sup>597</sup>. Mais la nature humaine de l'objet de droit dans ce cas précis n'offrait aucune spécificité procédurale en considération du caractère humain. Bien au contraire, c'est la personne même de l'individu qui était mise à prix, celui-ci dépendant de l'objet du litige qu'est ici l'homme. Gaius nous apprend, à travers le commentaire de son point 14, que « *s'il y avait controverse sur la liberté d'un individu, la loi spécifiait que l'enjeu fût limité à 50 as, précieux que fût l'homme, bien entendu au profit de la liberté* ». Or, lorsque l'objet du litige a une valeur de 1000 as et plus, l'enjeu objet de caution est de 500 as. Ce qui signifie que la valeur donnée à la personne humaine est tout au plus la même que celle de la chose.

**339. L'absence présumable d'un préalable d'examen de l'existence de l'action.** La procédure était engagée par la provocation sacramentelle du demandeur, et la réponse du défendeur dans la même formule et le juge était désigné sur le champ<sup>598</sup>. Il est nécessaire de rappeler que toutes les actions par enjeu sacré visaient l'attribution d'un juge et ce fut pendant longtemps l'enjeu le plus important car, si la loi *Pinaria* a impartit un délai de trente jours pour la désignation d'un juge, elle n'a été mise en place que bien plus tard. Pour GIRARD, cet échange ne signifie pas encore l'existence d'un procès, bien qu'elle soit toute judiciaire<sup>599</sup>. Ici, à y voir ainsi, le terme procès a le sens de contradiction sur le fond, car, l'auteur ajoute que « *... la procédure, ... n'amène de procès que si la prétention du demandeur est contestée ... par le défendeur.* » Si nous nous en tenons à cette conception, on

---

<sup>596</sup> Gaius 4, 13 – 16.

<sup>597</sup> V. Gaius 4, 20-25 ; V. aussi les XII Tables, 3, 1-6 ; De même, la Lex Coloniae Genetivae en son point c. 61, Textes, p. 90 ; De plus, Luceria, Textes, p. 25 ; également, P. F. GIRARD, *Manuel*, Op. cit., p. 1041.

<sup>598</sup> Gaius, 4, 15.

<sup>599</sup> P. F. GIRARD, *Manuel*, op. cit., p. 1048.

peut alors affirmer qu'il s'agit tout au moins d'un préalable au débat sur le fond. Or, l'auteur reconnaît que dans cette procédure, « le demandeur affirmait solennellement sa créance, peut-être même en indiquant sa cause, et le défendeur devait, pour ne pas être *confessus*, pour lier le procès au lieu de voir la créance se transformer immédiatement en créance exécutoire par *manus injectio*, répondre par une contestation qui devait probablement être une négation solennelle du droit conçue en termes symétriques. ».

**340.** On constate par-là que cette procédure, bien que préalable au débat au fond qui n'aura en principe lieu que devant le juge qui sera attribué par le préteur, consiste pour les parties à l'affirmation de leur droit substantiel. Cette réflexion se confirme une fois encore à travers les commentaires de Gaius 4, en son point 16 : « *Dans les actions réelles, on revendiquait de la façon suivante les choses mobiles et qui se meuvent, du moins si elles pouvaient être apportées et amenées en justice. Le revendiquant tenait une baguette ; puis il appréhendait l'objet du litige, - mettons un homme, - et disait : j'affirme que cet homme m'appartient de droit quiritaire. ... il appliquait la baguette à l'homme. Son adversaire prononçait les mêmes paroles et en faisait les mêmes gestes. Quand chacun d'eux avait revendiqué, le préteur disait : lâchez tous deux l'homme.* ». Voilà qui témoigne à la fois de la présence du fond du droit et ce, devant le préteur qui n'est chargé que d'organiser la procédure, d'étudier la recevabilité de la demande et de donner un juge pour trancher le fond du droit.

**341. La présence perceptible de l'examen de la légitimité de l'intérêt à travers celle du droit substantiel.** Le débat autour de la présence regrettable du droit substantiel dans l'appréciation procédurale de l'intérêt à agir et, plus largement dans l'examen de la recevabilité de la demande, semble méconnaître sa cible en se focalisant soit sur une redéfinition de la notion d'intérêt légitime ou sur l'abandon de l'examen de cette légitimité du droit d'agir. Le *Commentarius quartus* de Gaius en son point 16 révèle que la situation a existé des dizaines de siècles durant, en témoigne sa présence dans les actions de la loi dont celle qui a pour objet de discussion la personne humaine. Devant le préteur en effet, lorsque chaque partie finissait de revendiquer le droit et d'appliquer sa baguette à l'homme, le premier qui l'avait revendiqué abordait tout de suite la question de la légitimité du droit discuté en disant : « *Je demande que tu dises à quel titre tu as revendiqué*<sup>600</sup> ». On peut

---

<sup>600</sup> Gaius 4, 16

comprendre à travers cette interrogation comme : « si le demandeur revendique l'objet à titre de propriétaire, de créancier, etc ». On peut également y voir une question sur la cause ou le fondement juridique du droit ; ce qui permet d'identifier tant la source du droit revendiqué (titre conventionnel ou titre légal) que le mode et les caractères essentiels de son acquisition (gratuit ou onéreux, ...) <sup>601</sup>. En ce sens, peut-on justifier le titre en vertu duquel l'on aurait acquis une chose sans pouvoir aller au fond du droit en question ? Il est à remarquer que quel que soit le sens du titre (titre de propriété, titre de convention, titre légal ...), celui-ci ne peut se justifier que par des éléments de preuve. Mieux, à la suite du premier justiciable, le second, dans sa réponse, disait : « *J'ai satisfait au droit en imposant la vindicte* », et au premier de répliquer : « *Comme tu as revendiqué à tort, je te provoque pour un enjeu de ...* ». Revendiquer à tort ! N'est-ce pas là le sens d'une illégitimité du droit d'agir ? Ce qui nous intéresse ici est qu'elle s'examinait bien avant la procédure consacrée au fond et qui se déroulerait plus tard devant le juge et non, tout de suite devant le magistrat. De plus, on peut être convaincu de ce que la confusion entre le bien-fondé du droit et la recevabilité de la demande n'est pas une question de redéfinition de la notion de légitimité d'un intérêt ou d'un droit, mais c'est plutôt une préoccupation très ancienne qui ne peut trouver solution qu'à travers un vrai combat contre les reliques de ces vieux démons de la procédure.

## ***2. La personne humaine comme objet d'exécution de jugement***

**342. La personne du débiteur dans la procédure extrajudiciaire d'exécution.** Dans un contexte où le travail du juge dans le procès se termine dès qu'il rend sa décision et où sa compétence ne s'étend pas à la consommation effective de l'effet du droit, la justice privée devient de fait ou de droit le seul recours possible et il revient au demandeur de faire exécuter la sentence à son profit <sup>602</sup>. En droit romain, on assiste à la substitution du droit substantiel issu du jugement par la personne du défendeur et, très tôt, c'est la mainmise sur ce dernier comme le droit à consommer <sup>603</sup>, une consommation imparfaite tout de même du fait que, tout au plus, le débiteur est mis à mort sans que le demandeur n'ait satisfaction réelle <sup>604</sup>. Aujourd'hui, en plus de l'interdiction de l'exécution sur la personne, la procédure

---

<sup>601</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Ass. Henri Capitant, PUF. Paris, 2009, V° Titre, dans sons sens 1.

<sup>602</sup> V. la Loi des XII Tables 3, 1 et 2.

<sup>603</sup> Gaius, 4, 17 a et 20 ; V. également J. P. LEVY, op. cit. , p. 15.

<sup>604</sup> J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civile*, op. cit. p. 1008, n° 671.

d'exécution sur les biens obéit à des formalités préalables. Dans le souci de protéger les droits du débiteur, le législateur énonce à son profit un droit à l'information à travers le commandement afin de saisie signifié par un huissier<sup>605</sup> au débiteur au moins huit jours avant la saisie et comporte assez d'informations relatives à son objet en forme de mise en demeure. Il procède aussi à l'inventaire des biens à saisir, en dresse procès-verbal de saisie. Le débiteur est désigné gardien des biens sans pouvoir les déplacer ou les aliéner. Le respect de sa vie privée est tout aussi de mise avec même une tentative de vente amiable par le débiteur lui-même. En droit romain, c'est la personne même qui constitue la substance, alors même que ce n'est pas l'individu qui se trouve directement concerné par l'objet du droit, mais plutôt une décision portant condamnation au paiement d'une somme d'argent.

**343. La légalité de la mainmise en droit romain.** Le caractère extrajudiciaire de la mainmise ne signifie pas qu'elle s'opère en dehors de toute organisation par la loi. La source légale de cette procédure réside dans la loi des XII Tables comme le précise Gaius : « Puisqu'il a été jugé que tu me devais (où puisque tu as été condamné à me payer) dix mille sesterces et que tu ne m'as pas payé, je fais mainmise de chose jugée sur toi relativement à cette affaire »<sup>606</sup>. Véritable mainmise sur la personne, la procédure permet au demandeur d'appréhender une partie du corps du défendeur qui ne pouvait même se dégager ni actionner personnellement par les voies légales, sauf à fournir un « vengeur » (« *vindex* ») qui avait coutume de prendre la cause d'autrui à son profit. L'appréhension sur la personne prend un caractère abject en cas de non fourniture de « vengeur ». Dans ce cas, en effet, le débiteur est emmené au domicile du créancier pour y être enchaîné. Le procédé s'était même élargi à d'autres situations au-delà de la loi des XII Tables.

**344. L'élargissement de la mainmise par des lois ultérieures à celle des XII Tables.** L'appréhension sur la personne aux fins d'exécution ne s'est pas limitée, en droit romain, à la seule loi des XII Tables. Des situations non prévues à cette dernière ont été assimilées à

---

<sup>605</sup> V. son régime fixé par les articles 92 à 94 de l'Acte uniforme portant procédure simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA (AUVE) qui fixent son régime juridique.

<sup>606</sup> Commentarius quartus, 21 « Per manus iniunctionem aequis rebus agebatur de quibus ut itaageretur, lege aliqua cautum est, ueluti indicati lege XII tabularum. Quae actio talis erat : qui agebat, sic dicebat : QVOD TV MIHI IVDICATVS (siue DAMNATVS) ES SESTERTIVM X MILIA, QV ANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIUM IVDICATI MANVS INICIO, et simula liquam partem corporise iusprendeabat.



l'exécution d'un jugement<sup>607</sup>. Ces cas beaucoup plus larges ont été pris en considération par la loi *Publilia* d'une part et la loi *Furia* d'autre part. La première permettait de faire recours à cette procédure contre celui pour le compte duquel le répondant aurait payé, sans être remboursé dans un délai de six mois. Cette action ressemble, d'une part, à l'action subrogatoire exercée par le *solvens* subrogé dans les droits du créancier désintéressé<sup>608</sup> et, d'autre part, à celle dite récursoire et ouverte au profit de celui qui a dû exécuter une obligation dont une autre personne était tenue, contre le véritable débiteur de l'obligation afin d'obtenir sa condamnation. La seconde prévoit cette procédure pour les engagements contre celui qui aurait exigé du répondant plus que sa part virile. Celle-ci n'est pas loin de l'actuel *paiement de l'indu*<sup>609</sup>. Aujourd'hui, ces situations ne nécessitent plus une procédure aussi inhumaine pour être exécutées. En pratique, elle a été encore beaucoup plus étendue à d'autres situations qui ont fait l'objet de nombreuses lois dont la loi « *Marcia* », contre les prêteurs à intérêt en cas d'intérêts usuraires non restitués, ainsi que de la loi « *Vallia* ». La seule différence présentée par ces deux lois comparativement aux XII Tables et autres anciennes règles est qu'elles permettent au débiteur de se dégager et d'agir lui-même pour son propre compte plutôt que de fournir « *vindex* », sauf l'individu contre qui il a été jugé et la personne à qui un paiement a été effectué. Cet élargissement quotidien a favorisé sa persistance dans la durée au point où son abandon ne s'est opéré que récemment.

**345. Le caractère récent de l'abandon de la personne comme objet d'exécution des jugements.** Les modes d'exécution des décisions de justice ou autres titres exécutoires ont varié au gré de l'évolution des lois dans le temps. Si l'exécution sur la personne a prévalu dans les sociétés primitives et pratiquée dans la civilisation romaine<sup>610</sup>, elle a connu une mutation dans un sens favorable, à la préservation de la vie humaine. Mais elle n'a pas pour autant débouché sur une abrogation pure et simple de l'appréhension sur la personne et la privation de sa liberté en matière civile et commerciale. L'évolution a en effet pris par la contrainte par corps qui se rapproche de la *manus inectio* du droit romain en ce qu'elle

---

<sup>607</sup> Commentarius quartus, 22.

<sup>608</sup> V. art. 1249 et s. du Code civil actuel ; aussi G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit. V° subrogatoire.

<sup>609</sup> Il s'agit d'un paiement qui ne correspond à aucune dette ouvrant un droit de répétition, une action en restitution au profit de celui qui a payé par erreur (ou sans intention libérale et donc sans cause. Selon l'art. 1235 du code civil, « Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition ».

<sup>610</sup> J. VINCENT et J. PREVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 15<sup>e</sup> éd. Dalloz, 1984, p. 16, n° 16.

consiste en une appréhension de la personne et en la privation de sa liberté. Elle s'en détache en ce qu'elle ne débouche pas sur la traite de la personne<sup>611</sup>. Cet attachement au fond du droit qui s'étend à l'être humain a connu sa gloire, même dans un passé relativement récent, en droit français et en droit africain<sup>612</sup>. En droit français, la contrainte par corps en matière civile a connu ses lettres de noblesse sous le régime Napoléonien. Le code civil d'alors avait réglementé la matière sous ses articles 2059 à 2070 qui n'ont été abrogés qu'en 1867 par la loi du 22 juillet 1867. C'est ce qui témoigne de sa présence quelques décennies avant cette date dans le code de procédure civile intervenu plus tôt en 1806<sup>613</sup>. Plus récent encore et cette fois-ci en Afrique, les nouvelles évolutions des droits de la personne ont conduit les législateurs de l'OHADA à privilégier l'exécution sur les biens et les droits. C'est le sens de l'article 50 de l'AUVE<sup>614</sup>.

\*\*\*\*\*

**346. Le caractère historique confirmé.** La non-conformité persistante de la pratique de la loi organisant la procédure à la logique attendue est alors historique. Si, en droit moderne, on déplore la présence d'éléments de fond dans l'appréciation du droit d'agir, c'est parce que la loi elle-même l'a institué ainsi à travers le caractère légitime de l'intérêt à agir institué par l'article 31 CPC français et l'article 33 CPCCSAC du Bénin. La logique voudrait en effet que l'examen de la recevabilité de l'action ne se fasse pas sur le fondement de l'existence ou non du droit substantiel en faveur de l'une ou l'autre des parties. Mais l'examen de la légitimité de l'intérêt ne peut s'opérer sans cet appel aux éléments de fond. On vient de constater que cette anomalie existait depuis les systèmes de droit qui se sont succédés pendant des siècles à travers les attributions du préteur depuis les origines de Rome sans qu'aucune rupture nette ne soit opérée dans les différentes réformes successives jusqu'à nos jours. Mais la doctrine n'est pas toujours restée muette. Il faut préciser en effet que cette subtilité dans la pratique de la préture avait été relevée d'une autre manière, plus douce pour

---

<sup>611</sup> J. DJOGBENOU, *l'exécution forcée : droit OHADA*, 2<sup>e</sup> éd. CREDIJ, Cotonou, 2011, pp. 27-28.

<sup>612</sup> A. ROBERT, *L'évolution des coutumes de l'Ouest africain et la législation française*, Thèse Strasbourg, 1954, pp. 162 et s.

<sup>613</sup> V. ancien Code de procédure civile français de 1806 en ses articles 780 à 805.

<sup>614</sup> L'art. 50 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution dispose en effet que : « Les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par des tiers, sauf s'ils ont été déclarés insaisissables par la loi nationale chaque Etat partie. Elles peuvent également porter sur les créances conditionnelles, à termes ou à exécution successives. Les modalités propres à ces obligations s'imposent au créancier saisissant ».

être accueillie favorablement, par certains historiens du droit dont Fernand FAURE qui a beaucoup plus insisté sur l'aspect positif du rôle du préteur quant à son ingéniosité à travers les dissimulations subtiles au moyen desquelles il glissait des réformes utiles et d'heureuses innovations<sup>615</sup>. Sous ces subtilités couvaient des anomalies par extension de compétence, au-delà de ce qu'il a ainsi apporté de positif aux différents systèmes de droit dans le monde.

---

<sup>615</sup> F. FAURE, *Histoire de la préture, droit français de l'institution contractuelle*, Thèse, Faculté de droit de bordeaux, J. Durand, Bordeaux, 1878, p. 4.





## CHAPITRE 2 : UN FONDEMENT CONTEXTUEL

*« Le triomphe du libéralisme du XIX<sup>e</sup> est aussi celui du contrat ... la pratique du droit n'est jamais étrangère à la pensée dominante ... les grands courants de la théorie juridique, dont elle dépend pour une large part, ne font, en général, que refléter les tendances idéologiques du moment »*

**Frédéric ROUVILLOIS**, « Le droit », Flammarion, Paris, 1999, p. 13.

**347. L'action et le droit autrefois, une apparente confusion en réalité contextuelle.** Tout est lié au contexte. Et c'est la pensée dominante qui finit toujours par triompher sans qu'on y prenne précaution. Sur l'émission du magazine intitulé « *ORIENT* » du 17 mars 2016 à 21 heures 10 minutes sur la chaîne de télévision i24, M. AMAR posait la question de savoir en quoi la persécution de certaines communautés est aujourd'hui plus alarmante que les graves génocides<sup>616</sup> connus par le passé. A cette question, l'invité, M. De COURTOIS<sup>617</sup> répond : « *Elle est plus alarmante parce que ça se passe à notre époque tout simplement*<sup>618</sup> ». Car, depuis un certain moment, les guerres les plus horribles étaient derrière nous et le monde de paix en construction replonge subitement dans la barbarie.

**348.** « *L'action ne forme pas un bien distinct du droit ou plutôt du bien lui-même auquel ce droit s'applique...* ». Cette définition de l'action en justice donnée par DEMOLOMBE au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle a cristallisé le caractère substantiel de cette notion. Il s'agit là d'une conception substantielle, à la limite matérialiste, qui confond *notion processuelle* et *fond du*

---

<sup>616</sup> Génocides arméniens, la guerre du Liban, le génocide rwandais (plus récent), etc.

<sup>617</sup> M. Sébastien DE COURTOIS est reporter, écrivain et spécialiste des minorités chrétiennes du Proche-Orient, auteur entre autres de « *Sur les fleuves de Babylone, nous pleurons* », publié aux éditions Stock. Sur l'émission de M. Cyril AMAR (Journaliste, animateur i24), il était invité avec M. Jean-Michel CADIOT, aussi écrivain, journaliste, spécialiste du Proche-Orient et auteur entre autre aussi de « *Petit lexique pour comprendre les chrétiens d'Orient* », publié aux éditions Eric BONIER.

<sup>618</sup> S. DE COURTOIS, « Chrétiens d'Orient : crépuscule ? », dans « *'ORIENT le Mag'* » (Un Magazine hebdomadaire télévisuel sur i24), *Le rendez-vous du Moyen-Orient et du Maghreb*, 10<sup>e</sup> numéro, première partie, Paris, jeudi 17 mars 2016.

*droit*, du moins, à ne considérer que cette portion de l'affirmation. BERGSON, HUSSERL ont montré que les données scientifiques sont perçues à partir de cette connaissance ordinaire et ordonnatrice qui, si l'on se réfère à la théorie de l'âme d'Aristote<sup>619</sup>, peut recevoir le nom de « *sens commun* »<sup>620</sup>. Par-delà cet aspect, toutes autres conceptions ne pourraient être innocentes et n'interviendraient pas *ex nihilo*. « *Le triomphe du libéralisme du XIX<sup>e</sup> a aussi été celui du contrat ... la pratique du droit n'est jamais étrangère à la pensée dominante, ... les grands courants de la théorie juridique, dont elle dépend pour une large part, ne font, en général, que refléter les tendances idéologiques du moment*<sup>621</sup> ». Comme quoi, les interprétations sont, pour une large part, influencées tant par l'environnement sociopolitique, juridique et économique que par les tendances philosophiques ou doctrinales du moment.

**349.** DEMOLOMBE a, en effet, été « *accusé* » d'avoir donné une définition de l'action, qui aurait créé une confusion entre action et droit substantiel. Au fond, confondait-il réellement le droit et l'action en justice ? Nul ne peut sacrifier sa conviction, c'est-à-dire l'idée qu'il se fait de la raison, de la vérité, du droit, en dépit de l'influence de l'environnement philosophique intellectuelle que l'on ne peut plus nier. Mais, au-delà, cette prétendue confusion a été un véritable essor dans les critiques concernant l'influence du droit substantiel dans l'appréciation procédurale du droit d'agir en justice. C'est justement cet effet prépondérant qui appelle qu'on consacre une part importante de cette étude à la théorie de DEMOLOMBE et à sa critique.

**350.** La doctrine tant classique que moderne aura jeté sur elle son dévolu : la première, pour la relayer et y adhérer, la seconde pour l'interpréter, la commenter et la critiquer sans pour autant prendre en compte le contexte en vue d'en faire de profondes analyses véritablement

---

<sup>619</sup> Thomas d'AQUIN, *Commentaire du De Anima d'Aristote*, l. 2, chap. 1, n° 233. D'après ARISTOTE, la définition la plus commune de l'âme, c'est-à-dire celle qui convient à toutes les âmes, est la suivante : « *L'âme est l'acte premier d'un corps organisé* » (V. ARISTOTE, « *De anima* », n° 412a27). De manière distinctive des êtres vivants, l'âme du végétal se rapporterait selon lui à la *génération* et à l'*alimentation*. C'est en cela qu'il écrit : « *L'âme du végétal est ce qui engendre un être semblable selon l'espèce* » (ARISTOTE, Op. cit. 416b20). L'âme de l'homme et de l'animal enfin se distinguerait en ce qu'elle est *une puissance de connaître*. C'est donc par la connaissance, c'est-à-dire la manière d'être d'une certaine façon des choses connues, que se définit l'âme animale et humaine : « *L'âme est d'une certaine manière toute chose* » (De Anima, trad. BODEUS, 431b20). A noter que ces différentes distinctions ont permis plus tard aux commentateurs d'établir trois espèces d'âme à savoir : l'âme végétative, l'âme sensitive et l'âme intellectuelle.

<sup>620</sup> A. SANCHEZ DE LA TORRE, *Qu'en est-il de la réalité du droit ?*, Archives de philosophie du droit, n° 43, 1999, pp. 13-25.

<sup>621</sup> V. citation *supra*.

objectives et inclusives. Le vrai débat scientifique n'a-t-il pas pendant longtemps été esquivé au profit des discussions autour de la confusion, en pratique, entre action et droit ?

**351. Une méthode, un objectif.** La précédente question projette de quoi fixer, dès l'abord, l'objectif de ce chapitre et la méthode pour y parvenir : montrer que DEMOLOMBE a juste été *pris aux mots* à travers ses expressions qui ne reflètent en réalité que les grands courants de la théorie juridique, l'environnement sociopolitique et les tendances idéologiques du moment. Le véritable sens de sa théorie dite classique sera révélé par une sémantique claire de cette dernière. La doctrine moderne ne semble pas en effet avoir pris en compte le contexte philosophique, politique, économique et même juridique dans lequel l'auteur est parvenu à une telle conception de l'action en justice qui semble uniquement issue de réflexions théoriques, mais qui n'en est aucunement, vu qu'au fond, la référence à la pratique procédurale du moment témoigne de tout son caractère empirique resté jusque-là esquivé, nous semble-t-il. C'est en cela qu'il ne serait pas moins utile d'examiner les conditions dans lesquelles la formule a été utilisée en procédant à une contextualisation de cette définition tant critiquée (**section 1<sup>ère</sup>**) afin d'identifier la réelle affirmation de DEMOLOMBE sur la notion d'action en montrant le caractère incompris de son constat (**section 2**).

### ***SECTION 1<sup>ère</sup> : La contextualisation de la confusion prétendue du droit et de l'action par DEMOLOMBE***

**352. De quelques éléments du contexte.** Les études sur les aspects théoriques concernant l'action en justice sont relativement très récentes et les constructions systématiques n'ont été développées qu'à partir du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>622</sup>. Déjà, au début du XIX<sup>e</sup> est né *la philosophie du droit* avec HEGEL à travers son ouvrage intitulé « *Éléments de philosophie du droit* » et couramment nommé « *Philosophie du droit* » publié en 1821<sup>623</sup>. Le domaine n'était pas encore aussi abondamment exploité<sup>624</sup>. Le contexte philosophique était, à cette époque, marqué à la fois par le positivisme et l'utilitarisme. Un positivisme logique qui procède d'une analyse axée sur *la réalité pratique* y compris sûrement les pratiques procédurales en matière d'action en justice, des faits interprétés suivant le raisonnement fondé sur la rigueur

---

<sup>622</sup> FOURNEAUX, op. cit. p. 79.

<sup>623</sup> G. W. F. HEGEL, *First published Thu Feb 13, 1997; substantive revision Tue Aug 4, 2015*

<sup>624</sup> HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Trad. de l'Allemand par André KANAN, Préf. de Jean HYPPOLITE, Éd. Gallimard, 1940, p. 8.



de la logique, à l'exclusion de toute considération métaphysique et extra juridique. A cela s'ajoute un utilitarisme fondé sur *l'éthique conséquentialiste* qui n'admet comme seule règle morale de guide que le principe *d'utilité* : "*le plus grand bien* "; ou encore : agir de telle sorte que le résultat prévisible produise le maximum de "*bien*". Dans une telle condition, il semble aisé d'orienter toute action sur le bien, que ce soit simplement dans son aspect substantiel, ou encore plus, dans son aspect matérialiste, sans oublier que, dans le même temps, le matérialisme selon lequel il n'y a d'autre substance en toute chose que dans la matière, prenait de l'ampleur. Parfois opposée au réalisme, cette philosophie est utilisée comme une arme argumentative par les philosophes qui se sont opposés à l'idéalisme encore dominant en philosophie jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle.

**353.** Dans le même temps, il faut se rappeler que, quelques décennies plus tôt, l'humanité entrait dans le fameux siècle des lumières<sup>625</sup> que TAINÉ définit comme un « *âge de raison* » de l'humanité. Le siècle des lumières était une étape unique, par son caractère comme par sa date, dans l'histoire de l'esprit humain<sup>626</sup>. Ce sont autant de *facteurs favorables à l'identification de l'action au droit à travers les faits* et non une idée conçue par un auteur (paragraphe 1). Cette identité a suscité *des critiques qui ne sont pas sans fondement* (paragraphe 2), encore qu'elles ne se sont accentuées que plus tard, preuve que le contexte d'alors était vraiment une sorte de caution naturelle.

### **Paragraphe 1<sup>er</sup> : Les facteurs favorables à l'identification en pratique de l'action au droit**

**354. Du contextualisme ?** La question pourrait se poser. Mais la réponse est négative. Il ne s'agit pas de verser dans une sorte de *contextualisme*<sup>627</sup> exagéré qui consiste à interpréter, examiner ou analyser toute situation, théorie, idée ou concept juridique à l'aune du contexte (philosophique, historique, sociopolitique, économique, juridique, sociologique, doctrinal) du moment, indépendamment de toute réflexion ou considération *jus naturaliste* ou

---

<sup>625</sup> V. J. ROGER, « La lumière et les lumières », Communication de M. Jacques ROGER (Tours) au XIX<sup>e</sup> Congrès de l'Association, le 27 juillet 1967, In *Cahiers de l'Association internationale des études françaises*, 1968, n°20, pp. 167-177, Spéc. p. 167.

<sup>626</sup> V. TAINÉ, *Origines de la France contemporaine*, Vol. III, tome II, p. 2.

<sup>627</sup> K. LEWIS, *Insaisissable connaissance*, 1995, trad. fr. dans Dutant et Engel, eds, *Philosophie de la connaissance*, Paris, 2005 ; V. aussi Claudine TIERCELIN, *Métaphysique et philosophie de la connaissance*, pp. 625-648.

métaphysique. Il sera juste question d'évoquer quelques-uns de ces mouvements susceptibles d'avoir quelque influence sur l'élaboration des théories, surtout, pour ce qui nous concerne, de l'orienter dans le sens de la pratique.

**355.** Une conception pratique et empirique de la voie de droit que constitue l'action a toujours existé et son étude se trouve conforme avec celle de la pratique procédurale. Avec l'absence d'une définition clairement énoncée par la loi, le domaine de la procédure étant dévolue à la doctrine, cette dernière n'a alors de repère que dans les pratiques et événements qui forment un contexte pouvant orienter les idées. Le XIX<sup>e</sup> siècle en a connu tant au plan philosophique (A) que politico-économique (B).

### A. Le contexte philosophique du XIX<sup>e</sup> siècle

**356.** La définition de l'action comme un bien ne manquait pas d'origine philosophique. Et avec le lien incontestable entre l'historique et le contemporain, on peut remonter plus loin à ARISTOTE pour constater que *l'Éthique à Nicomaque* se propose de rechercher le sens ultime de la vie humaine et le trouve dans le souverain bien, c'est-à-dire le bonheur, le réel<sup>628</sup>. Au XIX<sup>e</sup> siècle, l'identification semble facilitée par une pensée occidentale orientée par *le positivisme* (1) et *l'utilitarisme* (2).

#### 1. L'influence du positivisme dans la pensée occidentale du XIX<sup>e</sup> siècle

**357. La pensée de DEMOLOMBE, expression d'une idée, au fond, positiviste.** La pensée juridique occidentale au XIX<sup>e</sup> siècle subissait le déclin du positivisme formaliste à travers les limites sur lesquelles il butait à l'époque en faveur du positivisme factualiste, que ce soit dans le domaine du droit privé ou de celui du droit public<sup>629</sup>. C'est dans cette même perspective que l'auteur disait : « ... Mais (...) aujourd'hui, chacun peut exercer ses droits en justice, chacun peut intenter des actions sans permission préalable »<sup>630</sup>. Tel est le constat de DEMOLOMBE sur la pratique procédurale qui fonde son idée. L'auteur se réfère là à la réalité des pratiques procédurales de l'application faite du droit positif. Cette dernière se veut ainsi du positivisme factualiste et n'entend donc fonder sa théorie que sur les données

---

<sup>628</sup> V. ARISTOTE, « L'éthique à Nicomaque (V. Équité correctrice) », in Frédéric ROUVILOIS, *Le droit*, op. cit. p. 45.

<sup>629</sup> O. JOUANJAN, *Présentation de R. V. IHERING, La lutte pour le droit*, éd. Dalloz, Paris 2006, p. IX.

<sup>630</sup> *Ibid.*

extérieures à la raison, mais aussi et surtout sur la raison expérimentale, la nature observable et causale. Et cela faisant, il ne fait que se conformer à la philosophie de l'environnement juridique. *Le caractère pragmatique et expérimental de la théorie de DEMOLOMBE sur l'action en justice n'est donc pas intervenu ex nihilo. L'environnement philosophique du moment a certainement favorisé l'orientation des idées et le choix des mots pour l'exprimer.* Il a fortement marqué la plupart des domaines de la pensée occidentale du XIX<sup>e</sup> siècle, exerçant par la même occasion une forte influence aussi bien sur l'empirisme logique que sur le marxisme. Cette influence a sans doute laissé transparaître les réalités pratiques dans les pensées scientifiques d'alors. Le terme *positivisme* désigne en effet un ensemble de courants qui considèrent que seules l'analyse et la connaissance des faits vérifiés par l'expérience peuvent expliquer les phénomènes du monde. La certitude est exclusivement fournie par l'expérience scientifique.

**358.** Le terme avait à l'origine connu un développement dans les œuvres des auteurs tels que HUME, D'ALEMBERT, TURGOT et CONDORCET considérés comme faisant partie des premiers représentants du positivisme. Mais, dans les années 1830, sous l'impulsion de la pensée d'Auguste Comte dont il dérive principalement, le *positivisme scientifique* a pris corps dans son cours de philosophie positive<sup>631</sup> dont la définition la plus complète est donnée par le Littré<sup>632</sup>. Il a, dans son évolution, pris une forme religieuse au milieu de ce même XIX<sup>e</sup> siècle avant de prendre la forme juridique « *le positivisme juridique* », doctrine juridique dans laquelle le droit se réduit au droit positif tel qu'il est décrit dans les codes<sup>633</sup>. Le

---

<sup>631</sup> A. Comte, *Cours de philosophie positive*, 1830-1842.

<sup>632</sup> É. LITTRÉ, *Auguste Comte et la philosophie positive*, D'après le Littré, « La philosophie positive est l'ensemble du savoir humain, disposé suivant un certain ordre qui permet d'en saisir les connexions et l'unité et d'en tirer les directions générales pour chaque partie comme pour le tout. Elle se distingue de la philosophie théologique et de la philosophie métaphysique en ce qu'elle est d'une même nature que les sciences dont elle procède, tandis que la théologie et la métaphysique sont d'une autre nature et ne peuvent ni guider les sciences ni en être guidées ; les sciences, la théologie et la métaphysique n'ont point entre elles de nature commune. Cette nature commune n'existe qu'entre la philosophie positive et les sciences. Mais comment définirons-nous le savoir humain ? Nous le définirons par l'étude des forces qui appartiennent à la matière, et des conditions ou lois qui régissent ces forces. Nous ne connaissons que la matière et ses forces ou propriétés ; nous ne connaissons ni matière sans propriétés ou propriétés sans matière. Quand nous avons découvert un fait général dans quelques-unes de ces forces ou propriétés, nous disons que nous sommes en possession d'une loi, et cette loi devient aussitôt pour nous une puissance mentale et une puissance matérielle ; une puissance mentale, car elle se transforme dans l'esprit en instrument de logique ; une puissance matérielle, car elle se transforme dans nos mains en moyens de diriger les forces naturelles ». Voilà qui, une fois encore, met l'accent sur la matière, le matériel, une orientation à laquelle se trouve conforme la théorie de DEMOLOMBE en ce qui concerne sa théorie sur l'action qu'il trouve n'étant rien d'autre que le droit substantiel lui-même.

<sup>633</sup> D. SOSSA et J. DJOGBENOU, *Introduction à l'étude du droit : perspectives africaines*, Ed. CREDIJ, pp. 103-110.

principal représentant de ce courant est KELSEN<sup>634</sup> qui, au-delà du fait qu'il isole la norme juridique de tout rapport à la morale, aux idéologies, à la métaphysique, au droit naturel et aux faits historiques ou sociaux. Il entend, à travers sa théorie sur le normativisme, dégager un principe qualitatif de la juridicité par une recherche des conditions de validité de la norme. On constate par-là que DEMOLOMBE a quelque peu devancé ce courant qui n'a évolué que pour se rattraper lorsqu'on sait à travers WALINE que le positivisme juridique postule la séparation de la philosophie et du droit, du positif et de l'idéal, du réel et du métaphysique, des fait et de la morale. A travers ses idées, on peut constater que DEMOLOMBE n'a donc pas proposé une nouvelle définition de l'action en justice ; il a juste, dans un environnement dominé par le positivisme surtout factualiste, déploré ce qu'elle tend à être au vu de la réalité.

**359. Une idée proche du positivisme logique.** Cette étude, telle qu'il est précisé en introduction, est guidée par une philosophie qui se veut à la fois libéraliste et logique, et l'idée de DEMOLOMBE ne s'y écartait guère. En s'insurgeant contre l'exercice des actions en justice « *sans permission préalable* », l'auteur semble insister sur la nécessité de procéder à l'examen de la recevabilité de manière distincte d'avec l'examen du fond du droit, préoccupation fondamentale de la présente étude. C'est l'évocation d'une anomalie issue d'une analyse axée sur la réalité des pratiques procédurales en matière d'action en justice. Tel le positivisme logique, une analyse de cette nature est axée sur des faits interprétés par le raisonnement fondé sur la rigueur de la logique à l'exclusion de toute considération métaphysique et extra juridique. La logique d'un tel raisonnement voudrait que l'action soit jugée recevable par préalable au fond. Et c'est d'ailleurs ce qui est admis en droit de procédure tant en droit romain qu'en droit moderne dans son état actuel de sorte que n'accède au fond que l'action recevable. Mais, en pratique, interviennent des éléments d'appréciation du fond dans l'examen de l'existence du droit d'agir, ce que déplore l'auteur qui, en réalité, fustige le caractère trop utilitariste, du moins en pratique, du sens donné de l'action.

---

<sup>634</sup> D. NANAÏ, *Profil de la configuration conceptuelle du positivisme kelsenien*, p. 220

## 2. La conception utilitariste de l'action en justice au XIXe siècle

**360. L'utilitarisme dans le caractère substantiel de l'action en justice.** Le caractère substantiel de l'action en justice prôné par DEMOLOMBE à travers la confusion entre le droit substantiel et l'action peut aussi trouver une explication dans les controverses sur l'idée d'une justice ayant en soi une réalité substantielle<sup>635</sup>. Tout part du besoin de justice et c'est ce besoin qui, d'ailleurs, établit un lien entre action et justice conduisant à l'appellation « *action en justice* ». Au-delà d'être pris comme « *action devant une institution judiciaire* », l'expression signifie aussi une « *action en vue de justice* » ; présence d'injustice donc, du moins, prétendue présence d'injustice. En considérant l'idée de CARBONNIER sur la notion, on voit bien que l'action en justice est une exhortation, un cri d'alarme, même s'il s'opère en douceur, contre une ponctuelle injustice<sup>636</sup> d'autant plus qu'elle est pour la doctrine classique le critère même du droit qui lui assure sa réalisation, en même temps qu'elle constitue sa finalité essentielle et le fondement de l'obéissance qui lui est due<sup>637</sup>. La vérité étant souvent inaccessible à la raison, il y a lieu de se tourner vers l'autorité afin d'obtenir satisfaction, ce qui compte pour le plaideur, le droit lui-même que DEMOLOMBE confond à l'action en justice. Il s'agit en réalité d'une conception utilitariste telle que décrite par la doctrine scientifique depuis le siècle des lumières<sup>638</sup>. Jeremy BENTHAM, précurseur de l'utilitarisme moderne expose en effet le concept central d'utilité de la manière suivante : « principe qui approuve ou désapprouve toute action en accord avec la tendance à augmenter ou à diminuer le bonheur de la partie dont l'intérêt est en question<sup>639</sup> ».

---

<sup>635</sup> V. GOLDSCHMIDT, « L'utile et le juste », In *Archives de philosophie de droit*, Tome XXIV, Ed. Sirey, Paris, 1981, p. 84.

<sup>636</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, Thémis, Droit privé, PUF, 2<sup>e</sup> éd. refondue, Paris, 1996, p. 318. « Celui qui agit (*actor*, demandeur) crie justice, se plaint que son droit ait été méconnu, lésé par celui (*reus*, défendeur) qu'il traîne devant le juge ; et il demande que tout soit remis dans l'ordre ».

<sup>637</sup> F. ROUVILLOIS, *Le droit, Corpus GF Flammarion*, Paris, 1999, p. 25.

<sup>638</sup> V. R. JACQUES, « La lumière et les lumières », In *Cahiers de l'Association internationale des études françaises*, 1968, Vol. 20, n° 1, pp. 167-177. Le siècle des Lumières est un mouvement intellectuel lancé en Europe au XVIII<sup>e</sup> siècle (1715-1789), dont le but était de dépasser l'obscurantisme et de promouvoir les connaissances. Des philosophes et des intellectuels encourageaient la science par l'échange intellectuel, s'opposant à la superstition, à l'intolérance et aux abus des Églises et des États. Le terme de « Lumières » a été consacré par l'usage pour rassembler la diversité des manifestations de cet ensemble d'objets, de courants de pensée ou de sensibilité et d'acteurs historiques.

<sup>639</sup> J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, (Chapitres I-V), in *L'utilitarisme et la liberté : y compris l'Essai de Mill sur Bentham et les sélections des écrits de J. BENTHAM et J. AUSTIN*, 2<sup>e</sup> éd. M. Warnock, Blackwell Ltd, Oxford, Royaume-Uni, Avr. 2008.

**361. Un utilitarisme spécifique.** Bien qu'on puisse en voir des prémices dans l'antiquité, l'utilitarisme n'est réellement mis en place qu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle suite à un héritage des Lumières et une profonde influence de l'empirisme anglais<sup>640</sup>. Initialement collectiviste, l'utilitarisme avait une conception qui l'oppose à l'égoïsme, à l'individualisme et, de ce fait, insiste sur le fait qu'il faut considérer le bien-être de tous et non le bien-être de l'acteur seul. Il se conçoit donc en doctrine moderne comme une éthique devant être appliquée tant aux actions individuelles qu'aux décisions politiques et tant dans le domaine économique que dans les domaines sociaux ou judiciaires. Ce dernier domaine nous intéresse car il constitue l'espace où s'exprime l'action en justice aux fins de jouissance des droits subjectifs qui sont pour la plupart données dans l'intérêt de leur titulaire, comme autant de moyens permettant à celui-ci de satisfaire à ses propres besoins<sup>641</sup>. Celui qui transparaît dans la définition de DEMOLOMBE semble relatif à sa conception *conséquentialiste* selon laquelle l'évaluation de toute action s'opère uniquement en fonction des conséquences escomptées. Or, l'expression « *action en justice* » fait de la justice une conséquence directe de l'action dont l'une des conditions les plus importantes pour y être autorisé est l'intérêt à agir défini tant par les classiques que par les modernes comme le profit, l'avantage ou l'utilité que l'exercice de l'action est susceptible de procurer à celui qui en prend l'initiative. Ce but une fois atteint, c'est la justice, selon le plaideur. On peut évaluer la décision en fonction de ses conséquences prévisibles, en termes de la balance bénéfice/dommage ou bénéfice/fardeau probable du résultat. Dans cette perspective, ce qui rend l'action bonne, c'est le caractère

---

<sup>640</sup> Ch. ARNSPERGER, Ph. VAN PARIJS, *Éthique économique et sociale*, Coll. « *La Découverte* », Ed. « *Repères* », Paris, 2003, p. 15. Aussi, les empiristes anglais rejettent-ils l'idée de connaissances innées. Ces philosophes supposent que l'esprit de l'enfant est une "feuille vierge", une "table rase" et que son contenu provient de l'expérience sensorielle du monde extérieur. Ce contenu est fait de sensations, d'images et d'idées. Ces premiers énoncés donnent le coup d'envoi à la théorie associationniste de l'apprentissage, théorie où l'on suppose que des impressions se dégagent des choses sensibles pour se transformer en images mentales. De plus, ces images se regroupent selon la ressemblance, la contiguïté et la répétition. Des idées naissent d'autres idées, et ce, par association. On peut se référer aux philosophes anglais, fondateurs de l'empirisme moderne des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles : John LOCKE avait posé les bases de la théorie associationniste selon lesquelles les idées s'associent sous l'influence de la contiguïté, de la ressemblance, de l'opposition ; quant à David HUME, il avait postulé que l'esprit de l'enfant est, au départ, "une feuille vierge". Il précise que son contenu peut se constituer de sensations, d'images, d'idées provenant du monde extérieur, et ce, par l'intermédiaire de la perception sensorielle. » Voir Dubé (1990) p.37-38. C'est toutefois grâce à l'apport de John Stuart Mill (1806-1873) que l'utilitarisme devint une philosophie élaborée capable d'aborder dans les détails les questions de politique, de législation, de justice, d'économie, mais aussi de liberté sexuelle, d'émancipation des femmes, etc. Suite à Stuart Mill, Sidgwick (1833-1900) fut le principal auteur de la systématisation de la doctrine utilitariste. Par la suite, de nombreux philosophes, généralement anglo-saxons, ont développé et enrichi la pensée utilitariste. Richard Mervyn Hare, Peter Singer, Richard Layard font partie des plus célèbres.

<sup>641</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, Préf. Christian ATIAS, Ed. Dalloz, 1952, Réed. Dalloz, Paris, 2008, p. 217.

globalement positif du résultat escompté. Sous sa forme la plus radicale, l'éthique conséquentialiste ici décrite s'appelle utilitarisme et n'admet alors comme seule règle morale que le principe d'utilité : "le plus grand bien pour le plus grand nombre"; ou encore: agis de telle sorte que le résultat prévisible produise le maximum de "bien" et le minimum de "mal", étant entendu que le "bien" et le "mal" sont à évaluer de façon impersonnelle et impartiale.

**362. Une conception *a priori* forcée.** En dépit de ce que sa conception, ci-dessus indiquée, exerce une forte influence sur le bonheur de chacun, la justice perçue comme une réalité substantielle a toutefois été combattue. Et c'est plutôt l'utilité qui semble se substituer à la justice prise comme fondement de l'ordre juridique tant en amont vis-à-vis du législateur à l'élaboration de la règle de droit, qu'en aval dans son application ou son exercice par le sujet de droit. Déjà en 1764, BECCARRIA observait qu' « il faut se garder d'attacher à ce mot de justice l'idée de quelque chose de réel, comme une force physique ou un être vivant. C'est une simple conception des hommes<sup>642</sup> ». Pour cet auteur, si le juste ne désigne en réalité que ce qui est utile, l'injuste quant à lui ne désigne que ce qui est nuisible<sup>643</sup>. L'utilitarisme s'est surtout développé en Angleterre avec Jeremy Bentham (1748-1832) qui en est le père, John Stuart Mill (1806-1873) et Herbert Spencer (1820-1903).

## **B. Les motivations politico-économiques**

**363.** Le libéralisme économique issu de la Révolution française a d'abord renforcé les théories subjectivistes, qui ont été alors poussées à l'extrême<sup>644</sup>. C'est là une preuve que l'évolution des doctrines ne doit pas être considérée comme le fait unique d'efforts spéculatifs des auteurs. Plutôt que de croire qu'il s'agisse de réflexions issues de données relativement immuables dans un champ intellectuel clos, il y a lieu de reconnaître la place de la lutte pour le libéralisme (1) favorisée par la montée du communisme et la quête de la protection de l'individualisme, puis la propension au matérialisme (2) qui ont été de véritables facteurs d'un environnement politico-économique favorable aux théories subjectivistes.

---

<sup>642</sup> C. BECCARRIA BONESANA, *Des délits et des peines* (En italien, *Dei delitti e delle pene*), Lyon, ENS Éditions, 2009,, 1764, p. 10.

<sup>643</sup> C. BECCARRIA BONESANA, op. cit. p. 5.

<sup>644</sup> FOURNEAU, op. cit. p. 78.

## ***1. La lutte pour le libéralisme***

**364. La montée du communisme.** L'évolution de la société dans une sorte de communauté nationale de biens n'est pas de nature à favoriser l'épanouissement des actions en justice, que ce soit du côté de la doctrine que de celui de la pratique. Il s'agit d'une situation qui a pour corollaire le peu d'importance accordée à la chose procédurale. Au XIX<sup>e</sup> siècle, le phénomène prit une ascendance avec l'apparition du communisme qui tend à laisser le plus grand nombre de biens communs entre les hommes et à les soustraire à l'appropriation individuelle contrairement au libéralisme moderne qui veut que chaque bien ait son maître qui le détienne intégralement par le droit de propriété<sup>645</sup>. Seul ce dernier paraît favorable à l'individu dans la prise d'initiatives pour se faire reconnaître des droits. Avec le communisme en effet, le commun prime sur le catégoriel, voire sur le particulier tel le droit au sens du droit objectif<sup>646</sup>. L'individualisme, quant à lui, s'épanouit dans le libéralisme.

**365.** En politique, l'individualisme accorde la primauté à l'individu, à l'initiative privée et souhaite réduire l'Etat au strict minimum de veille, d'organisation et de régulation. Il s'oppose à l'étatisme, au collectivisme et surtout, au communisme qui a connu un essor au XIX<sup>e</sup> siècle par son entrée dans le vocabulaire du socialisme. Il se rattache en particulier aux œuvres de Karl MARX et de Friedrich ENGELS qui l'ont repris à leur compte en 1848 dans le *Manifeste du Parti communiste*. Par extension, on lui attribue aussi l'école de pensée marxiste.

**366. La quête de protection de l'individualisme.** En sociologie, l'individualisme met en avant les droits et les responsabilités de l'individu, considérant que les institutions sociales n'existent que pour le bien de l'individu. En soutien à cette idée, on peut se référer à la tradition individualiste qui, depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle, attribue la protection de l'individu comme objectif ultime. Cette tradition part de l'idée que l'homme est antérieur à la société et de ce que cette dernière est faite par l'homme et pour l'homme et non l'inverse<sup>647</sup>. De plus, la notion de droit, conçu comme l'attribut d'un sujet et non plus comme rapport aux autres, s'exprime à travers les concepts de droits subjectifs et de droits de l'homme. Dans ces

---

<sup>645</sup> M. VILLEY, op. cit. p. 89.

<sup>646</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, Thémis droit privé*, PUF, 2<sup>e</sup> éd. Paris, 1996, p. 178.

<sup>647</sup> B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, 1<sup>re</sup> éd. Dalloz, 1999, p. 30, n° 19.



conditions, l'action en justice apparaît comme le moyen le plus efficace susceptible d'offrir un cadre adéquat aux individus pour la mise en œuvre de procédures juridiques devant des structures étatiques établies à cet effet, en l'occurrence, l'administration judiciaire en vue de jouir desdits droits.

**367.** Il faut préciser que les fins du droit, pensées depuis l'élaboration de la règle de droit existent sous deux catégories : les fins individuelles et les fins collectives. Dans un but de clarté, OPPETIT a opéré par un questionnement multiple, voire infini<sup>648</sup>. Ainsi, tels les nominalistes et les utilitaristes, l'idée de justice comme n'étant qu'une idéologie masquant la poursuite par chacun de ses intérêts personnels devrait être répudiée. Il aboutit, contrairement à DEMOLOMBE, à la conclusion selon laquelle : « ... *il (le droit) n'est pas une essence, c'est-à-dire il n'y a pas une substance du droit, ou encore il est d'ordre relationnel* <sup>649</sup> ». Dans cette idée, il s'agit bien-sûr du droit en général. Or, la théorie de DEMOLOMBE s'inscrit dans le droit subjectif et, plus encore, elle est orientée vers le droit substantiel dans ses aspects individualiste, utilitariste et, d'une certaine mesure, matérialiste.

## ***2. La propension matérialiste***

**368. POTHIER et DEMOLOMBE et le matérialisme.** Au XVIII<sup>e</sup> siècle, si le jansénisme gallican et la piété qui ont caractérisé POTHIER l'ont poussé à mépriser et à s'indigner par rapport à la richesse matérielle et la philosophie des lumières<sup>650</sup>, c'est aussi parce que le matérialisme commençait à prendre des proportions importantes. Pour DEMOLOMBE : « *L'action ne forme pas un bien distinct du droit ou plutôt du bien lui-même auquel ce droit s'applique.* ». Tantôt associée au réductionnisme, tantôt au réalisme, elle est utilisée comme une arme argumentative par les philosophes qui se sont opposés à l'idéalisme, encore dominant en philosophie jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Ce qui s'oppose ainsi à l'idéalisme dans cette conception de DEMOLOMBE est la réalité dans le droit d'agir. La réalité du droit pourrait être considérée en prenant comme point d'observation intellectuelle les caractères

---

<sup>648</sup> B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, op. cit. pp. 28 et s. Pour permettre au lecteur de mieux cerner la différence entre l'individuel et le collectif, l'auteur a élaboré une multitude de questions autour des deux catégories : bien public ou intérêts privés ; la puissance de la nation ou le progrès de l'humanité. Un but idéal ou les satisfactions matérielles ? L'ordre et l'autorité ou l'épanouissement individuel ? La sécurité ou l'équité ? La stabilité ou le mouvement ? L'utilitarisme et l'hédonisme individuel ou l'harmonie sociale ? ... ».

<sup>649</sup> B. OPPETIT, op. cit. p. 31.

<sup>650</sup> Ph. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, 2<sup>e</sup> éd. Cujas, Paris, 2001, p. 104.

spécifiques du monde de réalité propres au droit. DEMOLOMBE est plutôt dans une analyse de la réalité matérielle de la notion d'action telle que pratiquée au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. Et cette conception n'est pas loin de celle qui prend le matérialisme comme manière de vivre, un état d'esprit orientés vers la recherche des satisfactions et des plaisirs matériels<sup>651</sup>.

**369. Le constat d'une conception matérialiste.** La conception de DEMOLOMBE semble conforme à la considération selon laquelle la réalité du droit appartient au monde, aussi réel que le monde matériel<sup>652</sup>. Avec WEBER, on retient que le monde occidental se caractérise, en effet, par une rationalisation orientée vers l'action pratique dans le monde de la fin du Moyen Âge et constitue, pour lui, l'organisation économique la plus puissante et la plus rationnelle au sens de la rationalité en finalité dans la production de biens matériels. Il est vrai qu'on peut admettre que la rationalisation du droit produit un droit formel, obéissant à la logique juridique, mais aussi un droit matériel, né d'impératifs de nature utilitaire, car la rationalité formelle ne peut totalement s'abstraire des situations concrètes<sup>653</sup>. OPPETIT parlera plus tard de la « *rematérialisation* » du droit en soutenant qu'un droit matériel ne saurait dépendre exclusivement de faits variables et contingents sans conduire à la négation même de l'idée de droit<sup>654</sup>. Il faut que l'on distingue la substance matérielle de la substance formelle, conceptuelle, inhérente à la conception que l'on se fait d'une notion, cette dernière pouvant être de nature formelle (tel le droit d'agir) ou matérielle (tel la substance du droit dans sa réalité). Ainsi, l'on pouvait affirmer avec Angel DE LA TORRE que la réalité du droit en général n'est pas toujours une « *chose* », et ne devrait donc pas être toujours pris comme une réalité matérielle. Mais, dans le même temps, il ne serait pas forcément une chose formelle, purement et simplement dématérialisée. Le formalisme du monde juridique n'est pas une forme pour la matière, mais une forme pour la culture. Et la culture même est une donnée immatérielle. Les choses appartenant au monde de la culture sont immatérielles, mais elles ont un sens, en lequel consiste leur spécification comme choses de culture, dont le substrat n'est pas une réalité matérielle, mais une certaine action humaine qui porte en soi un certain sens.

---

<sup>651</sup> Le Petit Larousse Grand Format 2010, V. *matérialisme*, sens 2.

<sup>652</sup> A. SANCHEZ DE LA TORRE, op. cit. p. 13.

<sup>653</sup> C. COLLIOT-THELENE, *Max Weber et l'histoire*, PUF, Paris, 1990, p. 66 et s. ; V. aussi M. WEBER, *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Pocket, 1990, p. 71.

<sup>654</sup> B. OPPETIT, op. cit. p. 106.

**370.** Ce n'est pas la lettre de l'expression normative, mais le sens normatif inhérent à cette expression, qui est la réalité de la norme. Ce n'est pas l'endroit où le juge a son siège, mais l'affirmation judiciaire qui définit le droit subjectif, qui rend justice à la partie lésée. Mais, ce n'est pas davantage la chose volée qui fait l'objet de la restitution; c'est plutôt le droit de propriété qui est restitué à son maître : et son droit est aussi une chose immatérielle. Seul le droit du propriétaire permet d'identifier la personne qui peut licitement prendre son usage ou disposer de sa chose selon sa volonté. Le droit d'agir est un sens immatériel qui pose son signe sur une chose matérielle (le droit substantiel), en indiquant les conditions dans lesquelles l'intéressé peut, ou non, en disposer, sous le seul contrôle de sa volonté. En cela, DEMOLOMBE paraît quelque peu en déphasage avec DE LA TORRE lorsqu'il conclut dans la lettre de sa conception que l'action n'est pas autre chose que le droit lui-même auquel elle s'applique.

## **Paragraphe 2 : Les fondements de la critique des prétendues confusions entre droit et action**

**371. Regard philosophique.** Au plan philosophique, HEGEL définissait le droit d'une façon très générale comme « l'existence de la volonté libre ». La philosophie du droit coïncide donc avec ce qui, dans l'Encyclopédie, est nommé « l'esprit objectif<sup>655</sup> ». Le droit est donc la liberté en général comme idée<sup>656</sup>. Or, il est à rappeler au passage que l'idée est pour HEGEL le concept réalisé<sup>657</sup>. Au plan légal, les deux codes (civil et de procédure civile) constituent deux événements majeurs contemporains de DEMOLOMBE et semblent, d'une manière ou d'une autre, éclairer la notion d'action (A), à travers la mise en place d'un environnement juridique adapté à une mission de recherche (B).

---

<sup>655</sup> HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Trad. de l'Allemand par A. KAAAN, Préf. de Jean HYPOLITE, Éd. Gallimard, 1940, pp. 8-9. Plus loin, on peut lire : « Le domaine du droit est le spirituel en général ; sur ce terrain, sa base propre, son point de départ sont la volonté libre si bien que la liberté constitue sa substance et sa destination et que le système du droit est l'empire de la liberté réalisée, le monde de l'esprit produit comme seconde nature à partir de lui-même (Cf. p. 57). Dans l'étude de la liberté, nous pouvons rappeler quelles étaient autrefois les démarches de la recherche : on présupposait la représentation de la volonté et on essayait d'en tirer et d'en établir une définition. Ensuite selon la méthode de l'ancienne Psychologie empirique, on se fondait sur les différentes impressions et manifestations de la conscience courante telles que le remords, le sentiment de la responsabilité qui, puisqu'ils ne s'expliquent que par la volonté libre, devenaient soi-disant preuves de la liberté de la volonté. Mais il est plus commode de s'en tenir tout simplement à cela que la liberté est une donnée de la conscience et qu'on est forcé d'y croire. La liberté de la volonté, la nature de l'une et de l'autre ne peuvent être déduite qu'en corrélation avec le tout.

<sup>656</sup> HEGEL, *Philosophie du droit*, op. cit. p. 83

<sup>657</sup> HEGEL, *Philosophie du droit*, p. 1. « La science philosophique du droit a pour objet l'Idée du droit, c'est-à-dire le concept du droit et sa réalisation ».

## A. L'environnement légal offert aux justiciables

**372. L'esprit secrète l'expression, cette dernière le révèle.** Certaines dispositions des codes napoléon l'expriment, mais il s'agit d'expressions guidées par un sens (une manière de voir) général non seulement des rédacteurs, mais aussi de l'environnement juridique commun. On y observe la distinction de l'action du droit dans sa lettre même (1). Mais quant au code de procédure civile de 1806, la même distinction se sent dans son esprit (2).

### 1. La distinction de l'action et du droit dans la lettre du code civil de 1804

**373. DEMOLOMBE et l'avènement du Code napoléon.** Le cours de DEMOLOMBE intervenait juste quatre décennies après l'avènement du code civil de 1804<sup>658</sup>. Or ce code distingue l'action du droit et il suffit de se référer à son chapitre consacré à l'effet des obligations pour s'en convaincre. Au sein dudit chapitre et précisément à la section relative à l'effet des conventions à l'égard des tiers, l'article 1341-1 du Code civil dispose : « *les créanciers peuvent exercer tous les **droits et actions** de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne* ». Il s'agit de la distinction *droits et actions* telle que reconnue plus tard par nombre d'auteurs dont Paul ROUBIER<sup>659</sup>. Il distinguait les droits subjectifs et les situations juridiques objectives d'une part, et l'action en justice qui n'est autre que le moyen qui permet d'imposer la reconnaissance et la sanction de telles prérogatives d'autre part ; BATIFFOL<sup>660</sup> qui voit dans l'action la phase finale de l'exercice des droits subjectifs. M. MOTULSKY a distingué à travers ses écrits « *Le droit subjectif et action en justice* »<sup>661</sup>, que l'action sert à faire valoir en justice des droits subjectifs. La reconnaissance de cette distinction à travers le code ne peut aucunement favoriser l'acceptation d'une définition aussi contradictoire, du moins expressément, fournie par un

---

<sup>658</sup> Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

<sup>659</sup> P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit. p. 299, où l'auteur définit l'action comme « une prérogative en vertu de laquelle une personne peut poursuivre devant les tribunaux, l'affirmation d'une prétention, qui, si elle est jugée recevable et fondée, aboutira à la reconnaissance et à la sanction des situations juridiques. ». De l'autre côté, il place au-dessus de toute discussion l'existence de deux types de prérogatives : les droits subjectifs qui regroupent le droit de propriété, le droit de créance, le droit de succession, le droit d'auteur, qui constituent des prérogatives appropriées et transmissibles, et qui sont considérés comme des biens précieux parce que assurés de la garantie de l'ordre juridique d'une part, et, des situations juridiques objectives, lesquelles font naître principalement des charges, dont l'exécution est assurée par une action en justice.

<sup>660</sup> H. BATIFFOL, *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd. n° 720, p. 804.

<sup>661</sup> H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », In *Ecrit, Etudes et notes de procédure civile*, Préf. Georges BOLARD, éd. Dalloz, 1973, Rééd. Dalloz, Paris, 2010, p. 85-86.

auteur, encore qu'il faille lever toute équivoque éventuelle susceptible d'entraver la clarté d'une telle distinction.

**374. Une distinction sans équivoque.** Il paraît toutefois nécessaire de lever l'équivoque à propos d'une certaine catégorie de *droits et actions* du champ d'application de ces dispositions de l'article 1341-1 du Code civil. En énonçant que le créancier peut exercer tous les droits et actions de son débiteur à l'exclusion de ceux attachés à la personne, ledit article paraît exhaustif sur les droits et actions, objets de ses dispositions. Il n'exclut en effet que ceux attachés à la personne : les actions d'état ou de capacité. Le droit pour un époux de demander la séparation des biens, l'action en dommages-intérêts pour un préjudice moral, la constitution de partie civile devant les tribunaux répressifs, la mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité conventionnelle d'un immeuble donné, avec interdiction de vente<sup>662</sup> ; les droits et actions réservés tels que les pensions alimentaires et prestations compensatoires,<sup>663</sup> action en réclamation ou en contestation de filiation, action en divorce.

**375.** Au demeurant, si les droits et actions détenus par l'associé ou l'actionnaire échappent à l'action oblique, la jurisprudence avait admis plus tard que le créancier d'un débiteur négligent puisse exercer à sa place une saisie-arrêt sur ses propres débiteurs par la voie de l'action oblique<sup>664</sup>. Pour plus d'efficacité, le type d'action convenable contre les droits et actions de l'associé semble être la saisie-arrêt directement exercée contre le débiteur associé sur ses droits et actions détenus par la société à laquelle il appartient. Or, ce XIX<sup>e</sup> siècle où apparaissait la définition de DEMOLOMBE était caractérisé par un vide législatif en matière de saisie des biens incorporels. Sous l'empire du Code de procédure civile de 1806, il n'existait en effet aucune disposition spéciale réglementant la saisie des droits incorporels du débiteur<sup>665</sup>. Toutefois, la saisie-arrêt sera plus tard remplacée par la saisie conservatoire et la

---

<sup>662</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 2001 n° 99-15776 ; Cass. com., 9 novembre 2004, n° 02-18617 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 mars 2005, n° 03-20968.

<sup>663</sup> V. Cass, civ 2<sup>e</sup> 27 juin 1985.

<sup>664</sup> V. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 27 mai 1970, n° 68-12449, de même que Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 23 nov. 1983, n° 79-10772.

<sup>665</sup> G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, « La saisie-vente des droits d'associé et des valeurs mobilières », In *Revue juridique de l'Ouest*, n° 4, Persée, 1994, pp. 425-450, spéc. p. 1.

saisie-attribution, dans la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 sur la réforme des procédures d'exécution<sup>666</sup>.

## **2. La séparation de l'action du droit dans l'esprit du code de procédure civile de 1806**

**376. Le code de 1806, une référence *a priori* hésitante.** Prendre le code de procédure civile comme fond d'analyse recèle quelques difficultés à plusieurs égards. D'abord, après une reconnaissance presque unanime de ses insuffisances, il a été considéré que la tâche qui consiste à les combler afin de mettre fin aux vieilles controverses devrait être abandonnée à la doctrine<sup>667</sup>. Mais il y a lieu de savoir ce que la doctrine en a fait, si ce ne sont finalement des controverses incessantes. Il n'y a pas une définition systématique, claire et sans équivoque de la notion d'action dans le code de procédure civile de 1806. Mais il est possible de lire entre les lignes afin de découvrir une distinction du droit et de l'action à travers son esprit.

**377.** Le code de procédure civile de 1806 est accusé d'être un code essentiellement formaliste qui ne contenait pas toutes les dispositions relatives à la procédure. Il faut reconnaître qu'il a essuyé de nombreuses critiques pour, entre autres, n'avoir pas pris en compte l'organisation judiciaire, avoir été issu d'un travail législatif qui aurait conduit à une œuvre purement descriptive<sup>668</sup>, toutes choses auxquelles s'ajoute le désintérêt pour les questions de pure procédure. Pour autant, malgré ces critiques, il est resté en effet plus d'un siècle sans être retouché, avant d'être définitivement abrogé en 2007 et ce, après avoir cheminé une trentaine d'années avec le nouveau mis en place depuis 1975.

**378. Un contexte qui s'impose en dépit des carences.** L'esprit du code de procédure civile de 1806 est constamment orienté vers la distinction du droit et de l'action, de l'action et de la demande, et ceci s'observe à travers l'analyse de ses toutes premières dispositions. L'article premier dispose en effet que « *Toute citation devant les juges ... énoncera sommairement l'objet et les moyens de la demande, et indiquera le juge de paix qui doit connaître de la*

---

<sup>666</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit. V° « saisie ».

<sup>667</sup> E. GLASSON et A. TISSIER, op. cit. p. 415.

<sup>668</sup> S. DAUCHY, *La conception du procès civil dans le Code de procédure de 1806*, CNRS – Université de Lille 2, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01135224>, p. 1 ; « Les observations des cours d'appel sur le projet de Code de procédure civile de l'an Actes du colloque tenu à Lille en septembre 1992XIII », In R. MARTINAGE et J.-P. ROYER (dir.), *Justice & République(s)*, Lille, 1993, p. 289-297.

*demande ...* ». On y voit d'une part, la distinction entre l'*instrumentum* et le *negotium* de l'acte que constitue la demande, et, d'autre part la distinction entre cette même demande et le droit substantiel réclamé que constitue son objet. Si l'*instrumentum* de la demande est en réalité l'actuelle assignation, ou plus généralement, l'acte qui matérialise l'exercice effectif de l'action, le *negotium* de cette même demande est, quant à lui, ce que le justiciable veut faire décider par le juge, ce que l'ancien droit romain appelait « *l'intentio* », c'est-à-dire cette courte phrase qui exprime la prétention du plaideur « *que telle chose lui appartient ou que telle somme lui est due*<sup>669</sup> ». L'emploi du terme « citation » peut peut-être sembler inadéquat. Cette expression est habituellement utilisée aujourd'hui comme mode de saisine du tribunal de police ou du tribunal correctionnel, ouvert au ministère public ou à la partie civile et qui a pour effet de mettre en mouvement l'action publique et de saisir directement (sans instruction préalable) la juridiction : on parle de citation directe<sup>670</sup>. Mais il doit être pris à travers le code de 1806 sous son sens générique où il désigne, selon le Doyen CORNU, l'acte de procédure, normalement établi par un huissier de justice, parfois par un secrétaire-greffier, destiné à inviter une partie à un litige à se présenter devant une juridiction pour faire valoir ses moyens ou aux fins de conciliation. Ainsi comprise, la citation (ou l'assignation) est une chose et son contenu (le *negotium* de la demande) en est une autre. De plus, elle doit énoncer son objet, c'est-à-dire le droit substantiel objet de litige. La distinction de l'action et de la demande est d'autant plus évidente que le requérant pouvait ne pas saisir la juridiction, bien que son droit d'agir existe juridiquement. Dans le même temps, cette même disposition évoque la nécessité des moyens qui doivent venir en appui à la demande (dans son *negotium*) ; c'est une preuve que l'action pouvait exister sans que le droit ne puisse être reconnu en cas de moyens d'appui peu convaincants.

## **B. L'environnement juridique à la disposition des juristes**

**379. Un environnement fait de carences.** Dans l'obscurité la plus profonde, toutes les formes sont permises, pourra-t-on affirmer. En même temps, le droit judiciaire ne cesse d'évoluer et seule une notion incluant le mouvement a quelques chances de durer avec cette possibilité d'ouvrir des perspectives d'avenir. Or, il s'agit d'un mouvement qui fait intervenir

---

<sup>669</sup> M. VILLEY, *Le droit romain*, op. cit. p. 33.

<sup>670</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit. V° *citation*.

plusieurs paramètres susceptibles d'induire une instabilité perpétuelle de la doctrine (1) augmentant ainsi la manifestation du manque d'intérêt de la chose procédurale (2).

### *1. Une instabilité doctrinale continue*

**380. La continuité dans la confusion entre action et droit.** Si, aujourd'hui, elle ne fait pas spécifiquement partie des différentes listes systématiquement établies de notions indéterminées, de notions à contenu variable, de notions floues, de notions critiques, de notions confuses...<sup>671</sup>, l'action en justice est resté pendant longtemps floue<sup>672</sup> et n'avait pas été clairement définie dans le code de 1806 alors en vigueur à l'époque<sup>673</sup>. Aussi, entre l'ordonnance de 1667 et le code de procédure civile de 1806, POTHIER, ancien Conseiller au Présidial d'Orléans du XVIII<sup>e</sup> siècle, n'a-t-il pas repris cette double signification de la notion d'action lorsqu'il prenait la notion d'action en justice comme étant aussi bien « *le droit de poursuivre ce qui est dû ou ce qui nous appartient* » que « *l'exercice de ce droit* ». Voilà qui prouve le caractère continu et multi-séculaire de la confusion entre droit et action.

**381. Tentative d'éviction de la polémique par la loi.** La définition que lui confère l'actuelle législation n'a pas tant reçu une adhésion aussi unanime, même si tout juriste s'en contente pour le moment à cause de cette onction légale. Déjà, au cours des travaux d'élaboration du Code de procédure civile, la proposition a été faite par le Tribunal de

---

<sup>671</sup> C. PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Centre National de Recherches de Logique, Bruxelles, Bruylant, 1984.

<sup>672</sup> H. MOTULSKY, *Écrits, études et notes de procédure civile*, préface Georges BOLARD, Dalloz, 1973, Rééd. Dalloz, 2010, Paris, p. 86 ; ou Archives de la Philosophie de Droit, Paris, 1964, p. 216 et s. L'auteur confirme les résultats de nos recherches sur le droit romain et le droit contemporain en passant par le Moyen-âge pour ce qui concerne cet aspect : « *Il (le droit romain) n'a aperçu le droit qu'à travers l'action ; et cela est si vrai que la classification des droits n'apparaît que dans la classification des actions : on ne dit pas : ius in rem ou ius in personam, mais bien actio in rem ou in personam. La compénétration des deux concepts (action et droit) se vérifie, et d'une manière très forte, dans la célèbre définition de Celse, transposée par Justinien : actio autem nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur. Il existe un droit d'agir ; mais il est intimement lié au droit substantiel : on conclut de l'action à ce droit ; mais, à l'inverse, l'action présuppose le droit. La notion de droit subjectif est ainsi restée voilée ; et celle d'action est demeurée floue : elle signifiait trop de choses à la fois. Dès le système formulaire, on semble avoir employé le terme pour la faculté d'obtenir gain de cause, pour la formule conférée à cette fin, et même pour le iudicium, l'instance où s'exerce cette faculté. Et dans la procédure extraordinaire, on parle indistinctement d'action pour désigner, soit le droit de s'adresser au juge en vue d'obtenir justice, soit l'exercice de ce droit. Et cette incertitude de terminologie devait se perpétuer. L'ancien droit français n'a guère apporté de précisions. L'évolution du concept d'action reste obscure* ».

<sup>673</sup> H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », *art. cit.* p. 2. L'auteur rappelle que « l'ordonnance sur la procédure civile de 1667 n'en souffle mot » ; et si POTHIER du XVIII<sup>e</sup> siècle en donne une définition tout aussi confuse, il y a lieu de conclure que les confusions autour de la notion d'action constituent « *une fonction continue du temps* » (si l'on emprunte l'expression à la mathématique).



cassation d'alors d'y introduire tout un titre consacré à l'action en justice, tellement le sujet préoccupait. Cette insertion devait permettre de désigner *l'action* comme le droit de poursuivre et *la demande* pour son exercice, mais la proposition n'a pas été prise en compte.

**382. L'instabilité par la doctrine conceptualiste dans la continuité.** Une conception différente est celle issue de la thèse conceptualiste de Pierre ABELARD qui distingue *la voie d'accès à l'étant* de *l'étant lui-même*, c'est-à-dire, la distinction entre *la voie de droit judiciaire* (suivant l'expression utilisée par FOURNEAU pour désigner l'action) et *le droit subjectif méconnu*. Le nominalisme selon lequel les mots ne désignent pas la réalité, mais seulement la représentation faite de cette réalité, peut être rapproché du conceptualisme, thèse développée par Pierre ABELARD. Celle-ci postule que les concepts constituent des *étants généraux*. Or, *l'étant* est un concept philosophique désignant « *ce qui est*<sup>674</sup> ». Ce concept permet de distinguer, dépassant ainsi la métaphysique, ce qui est (le réel tel, ici, le droit substantiel, suivant la conception matérialiste de l'action de DEMOLOMBE), du mode d'être là, c'est-à-dire le « *Dasein* » : la voie d'accès à *l'étant* (l'action, distincte du droit substantiel en discussion). L'auteur considère comme inutile, le courant de pensée issu de la philosophie grecque qui professe que l'art juridique vise simplement à attribuer à chacun le sien, cette conception étant insusceptible d'informer sur ce qui est dû à chacun.

**383. L'instabilité liée au caractère incertain du droit en général.** Le domaine du droit n'étant pas celui des certitudes, il est rare que les interprétations soient des solutions certaines. Habituellement, la logique juridique ne débouche pas toujours (sinon, rarement) sur des certitudes parce qu'il s'agit de concilier le raisonnement et la justice pour aboutir à une solution acceptable. En ce sens, ROUBIER ne soulignait-il pas que la justice comme valeur ne saurait l'emporter systématiquement contre une autre valeur jugée supérieure à savoir, la sécurité. Et dans cette optique, des enchevêtrements ne sont pourtant pas rares. Le code des personnes et de la famille de la République du Bénin qui distingue l'enfant légitime de l'enfant naturel n'est pas moins un instrument de politique sociale, ontologique, économique que juridique lorsqu'il accorde en même temps (au-delà de cette distinction), pratiquement les mêmes avantages aux deux catégories d'enfants. Dans le même temps, un

---

<sup>674</sup> M. HEIDEGGER, *Lettre sur l'humanisme*, Coll. Bilingue, 1<sup>re</sup> éd. 1946 (version allemande : « *uüber den humänismus* », *vittorioklostermann, francfort-sur-le-main*, 1946), Trad. Roger MUNIER, éd. Aubier, 1970, p. 58 et s.

certain raisonnement ontologique peut aboutir à une toute autre conclusion : il peut être moralement contestable d'établir des distinctions entre les enfants naturels et légitimes, cette distinction pouvant être source d'inégalités nécessairement contraires aux bases fondamentales de l'ordre social qui exigent la constitution de familles solidement établies. Donc, des raisonnements et interprétations, il en existe de plusieurs suivant l'orientation : juridique ou philosophique, ontologique ou politique, économique ou sociologique et il sied de prendre en considération l'environnement et autres conditions dans lesquelles l'idée est émise.

**384. Un empirisme incontournable.** Évoquant les auteurs comme Emmanuel KANT, Simone GOYARD-FABRE, Charles PERELMAN, Léon HUSSON ..., M. F. ROUVILOIS a montré la dialectique entre la théorie et la pratique. Mais par cette même analyse, il est parvenu aux finalités spécifiques du droit consistant à agir sur le réel, parvenir à la solution concrète la plus satisfaisante ou la plus juste. Voilà qui énonce par la même occasion la trilogie action, droit substantiel et justice. On devrait normalement s'attendre à ce que le constat se perpétue avec l'avènement de la notion de philosophie du droit inventé par HEGEL autour de 1820. Mais ce fut la séparation entre les philosophes plus enclins à la réflexion théorique sur les phénomènes juridiques et les juristes beaucoup plus orientés vers la pratique et le droit positif.

## ***2. La manifestation d'un manque d'intérêt à la procédure***

**385. L'environnement pédagogique de la procédure.** Une préoccupation importante de toutes les époques est le manque d'intérêt à la chose procédurale. Le dédain n'est qu'une immobilité, une indocilité du cœur par laquelle il résiste à l'action de certaine chose, c'est-à-dire, une attitude consistant à n'avoir ni désir, ni haine<sup>675</sup>. Si tout plaideur connaît avec précision ce qui l'amène devant le juge, il est beaucoup moins évident qu'il maîtrise comment procéder pour obtenir satisfaction au bout de l'instance. Le recours à l'avocat apparaît ainsi comme une nécessité indéniable. Mais l'importance du dédain qui se dégage vis-à-vis de la procédure était générale et n'est pas de nature à favoriser sa connaissance en vue du respect du processus normal des instances. La préoccupation première de toute partie

---

<sup>675</sup> Th. HOBBS, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir ecclésiastique et civile*, Introduction, traduction et notes de François TRICAUD, Ed. Sirey, 1971, Rééd. Dalloz, 2012, p. 48.

qui prend l'initiative d'introduire une action en justice est le droit substantiel lui-même. La situation est de telle sorte que le plaideur se sentirait même plus heureux d'obtenir la satisfaction à travers la reconnaissance de son droit « *même sans procédure, si possible* » plutôt que de passer par un processus rigoureux et nonchalant, fait de dires<sup>676</sup>, de contredits et même de remise de contredit<sup>677</sup>, d'exceptions d'incompétence, de litispendance ou de connexité, de nullité ou même dilatoire (connues sous la dénomination d'exceptions de procédure) d'une part, et les multiples fins de non-recevoir d'autre part<sup>678</sup>. Déjà en 1910, TISSIER dénonçait le caractère languissant de l'étude de la procédure et la pauvreté qui caractérise la littérature juridique de procédure civile<sup>679</sup>. JAPIOT, quelques années plus tard, précisément en 1914, déplorait une science un peu démodée de la procédure avec le défaut d'intérêt dont elle souffrait<sup>680</sup>. On constate par là qu'au moment où le droit substantiel jouissait d'une grande considération, les aspects procéduraux manquaient d'attractivité symbolisée une répugnance générale pour l'étude de la procédure.

---

<sup>676</sup> Observations consignées par les parties sur le cahier des charges d'une vente aux enchères, sur un procès-verbal de règlement d'ordre ou d'enquête ; c'est aussi un mémoire remis par une partie à un expert pour préciser ses prétentions.

<sup>677</sup> V. par exemple, Paris, 12 févr. 1985: *D. 1985*, inf. Rap. 185. Il s'agit de la mise en possession, donc de la réception du pli par le secrétariat de la juridiction dans le délai requis, quel que soit le mode d'acheminement adopté.

<sup>678</sup> E. GLASSON et A. TISSIER, « *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile* », Op. cit. pp. 573- 580. Les défenses sont des moyens procéduraux par lesquels le défendeur cherche à se sortir d'affaire. « Le défendeur peut d'abord, sans contester le droit d'action, soutenir que la demande est irrégulièrement engagée, soit qu'il y ait nullité de forme, soit qu'il y ait incompétence du juge, soit qu'il y ait incapacité du demandeur d'ester en justice, ou que l'examen de la demande doit être retardé pendant un certain délai, par exemple parce que, assigné comme héritier, le défendeur a un délai pour prendre parti sur la succession. (...) Le défendeur peut, à l'inverse, contester la demande au fond. (...) Entre les exceptions de procédure et les défenses au fond, il y a (...) les moyens de non recevabilité ou fins de non-recevoir. On ne s'attaque pas à la procédure, ni non plus au droit prétendu. (...) On s'attaque au droit d'action ». Ce qui intéresse surtout et qui sera développé plus loin, c'est le manque de clarté dans la distinction entre les défenses au fond et les autres moyens de défense dites défenses procédurales que sont les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir. En développant les défenses au fond, Glasson et Tissier citent la prescription, la chose jugée qui, traditionnellement, s'appelaient même *exceptions* comme non générique donné à tout moyen ayant pour but d'écarter l'action sans contredire directement le droit sur lequel elle est basée (V. p. 575). C'est ainsi qu'il était fait remarquer que de nombreux moyens que le code de procédure civile (d'alors) range dans les défenses au fond sont ainsi, dans le langage traditionnel des civilistes, des exceptions. On parlait alors d'exception de prescription, de chose jugée, de *non adimpleti contractus*. Cette allure qu'avait prise l'évolution du droit en ce moment n'a pas favorisé une claire distinction entre le droit d'agir et le droit substantiel, qu'elle est initiée pour faire reconnaître.

<sup>679</sup> A. TISSIER, *Le rôle social et économique des règles de la procédure civile, Les méthodes juridiques*, 1911, pp. 105-106. « ... les chaires de procédure sont peu recherchées ; beaucoup de ceux que le hasard de la carrière y envoie n'attendent que l'occasion de les abandonner pour d'autres qu'ils estiment, par suite d'un préjugé traditionnel, avoir plus d'importance, et qui paraissent entourées d'un prestige plus grand. On sait d'ailleurs que notre littérature juridique n'est pas bien riche dans ce domaine de la procédure civile ; nous n'avons en France, aucune revue sérieuse des questions de procédure et les études doctrinales un peu poussées sont ici peu nombreuses ».

<sup>680</sup> *RTD. Civ.* 1914, p. 524.

**386. Une situation à contre-courant de l'évolution du droit.** En ce même moment où la procédure subissait une telle négligence, elle prenait de l'ampleur sur le terrain de la pratique avec les discussions de la doctrine sur de nombreux points. Il a été question de la nécessité de réduire les délais de prescription extinctive pour tenir compte de l'évolution de la société. Cette évolution était induite par plusieurs facteurs. Rien qu'à penser à l'existence des chemins de fer et le télégraphe alors évoqués par le doyen CARBONNIER qui estime que ces nouveaux moyens, par exemple, sont de nature à favoriser une accélération des relations sociales<sup>681</sup>, on mesure tout le bénéfice à gagner en faisant en sorte que le droit suive la logique de telle évolution qui ne peut échapper à la pratique procédurale. De l'autre côté, la jurisprudence n'a guère cessé d'évoluer. Ce dynamisme de la jurisprudence prévalait depuis son acception historique où jurisconsultes et préteurs se sont succédés dans leurs rôles de créateurs de droit, puis de doctrine, jusqu'à ses considérations actuelles<sup>682</sup>, en passant par l'hostilité des révolutionnaires qui, désirant mettre fin aux abus des parlements, avaient une volonté claire de priver les juges du pouvoir de création du droit. Ces derniers estiment, en effet, que seule la loi pourrait être considérée comme source de droit<sup>683</sup>. C'est dans une telle évolution qu'interviennent des revirements de jurisprudence<sup>684</sup> sur lesquels se prononce la doctrine pour clarifier les orientations et canaliser la portée de telles décisions<sup>685</sup>. Or, ces évolutions pourraient forcément être plus efficaces lorsqu'elles étaient étudiées et prises en compte par le droit et par un nombre important de juristes. Si la loi est destinée à régir les relations sociales, les précédents jurisprudentiels nécessitent une diffusion au travers des

---

<sup>681</sup> J. CARBONNIER, « Notes sur la prescription extinctive », in *Revue Trimestrielle de Droit civil*, T. 50, 1952, Recueil Sirey, Paris, 1952, p. 171. « C'est de longueur plutôt que de brièveté que l'on est enclin à accuser le système français, parce que la prescription trentenaire, qui a valeur de droit commun, donne le ton à l'ensemble, et que ce délai de trente ans fait figure de délai paresseusement lent en comparaison de la plupart des solutions étrangères. Depuis qu'existent les chemins de fer et le télégraphe, la prescription trentenaire est attaquée ». V. aussi à cet effet M. SOUTY, « La prescription trentenaire doit disparaître », in *Gaz. Pal.* 1948. 1. *Doctr.* 43. Les critiques de cet auteur contre la prescription trentenaire étaient assez tranchées. Il utilise le verbe « *devoir* » qui apparaît ainsi dans le titre de son article pour faire de la disparition de ce type de prescription une exigence prioritaire. Il précise d'ailleurs que « beaucoup des considérations qu'il fait valoir en faveur du débiteur et de ses héritiers pourraient être retournées en faveur du créancier et de ses héritiers »

<sup>682</sup> Aujourd'hui, la jurisprudence est définie, dans un sens large, comme l'ensemble des décisions rendues par les juridictions nationales ou internationales. Dans un sens plus étroit, elle désigne l'ensemble des décisions rendues dans une branche de droit (droit privé ou droit public) ou dans une matière précise (droit commercial, ...) ou encore sur un point précis de droit.

<sup>683</sup> M. TASCHER, *Les revirements de jurisprudence de la cour de cassation*, Thèse, Université de Franche Comté-Besançon, 2011, p. 14-16.

<sup>684</sup> V. par exemple, Civ. 24 oct. 1951, *D.* 1952. 105, note Besson ou P. HEBRAUD et P. RAYNAUD, *RTD civ.*, 1952, p. 255, obs. au sujet de Civ. 24 octobre 1951.

<sup>685</sup> P. HEBRAUD et P. RAYNAUD, « Jurisprudence française en matière de procédure civile », I, 1, in *RTD civ.*, T. 50, Recueil Sirey, Paris, 1952, pp. 254 et s.

travaux tant de praticiens que de théoriciens pour être connus du plus grand nombre possible. C'est en cela que la définition de la jurisprudence donnée par LOMBARDI VALLAURI était significative : « la jurisprudence est une science pratique du droit<sup>686</sup> ». Mais la procédure n'est pas la chose la mieux partagée des juristes et leur paraît simplement allergique au regard des multiples méandres labyrinthiques qui la caractérisent au point de défavoriser une réflexion profonde sur diverses théories en développement.

## **SECTION 2 : Le caractère incompris des idées de DEMOLOMBE**

**387. L'incompréhension de la doctrine DEMOLOMBE.** DEMOLOMBE a largement été accusé d'avoir confondu droit et action en justice et il en est encore ainsi aujourd'hui. Il en est surtout ainsi de la part de la doctrine moderne de la notion d'action, d'abord constituée par VIZIOZ qui en donnait une conception très abstraite<sup>687</sup> et MOTULSKY qui l'a clairement distinguée, à la fois, du droit substantiel et des demandes et défenses des plaideurs<sup>688</sup>. Si les rédacteurs du code de procédure civile, confirmés dans leurs idées par le décret français du 20 juillet 1972, ont eu ce courage de trancher dans le vif et d'imposer une définition officielle de la notion d'action aussi incertaine et controversée<sup>689</sup>, il faut se rappeler également que le temps a fait son œuvre avec des confusions au travers de diverses interprétations de telles ou telles conceptions de ladite notion. Le code de procédure civile d'alors (code de 1806) n'a, en effet, pas clarifié la notion d'action. Or, à notre compréhension des choses, le désordre ne s'infiltrer que dans le vide créé en lieu et place de l'ordre. Dans la foulée, fusent des interprétations contre toute théorie sur la question. Et mieux, comme l'a relevé M. CADIET, ce caractère à la fois légal et officiel de la définition de l'action dans l'actuel code n'a pas pour autant mis fin au débat, et ceci, en dépit du

---

<sup>686</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, « Jurisprudence », *APD (Activités de Philosophie de Droit)*, 1990, n° 35, p. 191 et s.

<sup>687</sup> L'action est le pouvoir « impersonnel », « permanent » et « général » de saisir les tribunaux V. H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Bordeaux, 1956, p. 147 et s. A vouloir s'éloigner du droit substantiel lui-même, l'auteur semble se rapprocher un peu trop de l'abstraction à travers sa définition qui, si elle ne sollicite pas, à la limite, de la métaphysique, rappelle tout au moins les caractères d'une disposition légale. Elle est ainsi caractérisée par une apparence qui paraît sortir complètement du cadre des droits subjectifs. VIZIOZ fait alors de l'action une conception objective. Or, l'action en justice est une faculté, une prérogative à la disposition du sujet de droit, tel qu'il est relevé *infra*.

<sup>688</sup> H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, 1964, p.215-230 ; repris in *Ecrits*, tome 1, *Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p.85-100. Sa définition, bien que distinguant l'action du droit substantiel se rapproche encore un peu trop de ce dernier en ce sens qu'elle est très liée au droit subjectif et surtout au fond du droit. Tout ceci contribue encore aux controverses qui ne semblent pas finir de si tôt en dépit de la consécration légale de celle-ci (V. art. 30 CPC).

<sup>689</sup> L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit. p. 314.

positivisme légaliste dans lequel baigne notre droit<sup>690</sup> qui s'ordonne autour de la conception explicitement consacrée. Cette incompréhension qui affecte les idées de DEMOLOMBE sera développée sur deux axes : l'interprétation erronée de la théorie (**Paragraphe 1**) et l'interprétation renouvelée de la théorie (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1<sup>er</sup> : Une interprétation erronée de la théorie de DEMOLOMBE**

**388.** Les termes employés par DEMOLOMBE pour définir l'action laissent un peu trop transparaître une conception substantialiste de la notion d'action. L'auteur aurait confondu l'action avec le droit substantiel. Ne s'agit-il pas d'une apparence sur laquelle la doctrine a jeté tout son dévolu pendant plus d'un siècle, depuis les années 1855 à 1866 ? Cette doctrine toute entière, dans une unanimité presque totale, ne s'est, en fait, occupée que de l'amplification de cet aspect négatif à travers des interprétations qui paraissent trop superficielles (**A**) qui transparaissent dans la définition de l'auteur dont l'interprétation nous paraît sur le fond erronée (**B**).

#### **A. Le caractère superficiel des interprétations**

**389.** Le relais d'une idée, aussi simple qu'elle soit, permet de lui donner une certaine ampleur et peut même contribuer à sa confirmation, à sa légitimité. Tel a été le sort qu'a subi pendant longtemps la définition de l'action par DEMOLOMBE dont la présentation (**1**) précèdera la diffusion qui en a été faite par la doctrine (**2**).

##### ***1. Une présentation littérale des idées***

**390. La définition de l'action selon DEMOLOMBE.** Il semble que la lettre parle plus fort que l'esprit. Et si nous empruntons l'expression à F. TERRE, Il y a quelque effet réducteur, même involontaire, dans le recours aux mots du « droit »<sup>691</sup>. Comme quoi l'effet des mots en droit pèse encore plus fort. En se référant aux mots dont s'est servi DEMOLOMBE dans sa définition de l'action en justice, il est aisé d'y faire le constat qu'ils sont révélateurs d'un tel impact. Si, en notre temps encore, Georges WIEDERKEHR a pu déplorer, parlant du code de procédure civile, qu'il est « *gênant qu'un même terme ne recouvre pas exactement le*

---

<sup>690</sup> Voir pour cet aspect, M-A FRISON-ROCHE, Avant-propos sur H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, op. cit. p. III.

<sup>691</sup> F. TERRE, préface à G. GURVITCH, *Eléments de sociologie juridique*, Ed. Aubiers, 1940, Rééd. Dalloz, Paris, 2012, pp. I et s.

*même sens selon l'article du code où on le trouve, de sorte qu'on finit par ne plus savoir ce qu'il signifie vraiment*<sup>692</sup> », on imagine la situation des termes dont le législateur n'a prévu aucun sens comme ce fut le cas de la notion d'« action » dans le code de 1806. C'est comme on le dit souvent, « *si le bois humide (vivant) brule, qu'advierait-il du bois sec ?* » Dans ces conditions, les mots utilisés n'ont de repère que l'environnement scientifique, la pensée juridique du moment, de même que l'examen de la pratique qui est faite de telle ou telle notion. Au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle en effet, l'auteur écrit dans son *Cours de Code de Napoléon*<sup>693</sup> que « l'action ne forme pas un bien distinct du droit ou plutôt du bien lui-même auquel ce droit s'applique. Il est vrai que, dans l'ancien droit romain, l'action intentée créait un droit nouveau et, par suite, une espèce de bien. Le préteur “ *judiciumdabat*<sup>694</sup> ”. Et c'était là l'action<sup>695</sup>. C'est-à-dire le “ *jus persequendi in judicio quod nobis debetur*<sup>696</sup> ”. Ce droit, on ne l'avait pas *de plano* : il fallait l'obtenir du préteur ; sous un tel régime, il était, en effet, exact de distinguer le droit lui-même d'avec l'action intentée pour le faire reconnaître. Mais (...) aujourd'hui, chacun peut exercer ses droits en justice, chacun peut intenter des actions sans permission préalable. Qu'est-ce donc alors seulement que l'action ? C'est la demande, c'est le procès. Est-ce un bien, cela ? Non, vraiment ; c'est une lutte judiciaire, c'est un fait ! L'action enfin, c'est le droit lui-même mis en mouvement ; c'est le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos ; le droit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix. ».

**391. DEMOLOMBE entre l'esprit et la lettre.** « Il nous a aussi rendus capables d'être ministres d'une nouvelle alliance, non de la lettre, mais de l'esprit ; car la lettre tue, mais l'esprit vivifie »<sup>697</sup>. On peut d'ores et déjà se poser la question de savoir quoi privilégier entre l'esprit et la lettre dans l'interprétation d'un texte, qu'il soit du domaine de la loi, de celui d'une décision de justice ou de jurisprudence, ou encore, pour ce qui nous concerne, d'une idée de doctrine, précisément sur une notion donnée. La question est d'autant plus utile

<sup>692</sup> G. WIEDERKEHR, « Le Nouveau Code de Procédure Civile : la réforme permanente », in droit et actualité : études offertes à J. BEGUIN, Litec, Paris, 2005, pp. 787 à 798. L'auteur a pris les exemples de la notion de « litige » et de celle de « prétention »

<sup>693</sup> I. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1855-1866, T. IX, n° 338.

<sup>694</sup> Cette expression signifie que « le préteur rendait un jugement ».

<sup>695</sup> Il faut comprendre par-là que l'examen de l'existence même de l'action était, en principe, enfermé dans le rôle du préteur qui n'est pas habilité pour le jugement au fond.

<sup>696</sup> Littéralement traduite, cette expression signifie « le droit de poursuivre dans un jugement ce qui nous est dû ».

<sup>697</sup> Selon les écritures saintes, voir le deuxième épître de Paul aux Corinthiens, chapitre 3 Verset 6.

lorsqu'on sait que l'orientation matérielle de la théorie de DEMOLOMBE sur l'action se révèle beaucoup plus à travers les mots employés pour exprimer son opinion en dépit de sa nostalgie vis-à-vis de la pratique en droit romain, qui ne peut être ressentie que dans l'esprit de ses idées. En cela, l'auteur se trouve en parfaite harmonie avec MONTESQUIEU qui refuse de juger ce qui est par ce qui doit être et choisit de traiter des faits politiques en dehors du cadre abstrait des théories volontaristes et jus naturalistes<sup>698</sup>. Il s'oppose par-là à l'approche de LOCKE. Celui-ci envisage l'état de nature non pas comme une simple hypothèse de travail mais comme un véritable fait historique : l'auteur en veut pour preuve que l'état de nature persistait encore de son temps, non seulement chez certaines peuplades particulièrement primitives, mais aussi dans la conduite des relations entre États, qui n'obéissent à aucune règle<sup>699</sup>, MONTESQUIEU s'oppose aussi à la doctrine de Jean-Jacques Rousseau, qui envisage l'état de nature comme une hypothèse de travail<sup>700</sup>. Il est à souligner aussi que *l'Esprit des lois* était élaboré à travers une méthode qui n'a été considérée comme révolutionnaire que pour cette époque-là : toujours, le contexte compte. La lettre, c'est le sens littéral ou apparent, tandis que l'esprit est l'idée générale qui a présidé à l'élaboration d'un texte et continue à l'animer<sup>701</sup>. Si nous prenons le cas d'un texte de loi, le juriste devra se

---

<sup>698</sup> Il défend ainsi une théorie originale de la loi : au lieu d'en faire un commandement à suivre, il en fait un rapport à observer et à ajuster entre des variables. Parmi ces variables, il distingue des causes culturelles (traditions, religion, etc.) et des causes naturelles (climat, géographie, etc.). Il livre à partir de là une étude sociologique des mœurs politiques.

<sup>699</sup> J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil* (en anglais, "Two Treatises of Government"), Traduction française de David MAZEL en 1795 à partir de la 5e édition de Londres en 1725, coll. « *Les classiques des sciences sociales* », Ed. Jean-Marie Tremblay, Londres, 1728.

<sup>700</sup> J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Présentation de Bruno BERNARDI, GF FLAMMARION, Paris, 2001, p. 45. L'auteur pose son hypothèse de travail ainsi : « *Je veux chercher si dans l'ordre civil il peut y avoir quelque règle d'administration légitime et sûre, en prenant les hommes tels qu'ils sont, et les lois telles qu'elles peuvent être : je tâcherai d'allier toujours dans cette recherche ce que le droit permet avec ce que l'intérêt prescrit, afin que la justice et l'utilité ne se trouvent point divisées* ». Ainsi, tel que le précise M. BERNARDI dans ses notes, ROUSSEAU énonce dès le départ le cadre de son développement qui se limite à « l'ordre civil », alors actuel et non *l'état de nature* qui est quant à lui révolu. C'est là une manière de s'occuper de la pratique alors actuelle. Aussi, l'analyse de ROUSSEAU sur la liberté a-t-elle un caractère nostalgique en ce sens qu'il trouve que tout homme veille à sa conservation et qu'il conserve dans l'ordre civil la liberté que la nature lui impartit. C'est ce que traduit également la citation par laquelle débute son premier livre : « *L'homme est né libre, et partout il est dans les fers* ». En dépit de ce que *l'état de nature* doit être banni, l'auteur regrette toutefois l'actuel déficit de la liberté qui reste à faire prévaloir dans l'état civil.

<sup>701</sup> V. Le Petit Larousse Grand Format 2015 où la lettre prend le sens strict des mots d'un texte, d'un discours, etc, par opposition au sens profond, à l'esprit ; V. également Ch. D'HOOGHVORST, *La lettre et l'esprit*, Editions Beya, p. 1 où il est précisé que dans le texte grec du *Nouveau Testament* (que nous avons vérifié), ce qui est traduit par « *lettre* » est le mot grec « *gramma* », qui signifie « caractère gravé », « caractère d'écriture », « texte écrit » ; du verbe *graphein* « écrire ».

« La lettre », c'est donc le texte écrit, composé de mots, eux-mêmes composés de caractères ou lettres. On peut donc de comprendre cette phrase de Saint Paul dans le sens que si « la lettre tue », elle nous est inutile et même nuisible et qu'il faut la rejeter pour ne chercher que « l'esprit qui vivifie ».



guider sur l'esprit d'un texte pour l'interpréter et comprendre son application si le sens littéral ne fournit pas la solution. Ceci devrait permettre de ne pas verser dans le littéralisme, l'un des extrêmes de l'interprétation, et qui consiste à privilégier le sens littéral qui est le sens apparent, le sens premier d'un texte ; c'est une pathologie du droit qui consiste à s'en tenir au sens littéral d'un texte juridique en ignorant les finalités et le sens global de ce texte. Il peut en découler une application absurde ou perversie du texte. Il est utile de signaler que le littéralisme dans le cadre de l'interprétation des textes religieux, par exemple, à portée juridique est souvent qualifié d'intégrisme au profit de l'extrémisme religieux.

**392.** A travers la lettre, l'idée de l'auteur sur l'action révèle que l'action est un bien, que l'action est le droit subjectif lui-même en demande (qu'il soit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix), que l'action est le droit en action, que l'action serait la demande si cette dernière était un bien, que l'action serait le procès si ce dernier était aussi un bien. Ce qui prédomine dans cet examen littéral est que l'action est le bien substantiel lui-même réclamé devant le juge.

**393.** Mais DEMOLOMBE ne s'est pas fondé sur une règle de droit pour en faire une interprétation littérale. Ce sont plutôt les critiques qui n'ont pas pris en compte ce qu'il exprimait en réalité. Il y a en effet cette autre forme d'interprétation qui aboutit à ce qu'on appelle *sens construit* et qui passe par l'intermédiaire de l'interprétation d'une autre pratique, d'une autre disposition, ou d'un autre texte général dont le résultat aboutit au sens applicable recherché. Le *sens construit* est donc le sens tiré d'un texte ou d'une disposition grâce à un raisonnement juridique en vue de l'application à une situation. Or, en l'espèce, le code de 1806 alors en vigueur n'avait pas défini l'action de façon systématique et claire. L'auteur a fondé son raisonnement sur le vécu qu'il déplore d'ailleurs en regrettant la signification qu'on en faisait en ce temps-là. Cette manière de raisonner s'est trouvée justifiée par une idée de Jean CARBONNIER qui affirmera plus tard que « *le centre de gravité du développement du droit, à notre époque comme à toutes les époques, ne réside ni dans la législation ni dans la science juridique ou dans la jurisprudence, mais dans la société elle-même*<sup>702</sup> ». Ainsi, si les mots employés sont pour leur part guidés par l'environnement sociopolitique, économique, juridique et philosophique tel que décrit *supra*, le sens qui en ressort est fondé sur la pratique qui est faite dans l'exercice de l'action en justice tel que pratiqué en ce

---

<sup>702</sup> J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, Coll. *Quadrige*, 1994, p. 66.

moment-là. Il s'agit donc d'un sens construit sur la pratique. En ce sens, la notion de bien auquel l'auteur superpose littéralement l'action mérite elle aussi d'être clarifiée. Il faut distinguer deux sens à la notion de bien afin d'identifier celui que l'auteur attribue au bien que constitue l'action en justice. Nous pouvons distinguer un sens matériel et un sens psychologique. Si le sens matériel est facilement perceptible, parce qu'il représente le sens traditionnel selon lequel le bien est défini comme une chose susceptible d'appropriation, le sens psychologique en appelle à l'intention de l'intéressé, l'utilité qu'il pense pouvoir tirer de cette chose, ce que Pierre BERLIOZ appelle l'utilité économique et souvent présentée comme le caractère essentiel du bien<sup>703</sup>. De telle sorte, la chose qui représente un bien pour une personne A peut ne pas en constituer de même pour une personne B. Mais il s'agit là d'une analyse relativiste. Elle ne s'adapte pas avec la conception très généraliste et absolue de la notion de bien telle que confondue à l'action par DEMOLOMBE : « *L'action ne forme pas un bien distinct du droit...* ». Il ne s'agit donc pas d'un autre bien quelconque, pas un bien autre. « ... *Ou plutôt du bien lui-même auquel ce droit s'applique* ». Ici, le droit auquel l'action s'applique est bien-sûr le droit substantiel réclamé devant le juge, le droit objet de discussion, de litige. Elle n'est donc pas un bien autre que le droit pour lequel elle est mise en mouvement. Or, ce droit auquel il s'applique est le droit subjectif substantiel qui peut être une simple jouissance (le droit de passage) ou un droit de propriété, un droit réel ou encore un droit personnel. DEMOLOMBE ne distingue donc pas entre le bien dans son sens psychologique et le bien dans son sens matériel. Il est dans le sens général ou le bien est pris comme tout moyen qui permet de satisfaire les besoins.

## ***2. L'apparente présence d'aspects substantiels***

**394. La présence d'aspects substantiels.** Certains facteurs de l'environnement juridique de l'époque ont favorisé la mise en lumière des éléments, à caractère substantiel, mais finalement subjectiviste que comporte la définition de DEMOLOMBE. D'abord, le droit romain, source originelle incontestable de notre droit<sup>704</sup>, distingue clairement l'action et le

---

<sup>703</sup> P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. L. AYNES, LGDJ, bibl. dr. privé, t. 489, Paris, 2007.

<sup>704</sup> E. GLASSON et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd. T. I, Recueil Sirey, Paris, 1925, p. 55, n<sup>o</sup> 21. L'auteur dans un paragraphe consacré aux origines du droit contemporain et titré « *Origines de notre procédure ; droit romain et droit canonique* », a décrit les liens successifs qui ont engendré progressivement la procédure civile actuelle « *Les règles de procédure civile actuellement en vigueur se rattachent étroitement, dans leur ensemble, à celles de notre ancien droit. Le Code de 1806, ..., a emprunté un grand nombre de dispositions à l'ordonnance de 1667. Quant à la procédure française de l'ancien régime, elle avait, on le sait, des origines multiples. Pour la plus*

droit substantiel, en même temps qu'il n'avait pas connu le droit subjectif<sup>705</sup>. La procédure civile issue de ce droit paraît aller même plus loin en séparant la juridiction chargée d'examiner l'existence de l'action de celle ayant pour objet le fond du droit. Il est vrai que la substitution de la procédure du Bas-Empire, de caractère administratif, à la procédure romaine fondée sur la distinction du *jus* et du *judicium*, n'a pas eu pour effet de mélanger les éléments de fond du droit à ceux de pure procédure<sup>706</sup>. Encore qu'on peut remarquer toutefois qu'elle est de nature à contribuer à une telle situation d'autant plus que la procédure n'obéit plus en ce moment à la règle de deux étapes distinctes, mais est désormais unique. Mais la procédure romaine a induit sa pratique tant aux tribunaux ecclésiastiques qu'à la procédure franque et la procédure féodale<sup>707</sup>. De même, la procédure civile de l'ancien droit avait emprunté ses règles à la procédure canonique, que ce soit le système des actions, des exceptions, des preuves, des jugements ou des voies de recours. Dans une telle situation, il ne peut qu'être surprenant d'entendre dire que « *l'action ne forme pas un bien distinct du droit ou plutôt du bien lui-même auquel ce droit s'applique* », bien qu'on ne puisse demander en justice que le respect d'un droit ou d'une obligation.

**395. L'apparence d'éléments matériels.** « *Qu'est-ce donc alors seulement que l'action ? C'est la demande, c'est le procès* ». D'abord, cette réponse donnée par l'auteur semble équivoque au regard de sa structure. On se demande si l'auteur est ainsi en train de répondre véritablement ou bien s'il ne s'agit pas là d'une série de proposition de réponses possibles à examiner en attendant la sienne en propre. *C'est la demande, c'est le procès*. Ces deux expressions renvoient à des notions différentes. Si la demande est tantôt un acte matériel (*instrumentum*), tantôt l'objet de la prétention (*negotium*), le procès quant à lui renvoie à tout le litige dans son traitement devant la juridiction.

---

*grande partie elle avait suivi les règles de la procédure canonique, issue elle-même de la procédure romaine du Bas-Empire. ... La procédure du Bas-Empire était une procédure de caractère administratif qui s'était substituée lentement à l'ancienne procédure romaine, basée sur la distinction essentielle du jus et du judicium ».*

<sup>705</sup> D. DEROUSSIN, *Préface* à Paul ROUBIER, « *Droits subjectifs et situations juridiques* », éd. Sirey, 1963, rééd. Dalloz, Paris, 2005, p. II.

<sup>706</sup> E. GLASSON et A. TISSIER, *op. cit.* p. 56.

<sup>707</sup> BRISSAUD, *Histoire du droit français*, *op. cit.* p. 816 et s.

**396.** La notion d'action sous une apparente simplicité, renvoie à une réalité difficile à cerner. Encore plus récemment, jusqu'en 2004, Mme MELIS-MAAS l'avait également confondue avec la demande en le définissant au plan juridique comme « ... *toute demande, poursuite en justice, droit que l'homme a de former une demande en justice* »<sup>708</sup>.

## **B. L'amplification erronée des interprétations**

**397. Des relais et des commentaires.** L'amplification des idées de DEMOLOMBE est opérée de deux manières à savoir : les relais et les commentaires. Apparue dans les années 1950 grâce aux travaux du sociologue américain Paul LAZARFELD, la notion de relais d'opinion a, dans le passé, servi à examiner l'influence qu'elle est susceptible de produire sur les comportements des individus<sup>709</sup>. C'est un concept issu de la théorie de la communication à double étage proposé par Paul LAZARFELD et Elihu KATZ. Cette théorie est l'un des nombreux modèles qui essaient d'expliquer la diffusion d'idées par des interactions sociales dans la construction des opinions. Aux relais pratiquement regardés comme des disciples de DEMOLOMBE (1), s'opposent des critiques issues de nombreux commentaires de sa théorie (2).

### **1. Les relais de la théorie de DEMOLOMBE**

**398. Le service des doctrines subjectiviste et objectiviste.** Les relais sont ici constitués par les théories arrivées en soutien à l'auteur ou allant dans le même sens que celui des idées de DEMOLOMBE. Ce sont les théories déjà disponibles avant les critiques de la doctrine moderne. Un relais d'opinion est un individu qui, par sa notoriété, son expertise, son charisme ou son activité sociale intensive, détient un avis qui guide un grand nombre d'autres individus<sup>710</sup>. La question de la légitimité est le premier élément qui explique le passage du statut de simple relais à celui de véritable disciple qui influence l'environnement d'un domaine donné. En effet, l'expertise ou la notoriété d'une personne donnée rend cette dernière plus légitime aux yeux des autres.

---

<sup>708</sup> S. MELIS-MAAS, *Pour un renouvellement de la notion d'action en justice*, Thèse, Université de Metz, 2004, p. 3.

<sup>709</sup> V. pour les élections de 1994 aux Etats-Unis d'Amérique, E. VERNETTE et L. FLORES, *Communiquer avec les leaders d'opinion en marketing : Comment et dans quels médias?* p. 24.

<sup>710</sup> E. VERNETTE et B. SCHMUTZ, « Les influenceurs : une cible média stratégique pour les marques », *Séminaire IREP-Médias Proceedings* des 13 et 14 décembre 2000 à Paris.

399. Il s'agit à ce propos, pour l'essentiel, de la doctrine subjectiviste<sup>711</sup> ; en l'occurrence, celle qui estime que l'action en justice est constituée par le droit subjectif substantiel "en état de guerre"<sup>712</sup>. Si selon les expressions de DEMOLOMBE « *c'est le droit mis en mouvement, c'est le droit à l'état d'action au lieu d'être à l'état de repos, le droit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix* », GARSONNET et CESAR-BRU, se servent d'une formule brute et lapidaire pour l'exprimer : « *l'action n'est pas autre chose que le droit lui-même, qui reste pour ainsi dire passif tant qu'il n'est pas contesté, mais qui se met en mouvement dès qu'il est méconnu ou violé*<sup>713</sup> ». Les critiques ayant suivi une telle conception ont toujours été constantes dans la source probable de celle-ci : elle serait l'héritage du droit romain où, à l'époque de la procédure dite formulaire, la formule délivrée par le préteur, un magistrat qui ne juge pas et d'où est né le terme « prétoire », créait le droit en donnant l'action : il n'y avait de droit que là où une action était ainsi accordée.

400. Pour d'autres, comme SAVIGNY, l'action ne serait être qu'une métamorphose du droit subjectif substantiel. Il ne manque là que le dynamisme pour rallier *le mouvement* ou *l'état de guerre* ; encore que ce dynamisme ou l'état de guerre peut s'observer dans le changement de forme. A ce propos, on peut se référer à GLASSON dans son ouvrage sur la procédure civile, avant la collaboration de TISSIER<sup>714</sup>. Pour SAVIGNY en effet, « Le droit courbe les

---

<sup>711</sup> Certes, la subjectivité est une question philosophique. En ce sens, on parle du subjectivisme, une doctrine selon laquelle tout ce qui existe n'a d'autre réalité que celle que lui donne le sujet, la conscience qui le pense (V. Le petit Larousse Grand Format, 2015). Mais il ne s'agit pas dans ce cas-ci de la notion de *subjectif* en tant que « *le propre du sujet* ». En effet, dans son sens ordinaire, « *subjectif* » désigne le caractère de ce qui est personnel, par opposition à « *objectif* » qui tient de la neutralité. Dans cette théorie dite subjectiviste, le caractère subjectif de la notion d'action est simplement relatif à la considération du droit subjectif, le droit subjectif substantiel comme référence à la définition de l'action en justice. Ainsi compris, il diffère aussi bien de l'attitude à juger d'après ses seules opinions personnelles que du subjectivisme juridique qui fonde l'obligation juridique sur la volonté du sujet.

<sup>712</sup> DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats*, Paris, Edition A. Durand et L. Hachette, 1855-1866, T.I, IX<sup>e</sup> volume, p. 201, n° 338.

<sup>713</sup> J.-B. E. GARSONNET et Ch. CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, Organisation judiciaire et compétence*, T. I, Sirey, Paris 1912, p. 521 et s. Si aujourd'hui la distinction entre droit et action apparaît plus nettement avec celle de l'objet de l'action et de celui du droit, au point où un même droit puisse donner naissance à bien des actions qui ont leurs conditions distinctes, les auteurs affirment qu' « *avoir plusieurs actions, c'est avoir plusieurs moyens de faire valoir le même droit* ».

<sup>714</sup> V. E. GLASSON et TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Op. cit. Les deux auteurs déplorent ici l'idée selon laquelle l'action n'est que le droit lui-même, envisagé sous un aspect spécial de la protection judiciaire, le droit considéré en tant qu'il peut donner lieu à une poursuite en justice. Ainsi conçus, « *le droit et l'action se confondent. Le pouvoir d'agir en justice se trouve ainsi inhérent au droit et ne peut en être séparé* ». Et les exemples donnés pour en faire l'illustration ne sont pas moins évocateurs : l'action en paiement d'une créance ne serait que le droit de créance en tant qu'il

faits sous sa règle au lieu de se courber sous les faits »<sup>715</sup>. Tout cela justifie le caractère factualiste de sa philosophie. Il démontre par ailleurs que le droit romain n'a jamais cessé d'être en vigueur dans toutes les parties de l'Europe<sup>716</sup>. Or l'influence du fait et du droit substantiel dans les procès en droit romain est largement mise en évidence au précédent chapitre. Aussi, certains relais de cette conception de DEMOLOMBE paraissent-ils même plus vigoureusement tranchés avec une totale adhésion sans équivoque. C'est le cas par exemple de CUCHE qui affirme que cette équivalence est absolue « ... *je crois qu'il est oiseux de rechercher une différence entre le droit et l'action ...*<sup>717</sup> ». A cela, il faut ajouter la conception selon laquelle l'action est le pouvoir qu'a une personne investie d'un droit d'obtenir du juge la protection de ce droit et à laquelle on associe la maxime « *Pas de droit, pas d'action* ». A cette dernière, des auteurs opposent l'existence de droit sans action (obligations naturelles) et celle d'actions sans droit (action publique, par exemple).

**401.** Il en est de même pour la théorie objectiviste qui trouve dans l'action en justice le rétablissement de la légalité objective d'un acte administratif, une légalité totalement abstraite. A ce propos, on se réfère à HAURIUO et DUGUIT. Mais en réalité, cette conception dite objective semble restreindre le champ d'action de la notion qui, dans ce sens, ne prend en compte que le domaine du contentieux administratif, ne serait-ce que celui du recours pour excès de pouvoir<sup>718</sup> qui reste en même temps le recours le plus fréquent des quatre connus en droit administratif<sup>719</sup>. Il s'agit d'un recours par lequel le justiciable

---

peut être exercé en justice et non un droit distinct. L'action en garantie de l'acheteur ne serait que le droit à la garantie en tant qu'il peut donner lieu à une demande en justice.

<sup>715</sup> F. K. SAVIGNY (Von), *Traité de droit romain*, op. cit. idem.

<sup>716</sup> F. K. SAVIGNY (Von), *Histoire du droit romain au Moyen Age*, Trad. GUENOUX, 1849.

<sup>717</sup> P. CUCHE, *Précis de procédure civile et commerciale*, Dalloz, Paris, 1934, p. 150, n° 127, (Dans son précis avant la refonte avec J. VINCENT). V. aussi p. 193 où l'auteur affirme : « *Il n'y a pas en somme entre le droit et l'action d'autre différence à notre époque que celle de l'état dynamique et de l'état statique du droit... L'action, c'est, donc le droit qui est passé de la puissance à l'acte* ».

<sup>718</sup> C'est un recours essentiel du contrôle de l'administration et qui n'a été expressément prévu par aucun texte. C'est le Conseil d'État qui l'a progressivement construit et en a fait un principe général du droit par son arrêt, 'Dame Lamotte', du 17 février 1950.

<sup>719</sup> V. par exemple E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Ed. 1887, Rééd. 1989. Précisons au passage que LAFERRIERE fut vice-président du Conseil d'État de 1886 à 1898 selon une classification établie par l'auteur, les recours qui peuvent être exercés devant le juge administratif se répartissent en quatre catégories. Cette classification est encore utilisée en dépit des critiques de R. CHAPUS avec ses nouveaux schémas proposés, qui différencient les contentieux de recours contre une décision et le contentieux des poursuites dirigé contre une personne.

(demandeur) demande au juge de contrôler la légalité d'une décision administrative et d'en prononcer l'annulation s'il y a lieu.

**402. La suprématie du caractère subjectif des recours.** Si, dans son sens ordinaire, tel que donné *supra*, « *subjectif* » désigne le caractère de ce qui est personnel par opposition à « *objectif* » qui tient de la neutralité, peut-on entrevoir dans l'action dite objective toute neutralité ? Il est difficile que celui qui sollicite le respect ou la restauration de la légalité exerce une telle action sans qu'aucun intérêt ne lui profite, même pas un intérêt moral qui tienne tout au moins dans une sorte de satisfaction à caractère républicain, voire patriotique.

**403.** Le caractère objectif de tels recours peut s'observer dans la mission du juge administratif qui est, globalement, de contrôler et, éventuellement, de sanctionner l'administration. L'objectivité se trouve également dans les moyens juridiques possibles dans le cadre de ce recours. Le justiciable peut invoquer en effet quatre types de moyens ou arguments juridiques. Deux catégories de moyens relèvent de la légalité externe de la décision : il s'agit, d'une part, de l'incompétence de l'auteur de la décision (lorsque celui-ci n'avait pas compétence pour prendre un tel acte) et d'autre part, du vice de forme ou de procédure dans la prise de ladite décision (une formalité importante a été omise ou la procédure n'a pas été suivie). Deux autres catégories de moyens relèvent de la légalité interne de la décision : il y a la violation de la loi (l'administration, sous différentes formes, n'a pas pu respecter le texte de loi applicable). De plus, il peut y avoir détournement de pouvoir ou de procédure (l'administration pourrait utiliser un pouvoir ou une procédure dont elle ne disposait pas pour prendre la décision contestée).

**404. L'indifférence du subjectivisme et de l'objectivisme dans les actions en justice.** Une certaine objectivité est identifiable dans la demande du recours pour excès de pouvoir, demande dans son sens de « *negotium* » inhérent à la décision espérée du juge et visant l'annulation de l'acte. Cette annulation est sensée rétablir la légalité au profit de toute la communauté. Si, après avoir exercé son contrôle, le juge administratif décide, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, d'annuler la décision administrative litigieuse, cette décision disparaît rétroactivement de l'ordre juridique. L'action intervient dans la plupart du temps à l'occasion d'une décision administrative qui fait grief. C'est un recours en annulation dirigé contre les actes administratifs unilatéraux faisant grief, bien qu'ayant un caractère objectif et, *a priori*, fondé sur les seuls moyens de légalité. La rétractation d'une telle

décision au bout d'une action en justice est sensée faire cesser ce grief, et par conséquent, produire un intérêt pour le compte de celui ou de ceux qui sont susceptibles de subir un tel grief. Lorsque cette rétractation aboutit, tout se passe comme si cet acte administratif n'avait jamais existé et ses effets produits antérieurement au jugement sont annulés. Ces nouvelles conséquences ne sont pas obtenues dans la totale neutralité de l'intéressé. C'est surtout en cela que la règle est parfois source de difficultés pour l'administration. En effet, lorsqu'une décision défavorable à un fonctionnaire (refus d'une promotion, révocation...) est annulée par le juge de l'excès de pouvoir, l'administration doit reconstituer la carrière du fonctionnaire, c'est-à-dire reconstruire sa carrière sans l'impact de la décision illégale. Aussi, la conception subjectiviste de l'action, ne manque-t-elle pas d'objectivité et c'est justement en cela que le contentieux administratif ne constitue qu'une manière de concilier le respect de l'intérêt général et des droits des particuliers. Ainsi, au-delà de l'objectivité reconnue dans le recours pour excès de pouvoir, on y identifie le caractère subjectif de l'intérêt défendu, que ce dernier soit reconnaissable vis-à-vis d'un particulier, soit à un groupe d'individus ou encore à toute l'entière d'une nation.

**405.** Au final, il ne nous semble pas possible de trouver ni une action seulement subjective ni exclusivement objective. Toute action en justice comporte, nous semble-t-il, à la fois des éléments ou des aspects objectifs et subjectifs.

## ***2. Les critiques contre la théorie de DEMOLOMBE***

**406. VIZIOZ et MOTULSKY, la différence dans l'unité.** La théorie de DEMOLOMBE sur l'action en justice a suscité beaucoup de controverses, surtout au siècle suivant. Cette situation n'est pas anodine. L'environnement juridique s'y prête. Le siècle des lumières est passé, la philosophie du droit a connu un important développement, c'est, tel que le précise ATIAS, au XX<sup>e</sup> siècle que la pensée juridique française se fit plus théorique, plus abstraite et plus conceptuelle avec des débats sur le fondement et la nature des notions en usage. Tout en rejetant la théorie de DEMOLOMBE, VIZIOZ et MOTULSKY n'ont pas la même conception du lien entre droit et action. En ce XIX<sup>e</sup> siècle là même, la notion de droit subjectif relevait de la manière de concevoir son propre droit de telle sorte que pour invoquer un droit individuel, l'indication de sa nature *réelle* ou *personnelle* était nécessaire sans qu'il



soit utile d'analyser le droit lui-même<sup>720</sup>. Ce changement se ressent dans la conception moderne de VIZIOZ dans ses commentaires sur la relation entre droit et action. L'action est le pouvoir « impersonnel », « permanent » et « général »<sup>721</sup> de saisir les tribunaux<sup>722</sup>. A vouloir éloigner efficacement le droit substantiel de l'action, l'auteur semble se rapprocher un peu trop de l'abstraction à travers sa définition qui, si elle ne sollicite pas, à la limite, de la métaphysique, rappelle tout au moins les caractères de neutralité d'une disposition légale. « *La loi est l'expression de la volonté générale... la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative* ». Elle est ainsi caractérisée par une apparence qui paraît sortir complètement du cadre des droits subjectifs en tant que prérogatives à la disposition de toute personne. VIZIOZ fait alors de l'action une conception objective qui se rapproche beaucoup plus de la loi qui, en général, est « *un commandement* » comme disait Portalis<sup>723</sup>, un des auteurs du Code civil. Or, l'action en justice est une faculté, une prérogative à la disposition du sujet de droit<sup>724</sup>. L'évidence que les hommes, en société, ont d'abord pris contact avec les règles juridiques, avant de définir les situations prouve l'antériorité des règles par rapport aux situations juridiques<sup>725</sup>. Quant à MOTULSKY, sa conception, bien que distinguant l'action du droit substantiel se rapproche encore un peu trop de ce dernier en ce sens qu'elle est très liée au droit subjectif et surtout au fond du

---

<sup>720</sup> Ch. ATIAS, Préface à Jean DABIN, *Le droit subjectif*, éd. Dalloz, 1952, Rééd. Dalloz, Paris, 2008, p. I.

<sup>721</sup> V. par exemple, la décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012 relative à la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi ; décision dans laquelle le principe a été, une nouvelle fois, rappelé récemment : « Considérant que, d'une part, aux termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789 : " La loi est l'expression de la volonté générale... " ; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative ».

<sup>722</sup> H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, Bordeaux, 1956, p. 147 et s.

<sup>723</sup> J.-E. – M. PORTALIS, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil », 1801, « *Ce que nous appelons le droit naturel ne suffisait donc pas : il fallait des commandements ou des préceptes formels et coactifs* ».

<sup>724</sup> J. DABIN, *le droit subjectif*, op. cit. p. 2. « *Plus logique était la terminologie des anciens, encore suivie par les moralistes et les canonistes, qui donnaient le nom de droit normatif au droit dit objectif, distinguant, pour le reste, dans le droit dit subjectif, un aspect subjectif (la prérogative vue du côté du sujet : le pouvoir, la compétence...) et un aspect objectif (la prérogative vue dans son objet : l'intérêt, la valeur protégée)*.

<sup>725</sup> P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit. p. 5. L'auteur en tire la conséquence que « *c'est pour cela que la théorie générale du droit a d'abord été établie autour des règles juridiques, et qu'il a fallu, pour donner une base à l'organisation juridique, dégager d'abord l'idée d'une règle de vie en société : avec tout ce qu'elle permet et tout ce qu'elle défend* ».

droit<sup>726</sup>. Tout ceci contribue encore aux controverses qui ne semblent pas finir de sitôt en dépit de la consécration légale de celle-ci<sup>727</sup>.

**407. Un contre-courant vis-à-vis du droit romain non exempt de confusion.** Si le droit romain l'exprime par une conception qui pose en premier l'action en justice pour opérer la mise en catégorie des droits subjectifs substantiels, MOTULSKY, quant à lui, relève que traditionnellement l'action en justice est l'aboutissement de la concrétisation des droits subjectifs substantiels. Cette dernière conception peut donner lieu à une double interprétation. Dans une certaine analyse qui minimise l'importance de la réalisation judiciaire du droit au profit de sa réalité matérielle, si l'action concrétise le droit, c'est qu'il existe de toute façon, et préalablement, un certain droit qu'il ne reste qu'à rendre manifeste, réel, une sorte de matérialisation ou de réalisation. Cela suppose la préexistence du droit à l'action, contrairement à ce qu'il en était en droit romain où l'action créait le droit. Une autre interprétation de cette thèse de MOTULSKY permet de dire que c'est plutôt l'action qui préexiste au droit. Il faut mettre dans la concrétisation du droit l'élément créateur de celui-ci. Une telle analyse qui considère que la concrétisation produit le droit suppose que le caractère litigieux du droit le rend indisponible, pratiquement inexistant et c'est l'action qui le crée. Cela se comprend lorsqu'on imagine la position du droit litigieux à ce stade de discussion où il n'appartient juridiquement ni à l'une ni à l'autre des deux parties. L'aboutissement de l'action l'intègre, soit entièrement ou partiellement, dans le patrimoine de l'une des parties. Si la théorie de MOTULSKY tranche avec la confusion entre droit et action, il reste encore à y voir celui qui précède l'autre et pour cela, le risque de confusion entre les deux notions ne semble pas complètement éloigné.

**408. L'indifférence confirmée des doctrines objectiviste et subjectiviste de la théorie de l'action.** La distinction opérée entre les deux notions s'observe là où l'auteur rappelle plus loin que l'action en justice vise à faire valoir des droits subjectifs substantiels et qu'on ne peut se contenter de dire cela. Il faut, selon lui, rechercher si l'action en justice constitue elle-même un droit subjectif. Au même moment, l'auteur condamne le fait que l'on confonde le plus souvent le droit de saisir le juge et l'exercice même de ce droit qui se manifeste par un

---

<sup>726</sup> H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, 1964, p.215-230 ; repris in *Ecrits*, tome 1, *Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p. 85-100.

<sup>727</sup> Art. 30 CPC

élément non intrinsèque mais extérieur qu'est la demande en justice. C'est la distinction entre action et demande. Il affirme que l'action en justice se définit indépendamment du droit substantiel en cause et indépendamment du succès ou non de la reconnaissance de celui-ci par le juge. Ainsi, l'action en justice est, selon MOTULSKY, « la faculté d'obtenir d'un juge une décision sur le fond de la prétention à lui soumise »<sup>728</sup>. Cela dit, l'auteur se demande si cette faculté est bien un droit subjectif. Les autres auteurs ont répondu négativement, mais il affirme "qu'un lien juridique s'établit, par le procès, entre les parties et le juge et que "le plaideur est habilité à déclencher l'impératif de la règle de droit à son propre profit". On peut comprendre à travers sa définition l'indifférence des doctrines subjectiviste et objectiviste dans la conception de l'action lorsqu'il affirme qu'il *n'existe qu'une "seule catégorie d'action", puisque cette définition peut s'appliquer en toute matière et à toute hypothèse*. L'objet de ce droit étant purement processuel". Au-delà de ce que VIZIOZ et MOTULSKY ont tant apporté à la doctrine moderne et à la consécration légale de la notion d'action, les jugements diversement portés sur la théorie de DEMOLOMBE paraissent excessifs et celle-ci mérite d'être reconsidérée.

## **Paragraphe 2 : Une interprétation renouvelée de la théorie de DEMOLOMBE**

**409. Le caractère injonctif et non affirmatif de la théorie de DEMOLOMBE.** Toute évolution dans un domaine donné n'empêche pas de maintenir ce qu'il y a de positif dans de pratiques anciennes abandonnées. Si ROUSSEAU trouve nécessaire que tout homme veuille à sa conservation et qu'il conserve dans l'ordre civil la liberté que la nature lui impartit, c'est plutôt dans l'état de nature qu'il trouve la source ou l'origine de cette liberté, en dépit de tout ce qu'il a déploré comme sauvage dans cet état<sup>729</sup>. L'interprétation qui est faite de la théorie de DEMOLOMBE nous paraît donner un caractère trop affirmatif à celle-ci. Cette interprétation laisse entrevoir, d'une part, l'absence de confusion entre droit et action (**A**) et, d'autre part, la présence de quelques injonctions (**B**) en guise de souhaits dans la théorie développée par l'auteur.

---

<sup>728</sup> Définition reprise à l'article 30 du Code de procédure civile.

<sup>729</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Présentation de Bruno BERNARDI, Flammarion, Paris 2001, p. 17 et s. et p. 46 et s.

## A. L'absence de confusion entre l'action et le droit

**410. Nécessité, mais des précautions.** La nécessité d'interpréter est une évidence<sup>730</sup>. Vis-à-vis de la loi, cette dernière ne peut tout prévoir et peut aussi se caractériser par, un défaut de clarté ; par rapport aux théories de doctrine, celle-ci est appelée à clarifier, à approfondir et à faire évoluer la science<sup>731</sup>. L'absence de toute confusion dans la théorie de DEMOLOMBE peut s'observer à la fois dans l'expression d'une anomalie alors actuelle en pratique (1) et à travers la nostalgie d'une conception ancienne en théorie (2).

### 1. L'expression d'une anomalie alors actuelle

**411. Quelle interprétation pour la théorie de DEMOLOMBE ?** Il faut bien comprendre ce qu'exprimait DEMOLOMBE, et pour y parvenir, l'interprétation de sa théorie pourra se faire d'une autre manière. C'est ce qui justifie l'interrogation. L'auteur, lui-même, un des maîtres de la méthode dite exégétique<sup>732</sup>, affirmait :

*« En théorie, l'interprétation c'est l'explication de la loi ; interpréter c'est élucider le sens exact et véritable de la loi. Ce n'est pas changer, modifier, innover ; c'est déclarer, c'est reconnaître. L'interprétation peut être plus ou moins ingénieuse ou subtile : elle peut mener parfois à prêter au législateur des intentions qu'il n'avait pas, [...] meilleures ou moins bonnes, mais enfin, il faut qu'elle n'ait pas la prétention d'avoir inventé ; autrement elle ne serait plus l'interprétation<sup>733</sup> ».*

**412.** Voilà comment l'auteur avait lui-même posé quelques *balises* à ce qui devrait être fait de sa théorie en avertissant que celle-ci ne devra pas subir de changement, de modification,

---

<sup>730</sup> R. M. DWORKIN, *Law's Empire*, Preface, Fontana Press, Londres, 1986, p. VII. « *We live in and by law [...] How can the law command when the law books are silent or unclear or ambiguous?* » (Nous vivons dans et par la loi [...] Comment la loi peut-elle commander lorsque les livres de droit sont muets ou peu claires ou ambigus?)

<sup>731</sup> V. Cependant, A. AARNIO, *The Rationable as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht, 1987, p. 67 et s. ; De même, « *Argumentation Theory and Beyond* », *Rechtstheorie*, 1983, p. 385 et s. « *a central task for legal dogmatics is the justification of norms standpoints [...] Interpretation in turn, has been understood as a linguistic matter [...] From a procedural point of view, however, the nature of the interpretative process is not unproblematic. It is a question of how a justified interpretation of a rationally acceptable meaning content is produced. How can we render believable that a certain meaning content is rationally justified and right?* ».

<sup>732</sup> Cette méthode a été préconisée au XIX<sup>e</sup> siècle, après l'adoption du code civil, par l'école de l'exégèse dont DURANTON, DEMOLOMBE, AUBRY et RAU étaient les principaux auteurs.

<sup>733</sup> DEMOLOMBE, « *Analyse critique de la méthode de l'exégèse* », in Léon HUSSON, *Archives de philosophie du droit* n° 7, n° 6, Sirey, Paris, 1972, p. 119.

ou d'innovation par rapport à la véritable pensée de l'auteur. Bien qu'il ne s'agisse pas ici d'une loi<sup>734</sup>, on peut toutefois appliquer les règles d'interprétation de la loi à celle de texte de doctrine, telle la théorie de l'action. Elle fait partie des autorités du droit, celle qui permettent aux règles de droit d'être visibles à travers l'interprétation du droit<sup>735</sup>. Il y a lieu de se rappeler l'idée de GENY sur cette conception selon laquelle l'interprète est en présence de sources formelles du droit qui, s'imposant à lui, suppriment ou restreignent la liberté de ses jugements. Tout appui formel manquant, l'interprète est plus complètement livré aux inspirations de sa conscience individuelle<sup>736</sup>. Il propose qu'on puisse dégager, du fonds commun de la nature des choses, les règles objectives qui la guideront et la garantiront contre le subjectivisme de ses jugements. La prise en compte préalable de cette idée par les différents auteurs qui sont intervenus sur la théorie de l'action à la suite de DEMOLOMBE semble devoir leur permettre d'avoir un autre point de vue sur la conception de ce dernier, surtout que la méthode exégétique ne se confond avec l'interprétation littérale qui fait prévaloir la lettre du texte sur son esprit. La méthode exégétique fait plutôt le contraire en faisant prévaloir l'esprit sur le texte, le but étant de découvrir la volonté du législateur (quand il s'agit de l'interprétation de la loi), ici, l'esprit scientifique de l'auteur de la théorie de l'action.

**413.** Toute interprétation se situe au cœur d'une philosophie qui l'oriente et la détermine. Ce fait n'est pas particulier à la science juridique<sup>737</sup> et se vérifie pour toutes les disciplines, en sciences sociales et en sciences de la nature. C'est ainsi que si, dans le langage courant, le terme d'exégèse s'emploie dans le domaine religieux des textes sacrés, tels la Bible et le Coran, ceux-ci faisant relativement plus de débats, il n'en a pas manqué pour le compte de la théorie de DEMOLOMBE qui semble battre le record des critiques scientifiques en droit

---

<sup>734</sup> L'influence de la révolution française voyant dans la loi l'unique source de droit, le code civil était considéré comme la loi par excellence. Or, Pour l'école de l'exégèse, la loi est complète, tout est dans la loi et on doit tout pouvoir déduire de la loi. Par conséquent, toute difficulté peut être résolue en se référant au code civil.

<sup>735</sup> D. C. SOSSA et J. DJOGBENOU, *Introduction à l'étude du droit, perspectives africaines*, op. cit. p. 200, n° 291.

<sup>736</sup> F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> éd, L.G.D.J., Paris., 1932, p. 220.

<sup>737</sup> V. « L'interprétation dans le droit », Archives de philosophie du droit n° 17, op. cit. en particulier: Henri BATIFFOL, *Questions de l'interprétation juridique*, p. 10 s. ; Michel VILLEY, *Méthodes classiques d'interprétation du droit*, p. 85 et s. ; M. SBRICCOLI, *Politique et interprétation juridique dans les villes italiennes du Moyen Age*, p. 101 et s. ; Philippe I. ANDRE VINCENT, *L'abstrait et le concret dans l'interprétation*, p. 135 et s.

processuel. L'exégèse<sup>738</sup> de cette théorie a déjà été largement faite, du moins dans son sens philosophique où elle désigne une étude approfondie et critique d'un texte<sup>739</sup> ; sinon, son herméneutique juridique au sens de « *l'interprétation des sources de la loi* », L'herméneutique étant beaucoup plus liée à la pratique et à la mise en œuvre de la norme, elle semble convenir à la théorie de DEMOLOMBE que nous trouvons en, l'occurrence, beaucoup plus relative à la pratique en ce sens qu'elle n'était intervenue que pour déplorer une situation de la pratique procédurale. On peut être sûr d'une chose, c'est que l'on n'aura pas besoin de se référer à FREUD dans sa magnifique méthode d'interprétation des rêves<sup>740</sup> pour comprendre ce que disait réellement DEMOLOMBE. Encore qu'il ne s'agit pas, dans ce cas-ci, d'interprétation de rêve, donc, sa méthode de *libre association*, par exemple, où tout et chaque mot compte, ne saurait aboutir à un bon résultat si les mots ou les phrases sont exploités de manière isolée de leur contexte, de l'idée ou de l'esprit global. Il s'agira d'une interprétation globalisante. Tel est la méthode calquée sur celle opérée pour l'interprétation de la loi où l'interprète doit, notamment, donner sa valeur au contexte de la disposition à interpréter, c'est-à-dire que pour fixer le sens d'une partie de la loi, il doit en réunir toutes les dispositions, avoir une vue globale du système de règles dans laquelle s'insère la disposition litigieuse. Telle est ce qui a manqué aux commentaires et interprétations focalisés pour la

---

<sup>738</sup> HATIER, *Dictionnaire Grec/Français*, Coll. Dictionnaire langues anciennes, Paris, 1997.

<sup>739</sup> Ici, la théorie de DEMOLOMBE. Ce sens est retenu au-delà de sa signification ordinaire où elle désigne l'explication d'un texte ancien difficile à partir de son étude grammaticale suivi d'une interprétation de son sens. Par extension, explication d'un texte difficilement compréhensible à cause de son style pompeux et inutilement compliqué. Mais le constat fait est que le paragraphe ayant concentré l'essentiel des idées de DEMOLOMBE est d'une syntaxe qui paraît assez accessible pour y ressortir son sens non moins perceptible, sans pour autant se référer à des données philosophiques, si ce n'est que pour approfondir le cadre scientifique dans lequel elles ont été développées.

<sup>740</sup> S. FREUD, *L'interprétation du rêve*, 1900, trad. Jean-Pierre LEFEBVRE, rééd. Seuil, 2010 ; V. dans le même sens, FREUD, *Préface* à l'édition anglaise de 1932, Coll. Œuvres complètes de Freud / Psychanalyse (OCF.P), PUF/Quadrige, p. 23. V. par exemple la méthode ou la règle dite de la libre association proposée par l'auteur et décrite par Jean LAPLANCHE et Jean-Bertrand LEFEVRE-PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse*, 1967, PUF, éd. Paris, 1973 p. 228. Cette méthode ou règle de la libre association consiste à exprimer sans discrimination toutes les pensées qui viennent à l'esprit, soit à partir d'un élément donné (mot, nombre, image d'un rêve, représentation quelconque), soit de façon spontanée. Sa théorie a reçu l'approbation, du moins en partie, de David FOULKES qui partage des points de vue avec la théorie de FREUD, notamment lorsqu'il affirme l'existence d'un contenu latent et d'un contenu manifeste qui en sont la transformation, et que cette transformation relève d'un langage à déchiffrer. Pour cet aspect, V. J. Allan HOBSON, *Book Review: The Scientific Study of Dreams* (L'étude scientifique des rêves), par George William DOMHOFF. APA (American Psychological Association) Press (Presse de l'Association Américaine de Psychologie), 2002 » in « Dreaming », Septembre 2003, Volume 13, n° 3, pp. 187-191. Les critiques n'ont pas manqué non plus. Selon le psychologue, sociologue et essayiste G. W. DOMHOFF et le psychologue cognitiviste D. FOULKES, l'idée selon laquelle l'association libre permet d'accéder au contenu latent du rêve est infirmée par des travaux de *psychologie expérimentale*, qui ont conclu au caractère arbitraire de cette méthode (V. David FOULKES, « A grammar of dreams (1978), Basic Books, 1998 et DOMHOFF G.W., *The scientific study of dreams*, American Psychological Association, 2003. Le neuropsychiatre Allan HOBSON a critiqué l'ouvrage de DOMHOFF en lui reprochant de méconnaître les mécanismes neurobiologiques qu'il étudie.

plupart sur la portion du texte à polémique : « *L'action enfin, c'est le droit lui-même mis en mouvement ; c'est le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos ; le droit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix* ». D'autres encore s'occupe de la portion suivante : « *L'action ne forme pas un bien distinct du droit ou plutôt du bien lui-même auquel ce droit s'applique* ». Et, évidemment, il est impératif de mettre le texte en lambeaux afin de procéder aux *morceaux choisis*, ceux-là même qui portent littéralement un caractère potentiellement substantiel de l'action donnant la possibilité de faire ce constat de confusion entre droit et action.

**414.** Ceci se trouve à contre-courant de la méthode exégétique qui fait partie de l'environnement scientifique de DEMOLOMBE, et qui également se fonde sur l'esprit et non la lettre du texte à interpréter. Aussi, comme disait Hans KELSEN<sup>741</sup>, si « *l'interprétation* » est comprise comme la détermination cognitive des significations de la chose objet d'interprétation, le résultat d'une interprétation juridique ne peut être seulement la constatation que présente le cadre juridique, mais plutôt, la connaissance de plusieurs possibilités dans le même cadre. Et il ajoute que « *l'interprétation jurisprudentielle* » doit soigneusement éviter la fiction selon laquelle une norme juridique admet une seule interprétation comme « correcte ». La jurisprudence traditionnelle utilise cette fiction pour maintenir l'idéal de sécurité dans l'interprétation juridique<sup>742</sup>. C'est justement cette raison qui justifie l'existence, à la fois, des adhésions et des critiques de la doctrine, même moderne<sup>743</sup> dans l'interprétation de la théorie de DEMOLOMBE. C'est qu'en effet, en sciences juridiques comme ailleurs, toute définition issue d'une interprétation est l'expression d'une philosophie très générale, l'interprétation étant l'élément central à partir duquel des auteurs se reconnaissent et s'opposent.

**415. Du caractère alors actuel de l'anomalie.** La définition de l'action par DEMOLOMBE a été de tout temps considérée comme une confusion entre droit substantiel et action. Cela s'est fait à travers une interprétation qui n'en reste qu'une et qui n'a fait qu'amplifier un

---

<sup>741</sup> H. KELSEN, *Pure Theory of Law*, trad. de la 2<sup>e</sup> ed, allemande, 1960, Berkeley, University of California Press, 1967, p. 381.

<sup>742</sup> H. KELSEN, *Op. cit.* p. 356.

<sup>743</sup> On peut citer par exemple J. HERON et T. LE BARS, qui sont allés dans le même sens que l'auteur en soutenant que « l'action est assimilable aux actes processuels que sont les demandes et les défenses » (V. J. HERON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Coll. Domat, 5<sup>e</sup> éd. Montchrestien, Lextenso éditions, Paris 2012, p. 56 et s.

débat qui semble mal orienté vers les aspects susceptibles de prêter à des polémiques<sup>744</sup>. Or, une autre forme d'analyse montre, nous semble-t-il, que DEMOLOMBE n'identifie pas le droit à l'action à travers sa théorie. Il suffit, pour s'en convaincre, de prendre l'entièreté de sa théorie plutôt que le dernier bout qui apparaît véritablement comme affirmation de l'identité des deux termes : « *L'action enfin, c'est le droit lui-même mis en mouvement ; c'est le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos ; le droit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix.* » ; ou encore, « *L'action ne forme pas un bien distinct du droit ou plutôt du bien lui-même auquel ce droit s'applique* ».

## **2. La nostalgie d'une conception ancienne**

**416.** En se référant à la première partie de son idée, on peut y voir une amertume exprimée face à la conception contemporaine de l'action, du moins en pratique, de même que dans la suite de l'idée où se trouve l'expression d'une nostalgie, ce qu'il était en train d'envier au droit romain : « *Il est vrai que, dans l'ancien droit romain, l'action intentée créait un droit nouveau et, par suite, une espèce de bien. Le préteur 'judicium dabat'<sup>745</sup> ». Et c'était là l'action<sup>746</sup>. C'est-à-dire le "jus persequendi in judicio quod no bis debetur"<sup>747</sup>. Ce droit, on ne l'avait pas de plano : il fallait l'obtenir du préteur ; **sous un tel régime, il était, en effet, exact de distinguer le droit lui-même d'avec l'action intentée pour le faire reconnaître** ». Voilà le regret aussi clairement exprimé par l'auteur et qui prouve qu'il n'ignore pas du tout que l'action se distingue naturellement du droit substantiel. Le droit nouveau que créait l'action devant le préteur n'est rien d'autre que celui *d'être entendu sur le fond*, le droit d'accès au « *juge* » (le juge, dans la conception romaine, seul habilité, en principe, à examiner le fond du droit), le préteur étant compétent uniquement pour examiner l'aptitude à l'accès au juge du fond, c'est-à-dire, l'existence du droit d'agir, la recevabilité de la demande. Il s'agit en quelque sorte d'une déclaration qui dit que « *l'action est recevable, on peut alors l'examiner au fond. Pour cela, envoyons-la devant le juge habilité à l'examiner au fond* ». Ainsi, seule l'intervention du « *juge* » pouvait créer « *par suite, une espèce de bien* »,*

---

<sup>744</sup> Pour une telle conception dans la continuité, V. par exemple, J. HERON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6<sup>e</sup> éd. Montchrestien, Lextenso éditions, Domat droit privé, Paris, 2015, p. 49.

<sup>745</sup> Cette expression signifie que « le préteur rendait un jugement ».

<sup>746</sup> Il faut comprendre par là que l'examen de l'existence même de l'action était, en principe, enfermé dans le rôle du préteur qui n'est pas habilité pour le jugement au fond.

<sup>747</sup> Littéralement traduite, cette expression signifie « le droit de poursuivre dans un jugement ce qui nous est dû ».



c'est-à-dire, la reconnaissance du droit substantiel en discussion au profit de l'un des plaideurs. C'est là la distinction de l'examen de la recevabilité et de celui du fond dont DEMOLOMBE regrette légitimement l'absence dans la procédure alors contemporaine. Il reconnaissait bel et bien la nécessité de cette distinction et c'est ce qui l'amène à dire que « *sous un tel régime, il était, en effet, exact de distinguer le droit lui-même d'avec l'action intentée pour le faire reconnaître* » ; le terme "exact" témoigne de cette conviction, de cette nécessité dont il recherchait la justification et qu'il retrouve enfin, ne serait-ce que dans l'histoire qui est malheureusement derrière lui : c'est de la nostalgie, même s'il n'a pas vécu lui-même en période de droit romain. Il y a de ces genres de nostalgie que l'on subit sans en avoir vraiment vécu la regrettée situation. Son amertume, il l'a exprimée vis-à-vis de la pratique procédurale contemporaine, lorsqu'il dit, avec tant de regret qu'« *aujourd'hui, chacun peut exercer ses droits en justice, chacun peut intenter des actions sans permission préalable* ». Et pour exprimer définitivement que l'action se distingue du droit, il dit : « *Qu'est-ce donc alors seulement que l'action ? C'est la demande, c'est le procès. Est-ce un bien, cela ? Non, vraiment* ». Il refuse ainsi qu'on puisse confondre droit et action.

## **B. La présence d'injonctions dans la théorie de l'action**

**417. Demande et procès contre l'action.** La présence d'injonctions est révélée au travers de la distinction entre action et demande (1) et la distinction entre action et procès (2).

### ***1. La distinction entre action et demande***

**418. DEMOLOMBE ne confond pas action et demande.** C'est aussi une erreur de croire que DEMOLOMBE prend l'action pour la demande. La demande, en effet, peut se comprendre sous deux acceptions, l'une procédurale, l'autre substantielle. Sous ce dernier aspect de la demande, il faut comprendre le *negotium* de la demande, si nous considérons l'acte juridique. Il est contenu le plus souvent dans les conclusions et mémoires formés dans l'*instrumentum* qui n'est que l'écrit qui le constate. C'est la distinction qu'a faite, dans un acte, Hans Kelsen entre la manifestation de volonté elle-même d'une part et le contenu de l'acte d'autre part<sup>748</sup>. C'est en réalité ce que le plaideur réclame (ou demande) au juge de reconnaître : d'où la dénomination de « *demande* » attribuée à cet acte. Sous ce même aspect,

---

<sup>748</sup> H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *Archive de philosophie du droit et de la sociologie juridique*, 1940, p. 33 et s.

il y a lieu de distinguer la demande (dans son acception substantielle) de la prétention. C'est encore dans l'histoire du droit romain qu'on peut puiser pour découvrir cette différence. En procédure romaine en effet, la formule du préteur comporte deux parties : à côté de l'*intentio* (une courte phrase par laquelle s'exprime la prétention du plaideur « que telle chose lui appartient ou que telle somme lui est due »), les nouvelles formules écrites comprennent une partie dénommée *condamnatio*, où l'on exprime à quelle prestation précise doit être condamné le défendeur si la prétention est vérifiée<sup>749</sup>. On comprend par-là que si l'*intentio* relève de la prétention du demandeur, la *condamnatio*, quant à elle, relève plutôt de la décision du magistrat, de sa conviction et, n'était qu'une exhortation du demandeur auprès de celui-ci. L'aspect substantiel de la demande est alors la sollicitation de la reconnaissance du droit méconnu. Il est surtout recherché dans l'acte judiciaire qui entre dans le cadre des décisions, c'est-à-dire des actes qui manifestent un pouvoir vis-à-vis d'autrui au terme d'un processus<sup>750</sup> et dont l'aboutissement dessaisit l'auteur<sup>751</sup> (ici, le magistrat). Liant l'action à la demande, DEMOLOMBE ne semble pas se référer à cet aspect substantiel de la demande, du moment où il poursuit en l'identifiant par rapport au procès qui n'a rien de substantiel. L'on peut alors rechercher son idée dans l'aspect procédural de la demande. Ce dernier s'observe à travers son rôle déclencheur du procès. En cela, l'action préexiste à la demande qui n'est perçue que comme la matérialisation de l'exercice de l'action et ne peut donc s'y confondre. Sur ce préalable, MM. HERON et LE BARS distinguent entre *acte de procédure* et *acte processuel*. Pour les deux auteurs, l'acte processuel s'entend de l'objet de la demande, ce qui se trouve dans l'acte et qui est demandé pour être reconnu par le juge, ce qui est en voie d'être créé. L'acte de procédure, quant à lui, est la manifestation de volonté (ici, volonté d'agir du demandeur ou du défendeur) qui induit un mécanisme, un dynamisme, un processus, en un mot, une action et, c'est là ce que semble exprimer DEMOLOMBE lorsqu'il identifie l'action à la demande. Rien de substantiel donc. Par rapport à cet aspect dynamique, M. JEULAND précise que les actes de procédure donnent du mouvement au lien

---

<sup>749</sup> M. VILLEY, *Le droit romain*, Quadrige, *Que sais-je ?*, PUF, 1<sup>re</sup> éd. 1945, Normandie, éd. 2012, p.

33.

<sup>750</sup> P. LOKIEC, *La décision et le droit privé*, D. 2008, 2293 ; V. aussi, Rép. Min. n° 15576, JO Sénat Q, 13 janv. 2011, D. 2011, 249.

<sup>751</sup> G. WIEDERKEHR, « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes juridiques », in *Mélanges en l'honneur de Alfred RIEG*, 2000, p. 883.

d'instance, et que ce lien d'instance disparaît d'ailleurs en leur absence, par la péremption en matière civile ou par la prescription en matière pénale<sup>752</sup>.

## **2. La distinction entre action et procès**

**419. DEMOLOMBE ne confond pas action et procès.** De même, parlant du procès, l'auteur emprunte ainsi l'aspect dynamique du procès qui se confond facilement à l'action. A travers cette conception dynamique du procès, il voit la lutte judiciaire telle que DEMOLOMBE l'a si bien précisé.

**420. L'évidence d'une situation de « belligérance », bien qu'apaisée.** « L'action, ... c'est une lutte judiciaire, c'est un fait ! L'action enfin, c'est le droit lui-même mis en mouvement ; c'est le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos ; le droit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix. ». Etait-il opportun de critiquer cette partie de la théorie de DEMOLOMBE ? L'influence de l'environnement juridique a certainement pris par-là lorsqu'on sait que le grand juriste allemand (IHERING) n'y a pas échappé. En effet, le caractère loufoque et toujours incisif de cet auteur tient, selon M. JOUANJAN, à la circonstance que son œuvre s'est développée durant une période cruciale de l'histoire de la pensée juridique allemande moderne<sup>753</sup>. La notion de lutte judiciaire n'est pas très différente de celle de « lutte pour le droit » (Der Kampf ums Recht) publié en 1872, si cher à Rudolf Von IHERING qui est évidemment de cette même période du XIX<sup>e</sup> siècle. C'est en réalité l'une des plumes marquantes de l'environnement juridique ayant influencé la doctrine occidentale du moment<sup>754</sup>. L'action comme lutte, dynamisme est largement partagée par auteurs classiques que ceux du droit moderne. Le droit sous sa forme statique et le droit sous sa forme dynamique de la réalisation par voie judiciaire est évoqué par JOSSERAND dans son *Cours de droit civil positif français*<sup>755</sup>. Pour lui, la procédure civile est le droit privé en

---

<sup>752</sup> E. JEULAND, *Droit processuel général*, Domat droit privé, 3<sup>e</sup> éd. Montchrestien, Lextenso éditions, 2014, p. 393.

<sup>753</sup> Il s'agit de la période entre 1842, date à laquelle lui est conféré le grade de docteur, jusqu'à son décès, le 17 septembre 1892, soit environ un demi-siècle au cours desquelles les décisions scientifiques et intellectuelle de IHERING eurent une influence capitale, à la fois immédiate et différée, sur l'orientation de la réflexion des juristes, en Allemagne comme ailleurs à l'étranger (V. R.V. IHERING, *La lutte pour le droit*, présentation de O. JOUANJAN, p. IX)

<sup>754</sup> O. JOUANJAN, « *Rudolf Van IHERING : La lutte pour le droit* », Ed. Dalloz, Paris, 2006, p. VII. « Rudolf Van IHERING est sans conteste l'un des grands penseurs du droit durant la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle.

<sup>755</sup> JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Tome 1, n° 12.

action. Pour MOTULSKY, l'efficacité des droits, voire leur nature profonde, ne s'éprouve réellement que dans la lutte judiciaire et il est probable, que sans celle-ci, la notion de droit même au sens subjectif n'existerait pas<sup>756</sup>. Dans sa préface à l'ouvrage intitulé "Principes d'une réalisation méthodique du droit privé" de MOTULSKY, Paul ROUBIER, utilise l'expression « lutte judiciaire » pour exprimer le déroulement du procès<sup>757</sup>.

\*\*\*\*\*

**421. Une logique certaine plus tard approuvée.** DEMOLOMBE était dans cette logique orientée vers la critique d'une réalité pratique alors en cours en se refusant de se laisser entraîner par cette dernière de peur de trahir la mission de la science, celle que reprécisera plus tard MOTULSKY à savoir : « ... *confronter les constructions dogmatiques 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* »<sup>758</sup>. Il n'en sera ainsi que dès lors qu'on aura opéré les réformes textuelles nécessaires dans ce sens d'accommodation avec une pratique orientée vers la limitation de la substance du droit dans l'appréciation du droit d'agir.

---

<sup>756</sup> H. MOTULSKY, *Ecrits, études et notes de procédure civile*, préface Georges BOLARD, Dalloz, 1973, Réed. Dalloz, 2010, Paris, p. 85 ; ou Archives de la Philosophie de Droit, Paris, 1964, p. 215 et s ; V. aussi « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé », op. cit. p. 35. "L'action est un droit subjectif, indépendant, dans sa structure, d'un « noyau » qui ne lui est même pas indispensable : c'est un « droit à part », un droit dont les destinataires, en l'état de la réglementation positive qui n'oblige pas le défendeur à participer à la **lutte judiciaire**, ne peuvent être que les détenteurs de la contrainte sociale, c'est-à-dire, en Droit privé, les juges". V. de même, E. GLASSON et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd. avec le concours de René MOREL, 4 vol. Paris, 1925-1932.

<sup>757</sup> H. MOTULSKY, Préface P. ROUBIER, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, p. XI

<sup>758</sup> H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, op. cit. p. 141, n°126.

## **Conclusion du titre**

422. L'influence du droit substantiel dans l'appréciation du droit d'agir trouve ses fondements dans des considérations tant originelles que contextuelles. L'intérêt est par nature substantiel quel que soit le qualificatif qu'il prend suivant les circonstances. Et le recours excessif à l'intérêt à agir trouve son fondement dans ces considérations. L'intérêt est souvent défini comme l'avantage moral ou matériel que l'action est susceptible de procurer au plaideur. Le caractère légitime de l'intérêt renvoie à ce qui ne s'écarte pas de l'ordre légal ou moral. Ce titre a été l'occasion de démontrer que le droit substantiel occupe une place importante dans l'appréciation du droit d'agir. Ce constat a des fondements historiques et contemporains. Les résultats auxquels l'on a abouti aujourd'hui trouvent d'une part leur source dans la fausse interprétation de la doctrine de DEMOLOMBE. C'est pourquoi, nous avons tenu à proposer une autre interprétation de cette doctrine.

## *Conclusion de la première partie*

---

**423.** Henri MOTULSKY parachevant la théorie de Henri VIZIOZ a distingué trois étapes dans le procès : la procédure – l'action – le fond. Cette distinction est à la fois d'ordre logique et chronologique. A chacune de ces phases du procès correspond un moyen de défense avec un régime précis. Ainsi distingue-t-on les exceptions de procédure, les fins de non recevoir et les défenses au fond. On sait aussi que la réforme du Code de procédure civile intervenue en 1975 doit beaucoup aux idées de Henri MOTULSKY.

**424.** Cette première partie nous a permis de retracer toute l'influence du droit substantiel dans l'appréciation de la recevabilité de l'action. On s'aperçoit ainsi, que plusieurs éléments relevant du fond du droit interviennent déjà au seuil de l'instance lors de l'examen de la question de la recevabilité de l'action alors même que la procédure – l'action – le fond sont censé instaurer dans le procès trois débats distincts. Plusieurs questions relevant du droit substantiel seront pourtant débattues lors du débat sur la recevabilité de l'action. L'illustration en est donnée par ce que certains auteurs ont appelé les fausses fins de non recevoir. Ainsi en va-t-il de la fin de non recevoir tirée de la prescription, du défaut de qualité. Aussi, la classification des actions est déterminée par le droit substantiel en jeu. Enfin, le recours excessif à la notion d'intérêt légitime renvoie au droit substantiel. Quoiqu'il en soit, les frontières entre les questions relevant du droit substantiel, d'une part, et les questions relevant du débat sur la recevabilité de l'action, d'autre part, ne sont pas si étanches qu'il y paraît. Le substantiel influence encore largement la recevabilité de l'action.

**425.** On sait que la distinction entre l'action et le droit a donné lieu à beaucoup de controverses auxquelles, on a pu penser que le Code de procédure civile de 1975 est venu mettre un terme. Plusieurs constats révélés par la pratique indiquent clairement aujourd'hui que le débat sur n'est pas achevé. Plusieurs dispositions du Code de procédure civile portent encore en elles les germes d'une telle confusion.



**DEUXIEME PARTIE : LA LIMITATION DU SUBSTANTIEL DANS  
L'APPRECIATION PROCEDURALE DU DROIT D'AGIR**

---

*« Il ne suffit pas de vouloir tirer une définition de l'analyse du droit positif pour s'épargner toute perplexité ».*

G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, p. 629, n° 220.



**426. Une logique certaine plus tard approuvée.** DEMOLOMBE était dans cette logique orientée vers la critique d'une réalité pratique alors en cours en se refusant de se laisser entraîner par cette dernière de peur de trahir la mission de la science, celle que reprécisera plus tard MOTULSKY à savoir : « ... *confronter les constructions dogmatiques 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* »<sup>759</sup>. Il n'en sera ainsi que dès lors qu'on aura opéré les réformes textuelles nécessaires dans ce sens d'accommodation avec une pratique orientée vers la limitation de la substance du droit dans l'appréciation du droit d'agir.

**427.** La prééminence du droit substantiel dans l'appréciation du droit d'agir est portée par deux concepts importants de la procédure : *l'action en justice* et *la légitimité de l'intérêt à agir*. Pour l'action en justice définie comme « *le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée* », le débat entre sa recevabilité et l'examen au fond semble faussé. Cette définition selon laquelle l'action est prise comme un *véritable droit subjectif* paraît trop étendue, voire excessive. Ce faisant, il eût fallu lui trouver un contenu, une substance : « *le droit d'être entendu sur le fond d'une prétention* ». Ce contenu semble être une source de « *substantialisation* » d'une notion qui a pourtant un sens basique qui convient logiquement à sa fonction originelle : *servir de moyen à l'usage du justiciable pour protéger, le cas échéant, un droit ou un intérêt en vue de se faire rétablir la justice*. Il est alors question ici de *redéfinir l'action en justice* (TITRE 1<sup>er</sup>).

**428.** Mais si pour l'action en justice, le caractère légal de sa définition rend perplexe, il n'en est pas de même pour *le critère de la légitimité de l'intérêt à agir* examiné lors la recevabilité de l'action de l'action et au moyen d'une fin de non-recevoir. La notion de légitimité paraît si évidente que le législateur n'a pas jugé nécessaire de lui en donner une signification posée et définitivement tranchée. Or, cette insuffisance crée un vide dans l'interprétation des situations pour l'examen de la légitimité de l'intérêt. A cet effet, nombre d'auteurs émettent des doutes sur son opportunité à ce stade de la recevabilité de l'action en justice. Certains recommandent son abandon, tandis que d'autres suggèrent sa redéfinition. D'autres encore proposent qu'on limite le recours à ce critère dans le cadre de l'examen de la recevabilité du droit d'agir. L'examen de ce critère débouche en effet sur celui du fond du droit, faussant ainsi le principe

---

<sup>759</sup> H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, op. cit. p. 141, n°126.

fondamental de la distinction des éléments de la recevabilité de ceux du fond du droit dans le processus d'adjudication judiciaire du droit ou de l'intérêt en jeu. Il y a lieu donc de procéder à *une réadaptation des mécanismes d'examen de la recevabilité de l'action et du bien-fondé du droit en jeu (TITRE 2)*.



**429. L'action en justice, une notion incertaine.** Il faut affirmer d'emblée que rien n'est plus aisé à comprendre la réalité des concepts dès que l'on s'en tient au discours. Se départir juste un instant des diverses conceptions jusque-là admises à raison certainement, non pas de ce qu'il faille les considérer comme moins utiles ou moins vraies, mais juste de ce qu'on puisse tenter une alternative à certaines difficultés relatives à des notions, indépendamment de toute idée préalable.

**430.** Tout en admettant le constat qu'a fait M. WIEDERKEHR à propos de la notion d'action en justice et en raison des insuffisances persistantes au regard de la clarté relative de la définition proposée, on peut être amené à dire qu' « *on sait moins bien autant ce qu'est l'action en justice que ce qu'elle n'est pas* »<sup>760</sup>. L'action en justice est aujourd'hui connue en tant qu'un droit subjectif à travers sa définition légale par l'article 30 commun au Code de procédure civile français et au code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes du Bénin. Par référence à cette légalité, M. WIEDERKEHR modère la reconnaissance des difficultés de compréhension qu'on a aujourd'hui de la notion et affirme qu' « *on sait aujourd'hui assez bien ce que n'est pas l'action en justice. On sait un peu moins bien ce qu'elle est* ». Aussi habillée de tempérance et, à la limite, aussi hésitante que paraît cette affirmation de l'éminent auteur, elle ne parvient pas pour autant à camoufler le caractère chronique du mal qui y transparait : « *l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondé. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention* ». Si cette définition distingue clairement l'action et le droit subjectif substantiel en jeu, elle ne paraît pas distinguer du droit subjectif, un autre droit, différent certes de celui en discussion, mais un autre droit lui aussi subjectif qui ne manque pas de substance : *le droit d'être entendu*. Cette définition recèle de ce fait de nombreux éléments de critique qui induisent qu'elle puisse être reconsidérée.

---

<sup>760</sup> V. cependant G. WIEDERKEHR, « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile », in *Mélanges Pierre HEBRAUD*, 1981, pp. 949-958, spéc. p. 949. En effet, M. WIEDERKEHR est en partie en accord avec cet avis. L'auteur reconnaît en effet qu' « *on sait un peu moins bien ce qu'elle (l'action en justice) est* ».

**431. Entre foison et inexistence.** L'action en justice est considérée comme un pouvoir légal. Pour certains auteurs, l'action en justice serait une liberté. D'autres la prennent pour une faculté. Pour d'autres encore, elle est une sanction du droit subjectif, et finalement, on la prend pour un droit subjectif. Or, aucune des définitions proposées n'est satisfaisante. Dans le même temps, il y a lieu de rappeler qu'il n'existe pratiquement pas en français des synonymes parfaits, en cela que si le français compte deux mots, c'est qu'il sied d'ores et déjà de faire une distinction<sup>761</sup>. Ces notions s'érigent toutes pratiquement en des concepts qui connaissent des constructions scientifiques diverses d'un auteur à l'autre. Et pourtant, la doctrine pose depuis fort longtemps la distinction entre tout droit subjectif, essentiellement susceptible d'atteinte, et le moyen d'en assurer la mise en œuvre et la sanction le cas échéant<sup>762</sup>.

**432. Quelques éléments de motivation à la reconsidération de la notion d'action en justice.** « *Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu*<sup>763</sup> ». L'action entendue comme *droit subjectif*, une conception aussi largement admise, suscite pourtant quelques réflexions qui appellent à relativiser. D'abord, *l'action en justice* peut-elle se confondre avec le *droit d'agir* telle qu'elle est aujourd'hui unanimement entendue ? Est-elle d'ailleurs un droit ? Questions étonnantes certes, mais qui peuvent bien susciter au fond, on peut oser l'imaginer, quelques hésitations à qui voudrait y répondre, comme d'habitude évidemment, par l'affirmative.

**433.** L'action est aussi prise aujourd'hui comme le *droit d'être entendu sur le fond du droit en discussion* ; ainsi, elle a une existence " *sporadique* " et peut naître et disparaître en plein cours du processus de jugement (art. 30 et 123 combinés, CPC ; art. 30, 204 et 205 combinés, CPCSCSAC). Or, au même moment, elle est confondue avec le droit d'agir qui apparaît ou, à tout le moins et en temps normal, peut apparaître, tout au seuil du procès et avant celui-ci (droit d'être entendu sur le fond, caractère recevable de l'action). L'action et le droit d'agir peuvent-ils signifier la même chose ? N'est-ce pas confondre le droit d'agir en

---

<sup>761</sup> S. G. CHARTRAND et G. de KONINCK, *La clarté terminologique pour plus de cohérence et de rigueur dans l'enseignement du français*, Québec français, n° 154, 2009, p. 1.

<sup>762</sup> H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, T. 1, Sirey, Paris, 1961, p. 11. Les voies de droit sont ainsi reconnues comme des moyens à la disposition des titulaires de droits subjectifs.

<sup>763</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 5<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., Paris, 1983, p. 6.

justice au procédé ou à la voie à emprunter pour agir ? Prendre *le droit* pour *la voie* ? **Telle est la question fondamentale à laquelle une réponse claire sera donnée sous ce titre.**

**434.** La même définition de l'action ne permet pas à celui qui n'est pas détenteur d'un droit subjectif substantiel (au sens large bien-sûr) en discussion, à tout le moins celui qui n'est pas auteur d'une prétention, d'être reçu par le juge. Et pourtant, la définition proposée n'entend subordonner le droit d'agir à aucune exigence d'un quelconque droit substantiel. Donc **le droit d'agir** ne nécessite pas un droit subjectif préalable, mais **l'action**, quant à elle n'existe que s'il y a un droit subjectif en discussion ou en voie de l'être. Vu sous ce dernier angle, n'est-il pas impérieux d'établir une distinction les deux notions ? Il semble que le fait de les avoir confondues engendre d'autres confusions.

**435.** L'action en tant que droit d'*être entendu* est-elle ainsi un véritable droit, une prérogative ? Il semble que le justiciable voudrait mieux être *écouté* plutôt que d'être *simplement entendu*. « *Être écouté* » ressemble mieux à un privilège, à une prérogative, voire à un droit que « *être entendu* », du moment où l'on entend même sans prêter attention. Le choix de l'expression « *droit d'être entendu* » n'est pas satisfaisant.

**436.** L'action est prise comme véritable droit, celui d'être entendu sur le fond ; mais « *afin que* le juge la dise *bien ou mal fondé* » ; cette locution conjonctive « *afin que* » introduisant le *but* ne paraît pas très adéquat pour exprimer le but visé par le demandeur qui n'a, pour rien au monde, intérêt à introduire une demande en justice pour que le juge la rejette comme mal fondée. Cette éventualité insérée dans la définition comme si elle était également recherchée par l'auteur de la prétention nécessite d'être revue afin de mieux rendre compte du but de l'action entreprise.

**437. Une hypothèse de conduite.** L'action en justice semble avoir reçu plus d'attributs qu'elle pourrait en avoir au regard de ce qu'elle est réellement, à savoir, un moyen à l'usage du justiciable, une *voie de droit* , parmi tant d'autres, en général, et une *voie de droit* en particulier, encore que, depuis environ deux décennies, elle a cessé d'être la seule voie de droit à la faveur de la récupération de certaines voies traditionnelles ou coutumières, opérée à travers les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC). Et, depuis toujours, cette

réalité qui consiste à considérer l'action en justice comme une voie n'a d'ailleurs jamais connu une quelconque opposition de la part de la doctrine<sup>764</sup> si ce n'est le débordement des attributs qui lui ont été conférés<sup>765</sup> à l'occasion des diverses analyses sur le fondement, l'étendue et l'existence même du droit subjectif<sup>766</sup>. N'y a-t-il pas lieu, sinon d'envisager, mais de maintenir l'action en justice dans son sens générique de « *l'action en vue de la justice* », et qui peut s'opérer par la justice privée pacifique, la négociation, l'arbitrage d'un tiers quelconque ou d'un chef traditionnel ou encore d'une autorité religieuse, les fameux MARC. Sans que ces différentes voies de justice n'expriment aucun mouvement, mais seulement des moyens, des procédés, on peut voir dans *l'action en vue de la justice* un caractère dynamique dans le fait qu'elle est connue pour être une action dirigée vers une institution, d'une part, et vers un objectif, d'autre part. Ces deux destinations de cette dynamique se résument dans les deux sens reconnus à la notion de justice à savoir : justice comme *institution* (système fait de personnels, de mécanismes, de structures)<sup>767</sup> et justice comme *fonction* de l'institution, mais ici, elle exprime une valeur et un idéal<sup>768</sup> dans son sens objectif au profit du justiciable de bonne foi, une finalité aussi, finalement<sup>769</sup>. Du coup, le sens actuel de *véritable droit* donné à cette voie spécifique qu'est l'action en justice dans le cadre du droit moderne de *voie de droit* lui pèse trop lourd. Le moule disponible en elle semble débordé par les attributs qui lui sont conférés : *véritable droit, droit subjectif, droit d'être entendu sur le fond de sa prétention, droit de discuter une prétention adverse, droit de*

<sup>764</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, préf. Christian ATIAS, Ed. Dalloz, 1952, Rééd. Dalloz, Paris. 2008, p. 98. « L'action ou la voie de droit qui réalise la garantie... ».

<sup>765</sup> M. REGLADE, *Valeur sociale et concepts juridiques, Norme Et Technique : Étude de Philosophie du Droit Et de Théorie Générale du Droit*, Recueil Sirey, Paris, 1950, p. 85 et s. ; F. GENY, « Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de Léon Duguit », n° 11, in *RTD civ.* 1922, p. 779 et s., reproduit dans « Science et technique en droit privé positif », T. IV, p. 183 ; G. RICHARD, « La sociologie juridique et la défense du droit subjectif », in *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 1912, p. 246 ; AILLET, « L'incertitude de la philosophie du droit », in *Revue de métaphysique et de morale*, 1911, p. 258 et s. ; H. LASKI, « La conception de l'Etat de Léon Duguit », in *Archives Philosophiques du Droit*, 1932, p. 127.

<sup>766</sup> M. DJUVARA, *Le fondement du phénomène juridique, quelques réflexions sur les principes logiques de la connaissance juridique*, thèse Paris, 1913, p. 106 et s. ; A. LECLERCQ, *La notion du droit naturel*, Bruxelles, 1923 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. 1, (Chapitre premier : *La règle de droit*, § 1 : *Le problème de droit*, 3<sup>e</sup> éd. Boccard, en cinq volumes, ancienne librairie Fontemoing et Compagnie, Paris, 1927, p. 2. Ici l'auteur a érigé la question de fondement, de l'étendue et de l'existence de droits subjectifs en un véritable problème de droit pour son raisonnement.

<sup>767</sup> D. COHEN, « Justice publique et justice privée », *Archives Philosophiques du Droit*, n° 41, Paris, 1997, pp. 149-161, Spéc. p.149. « *Justice-institution : ensemble d'organes, de juridictions, de personnel et de procédures, permettant de constituer le mode normal de résolution des conflits* ».

<sup>768</sup> H. BATIFFOL, « *Problèmes de base de philosophie du droit* », LGDJ, Paris, 1979, p. 415. Idéal d'abord en ce sens que la justice est ici valeur éminente, l'idée de justice s'enveloppant de « *l'appel à l'absolu* ».

<sup>769</sup> V. Digeste I, 1, 10.

*se défendre*, pour un simple moyen, une simple voie en vue du rétablissement de la justice. La réflexion mérite d'être menée. Il peut être envisagé de la ramener à son sens de simple voie de droit comme les autres voies sus énumérées, sauf ses spécificités par rapport à celles-ci, spécificités qui font d'elle une voie particulière, c'est-à-dire, *une voie de droit* dans son acception de moyen ou de procédé – ce qui n'est d'ailleurs pas méconnu du juriste, si ce n'était pas seul l'élargissement des attributs<sup>770</sup> de droit subjectif qui continue d'attiser les controverses de toute part – . Il faut encore distinguer la notion de moyen dans le cadre de procédure et moyen à l'usage que revêt ici l'action en justice en tant que voie de droit.

**438. Moyens en soutien, moyens de défense et moyens à l'usage.** Il y a lieu de clarifier d'ores et déjà la notion de moyen dans son acception que revêt la voie de droit. Sur le terrain de la procédure, on peut distinguer deux catégories de moyens. Les parties évoquent *des moyens au soutien* de leurs prétentions, tandis que le juge fonde son jugement sur des motifs. Dans ce sens, les "moyens" sont les raisons de fait ou de droit dont une partie se prévaut pour fonder sa prétention. Dans le jugement qu'il rend, le juge doit répondre par des "motifs" à l'ensemble des moyens invoqués qui constituent le soutien de sa décision<sup>771</sup>. C'est ainsi que l'ensemble des moyens d'une décision judiciaire porte le nom de *motivation*. « La motivation » est une condition essentielle à la légalité de la décision. Son absence constitue, dans la jurisprudence la plus récente, un vice de forme. A côté de ces moyens portés par les instruments de procédure (demandes, recours et jugements en termes de décisions), il y a aussi *les moyens de défense* qui désignent l'ensemble des moyens invoqués par une partie, et qui tendent au rejet des prétentions de son adversaire. Ceux-ci sont répartis en trois catégories : les défenses au fond, les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir. Leur siège légal se situe aux articles 71 à 126 CPC et 162 à 208 CPCCSAC.

---

<sup>770</sup> V. O. IONESCU, *La Notion de droit subjectif dans le droit privé*, Collection Thèses françaises, Ed. Recueil Sirey, Paris, 1931, p. 63 et s. La reconnaissance puis le débordement d'attribut déjà dans Jean DABIN, « le droit subjectif » préc. p. 100 et 101. L'auteur, après s'être exprimé en termes de « *modalités techniques* » de protection des droits, précise que ces appareils protecteurs, fort efficaces, dont le fonctionnement pourra, de son côté donner ouverture à « des voies de droit », mais qui, pris en soi, ne traduisent qu'une politique préventive favorable au droit subjectif sans en fournir une défense directe. Au contraire, disait-il, « *l'action, nommée ou innommée, fait escorte au droit, elle l'enveloppe et le pénètre au point qu'on a pu l'identifier au droit lui-même* ». Mais à la suite de ses développements, l'auteur aboutit au fait que l'action est un véritable droit : « *La protection suit le droit, mais elle engendre un droit nouveau, formellement distinct du droit protégé et qui est le droit d'action* ». Ainsi, de l'action en tant que simple moyen de protection du droit, simple voie en vue de la justice, s'assimile à un droit subjectif à part entière.

<sup>771</sup> S. BRAUDO, « Dictionnaire de droit privé », 1996-2016, disponible sur <http://www.dictionnaire-juridique.com/lexique-juridique.php>. Consulté le 23 octobre 2016 à 16H03min.



**439.** Mais "le moyen" que constitue l'action en justice est totalement différent. Ici, moyen est pris dans son acception où elle est à l'usage. C'est ce qui sert, qui permet de faire quelque chose<sup>772</sup> tel qu'il se comprend dans l'expression « *la fin justifie les moyens* ». L'action en justice est donc une voie à l'usage du justiciable, une voie parmi tant d'autres à sa disposition en cas de difficulté dans l'exercice paisible de son droit ou de ses libertés légalement reconnus. Celui-ci peut en effet, le cas échéant, procéder la justice privée pacifique, porter sa demande devant une juridiction traditionnelle dont il estime mieux maîtriser les règles de procédure souvent fondées sur la coutume et autres traditions séculaires. Il a aussi la possibilité de porter sa prétention devant le Chef religieux, un Chef traditionnel ou familial ou encore du lignage, autant de possibilités dont il faut tenir compte puisque la justice en tant que valeur, état d'âme dont il faut avoir conscience d'avoir, n'est pas l'apanage de la seule juridiction étatique. L'essentiel étant de résoudre les conflits dans la justice pour une paix sociale durable.

**440. Un plan de conduite.** A propos de l'action en justice les difficultés ci-dessus évoquées persistent parce qu'il y a bien une définition légalement posée qui en porte les germes. Il faut avouer que nombre d'auteurs, tout en y relevant certaines anomalies, semblent quand même se résigner du fait de son caractère légal. Au regard de la persistance des difficultés qu'engendre une telle définition, il y a lieu de révéler tous les éléments qui lui apportent cette teinture de droit subjectif voire, suivant une certaine analyse, substantiel, dans une dynamique de la ramener à son identité de base qui nous paraît la sienne, la seule suffisante pour jouer efficacement son rôle en droit. Il semble donc nécessaire d'examiner *la négation d'un droit* au sens subjectif du terme (**CHAPITRE 1<sup>er</sup>**), ce qui permet d'y voir plutôt la confirmation d'*une voie en vue de la justice*, un moyen à l'usage du justiciable (**CHAPITRE 2**) et pas plus qu'une voie de droit parmi tant d'autres et non élargie à un véritable droit subjectif.

---

<sup>772</sup> V. *Dictionnaire de la langue française*, Le petit Larousse Grand format, op. cit., V<sup>o</sup> *Moyen*.

## CHAPITRE 1<sup>er</sup> : LA NÉGATION D'UN DROIT EN L'ACTION EN JUSTICE

**441. De la partie au tout.** La sanction juridique ferait de simples intérêts de véritables droits subjectifs<sup>773</sup> comme ce fut, outre MOREAU, l'avis de HAURIOU, et MICHOU<sup>774</sup>, sanction juridique que JHERING trouve dans la protection juridique à travers l'action en justice, élément qui transformerait les simples intérêts en de véritables droits subjectifs<sup>775</sup>. Le mécanisme est ainsi préparé pour que la partie<sup>776</sup> devienne le tout du droit subjectif. Les voies en vue de se faire rétablir la justice sont aujourd'hui reconnues comme de véritable droit subjectif. L'action en justice, autrefois une des voies de droit, élément de sanction et de protection du droit, s'est affranchie pour acquérir le fameux statut de droit en faveur de l'éminente plume de MOTULSKY. En droit privé, l'action en justice est considérée comme un « *droit subjectif processuel* ». En droit public, les auteurs ont été tout aussi inventifs en sortant la nouvelle terminologie dont la notion de droit subjectif processuel est le parfait équivalent. Il s'agit en droit administratif, de la notion de « *droit public subjectif des administrés* » parlant du recours pour excès du pouvoir<sup>777</sup>. Ce chapitre a pour but de montrer qu'on a beau insister sur l'emploi des qualificatifs d'adaptation tels « *subjectif processuel* » en procédure civile et « *public subjectif* » en procédure administrative, mais que la réalité paraît toujours têtue. Il suffit, pour tout juriste, de se départir un instant de toutes ces démonstrations qui ont abouti à ce résultat pour réfléchir par soi-même, indépendamment de tout préjugé, que la règle de droit, en même temps qu'elle reconnaît ou protège des droits

---

<sup>773</sup> F. MOREAU, *Manuel de droit administratif*, Coll. Manuel de droit public français, Ed. Albert MONTEMOING, Paris, 1909, n° 37.

<sup>774</sup> N. FOULQUIER, « L'analyse du discours juridique : le concept de droit subjectif en droit administratif », in *CURAPP* (Centre Universitaire de Recherches sur l'Action Publique et le Politique), Sur la portée sociale du droit, *Usages et légitimité du registre juridique*, PUF, 2005, pp. 43-59, Spéc. p. 51.

<sup>775</sup> R. Von JHERING, *L'esprit droit romain dans les diverses phases de son développement*, Traduit sur la 3<sup>e</sup> éd. O. De MEULENAERE, T. IV, 2<sup>e</sup> éd., A. MARESCQ, Aîné, LIV. II, II<sup>e</sup> partie, Titre I, Théorie générale. Chap. II - notion du droit, § 71. Paris, p. 323. « *Le deuxième élément du droit est la protection juridique qui lui est accordée. ... le droit est la sécurité juridique de la jouissance. Tous les intérêts ne réclament point la protection juridique* ». Ainsi, parmi tous les intérêts, seuls ceux qui bénéficient de cette protection deviennent des droits subjectifs. D'où sa chère définition des droits subjectifs comme « *des intérêts juridiquement protégés* », V. p. 326.

<sup>776</sup> La protection de l'intérêt au côté de ce dernier lui-même, le tout formant, selon JHERING, le droit subjectif.

<sup>777</sup> J. BARTHELEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, 1899, Trad. Cixous, , Déborah, Rééd. Kessinger, Paris, 1990, Parution 2010 ; R. JACQUELIN, « Principes dominants du contentieux administratif », V. Giard et E. Brière, Paris ; L. MARIE, « Le droit subjectif et la juridiction administrative Le Droit positif et la juridiction administrative (Conseil d'État et conseils de préfecture), étude critique de législation et de jurisprudence », A. CHEVALIER-MARESCQ, Paris, 1903, rééd. Paperback, Ed. Kessinger Publishing, 2009 ; R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., Paris, 1940,

substantiels, prévoit la manière dont on peut en réclamer en justice la jouissance en cas d'entrave. C'est justement fort de cela que, pour le compte du droit privé, MOTULSKY précise qu'il est certain que *l'action en justice sert normalement à faire valoir des droits*. A sa suite, M. FOULQUIER, plus récemment, rappelle que, tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, tous les juristes, qu'ils soient théoriciens ou praticiens du droit prenaient l'action en justice comme ayant pour fin la protection d'un droit subjectif. Depuis l'Antiquité et surtout en procédure formulaire du droit romain, l'action était prise comme *faculté d'obtenir gain de cause*<sup>778</sup>, faculté dans le sens de possibilité, au-delà de ce que la pratique avait induit la création du droit sur le fondement de l'existence de l'action préalablement prévue par la loi de la période ancienne dominée par la « *legis actiones* », ou par la formule du préteur de la période classique<sup>779</sup>, des pratiques, qui ont conduit à désigner l'action comme le droit de s'adresser au juge en vue d'obtenir justice. Cette appellation n'est alors que *de facto*. Elle n'est issue que de la pratique et nous l'avons établi<sup>780</sup>. Si POTHIER, parlant de l'action, dit qu'elle est « le droit de poursuivre ce qui nous est dû ou ce qui nous appartient » en même temps que l'exercice de ce droit, ce n'est que dans le prolongement normal de la traduction de la pratique romaine, l'Ordonnance sur la procédure civile de 1667 n'ayant nulle part défini la notion. Longtemps plus tard à sa suite, les différentes interprétations de l'idée de DEMOLOMBE accusée, à tort ou à raison, de confondre l'action et la droit subjectif en jeu, ont battu avec succès cette dernière dans le but de séparer formellement puis légalement les deux notions. Dans les procédures traditionnelles africaines, cette idée de possibilité ou de moyen est présente, et encore aujourd'hui parallèlement à la justice moderne<sup>781</sup>. On se demande comment le moyen qui sert à se faire reconnaître le droit peut devenir lui aussi un droit. La nature des choses ne relève-t-elle pas du naturel, de l'inhérent, de l'intrinsèque immuable dans sa *substantia* dans son sens philosophique désignant ce qui est en soi et par soi, ce qu'il y a de permanent dans les choses qui changent ? Et la chose ne saurait subir de changement sous le coup de réflexion et d'analyse scientifique ? Encore que la science sert à connaître ce qui est, et non à transformer l'existant, rôle qui revient à la technique, bien que la technique soit, d'une manière ou d'une autre, une application de la science. Et si MOTULSKY s'est servi d'une certaine technique pour transformer le moyen, la voie en

<sup>778</sup> H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », art. cit., p. 216.

<sup>779</sup> GAIUS (4,30), Selon ce qu'il avait écrit trois siècles plus tard environ, la procédure formulaire aurait été introduite par une loi *Aebutia* et par deux lois *Iuliae* (environ 17 avant J.-C. pour ces deux dernières)

<sup>780</sup> 1<sup>er</sup> chap., P. I, T. I

<sup>781</sup> infra, dans ce même titre, au chap. suivant

droit, l'opération était-elle nécessaire, au regard de tous les problèmes engendrés par l'influence du droit substantiel dans l'appréciation du droit d'agir en justice ? Il y a lieu d'opérer un choix dans les repères à notre disposition afin d'identifier la technique adéquate permettant de ramener l'action en justice à sa signification naturelle.

**442. Des repères à un repère.** D'abord, les grandes théories du droit subjectif, en effet, se situent pour la plupart aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, et pour avoir consacré tout un titre à la partie historique de la présente étude, il ne semble plus nécessaire de faire recours à la période d'avant le XIX<sup>e</sup> siècle<sup>782</sup>, encore que de telles préoccupations existaient depuis que l'homme a commencé à réfléchir sur les choses de la vie sociale<sup>783</sup>. Toutefois, il est aussi possible de voir quelque intérêt dans ce choix, surtout que la fin du XIX<sup>e</sup> siècle a été, telle que l'a rappelé Georges RIPERT, marquée par une nouvelle génération de juristes avec le vieillissement du code civil, l'avènement du capitalisme, le développement du machinisme et d'autres bouleversements technologiques liés au progrès technique sur fond de considération de plus en plus grande des valeurs morales et démocratiques<sup>784</sup>. Ainsi, on peut se référer à cette autre génération à travers de pertinentes analyses faites par Léon DUGUIT dans son *Traité de droit constitutionnel*<sup>785</sup>, Rudolf Von IHERING dans son « *Esprit du droit romain* » où il a développé la notion de réflexe du droit objectif, une notion qui s'apparente à celle de *prérogative objective* et qui font tous deux partie de ses exigences de l'État dont

---

<sup>782</sup> Pour ce qui concerne les réflexions du XIX (seconde moitié de ce siècle en l'occurrence), la plupart des œuvres de référence sont citées dans l'ouvrage de DUGUIT qui, en effet, déplore déjà l'état de vétusté de celle-ci (V. p. 3) : J. OUDOT, *Conscience et science du devoir : introduction à une explication nouvelle du Code Napoléon*, en 2 vol., (Version originale en par Auguste Durand, 1855-56), T. I, Paris, 1858 ; ROTHE, « *Traité de droit naturel théorique et appliqué* », en 2 vol., édition de 1885, rééd. L. LAROSE, Paris, 1904 qui est un exposé de la doctrine catholique théocratique pure ; E. ROGUIN, « *La régie de droit : analyse générale, spécialités, souveraineté des états, assiette de l'impôt, théorie des statuts, système des rapports de droit privé, précédé d'une introduction sur la classification des disciplines* », Lausanne, Edition de 1889 ; G. TARDE, « *Les transformations du droit, étude sociologique* », Edition Félix ALCAN, Paris, 1893 ; RICHARD, « *L'idée du droit* », Edition de 1898 ; HAURIOU, *La science sociale traditionnelle*, édition L. LAROSE, Paris, , 1896 ; Le mouvement social, édition de 1899 ; « *Philosophie du droit et science sociale* », *Revue du droit public*, 1899, II, p. 462 ; A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, Cours professé à la Faculté de droit de Paris, Ed. A. FONTEMOING, T. II, Paris, 1899 ; VAREILLES-SOMMIERES, *Les principes fondamentaux du droit*, Edition de 1899 ;

<sup>783</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Tome premier, La règle de droit - le problème de l'Etat, 3<sup>e</sup> éd. Bocard en cinq volumes, ancienne librairie Fontemoing et Compagnie, Paris, 1927, p. 2.

<sup>784</sup> J.-P. CHAZAL, « Léon DUGUIT et François GENY, Controverse sur la rénovation de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 65<sup>e</sup> vol. Edition de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2010, pp. 85 à 133, spéc. p. 85.

<sup>785</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit. Mais il y a lieu de faire remarquer au passage que l'intitulé de cet ouvrage renseigne imparfaitement sur son contenu qui se trouve plus vaste, du moins avec la conception actuelle de droit et de droit constitutionnel. Mais le titre cadre, dans une certaine mesure, avec l'idée de l'auteur sur le fondement et l'étendue du droit subjectif (V. p. 2), voire même sur son existence.

l'interprétation comme de véritables droits subjectifs semble non tranchée<sup>786</sup> ; Il se fait que c'est l'ouvrage de Jean DABIN intitulé « *le droit subjectif*<sup>787</sup> » qui offre les éléments essentiels d'identification du droit subjectif.

**443. Le choix d'une conception de base.** Au XX<sup>e</sup> siècle, des débats ont été engagés sur le fondement et la nature des notions en usage<sup>788</sup>. Lorsque DABIN s'exprime en 1952, les querelles se sont apaisées. Son livre s'en est fait écho et en a dressé le bilan. Il s'est attaché à la construction d'une notion technique, à sa définition et à la détermination de ses composantes. Il mène un examen critique des thèses négatives du droit subjectif (Duguit, par exemple) puis évoque le problème du sujet de droit, de la personnalité morale, pour enfin classer les différents droits subjectifs. Ce traité de droit subjectif marque une étape car l'auteur a construit une véritable théorie, contribuant ainsi à la consécration des droits individuels.

**444.** L'action, après avoir connu toutes les péripéties de conception, est aujourd'hui admise comme *le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci, afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de celle-ci*<sup>789</sup>. En dépit de son caractère légal et de son admission plus ou moins unanime de la part de la doctrine moderne, elle n'est pas exempte d'éléments pouvant obscurcir toute la qualité attendue d'elle. Au nombre de ceux-ci, figure sa considération en tant que *droit spécifique d'être entendu sur le fond de sa prétention (Section 1<sup>ère</sup>)* pour l'action en justice qui ne semble pas pouvoir être considérée comme un véritable droit, droit subjectif en général (**Section 2**).

### ***SECTION 1<sup>ère</sup> : L'action en justice et le droit d'être entendu sur le fond en particulier***

---

<sup>786</sup> R. V. IHERING, *Esprit du droit romain*, op. cit., p. 337.

<sup>787</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, préf. Christian ATIAS, Ed. Dalloz, 1952, réimp. Dalloz, Paris. 2008.

<sup>788</sup> H. MOTULSKY, « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé », op. cit. p. 27. On lit d'ailleurs à travers l'auteur que cette préoccupation n'était pas spontanée : « *Depuis longtemps, la sagacité des juristes s'est attachée à découvrir si, oui ou non, les pouvoirs attachés à l'individu par l'ordre juridique et, en particulier, la possibilité de faire jouer, sous certaines conditions, la contrainte sociale, donnent lieu à de véritables « droits » et, dans l'affirmative, quels sont le fondement et l'essence des droits ainsi reconnus. De nombreux systèmes ont été construits, âprement combattus et défendus avec le même acharnement* ».

<sup>789</sup> Art. 30 commun au CPC français et au CPCCSAC Béninois.

**445. Une quête de réalisme.** « *La vérité, dit-on, consiste dans l'accord de la connaissance avec l'objet* ». Selon cette simple définition, la connaissance doit donc s'accorder avec l'objet pour avoir valeur de vérité<sup>790</sup>. Ce à quoi la connaissance mérite de s'accorder ici est l'existence de véritables droits qui naissent systématiquement avant même le choix d'une action spécifique, cette dernière restant donc en dehors de ceux-ci, véritables droits au seuil du procès (**Paragraphe 1<sup>er</sup>**), et qui gardent leur autonomie vis-à-vis de l'action (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1er : Les véritables droits au seuil du procès**

**446. Un droit, des justiciables.** Est justiciable toute personne qui comparait devant une juridiction soit pour élever ou combattre une prétention<sup>791</sup>. Et la justiciabilité n'est pas que du côté du défendeur. C'est encore une fois une question de lien d'appartenance entre la chose et le sujet, en ce sens qu'est justiciable qui relève ou qui est du ressort d'une juridiction donnée, en même temps que ce ressort peut procéder par emprunt au droit relativement à sa nature : la nature immobilière d'un bien rend compétente la juridiction du lieu de sa situation, en même temps que justiciables devant celle-ci le propriétaire de la chose et ses concurrents. Ce caractère itératif des relations entre chose, sujet, juridiction compétente, permet de distinguer aussi entre les concurrents (précisément le concurrent) et le sujet d'un droit précis qui subit l'aspect négatif de la concurrence : le sujet actif qui a le droit d'exiger et le sujet passif qui doit respect au droit d'autrui. Dès l'atteinte au lien d'*appartenance-maîtrise*, des prérogatives sont prévues pour rétablir la justice. Il y a lieu de les examiner tant du côté du demandeur (**A**) que de celui du défendeur (**B**).

#### **A. Les droits du demandeur au seuil du procès**

**447. Un droit renforcé par un autre.** Le déséquilibre créé par l'atteinte portée au lien juridique qui lie la chose objet du droit au sujet ne se rétablit que par une action positive de

---

<sup>790</sup> E. KANT, « Logique », trad. L. GUILLERMIT, 1<sup>re</sup> éd. 1724-1804, Coll. *Bibliothèque des textes philosophiques*, Ed. J. VRIN, Limoge impr. A. Bontemps, Paris, 1966, p. 54.

<sup>791</sup> Dans le sens où l'a employé Emmanuel Comte de LAS CASES dans « Mémorial de sainte Hélène », Journal où se trouve consigné, jour après jour, ce qu'a dit et fait NAPOLEON durant dix-huit mois, Ed. H. Remy, T. I, Bruxelles, 1823-1824, p. 812. « *Je ne m'opposerais pas (...) à ce qu'ils [les ambassadeurs] ne devinssent justiciables qu'après une décision préalable d'une réunion des ministres et des hauts dignitaires de l'Empire* ».

la part de ce dernier : agir, le droit d'agir (1) qui ne s'épanouit que dans le droit protégé d'accès à la justice (2).

### ***1. Le droit d'agir ou droit d'être entendu sur le fond***

**448. Le droit d'agir, un fondement double.** Le droit d'agir en justice est doublement fondé. D'abord, du point de vue sociologique, la vie en société fait le droit à travers l'existence de *concurrents*, favorisant ainsi le caractère opposable du droit, et par conséquent, l'exigibilité et l'inviolabilité. La seule possibilité pour l'inviolabilité du lien d'appartenance-maîtrise entre la chose objet de droit et le sujet de souffrir d'échec (dans l'arrêt *Golder*, le défaut d'autorisation par le ministre pour permettre au justiciable de se faire entendre par le juge) rend indispensable le droit de se faire entendre ou la saisine d'un juge (au sens le plus large possible) pour faire respecter ses droits et intérêts légitimes. Mieux, les problèmes d'accessibilité, sous toutes ses formes, du juge sont en grande partie réglés par la possibilité de recourir à d'autres modes de résolution du litige<sup>792</sup>. Ensuite, c'est au plan légal qu'il faut encore trouver un fondement au droit d'agir par référence à l'article 30 commun aux Codes de procédure civile français et béninois. En définissant l'action comme « *le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée* », c'est en réalité le *droit d'agir en justice* qui se définit ainsi. Si le droit d'agir se met en œuvre dans tous les cas et, d'une manière ou d'une autre, par l'introduction d'une demande, cette mise en œuvre peut emprunter diverses voies dont l'action en justice.

**449. Le droit d'agir, véritable droit subjectif.** Si les auteurs italiens, allemands et, plus tard, MOTULSKY ont vu dans le droit d'agir un droit subjectif, c'est en le prenant pour une prérogative reconnue par le droit objectif et qui permet de préserver ses intérêts légitime<sup>793</sup>. En se référant aux critères du droit subjectif précédemment tirés de la théorie de DABIN, on peut d'ores et déjà conclure à l'existence d'un lien qui unit ce droit au justiciable dont le

---

<sup>792</sup> N. FRICERO, « Les droits fondamentaux spécifiques au procès civil », in R. CABRILLAC, M-A FRISON-ROCHE et Th. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, CRFPA, Dalloz, 18<sup>e</sup> éd. Paris, 2012, pp. 655-613, Spéc. 657, n° 794. L'auteur élargit ici les moyens ou voies par lesquels le droit d'agir peut se manifester. Ainsi, une fois encore, l'action en justice n'est pas le seul procédé par lequel le justiciable pourra, au cas échéant, se faire rétablir la justice « *Chacun est libre de saisir un juge pour faire respecter ses droits et intérêts légitimes ou de recourir à d'autres modes de résolution du litige* ».

<sup>793</sup> V. par ex. H. MOTULSKY, « le droit subjectif et l'action en justice », *Arh. de Phil. du Dr.*, T. 9, 1964, p. 215 et s.

droit substantiel est atteint, puisque ce lien est créé par le droit objectif à travers d'autres conditions extérieures. L'article 30 ci-dessus cité crée ce lien d'*appartenance-maîtrise* entre ce pouvoir d'être entendu sur le fond (être écouté sur sa prétention) et la seule personne de l'auteur de cette prétention, et ceci, au détriment de tous les autres individus en dehors de lui. Ces derniers sont en réalité des *concurrents* par rapport à ce droit. On peut se proposer de les qualifier ici de *concurrents légaux* d'autant plus qu'ils sont désignés, ne serait-ce qu'indirectement, par la loi qui les exclut d'office de cette prérogative en l'attribuant expressément à *l'auteur d'une prétention*, qu'il devienne plus tard demandeur ou défendeur, telles appartenance et maîtrise sont exclusives et, du même coup, opposables. Ces *concurrents légaux* peuvent, lorsqu'ils y ont un quelconque intérêt, user de plusieurs astuces dont, par exemples, des menaces, ou tout autre moyen afin de dissuader le titulaire du droit d'agir à le mettre en œuvre. En dépit des hésitations de certains auteurs, surtout les italiens, à propos du sujet passif entre le juge et l'adversaire, il y a juste lieu de faire quelques précisions : faire la distinction entre le droit substantiel en jeu faisant objet de discussion dans le procès et le droit d'agir afin d'identifier la personne obligée pour l'un et l'autre. On constate que l'obligé, relativement au droit substantiel en jeu, est bien l'adversaire. Mieux, son obligation au respect du droit d'*appartenance-maîtrise* du titulaire n'est d'ailleurs pas née à l'aune du droit d'agir qui, quant à lui, n'intervient qu'en cas d'inobservation de cette exigence au respect du droit d'autrui. La seule différence est qu'il ne le fait pas dans son propre intérêt, mais dans l'intérêt de la loi, la justice étant rendue dans l'intérêt général. Ce qui fait de lui *un concurrent objectif*. Le droit est lié à la faculté de contraindre, en même temps que celle de désirer et de vouloir (KANT) ; la faculté de contraindre se trouve dans l'obligation qui incombe dès lors au juge de statuer sous peine de déni de justice et, dans une certaine mesure, à l'autorité chargée de faciliter l'accès au juge<sup>794</sup> ou encore au législateur qui ne doit pas élaborer et voter des lois qui durciraient les conditions d'exercice de ce droit. Il y a donc *exigibilité et inviolabilité*, et par conséquent, opposabilité. Quant à la faculté de désirer, de vouloir, elle s'observe dans la liberté de choix attribuée par la loi au titulaire de décider d'une manière discrétionnaire d'exercer ou de renoncer, surtout en matière civile, à

---

<sup>794</sup> Par exemple, en matière pénale, le droit à un avocat gratuit est en effet expressément inscrit dans l'article 6.3 c de la convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Or, en l'espèce, Golder, détenu en prison, s'est vu refusé par le ministre l'autorisation à consulter un avocat alors qu'il voulait tenter une action civile en diffamation contre un gardien qui l'accusait de l'avoir frappé.



l'exercice de son droit de saisir le juge : c'est la *libre disposition* du droit d'agir<sup>795</sup> qui représente ici la *maîtrise*. Cette maîtrise s'observe également dans le principe dispositif (principe selon lequel la détermination des éléments de contestation revient aux parties) qui a pour conséquence directe, l'indisponibilité du litige pour le juge. Le lien d'*appartenance* quant à elle, est porté par la légalité du droit d'agir à travers l'article 30 commun aux Codes de procédure civile français et béninois. Le droit d'agir est alors un véritable droit subjectif.

**450. De quelques critiques en voie de dissipation.** Certains auteurs comme M. JEULAND semblent vouloir adhérer à la critique contre le fait que « *le droit d'agir en justice serait le droit d'exiger du juge qu'il tranche un litige* », pour cette raison que le juge, étant fonctionnaire de l'État, tient son pouvoir de celui-ci et non des parties. En cela, il faut voir le caractère social de toute prérogative et de tout pouvoir juridique à l'origine, que ce soit dans leur essence, dans leur but ou dans leur mission<sup>796</sup>. Il en est ainsi également pour la condition d'*appartenance-maîtrise* qui est le socle même de l'existence de ce droit qui a son fondement dans le droit objectif, une émanation du pouvoir des institutions étatiques à travers la législation. Par conséquent, il n'y a point de raison de craindre que le juge tienne son pouvoir de juger de l'État ; cette situation n'existe pas d'ailleurs au détriment des parties. Au contraire, c'est le *droit d'agir* qui s'en sort tout légitime, plus protégé puisqu'auréolé de la puissance publique étatique prête à intervenir en cas d'actions négatives d'un quelconque *concurrent légal et même objectif* (devant la CEDH, par exemple).

**451.** Aussi, avant d'y revenir plus amplement, la recherche d'un sujet passif au défendeur qui aurait lui aussi le droit d'agir sera-t-elle toujours vaine pour la simple raison qu'il n'y a pas de réciprocité en matière de droit subjectif dans ce sens. A l'existence du droit, en effet, s'opposent éventuellement des résistances que DABIN qualifie de *concurrents*, à la seule différence ici qu'en matière de droit d'agir, droit qualifié processuel par la doctrine contemporaine, le concurrent est légalement désigné pour assurer une fonction objective, contrairement au sujet passif d'autres droits qui est partie au procès en tant qu'un vrai acteur

---

<sup>795</sup> La faculté c'est le libre choix attribué par la loi à une personne de décider d'une manière discrétionnaire d'exercer ou de renoncer à exercer un droit ou une compétence. Ainsi l'héritier dispose d'un droit à renoncer à la succession à laquelle il est appelé. Ainsi encore, pour obtenir un avis technique, le juge dispose de la faculté de s'entourer de l'avis d'un expert. La partie à un procès qui n'a pas obtenu gain de cause ou qui n'a pas obtenu tout ce à quoi elle estimait pouvoir prétendre, a la faculté d'user de voies de recours.

<sup>796</sup> L. JOSSERAND, « *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Préf. David DEROUSSIN, Ed. Dalloz, Paris, 2006, p. 394, n° 292.

du procès. Mieux, les autres droits subjectifs les plus connus à savoir, droit réel et droit de créance sont tous régis par le droit objectif qui pose leur régime et prévoit l'obligation pour le juge d'entendre le titulaire sur le fond pour en dire sur son bien ou mal fondé.

452. Également, voir que le juge ne puisse être considéré comme sujet passif du droit d'agir que dans les procès qui résultent d'un contrat comme l'arbitrage ou la médiation<sup>797</sup>, peut bien paraître une analyse pas très exacte car, au contraire, c'est plutôt dans ces situations que les parties se soustraient beaucoup plus aux règles établies en la matière, diminuant du coup la force de l'exigence qui incombe normalement au tiers arbitre ou au juge en matière de médiation lorsqu'il doit statuer en amiable compositeur par exemple.

## 2. *Le droit d'accès à la justice*

453. **Accès aux tribunaux, accès au droit, accès à la justice.** Y a-t-il *justice* sans accès à une *juridiction* ? Y a-t-il *justice* sans accès à son *droit* ? La justice, dans son acception en tant que valeur, fait du droit d'accès à la justice, le couronnement du droit d'accès aux tribunaux et du droit d'accès au droit. Mais la justice au sens institutionnel, fait confondre *accès aux tribunaux* à *accès à la justice*<sup>798</sup>, l'accès au droit se trouvant dès lors isolé et prend, dans le cadre du droit d'agir, le sens de *droit d'obtenir une réponse au fond*<sup>799</sup> (voire un jugement effectivement exécuté). L'accès aux tribunaux peut se concevoir à première vue comme l'ensemble des mécanismes qui facilitent la rencontre d'un juge en cas de besoin. L'accès aux tribunaux semble ainsi plus distinct de l'accès au droit et l'accès à la justice surtout avec sa définition établie relativement au droit à un procès équitable dans l'arrêt *Golder*<sup>800</sup>. Or, l'accès au droit, quant à lui, signifie l'obtention et l'exécution d'une décision de justice dans un délai raisonnable<sup>801</sup>. S'il est d'évidence que le droit à un procès équitable

---

<sup>797</sup> V. E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit., p. 285, n° 288.

<sup>798</sup> G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, op. cit., p. 311, n° 72.

<sup>799</sup> *ibid*

<sup>800</sup> R. KOERING-JOULIN, « Note relative au droit d'accès à un tribunal ». Il s'agit d'une analyse faite par la Conseillère et disponible sur [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/assemblee\\_pleniere\\_22/droit\\_acces\\_8707.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/droit_acces_8707.html). « *C'est l'arrêt X... / Royaume uni du 21 février 1975, req. n° 4451/70) qui, le premier, affirma une vérité qui paraît aujourd'hui d'évidence : le droit à un procès équitable suppose qu'en amont le plaideur ait eu accès à une juridiction* ». En l'espèce, *Golder*, détenu dans une prison anglaise, voulait intenter une action civile en diffamation contre un gardien qui l'accusait de l'avoir frappé mais le ministre avait refusé de l'autoriser à consulter un avocat.

<sup>801</sup> Y. DESDEVISES, « Accès au droit/ Accès à la justice », in Loïc CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, op. cit., pp. 1- 6, Préc. p. 1.

suppose qu'en amont le justiciable ait eu accès à une juridiction, les frontières entre le droit et la justice auxquels le justiciable doit accéder effectivement étant assez minces, on comprend que l'accès au droit participe de l'accès à la justice et inversement. Mais il faut préciser que le droit d'accès à la justice ne suppose pas nécessairement celui d'accès aux tribunaux au sens strict, excluant tout autre tiers pouvant résoudre le litige, à moins qu'on prenne la justice dans son acception institutionnelle où accès à la justice signifierait accès aux juridictions, aux tribunaux ; et même là encore, les tiers intervenant dans les autres modes de règlement sont tout autant de juges consultés, voire de véritables institutions approchées en vue de la justice. Cette précision est nécessaire en ce sens que le caractère assez vague de l'article 6 oblige la Cour de cassation à se servir du contexte de ses dispositions, du but et de l'objet de la Convention européenne, en s'inspirant des règles d'interprétation et de principes généraux du droit pour donner un contenu à la notion d'accès à un tribunal. C'est ainsi qu'au paragraphe 35 de l'arrêt *Golder*, la Cour précise qu'« *on ne comprendrait pas que l'article 6, § 1er, décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès* ». Autant, les garanties procédurales accordées aux parties en droit moderne sont tout aussi de mise dans les règles coutumières, traditionnelles ou morales appliquées dans le règlement des litiges par d'autres modes, autant le juge, dans cette définition jurisprudentielle, doit s'entendre au sens le plus large pour inclure toutes autres instances jouant ce même rôle.

**454. La consécration d'un véritable droit subjectif dans le droit d'accès à la justice.** Le droit d'accès à la justice affecte un avantage légalement reconnu au justiciable et dont jouit celui-ci dans une libre disposition, puisqu'il s'agit d'une liberté générale et permanente au même titre que le droit d'agir : *appartenance-maîtrise* donc, tel tout droit de la personnalité, « *dans la personne du justiciable , le droit de saisir un tribunal, l'accès du justiciable à un tribunal, tel que le garantit l'article 6, § 1 et reprecisé par la Cour européenne comme un préalable à toute autre garantie du procès civil (Arrêt Golder)*. Il existe ensuite un **obligé** de ce droit en la personne de l'État en ce sens que l'État est débiteur non seulement d'une obligation *négative* consistant pour lui de s'abstenir d'entraver ce droit d'accès à un tribunal, mais aussi, et au-delà, d'une obligation *positive* qui l'engage à faciliter ce même accès, tout ceci au profit de la personne.

**455. L'affirmation en pratique.** Celui qui agit a décidé de lutter pour se voir rétablir dans son droit menacé. Sur le fondement du droit à la justice, cette lutte ne doit subir aucun obstacle, depuis le déséquilibre créé vis-à-vis du droit en jeu par un concurrent malveillant jusqu'à la décision du juge (et même à son exécution) qui intervient à la suite d'une demande en justice. Pour qu'il en soit ainsi, la mission régaliennne de l'État impose des devoirs à celui-ci en vue d'un accès effectif aux différentes étapes de ce parcours. Ces exigences sont censées rendre plus performante cette voie de droit que constitue l'action en justice par la mise en place de mécanismes appropriés. L'importance du droit d'accès aux tribunaux pour celui à la justice et au droit s'observe encore dans le caractère strict de l'interprétation qu'en fait la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un arrêt rendu le 4 décembre 1995 contre la France la Cour européenne a *condamné* la France dans une espèce où la Cour de cassation française avait dénié aux hémophiles victimes de la contamination par le VIH et indemnisés par le Fonds d'indemnisation, le droit de saisir les juridictions civiles d'une demande en indemnisation. Il se posait en réalité la question de savoir si la demande d'indemnisation formée par le justiciable devant le fonds spécial sur le fondement de la loi du 31 décembre 1991 valait renonciation implicite de sa part à exercer son droit à réparation devant les juridictions civiles. La Cour a jugé que le système organisé par la loi du 31 décembre 1991 « *ne présentait pas une clarté et des garanties suffisantes pour éviter un malentendu quant aux modalités d'exercice des recours offerts et aux limitations découlant de leur exercice simultané*<sup>802</sup> ». En clair, le droit d'accès à une juridiction a un contenu substantiel qu'une simple indemnisation aussi légalement fondée ne puisse évincer.

**456. Le caractère opposable du droit d'accès à la justice.** Il est vrai, le fait de considérer une mission régaliennne de l'État comme un véritable droit subjectif a longtemps été combattu par la doctrine. C'est ainsi que depuis HOBBS jusqu'à ROUSSEAU, en passant par LOCKE, « la sécurité est (considérée comme) l'objet même de l'engagement en société<sup>803</sup> ». Elle constitue une condition préalable à l'exercice de toute activité et, par conséquent, au fonctionnement normal de la démocratie : l'abandon par le citoyen de sa

---

<sup>802</sup> V. ledit arrêt en son paragraphe 37.

<sup>803</sup> M. GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Gallimard, Collection Tel, 2002, p. 215, cité par Marc-Antoine GRANGER dans son article intitulé.

propre sécurité désormais confiée à une entité morale dont il est membre<sup>804</sup>. Cette entité que CARRE de MALBERG définit comme une « *communauté d'hommes, fixée sur un territoire propre et possédant une organisation d'où résulte pour le groupe envisagé dans ses rapports avec ses membres une puissance suprême d'action, de commandement et de coercition*<sup>805</sup> » n'est autre que l'État. Mais c'est justement cette puissance suprême d'action, de commandement et de coercition qui oblige l'État dans sa mission régaliennne à prévoir tout ce qui est nécessaire pour son fonctionnement normal et, ceci, au nom de ce même contrat par lequel le citoyen a abandonné sa propre sécurité désormais confiée à ladite mission<sup>806</sup>. Point donc de puissance sans coercition, de coercition sans réglementation à respecter et un système sans sanction. Ainsi, au-delà de l'obligé qui est ici l'Etat, le sujet dispose également de *l'opposabilité (inviolabilité et exigibilité)*. Au Bénin, c'est en effet devant la Cour constitutionnelle que toute personne peut se faire rétablir dans ses droits en matière de libertés publiques et fondamentales<sup>807</sup>. Les membres de la collectivité disposent ainsi de voies de recours en cas d'atteinte à leur droit. Si le droit d'agir en justice se trouve renforcée par le droit à la justice, la voie de droit, ce procédé en vue de la justice est facilité par le droit d'accès à la justice, même si le droit d'accès à un tribunal qui le conditionne n'a pas un caractère absolu<sup>808</sup>. Il nous semble que le caractère non absolu d'un droit ne l'affaiblit pas

---

<sup>804</sup> L'État a une origine contractuelle pour de grands auteurs comme. Le contrat social va permettre à l'homme de sortir de l'état de nature pour s'organiser en société civile.

<sup>805</sup> CARRE de MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, T. I, Ed. originale de la CNSR, 1920 et 1922, Réimp. Coll. *Bibliothèque nationale de France*, Gallica,

<sup>806</sup> V. dans ce même sens, X. LAGARDE, « Nul ne peut se faire justice à soi-même. Principe fondateur du procès civil », in *Mélanges Serge GUINCHARD, Justice et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 795-806.

<sup>807</sup> L'article 114 de la loi n° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin dispose : « *La Cour constitutionnelle est la plus haute juridiction en matière constitutionnelle. Elle est juge de la constitutionnalité de la loi et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques. Elle est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics* ». En son article 117 al. 1<sup>er</sup> point 3, il est précisé le contenu de cette compétence en ce qui concerne notamment, « *la constitutionnalité des lois et des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques et en général, sur la violation des droits de la personne humaine* ».

<sup>808</sup> V. l'arrêt X.../Royaume-Uni du 28 mai 1985 sur requête n° 8225/78 qui, en son paragraphe 57, résume la position de la haute juridiction, « *le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu ; il peut donner lieu à des limitations implicitement admises car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, réglementation qui peut varier dans le temps et l'espace en fonction des besoins et des ressources des individus... En élaborant pareille réglementation, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation. S'il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention, elle n'a pas qualité pour substituer à l'appréciation des autorités nationales une autre appréciation de ce que pourrait être la meilleure politique en la matière...*

pour autant. Au contraire, ce droit s'affirme dès lors que la situation juridique dans laquelle on l'examine se trouve en dehors des conditions de sa limitation, ce qui, pour le défendeur et sans être totalement absent, n'est pas de la nature.

## **B. Le droit d'agir au profit du défendeur**

**457. Entre droit et défense, une lutte.** L'absence d'une symétrie entre le droit d'agir du défendeur et celui du demandeur (1) témoigne de la présence d'une lutte (2).

### ***1. L'absence de symétrie entre le droit d'agir du défendeur et de celui du demandeur***

**458. Clarification.** « *L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée* ». Dans la perspective de la présente étude, cette définition légale de l'action correspond à celle du droit d'agir qu'il y a lieu de distinguer avec l'un des moyens de sa mise en œuvre qu'est l'action en justice. On se pose ici une question : si l'ouverture du droit d'agir est une véritable prérogative au profit du futur demandeur (ce qui n'est pas contesté ici), cette même prérogative existe-t-elle de la même manière au profit du défendeur ? A travers l'article 30 précédemment cité, pour le demandeur, l'action est *le droit d'être entendu sur le fond* de sa prétention, tandis que pour l'adversaire, elle est comprise comme *le droit de discuter le bien-fondé* de ladite prétention. Le texte est ainsi libellé pour signifier d'emblée que l'action est un droit tant pour le demandeur que du côté du défendeur et, plus encore, un droit portant sur le même objet, à savoir, la prétention du demandeur, sauf éventuellement une demande reconventionnelle qui permet au défendeur d'obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire<sup>809</sup>.

**459. Une différence de but.** Il faut relever la mention que fait le texte en précisant l'opposition de buts qui est ici un élément significatif pour atténuer cette symétrie de droit

---

*Les limitations appliquées ne sauraient restreindre l'accès ouvert à un individu d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même... En outre, elles ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et le but visé ».*

<sup>809</sup> V. art. 64 du code de procédure civile français : « *Constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire* »

d'action entre les deux parties : le demandeur lutte pour faire reconnaître le bien-fondé de sa prétention, tandis que le défendeur se bat pour faire admettre le mal-fondé de celle-ci, encore que, même là, cette différence de buts des deux côtés exprime toujours cette symétrie dans son vrai sens – *le sens géométrique du terme* - qui *image renversée bien qu'identique dans la forme*. Mais si tant est qu'il y a une telle identité, pourquoi dans tout le chapitre consacré aux demandes incidentes le législateur a préféré le terme « *demande reconventionnelle* » pour ce qui concerne le défendeur et non pas d'« *action reconventionnelle* » ? Il est vrai que, sans rigueur de juriste averti, certains emploient indifféremment les deux notions (action reconventionnelle ou demande reconventionnelle). Mais la différence terminologique est loin d'être indifférente.

**460. La différence substantielle quant à la notion de droit de la défense.** Le droit de la défense<sup>810</sup> appelle un autre principe, celui de l'égalité des armes, un concept qui évoque une égalité complète. Mais pris dans ce sens précis, le terme peut semer une certaine confusion, puisqu'il renvoie davantage à l'exigence d'un procès équitable<sup>811</sup>. On peut néanmoins se référer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui en a donné une interprétation évolutive comme c'est le cas pour l'article 6-1 de la Convention<sup>812</sup>. Ainsi que l'a remarqué M. STRICKLER, l'égalité des armes a d'abord été définie comme donnant à la défense une « *entière égalité de traitement par rapport à l'accusation et à la partie civile*<sup>813</sup> » ; par la suite, dans l'affaire *Bulut c. / Autriche*, l'expression a été approchée comme impliquant « *l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa*

---

<sup>810</sup> Les droits de la défense dans le procès civil impliquent pour le justiciable le droit à une procédure juste et équitable. L'une des garanties qui lui est due à ce titre est le droit à un débat contradictoire. Le principe de la contradiction, dit aussi « *principe du contradictoire* », est le corollaire du principe à valeur constitutionnelle dit « *droits de la défense* » et une condition du droit à un procès équitable. Il trouve sa justification dans la loyauté que doivent manifester les plaideurs mais également dans le souci de parvenir à la vérité. Les échanges contradictoires entre les parties sont destinés à permettre au juge de se faire une idée précise de la difficulté qu'il va lui falloir trancher. On comprend alors que le contradictoire ait pu devenir l'un des principes directeurs du procès. (Article 17 du nouveau Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes) in CABRILLAC (R.) (dir), *Libertés et droits fondamentaux*, 18e édition, Paris, Dalloz, 2012, p. 804.

<sup>811</sup> Yves Strickler, « L'office du juge et les principes », In *l'office du juge : quels pouvoirs ? quelles décisions?* Session de formation continue à l'Ecole Nationale de la Magistrature, Conférence tenue par l'auteur à Paris le 29 mars 2012, p. 1

<sup>812</sup> R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA* 1998, spéc. p. 127.

<sup>813</sup> Le 8 juin 1976, la Cour, rejetant les griefs des plaideurs pour le surplus, a constaté qu'il y avait eu manquement aux exigences de l'article 6 parag. 1 (art. 6-1) dans le cas de MM. de Wit, Dona et Schul en tant que les débats de la Haute Cour militaire des Pays-Bas s'étaient déroulés à huis clos (point 11 du dispositif et paragraphe 89 des motifs, pp. 45 et 37).V. Cour EDH, 23 nov. 1976, *Engel et autres*.

cause [...] dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire<sup>814</sup> ». Le droit de la défense qui fonde l'usage de la voie de droit de la part du défendeur n'a rien à voir avec le droit d'agir du demandeur, les deux droits n'ayant pas le même contenu.

**461. La différence quant au moment d'ouverture de l'action pour le demandeur et pour le défendeur.** Quant au moment de l'ouverture, on peut se demander s'il peut se situer dès la signification de l'assignation au défendeur ou à l'introduction de la demande. Sur cette question, il y a lieu d'opter pour la dernière hypothèse, la saisine effective du juge par la demande. Le moment d'ouverture de la voie d'action n'est donc pas le même pour demandeur et défendeur. Ce sont là autant d'éléments qui justifient l'absence de symétrie entre l'ouverture du droit d'agir du côté du demandeur et celui du défendeur, mais qu'il y a plutôt la présence d'une véritable lutte.

## **2. La présence d'une opposition de luttes**

**462. Une lutte pour la justice.** « *La paix est le but que poursuit le droit, la lutte est le moyen de l'atteindre* » disait JHERING<sup>815</sup>. Qui a jamais eu du plaisir lorsqu'il reçoit une assignation en justice ? A moins qu'il y ait des droits, des prérogatives ou des choses censées produire une certaine jouissance et qui soient *nuisibles* à leur titulaire ! Déjà, la voie d'action qui s'ouvre au profit du futur demandeur n'est qu'une voie, un moyen d'accès à la justice et

---

<sup>814</sup> V. Cour EDH, 22 fév. 1996, *Bulut c. / Autriche*, § 47 où la Cour rappelle que, selon le principe de l'égalité des armes - l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable - chaque partie doit se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de désavantage par rapport à son adversaire (*arrêt Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas* du 27 octobre 1993, série A n° 274, p. 19, parag. 33). La Cour attribue, ainsi qu'il a été fait dans l'arrêt *Borgers c. Belgique* du 30 octobre 1991, série A n° 214-B, p. 31, parag. 24, une importance aux apparences autant qu'à la sensibilité accrue aux garanties d'une bonne justice.

<sup>815</sup> R. JHERING, *La lutte pour le droit*, Présentation de Olivier JOUANJAN, Dalloz, Paris, 2006, p. 1. L'auteur montre ici que face aux atteintes portées aux droits par les *concurrents*, on ne peut opposer que le combat. La lutte judiciaire est alors à cet instant un véritable combat. Ce combat ne semble d'ailleurs pas se limiter à ce cadre selon l'auteur : « *Tous les droits du monde ont été acquis en luttant ; toutes les règles importantes du droit ont dû commencer par être arrachées à ceux qui s'y opposaient, et tout droit, droit d'un peuple ou d'un particulier, suppose que l'on soit constamment prêt à le soutenir. Le droit n'est pas une pure théorie, mais une force vive. Aussi la justice, tient-elle d'une main la balance au moyen de laquelle elle pèse le droit, et de l'autre l'épée au moyen de laquelle elle le défend. L'épée sans la balance est la force brutale, la balance sans l'épée est l'impuissance du droit. L'une ne peut aller sans l'autre, et il n'y a d'ordre juridique parfait que là où l'énergie avec laquelle la justice porte l'épée est égale à l'habileté avec laquelle elle manie la balance* ».



qui procède d'une lutte pour le droit<sup>816</sup>. Véritable lutte, parfois pour l'existence, si l'on se réfère au premier à avoir abordé ce terme de lutte pour l'existence, l'économiste anglais MALTHUS qui a montré que cette lutte constitue un formidable moteur pour l'évolution<sup>817</sup>.

**463. Une pratique ancienne depuis le droit romain.** Il en a toujours été ainsi, même dans l'ancien droit romain où l'on assistait déjà, comme l'a relevé JHERING, à une opposition de droits des parties, droit contre droit, obligation contre créance, ou encore, créance contre créance, obligation contre obligation dans la lutte judiciaire :

« ... les juristes anciens admettaient le défendeur à opposer sa propriété à un droit d'obligation poursuivi par le demandeur : grâce au même moyen, on parvenait dans certains cas à opposer une créance à une autre créance. Là, nous avons à faire à un conflit entre l'obligation et la propriété; ici, nous assistons à la lutte de l'obligation contre l'obligation<sup>818</sup> ».

**464.** Ce serait la motivation commune de tous les êtres vivants<sup>819</sup>, la force principale qui pousse ces derniers à s'adapter à tout, coûte que coûte. La lutte pour l'existence est une action

---

<sup>816</sup> V. dans ce sens, H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », op. cit. p. 1 ; *Ecrits, études et notes de procédure civile*, op. cit. p. 85. L'auteur explique comment la voie d'action constitue une lutte judiciaire mais qui, en fin de compte, se trouve être la plus efficace pour la garantie et la protection du droit substantiel, au détriment des règlements en dehors de ladite voie. « On a beau insister sur le fait que le litige ne révèle qu'un secteur du droit, lequel se forme et se pratique tous les jours en dehors du prétoire : l'efficacité des droits, voire leur nature profonde, ne s'éprouve réellement que dans la lutte judiciaire ; et il est probable que, sans celle-ci, la notion de droit même au sens subjectif n'existerait pas. ».

<sup>817</sup> T. MALTHUS, *Essai sur le principe de population*, 6<sup>e</sup> éd. 1826 (par modification de l'édition originale de 1798). Dans cet essai, M. Malthus argumente que la population augmente selon une progression géométrique. Ce qui signifie que l'augmentation constatée par effet d'accroissement dans une année donnée participe à celle de l'année suivante. Alors que dans le même temps, les moyens de subsistance augmentent plus lentement, selon une progression arithmétique. Partant de ce constat, une lutte féroce pour la survie est inéluctable.

<sup>818</sup> R. JHERING, *L'esprit droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit sur la 3<sup>e</sup> éd. par O. DE MEULENAERE avec l'autorisation de l'auteur, deuxième éd. A. MARESCQ, Aîné, T. IV, Paris, 1880, p. p. 65 et s.

<sup>819</sup> C.-R. DARWIN, *L'Origine des espèces au moyen de la sélection naturelle ou La lutte pour l'existence dans la nature* (On The Origin Of Species By means Of Natural Selection) », Traduit sur l'édition anglaise définitive par Edmond BARBIER, éd. Alfred COSTES, Paris, 1921, p. 110 et 111. L'auteur a en effet emprunté l'idée de « lutte pour l'existence » aux œuvres de Thomas MALTHUS, un économiste du début du 19<sup>ème</sup> siècle. C'est en cela que le grand contemporain de Darwin, à savoir, Karl MARX, commentait: « Il est remarquable de voir à quel point Darwin reconnaît, parmi les animaux et les plantes, la société anglaise de son temps avec sa division du travail, sa concurrence, l'ouverture de nouveaux marchés, les "inventions" et la "lutte pour l'existence" de Malthus ».

commune à tous les êtres vivants<sup>820</sup>, dans toutes les situations, y compris celle de la défense de ses intérêts menacés, et se déroulant dans une instance judiciaire (« *Der Kampf ums recht* », la lutte pour le droit)<sup>821</sup>. JHERING place l'engagement de l'individu à défendre son droit à un niveau supérieur avec l'intelligence humaine au-dessus de la loi : « ... dans toutes les situations de la vie, la règle morte ne peut remplacer l'homme, le monde n'est pas régi par des règles abstraites, mais par des personnalités<sup>822</sup> ». Nous supposons que son action est très importante pour expliquer certaines situations juridiques telles l'impulsion, pour quelle motivation, la voie judiciaire peut être la meilleure des options en jeu en cas de litige. La doctrine de MALTHUS, selon laquelle la survie de l'homme résulte d'une lutte féroce explique tout ce qu'on peut endurer – et non tout ce dont on peut jouir - lorsqu'on prend cette initiative, que l'on soit demandeur ou défendeur, de la voie judiciaire. Cette image par analogie montre que l'action en justice est d'abord une lutte et que cette lutte judiciaire n'a rien de jouissant ou de jouissif au point qu'on puisse y voir quelque idée de droit subjectif dont profiterait tout justiciable, demandeur ou défendeur. Pourtant, les articles 30 identiques des codes de procédure civile français (CPC) et béninois (CPCCSAC) érigent une sorte de symétrie du droit d'agir entre le demandeur et le défendeur.

## **Paragraphe 2 : L'autonomie du droit d'être entendu sur le fond vis-à-vis de l'action**

**465. Éléments de distinction.** Bien qu'il ne soit ni total ni étanche<sup>823</sup>, le caractère autonome du droit d'être entendu sur le fond vis-à-vis de l'action en justice s'observe par le fait que les

---

<sup>820</sup> L'auteur l'a d'ailleurs exploitée pour l'adaptation des animaux à des situations difficile de leur milieu de vie. Ceci lui permit d'affirmer que le caractère limité des ressources en nourriture, induisait inévitablement un combat pour l'existence. Il n'y a pas une grande différence du côté des humains et l'action en justice, bien que déclenchée par le demandeur, est un parcours de combat qu'il ne mène pas sans difficulté, dérangement, bouleversement de programmes ordinaire, les dépense en ressources financières et très souvent, la création d'un « ennemie » de plus, son adversaire. En fait, Darwin utilisait l'idée de « lutte pour l'existence » dans un sens large et métaphorique. Il proclamait qu'elle n'amenait pas nécessairement la lutte des animaux et des plantes entre eux, mais contre leur environnement. Il doit y avoir dans chaque cas une lutte pour la survie, que ce soit un individu avec un autre de la même espèce, ou avec les individus d'autres espèces, ou avec les conditions physiques de la vie.

<sup>821</sup> JHERING, *La lutte pour le droit*, op. cit. p. 14. « La circonstance que le droit n'échoit pas sans peine aux peuples, mais qu'ils doivent, pour l'obtenir, s'agiter et lutter, combattre et verser leur sang, cette circonstance précisément noue entre eux et leur droit ce lien intime que l'enjeu de la vie dans l'enfantement noue entre la mère et le nouveau né ».

<sup>822</sup> R. JHERING, *Ist die jurisprudentz eine Wissenschaft ?*, Ed. O. Behrends, Göttingen, Wallstein, 1998, p.

87.

<sup>823</sup> V. Y. CHARPENEL, *L'ordre public judiciaire, la laque et le vernis*, Coll. *Ordre public*, Economica, Paris, 2014, p. 7. M. CARPENEL citait en effet M. MARC-AURELE à propos de ces types de relations qui

deux notions se ramènent à des réalités qui expriment deux phénomènes irréductibles, tel que l'écrivait le Doyen CARBONNIER à propos de la règle et du jugement<sup>824</sup>. Le droit d'être entendu sur le fond d'une prétention, bien qu'étant une prérogative au profit du justiciable, relève plutôt de l'office du juge à travers le contrôle que celui-ci a à exercer sur l'existence ou non de ce droit afin de l'établir formellement par son caractère recevable ou irrecevable ; mais l'action en justice, quant à elle, n'est qu'une voie de droit, un procédé optionnel qui intervient après le droit d'agir. On comprendra ici que ce caractère optionnel de la voie de droit que constitue l'action et la permanence de sa disponibilité l'épargnent de tout lien avec les droits d'agir et d'accès à la justice qui naissent tous deux au seuil du procès (A) en même temps qu'elle présente de véritables relations avec la volonté du sujet dans son choix (B).

### A. Absence de lien entre les droits au seuil du procès et l'action

**466. La voie au service des droits pour la justice.** L'action en justice n'étant qu'une voie en vue du rétablissement de la justice, elle se distingue à la fois du droit d'agir (1) et du droit d'accès à la justice (2) qui sont quant à eux de véritables droits à la disposition du justiciable.

#### 1. La distinction entre le droit d'agir et l'action en justice

**467. Une distinction entre faculté et option.** Si la faculté peut être définie comme *une liberté de faire ou de ne pas faire quelque chose de précis faisant objet de prérogative générale*, l'option semble exprimer *une liberté de choix opérable entre deux ou plusieurs possibilités*. Par référence à la classification des droits subjectifs selon l'objet, le droit d'agir peut être rangé parmi les droits de liberté, et précisément, *les pures facultés*, au même titre que les libertés de passer ou non un contrat, de faire valoir ou non un droit de recours, de reconnaître ou non un enfant<sup>825</sup>. Il en est ainsi parce que le titulaire du droit d'agir a cette liberté de saisir ou non un tiers pour connaître de l'atteinte portée à son droit. Il est vrai que Paul ROUBIER, dans son article intitulé « les prérogatives juridiques » et surtout son ouvrage « Droit subjectifs et situations juridiques », a opéré une distinction entre prérogative

---

existent toujours d'une manière ou d'une autre : « *Toutes choses sont liées entre elles et d'un nœud sacré, et il n'y a presque rien qui n'ait ses relations. Tous les êtres sont coordonnés ensemble, tous concourent à l'harmonie du même monde* ».

<sup>824</sup> X. LAGARDE, « Nul ne peut se faire justice à soi-même, principe fondateur du procès civil », in *Mélanges Serge GUINCHARD, Justice et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 795-806, spéc. p. 795.

<sup>825</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 171.

juridique subjective et droit subjectif au sens strict. Cette dernière notion devant exclure les droits de la personnalité et l'action en justice. Mais le constat actuel conclut à la mise à l'écart de cette distinction en dépit de ce que ses réflexions sont pour la plupart reprises par la doctrine. Sur ce point, l'article 30 commun aux Codes de procédure civile précités est clair « *l'action est le droit ...* ». A travers cette définition du droit d'agir par le droit positif consacre un droit subjectif dans la même catégorie des droits de la personnalité au même titre que l'honneur, la vie privée<sup>826</sup> consacrée par plusieurs textes<sup>827</sup>. Il s'agit d'un droit autonome, différent de la liberté qui intervient comme élément caractéristique nécessaire dans la définition de tout droit subjectif, telle la libre disposition de la chose inhérente à tout droit de propriété par exemple. Comme le précise DABIN, il s'agit d'un droit spécifique de liberté où, à propos d'une matière donnée, c'est la liberté du sujet qui fait l'objet propre du droit, le sujet étant, en l'espèce, reconnu maître de sa décision ou de son option. C'est cette maîtrise de la décision qui représente ici l'intérêt d'appartenance protégée par l'article 30 commun précédemment cité. Le droit d'agir devrait être classé parmi les droits de la personnalité. Par contre, les voies qui s'offrent au titulaire du droit d'agir constituent autant de possibilités de choix à sa disposition pour le mettre en œuvre. Il y a donc là une situation d'option et l'action en justice n'est qu'une véritable option parmi les différentes voies de justice disponibles comme moyens ou procédé de rétablissement de la justice. Les deux notions se distinguent également par rapport aux conditions de leur existence.

**468. L'indifférence de la voie d'action vis-à-vis de l'intérêt à agir.** Le droit d'être entendu sur le fond de la prétention n'existe que lorsque certaines conditions sont réunies. Parmi les conditions les plus importantes figure l'intérêt. L'intérêt à agir est un élément de contact et d'appréhension psychologique sur le fond du droit à travers une certaine maîtrise de ce droit. Dans l'absolu, celui qui a intérêt a nécessairement une certaine connaissance, une certaine relation suffisante lui permettant de pouvoir discuter le fond du droit. L'intérêt à agir, élément d'appréciation du droit d'agir, n'est alors utile que pour le droit d'être entendu sur le fond. Elle ne dirige pas le choix de la voie d'action.

---

<sup>826</sup> V., sur cette analyse, D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, Préf. Geneviève GIUDICELLI-DELAGÉ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 466, Ed. L.G.D.J.-Montchrestien et Didier CHOLET, Paris, 2006, p. 274, n° 294.

<sup>827</sup> Par ex. l'article 9 du Code civil.

**469. L'indifférence de la voie d'action vis-à-vis de la qualité pour à agir.** La qualité est un élément de contact juridique avec le droit. Elle est une habilitation légale, une sorte de désignation du titulaire du droit d'agir<sup>828</sup>. Si nous prenons, par exemple, le cas de l'héritier non réservataire évoqué dans *la procédure civile* de CORNU et FOYER<sup>829</sup>, on comprend que celui-ci n'est pas concerné par la procédure d'annulation du testament, une procédure qui ne lui apportera rien de plus et donc ne lui profitera pas. Au plan psychologique, cet héritier devrait en avoir conscience pour naturellement ne pas se sentir intéressé. Pour les actions dites banales, il n'y a aucune difficulté, l'intérêt valant pratiquement qualité<sup>830</sup>. Il s'agit d'un principe posé *in limine* dans l'article 31 du code de procédure civile français<sup>831</sup>. La qualité absolue, légalement reconnue seulement à certaines personnes et donnant ainsi le caractère attribué au droit d'agir dans certains cas n'est pas reconnue à d'autres personnes pourtant non moins intéressées, ne protège pas que l'intimité familiale, matrimoniale ou sociale. En s'intéressant exclusivement à ceux qui ont personnellement et directement vécu la situation, le législateur veut être plus prudent et, surtout, se rassurer de ce que l'office du juge ne souffre pas de déficit d'information pertinente sur l'objet du droit. Cette habilitation permet en effet au juge, et surtout en pratique, d'avoir les vraies versions des faits dans une contradiction réelle et directe<sup>832</sup>. La vérité sur le fond ne peut être discutée qu'entre ceux-là qui sont absolument de plus près concernés à l'exclusion de simple intéressé.

**470. L'action en justice et le droit d'agir : de quelques vaines relations.** Il est possible de noter certains points de relation entre la voie de droit et le droit d'agir en justice. Ces liens peuvent s'observer au niveau de certains actes qui concourent à une certaine dépendance l'un

---

<sup>828</sup> E. JEULAND, *Droit processuel général*, Domat droit privé, 3<sup>e</sup> éd. Montchrestien, Lextenso, Paris 2014, p. 305, n° 316. Mais il est à reconnaître que l'habilitation va de soi dès que celui qui agit a un intérêt personnel, né et actuel.

<sup>829</sup> G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, op. cit. p. 311.

<sup>830</sup> Y. STRICKLER, *Procédure civile*, Paradigme, n° 170 et s. ; M. DOUCHY-OUDOT, *Procédure civile*, Gualino, Coll. *Manuels*, n° 121 et s. ; Y. DESDEVISES, *J. -Cl. Proc. Civ., Fasc. 126-3*, n° 14 et s. ; E. VERGES, *Procédure civile*, PUG, Coll. 2007, n° 94 ; B. ROLAND, *Procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd. Studyrama, 2007, p. 71 ; O. STAES, *Droit, judiciaire privé*, Coll. Ellipses, Université Droit, n° 74 et s. ; R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd. 1949, n° 27 et 30 ; H. CROZE, C. MOREL et O. FRADIN, *Procédure civile*, Coll. *Objectif Droit*, 4<sup>e</sup> éd. Litec, 2008, n° 364 ; N. CAYROL, « Action en justice », Rép. Proc. Civ. ; S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile*, 33<sup>e</sup> éd., Dalloz, Coll., Précis, n° 122 – 131 ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Coll. thémis, 3<sup>e</sup> éd. PUF. P. 335 ; G. COUCHEZ, *Procédure civile*, Coll. Sirey, 15<sup>e</sup> éd. 2008, n° 156

<sup>831</sup> L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Coll. *Manuel*, 10<sup>e</sup> éd. Litec, n° 369.

<sup>832</sup> Même si, en réalité, ce ne fut pas l'intention du législateur lors de l'élaboration de cette règle, on remarque tout de même qu'elle y contribue.

de l'autre : l'introduction de la demande implique en effet la prise d'une option, le choix d'une voie de droit , ici, *l'action en justice*. Le justiciable pourrait procéder autrement (règlement pacifique par dialogue, négociation, arbitrage, le système des chefferies traditionnelles, ...). Dans ce sens, agir en justice est pris dans son sens générique qui signifierait en effet : « *manifester son désir de se faire rétablir dans son droit* », par quelle voie ou moyen que ce soit, sauf que la justice privée par la violence ou par la loi du plus fort n'est plus justice. C'est fort de cela que l'action en justice doit être prise comme une voie parmi tant d'autres et, donc, une voie de droit , un procédé pour être rétabli dans la justice en tant que valeur dans toute société démocratique. Ainsi, l'introduction de la demande, à elle seule, opère à la fois l'exercice du droit d'agir et, en même temps, renseigne sur la voie choisie pour l'exercer. Il ne s'agit donc pas de véritables liens pouvant favoriser une quelconque confusion des deux notions. De l'autre côté, l'indépendance entre l'action en justice et le droit d'agir se manifeste par la naissance de ce dernier avant l'option de la voie de droit qui interviendra plus tard avec l'introduction de la demande : en amont, *le droit d'agir précède donc la voie d'action à travers le choix de l'action en justice*. Mais, au cours du procès, le droit d'agir pourrait ne pas avoir existé en dépit de l'introduction de la demande qui l'a mis en œuvre dans sa forme virtuelle. La réalité du droit d'agir ne se révélera en effet que sur l'examen du caractère recevable de la demande qui en aurait conclu ainsi sur recours du défendeur au mécanisme des fins de non-recevoir.

La distinction entre le droit d'agir et l'action en justice est ainsi établie. Celle-ci n'a pas davantage de lien avec le droit d'accès à la justice.

## ***2. La distinction entre le droit d'accès à la justice et l'action en justice***

**471.** Un devoir pour l'État, un droit du sujet : une entrée sans rigueur. Tel un apprenant du cours élémentaire à qui on choisit d'enseigner la notion de droits (dans son sens subjectif) à côté des obligations (ou devoirs), on lui dirait : « tout ce que tu es tenu de faire pour tes parents et proches ou à ton pays constitue ton devoir, tes obligations ; tandis que tout ce que les autres, ton pays et tes parents et proches sont tenus de te faire pour ton bien est ton droit ». La notion de droit reflétée par cette explication d'entrée est réductrice en ce qu'elle ne donne pas toutes les facettes de celui-ci : les devoirs ne pouvant être assimilés au droit

objectif, l'autre pan de la notion de droit<sup>833</sup>. Toutefois, l'esprit de cette idée qui balance droits et devoirs était bien présent dans les manifestations qui étaient à l'origine mythologique de la notion de justice : Zeus n'a-t-il pas, sur chaque point des attributs du pouvoir, fixé aux immortels, les usages à suivre (devoirs) tout en indiquant également les honneurs (prérogatives, droits) qui revenaient à chacun<sup>834</sup> ? Ce fut, selon le poème de la théogonie d'Hésiode du VIII<sup>e</sup> siècle avant l'ère chrétienne, une manière pour Zeus de remporter le fameux combat des dieux<sup>835</sup> par l'instauration d'une justice par le partage équitable de la *Timai* royale<sup>836</sup>. Mais le droit comme celui d'accès à la justice, tel que connu aujourd'hui, n'est pas très loin de ce que donne cette explication embryonnaire, au-delà de ce que M. DABIN s'était refusé de traiter du problème des rapports de l'individu et de la collectivité dans l'état de vie sociale à travers son traité sur le droit subjectif<sup>837</sup>. Le droit entendu sous ce sens est le droit subjectif. Le devoir ne pouvant se confondre avec le droit quelle que soit son acception, les missions régaliennes de l'État pour favoriser l'accès à la justice ne doivent pas être assimilées comme tel. La question a été posée à propos de l'obligation pour l'État en matière de sécurité de ses composantes que sont les personnes, encore qu'il ne s'agit que d'une obligation de moyen. Si l'État a le devoir d'assurer la sécurité<sup>838</sup> à travers la mise en place d'instruments, d'institutions judiciaires, des règles

<sup>833</sup> Une telle information réduite que l'on donne aux apprenants de ce même niveau s'observe également à propos de l'identification du levant et du couchant du soleil, en l'occurrence, l'Est et l'Ouest – *Le soleil se lève à l'Est et se couche à l'Ouest* – n'est que contextuelle ou circonstancielle ; expression imagée qui s'adapte juste au niveau d'assimilation de l'apprenant sans rien avoir ni de scientifique, ni de réel. Mais simplement parce que ces '*petits cerveaux*' auront du mal à comprendre qu'ils sont sur une planète qui tourne, à si grande vitesse, une vitesse moyenne qui est de 106 000 kilomètres/heure ! Soit 30 kilomètres/seconde, avec toutes les complications de impliquant une inconstance, puisque la terre n'a pas une vitesse constante : elle va plus vite quand elle est près du Soleil, ceci étant démontré par la loi de Kepler.

<sup>834</sup> HESIODE, « Théogonie (récit de l'origine des dieux, la naissance des dieux) », Trad. BONNAFE, précédé d'un essai de J.-J. VERNANT, *Genèse du monde, naissance des dieux, Royauté célèbre*, Ed. Rivage, 1993. Note 8.

<sup>835</sup> Combat entre Ouranos, Cronos et Zeus selon cette mythologie

<sup>836</sup> La *Timai* est l'ensemble des honneurs et attributs du pouvoir. « Théogonie (récit de l'origine des dieux, la naissance des dieux) », Trad. BONNAFE, précédé d'un essai de J.-J. VERNANT, *Genèse du monde, naissance des dieux, Royauté célèbre*, Ed. Rivage, 1993. Note 8.

<sup>837</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, Préf. Christian ATIAS, Dalloz, 1952, réimp. Dalloz, 2008, p. 1. Dès l'entame de son ouvrage, il avertit : « *Mais le lecteur ne doit pas s'attendre à voir traité ici, sous couleur du droit subjectif, le problème des rapports de l'individu et de la collectivité, spécialement de la somme de droits et libertés qui reviennent à l'individu dans l'état de vie sociale organisée* ». Pour l'auteur, ce rôle reviendrait à la fois au législateur, au politique et au philosophe. Mais il nous paraît plus assimilable de procéder par ce champ de la vie en collectivité pour faire plus simple en ce début d'étude d'une notion aussi controversée que le droit subjectif.

<sup>838</sup> V. à ce propos, l'art. 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 sur l'orientation et la programmation relative à la sécurité et l'art. 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure. L'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité

accessibles, des pratiques de facilitation d'accès à ces institutions, tout ceci au profit de ses concitoyens, ces derniers ont-ils, corrélativement à cette obligation à la charge de l'État, un véritable droit subjectif doté d'appartenance, de maîtrise, d'exigibilité, de protection juridique et de droit d'action ? La réponse n'est pas tranchée<sup>839</sup>. Objet même de l'engagement en société, garantir la sécurité du peuple est une nécessité pour l'État. En tout état de cause, le contrat social doit d'abord s'apercevoir comme un contrat ordinaire ayant une cause (sortir de l'état de nature où la justice privée au sens premier de sa dangerosité est la règle), un objet (la condition juridique de la collectivité dans tous les domaines de sa vie) un caractère synallagmatique (obligation à la charge des parties, les gouvernants et les gouvernés). C'est à travers ce dernier aspect qu'on analyse le rôle de l'État comme une obligation contractuelle et, corrélativement, la participation du citoyen dans divers domaines de la vie sociale, économique et politique comme sa part d'obligation. Ainsi perçue, l'obligation de l'État est regardée du côté du citoyen comme un droit et vice versa. En cela, l'accès effectif au mécanisme de justice est un véritable droit pour le justiciable, tandis que la voie d'action relève d'un choix que le justiciable opère librement sans être obligé de quelque manière que ce soit.

**472. L'accès à la justice et l'obligation de la société.** La société s'entend ici non seulement de l'État central, mais aussi une entité interne (communauté traditionnelle obéissant à des règles coutumières précises par exemple). Le droit d'agir, en droit moderne, est celui de se faire entendre sur le fond de sa prétention. Le droit d'accès à la justice étant un droit extrapatrimonial dont l'État, est le débiteur et le justiciable le créancier. Sa nature reste invariable quelle que soit la nature patrimoniale ou extrapatrimoniale de l'intérêt pour lequel la protection est sollicitée. La nature passive de l'État dans la mise en œuvre de ce droit

---

quotidienne, précise « qu'elle (la sécurité) est un devoir pour l'Etat, qui veille, sur l'ensemble du territoire de la République, à la protection des personnes, de leurs biens et des prérogatives de leur citoyenneté, à la défense de leurs institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics ».

<sup>839</sup> J. DANET et S. GRUNVALD, « Le droit à la sécurité et le risque au cœur d'un nouveau droit pénal », in *Mélanges offerts à Jean-Claude HELIN, Perspectives du droit public*, Litec, Paris, 2004, p. 197. Ceux-ci l'ont analysé comme « une simple figure de rhétorique » ; P. JOURDAIN, « Existe-t-il un droit subjectif à la sécurité ? », in *Acte du colloque sur le thème « Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ? »* des 19 et 20 octobre 2006, Les travaux de l'IFR, Mutation des normes juridiques N° 7, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2008, p. 83. Ici elle est prise comme une simple formule « incantatoire »



l'oblige à des dispositions permanentes dans la facilitation de l'accès au juge dans son devoir de protection et de justice<sup>840</sup>.

## **B. Présence de lien entre l'action et la seule faculté du sujet**

**473. La liberté de choix.** Rien n'oblige un justiciable à porter son action devant un tribunal étatique ou procéder par une justice négociée en privé, seul avec son concurrent ou par l'intermédiaire d'un tiers. Il peut même renoncer à son droit d'agir et, là, il n'emprunterait aucune voie. On examinera alors, d'une part, le caractère libre de la voie de droit (1) puis, d'autre part, le principe dispositif comme un prolongement du libre choix de la voie d'action (2).

### ***1. Le caractère libre du choix de la voie de droit***

**474. Une pluralité créant un choix.** Une voie de droit est d'abord un moyen offert par une communauté donnée pour assurer la sanction d'un droit, le rétablissement de la justice. Elle ne prend une connotation juridique au sens formel et moderne que lorsqu'elle fait l'objet d'une institution par les règles étatiques, la loi. Dans ce cas seulement, on l'appelle voie de droit. Mais là encore, elle se démultiplie. Il n'existe pas en effet qu'une seule voie de droit : *l'action en justice* au sens étroit (moyen utilisé par le justiciable et qui consiste à adresser une demande en forme de requête ou d'assignation au juge étatique pour se faire rétablir la justice), les *voies de recours* (moyens de contester une décision juridictionnelle ou administrative), les *voies d'exécution* des jugements (moyens par lesquels le justiciable peut forcer l'exécution d'une décision de justice). Si on note effectivement une pluralité dans tous ces moyens qui sont tous des voies de droit, ils n'expriment pas encore l'idée d'une possibilité de choix, mais plutôt celle d'une succession d'événements judiciaires : *assignation- jugement- voie de recours- décision exécutoire- exécution forcée*. L'idée de choix apparaît, toujours dans ces voies de droit, ce qui est appelé Mode Alternatif de Règlement des conflits (MARC) où le justiciable se trouve devant deux possibilités de choix : la voie contentieuse et le règlement consensuel ou amiable de résolution des litiges.

---

<sup>840</sup> E. GASSON et A. TISSIER, *Traité de procédure civile*, op. cit., n° 772, p. 425.

**475. L'expression confirmée d'une liberté de choix.** Il est vrai que l'arbitre n'est pas institué par l'État, donc il ne dispose pas de *l'imperium*. Pour cela, certains auteurs analysent l'arbitrage, un des modes alternatifs de règlement du litige, comme une renonciation temporaire à l'action en justice devant le juge étatique<sup>841</sup>. Nous pensons qu'il ne s'agit dans cette option que de l'exercice de cette liberté de choix des voies d'action disponibles selon les communautés et choisir son juge revient nécessairement à choisir sa procédure<sup>842</sup>. Historiquement, à Rome, le juge était un arbitre choisi par les plaideurs car tout procès en était considéré comme un quasi contrat-judiciaire<sup>843</sup>.

## **2. Le principe dispositif, prolongement du libre choix de la voie d'action**

**476. Le litige est la chose des parties.** Le litige comme chose des parties exprime une idée de maîtrise. La maîtrise du litige est une maîtrise imparfaite en ce sens qu'elle est bien encadrée par d'autres principes. D'une part, le principe de la loyauté procédurale qui consiste pour chaque adversaire dans le débat judiciaire à avoir un bon comportement en mettant l'autre à même d'organiser sa défense par la communication en temps utile des moyens de défense et de preuve<sup>844</sup> : on fait ici allusion, par exemple, au principe du *contradictoire*<sup>845</sup> et au *pouvoir du juge* d'enjoindre à une partie récalcitrante de produire un élément de preuve

---

<sup>841</sup> B. OPPETIT, « Justice arbitrale et justice étatique », in *Etudes offerts à Pierre BELLET*, Litec, Paris, 1991, p. 415.

<sup>842</sup> F. BRUS, *Le principe dispositif et le procès civil*, Thèse, Université de Pau et des Pays de l'Adour, mars 2014, p. 14, n° 7.

<sup>843</sup> A. GRUJON, *Les cours du droit, Histoire de la procédure civile des romains*, Répétitions écrites, 1908-1909, Paris, p. 4 et s. Adde. P. OURLIAC, « L'office du juge dans le droit canonique classique », in *Mélanges Hébraud*, op. cit., p. 625.

<sup>844</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° *Loyauté* ; V. aussi S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile 2009/2010*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2009, par J.-P. LACROIX-ANDRIVET, n° 193.16 par S. GUINCHARD, n° 222.51 par G. BOLARD ; G. Couchez, *Procédure civile*, 15<sup>e</sup> éd., Sirey, coll. « Université », 2008, n° 241 s.

<sup>845</sup> Le principe de la contradiction est consacré par les articles 14 à 17 CPC. Cette exigence de loyauté sous-jacente au principe de la contradiction est traduite dans l'article 15 du Code de procédure civile : « *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.* ». En jurisprudence, la Cour de cassation semble en faire une analyse *in concreto* des faits, mais sur une référence *in abstracto* en ce sens qu'elle consacre le principe de loyauté dans l'obtention des preuves, et précise ce qu'il convient d'entendre par une preuve déloyalement obtenue. V. par exemple, Civ. 2<sup>e</sup>, 7 oct. 2004, arrêt *Slusarek*, *Bull. civ.* II, n° 447, *JCP* 2005. II. 10025, note N. Léger, *D.* 2005. 122, note Bonfils, *Gaz. Pal.* 31 déc.-4 janv. 2005.9, note Belval, *CCE* 2005, n° 11, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, *RDC* 2005. 472, note A. DEBET, *RTD civ.* 2005. 135, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Dans cet arrêt, rendu au visa de l'article 9 du Code de procédure civile et de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme la Cour a en l'espèce déclaré déloyal le procédé qui consiste à effectuer et conserver un enregistrement téléphonique à l'insu de l'auteur des propos invoqués. C'est donc le caractère clandestin du procédé qui le rend déloyal et conduit à déclarer irrecevable l'élément de preuve obtenu.

nécessaire à la résolution du litige<sup>846</sup>. D'autre part, il y a *l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*<sup>847</sup> et qui est connu sous la dénomination de « *estoppel* »<sup>848</sup> en droit *anglo-saxon* et qualifié d' « *inaudible* »<sup>849</sup>. L'un et l'autre participent de la moralisation des comportements processuels<sup>850</sup>. C'est ainsi qu'en 2006, la première chambre civile de la Cour de cassation française précisait que l'estoppel et l'obligation de concentration des moyens partagent tous deux, bien-sûr, un double fondement, à la fois moral et économique, et qu'ils visent tous deux à la fois à empêcher la déloyauté procédurale et à répondre aux exigences de l'économie procédurale. Le principe dispositif signifie que « les parties sont maîtresses du litige : non seulement la direction de ce dernier leur appartient, mais encore le juge ne peut, sous peine de commettre un excès de pouvoir, élargir le cadre du procès tel qu'il est tracé par les parties, ... »<sup>851</sup>. Au-delà des limites précédemment évoquées, le principe de libre disposition de la matière litigieuse demeure à l'avantage du justiciable de la même manière qu'il dispose en amont de cette liberté de choisir telle ou telle voie d'action. Les modes alternatifs de règlement de litige, par exemple, ne s'imposent pas au justiciable en cas de litige. Aussi, le juge ne peut-il imposer le jugement en amiable compositeur<sup>852</sup>.

<sup>846</sup> V. les articles 11, alinéa 2 CPC.

<sup>847</sup> G. BOLARD, « Le moyen contraire aux précédentes écritures, in *Mélanges BUFFET*, LGDJ, 2004 ; C. LEFORT, *Procédure civile*, coll. « Cours », 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2007, n° 273 s.

<sup>848</sup> O. MORETEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, Thèse dactylographiée, Lyon III, 1990 ; Ph. PINSOLLE, « Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le commerce international », *JDI* 1998, p. 905.

<sup>849</sup> V. M. Z. EL-IBIANI, « Recherches sur la procédure musulmane », Le Caire, 1924, p. 52 où l'absence de toute contradiction dans le comportement du demandeur « *tanakod* » est une des conditions de l'action en droit musulman (V. dans ce sens pour les conditions pour agir, EL-FATAWI et EL-HINDIYYAH, *Recueil indien officiel élaboré par un comité de savants indiens* présidé par le Cheik Nizam, sur ordre du Sultan Mohamed Aureng-Zieb, T. IV, Ed. Le Caire, 1910, p. 2). Par exemple, si le demandeur a déclaré qu'une certaine chose est à M. Untel et s'il revendique ensuite la propriété de la même chose devant le juge, la contradiction est flagrante entre la déclaration et la revendication consécutive ; et par voie de conséquence, l'action est « *nulle* » ou « *inaudible* ». Il en est de même pour un défendeur ayant fait défaut dans une procédure et par la suite intente une action portant sur le même objet (V. 9 septembre 1939, Bulletin officiel de l'année 41, 5, n° 9, cité par O. Mohamed Abdel-Khalek, *La notion de recevabilité en droit judiciaire privé*, Thèse, LGDJ, Paris 1965, p. 13).

<sup>850</sup> H. MUIR-WATT, *Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français*, in *Mélanges Loussouam*, Ed. Dalloz, Paris 1994, p. 303.

<sup>851</sup> H. Motulsky, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in *Ecrits et notes de procédure civile*, préf. Gérard CORNU et Jean FOYER, Dalloz, 1973, p. 38-59, spéc. p. 39, n° 3 ; *Etude de droit contemporain*, 1959, p. 257 et s.

<sup>852</sup> V. art. 12 CPC, al. 4 « ... Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé. Civ. 1<sup>re</sup> 17 décembre 2008, Pourvoi n°07-19F, *BICC* n°771 du 1<sup>er</sup> mai 2009 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> février 2012, Pourvoi n°11-11084, *BICC* n° 762 du 15 mai 2012 et Legifrance, Civ. 2<sup>e</sup>, 10 juillet

## **SECTION 2 : L'action en justice et le droit subjectif en général**

**477. L'action comme droit subjectif, une conception pratiquement axiomatisée.** La question de savoir si l'action en justice est un véritable droit agitait et continue d'agiter la conscience du juriste du droit moderne<sup>853</sup>. Aujourd'hui, la doctrine et le législateur répondent par l'affirmative et ce, pratiquement sans profonde réflexion et aussi naturelle que puisse se présenter la réponse à cette question. Tellement la chose est ancrée dans la conscience collective des juristes ; toute la démonstration semble avoir été faite, ou, du moins, elle n'est plus nécessaire, tel un axiome. Cette situation s'est consolidée avec le développement du phénomène de la *subjectivation*. Depuis de nombreuses années en effet, les droits subjectifs se développent ; le droit reconnaît de plus en plus de droits subjectifs aux sujets de droit et les situations et concepts pris comme droits subjectifs se sont considérablement accrus : c'est le phénomène de subjectivation du droit<sup>854</sup>.

**478. Le point d'inflexion d'une axiomatisation.** Il est à reconnaître, à propos des droits et libertés, qu'au-delà de toutes conceptions, parfois suivies de controverses, et dont la conséquence directe reste la fragilisation des États – ce qui ne profite guère aux citoyens - aux travers des mouvements syndicaux et autres manifestations intransigeantes, le standard de la signification inhérente aux notions reste très souvent en l'état en dépit de toute subjectivité ou d'objectivité<sup>855</sup> : c'est l'idée que KANT rapproche de la notion de « *connaissance de l'absolu*<sup>856</sup> ». Ainsi, au sens *philosophique*, est subjectif ce qui est propre

---

2003, *BICC* n°587 du 15 novembre 2003 ; Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 10 juillet 2003, pourvoi n°01-16964 ; P. / D. : *Juris Data* n°2003-019932.

<sup>853</sup> V. pour cette préoccupation récurrente, H. MOTULSKY, « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé », op. cit. p. 27. Et pour l'exprimer, l'auteur parle de « la possibilité de faire jouer, sous certaines conditions, la contrainte sociale » ; il se pose lui-même, en outre, la question de savoir si cette possibilité peut elle aussi être qualifiée de « *droit* ».

<sup>854</sup> Lucien LEVY-BRUHL, « La morale et la science des mœurs », *Alcan*, Nouvelle édition, Collection *Bibliothèque de philosophie contemporaine*. 1<sup>re</sup> éd. 1903 à 776 pages, PUF, Paris 1971, p. 118 et s.

<sup>855</sup> E. KANT, « Critique de la raison pure », Nouvelle traduction française avec notes par A. TREMESAYGUES et B. PACAUD, préf. A. HANNEQUIN, Ed. Félix ALCAN, Paris 1905, p. 70 et s. Par exemple, l'idée d'objectivité dans la conception des notions transparait dans son développement où il précise : « *nous pouvons bien dire, que l'espace contient toutes les choses qui peuvent nous apparaître extérieurement, mais non toutes les choses en elles-mêmes, qu'on puisse ou non les intuitionner et quel que soit le sujet qui le puisse. En effet, il nous est impossible de juger des intuitions que peuvent avoir d'autres êtres pensants et de savoir si elles sont liées aux mêmes conditions qui limitent nos intuitions et qui sont pour nous universellement valables. Quand nous ajoutons au concept du sujet la limitation d'un jugement, alors le jugement a une valeur absolue* ».

<sup>856</sup> A-A COURNOT, « Essai sur les fondements de nos connaissances et sur les caractères de la critique philosophique », Coll. BnF, T. II, Paris, 1851, p. 381. A travers son livre sur *La critique de la raison pure* Kant

à un sujet déterminé, qui ne vaut que pour lui seul ; donc synonyme de *individuel*, *personnel* : idée de propriété individuelle, de créance personnelle ou même de liberté concédée – telle la rude formule de l'ancienne procédure romaine « *meum, meum esse, meum esse aio, ...*<sup>857</sup> » - Mais dans ce même sens, on peut comprendre par exemple, le caractère subjectif de la connaissance<sup>858</sup>, l'aspect subjectif de la culture, considérer une vérité comme subjective, ... Cependant, dans la philosophie allemande, les idées subjectives sont celles qui naissent de la nature de notre intelligence et de ses facultés, les idées objectives étant toutes celles qui sont excitées par les sensations<sup>859</sup>. Seul ce domaine de la sensation, voire de la raison, sans tenir aucunement compte des notions d'« *esprit* », de « *sujet* » et de « *subjectif* », d'« *objet* » et d'« *objectif* », de « *conscient* » et d'« *inconscient* », de « *lois mentales* », supposées différentes essentiellement de « *lois physiques* »<sup>860</sup>, intéresse les présents développements. Mais, dans une situation de prolifération de conceptions en général et, pour ce qui nous concerne ici, des droits subjectifs en particulier, il y a souvent cette tendance à ignorer les critères de base qui militent en faveur d'une telle qualification. Tel semble bien le cas de l'action en justice. Pour faire la part des choses, il y a lieu d'examiner le sens actuel du droit subjectif (**paragraphe 1<sup>er</sup>**) afin de révéler ses critères à confronter avec l'action en justice (**paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1<sup>er</sup> : Le sens du droit subjectif**

**479.** La notion de droit subjectif n'a cessé d'alimenter la controverse. Elle peut être considérée comme une notion clef de l'individualisme juridique, avec cette souveraineté de l'individu<sup>861</sup>. Le lot des droits subjectifs s'expose ainsi à une sorte d'*expansion* et de

---

s'était proposé de démontrer l'impossibilité de passer légitimement de la description des lois et des formes de l'entendement à des affirmations sur la manière d'être des choses en elles-mêmes ; il avait surtout réussi à prouver catégoriquement que l'absolu nous échappe et après lui, tous les efforts des métaphysiciens ont eu pour but ce qu'ils appellent le passage du subjectif à l'objectif, et la compréhension de l'absolu.

<sup>857</sup> M. VILLEY, « Le droit subjectif et les systèmes juridiques romains », in *Revue historique du droit français et étranger*, 1946- 1947, p. 224 ; Adde, « le droit romain », op. cit. p. 20.

<sup>858</sup> A-A. CURNOT, « Essai sur les fondements de nos connaissances et sur les caractères de la critique philosophique », art. cit.

<sup>859</sup> A.-L. G. NECKER, (De Staël Holstein), « De l'Allemagne », publié à Londres en 1813 et à Paris en 1814, (*Mais pour la présente édition de 1810, V. André LAGARDE et Laurent MICHARD, « XIXe siècle, Les Grands auteurs du programme français - Anthologie et histoire littéraire », Bordas Maison d'Édition, Paris, 1985, p. 13*). t. 4, 1810, p. 123.

<sup>860</sup> R. RUYER, « Esquisse d'une philosophie de la structure », Ed. Série de la *bibliothèque de philosophie contemporaine-FA*, Ed. Félix Alcan, Paris, 1930, p. 105.

<sup>861</sup> J. S. MILL, « La liberté », 1859, trad. française de Dupont-White, *Guillaumin*, Bibliothèque des Sciences Morales et Politiques, 2<sup>e</sup> éd. Paris, 1864, p. 14 et s. On a comme impression que les droits subjectifs

*turgescence* ; telle une cellule dans un milieu *hypotonique*, l'individu se sent sous pression de cette démocratie majoritaire dont seul jouit la tyrannie de la majorité qui se prétend *l'unique organe de la raison*. Mais cet état de gonflement quantitatif des droits subjectifs se trouve aujourd'hui à une étape qu'il s'avère nécessaire de présenter (A) dans l'objectif d'en révéler les critères actuels d'identification (B).

## A. Présentation du droit subjectif

**480. Un développement essentiellement doctrinal.** « *La doctrine* », un véritable chef d'œuvre réalisé par MM. Christophe JAMIN et Philippe JESTAZ où l'on peut faire le constat que la notion de « *doctrine* » est apparue vers 1850 et ceci, dans les seuls pays romanisés<sup>862</sup>. Mais, la chose n'a-t-elle pas pu *exister avant les mots pour l'exprimer*<sup>863</sup> ? Car la pratique précède très souvent aussi bien la législation que les réflexions doctrinales, voire la notion ou le concept même, tels les phénomènes spontanés ou situations imprévues de domaine non légiféré, des diverses situations et faits ont souvent précédé leur juridicité au travers de règles édictées en vue de leur encadrement. Il en est autant de la doctrine du droit subjectif dont la naissance semble, suivant les documents, datés seulement du XIX<sup>e</sup> siècle. Sans faire fi de la précédente, véritable mise en scène des hommes qui ont influé sur le cours des choses selon F. GUIZOT dans son *Histoire de la civilisation en Europe*, la référence de cette étude est

---

se sont multipliés, du moins, la qualification de notion de droits subjectifs a pris de l'ampleur sous l'influence d'une certaine valeur accordée à l'individu : l'individualisme en plein essor, de telle sorte que Stuart MILL oppose « la *souveraineté de l'individu sur lui-même* » à la « tyrannie de la majorité ». V. sur cette dernière notion, V. A. DE TOCQUEVILLE, « De la démocratie en Amérique », En deux livres, 1835 et 1840, Coll. BnF, T. 1, 12<sup>e</sup> éd., Paris, 1848, p. 137 « ... il « le gouvernement » reste toujours dans une étroite dépendance de la majorité qui l'a créé », p. 141 « Rien ne saurait l'arrêter dans sa voie ni privilèges, ni immunité locale, ni influence personnelle, pas même l'autorité de la raison, car elle *représente la majorité qui se prétend l'unique organe de la raison*. Elle n'a donc d'autres limites, dans son action, que sa propre volonté », p. 249. Cette concentration des pouvoirs, en même temps qu'elle nuit singulièrement à la bonne conduite des affaires, fonde le *despotisme de la majorité*.

<sup>862</sup> Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *La doctrine, Droit privé, Histoire et philosophie du droit*, Coll. *Méthodes du droit*, 1<sup>re</sup> édition, DALLOZ, Paris, 2004, p. 1 et s.

<sup>863</sup> Enoncé paraphrastique par emprunt à M. L. CADIET lors des leçons béninoises de théorie générale du procès données à l'Université d'Abomey-Calavi au Bénin en janvier 2014 à propos de la théorie générale du droit dont les éléments transparaissent déjà dans le cours de Code civil donné par le Professeur OUDOT à la faculté de droit de Paris au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. V. à ce propos J-L. HALPERIN, *V°*, J-F. OUDOT in P. ARABEYRE, J-L. HALPERIN et J. KRYNEN (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français*, PUF, 2007, cités par L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit. p. 2 ; V. aussi L. CADIET, « Introduction à la théorie générale du procès (Leçon n° 1) », in *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et administratives : Leçons béninoises de théorie générale du procès*, N° spécial de l'année 2014, Ed. CHRISTON, Ecole Nationale d'Administration et de Magistrature (ENAM) et la Faculté de Droit et de Sciences Politiques (FADESP) des Universités publiques du Bénin, Cotonou, 2014, pp. 11-42, spéc. p. 14.

essentiellement de la conception actuelle (1) dans laquelle on puise aujourd'hui toute sa substance (2).

### *1. Le concept de droit subjectif*

**481. Absence d'une définition canonique.** Aujourd'hui considéré en droit privé comme opposé au droit objectif (règle de droit), le droit subjectif prend le sens de *prérogative* établie ou reconnue par le droit objectif au profit d'un individu ou d'un groupe d'individus, leur conférant la qualité de *sujet de droit*. En droit administratif, M. FOULQUIER rappelle qu'il est unanimement défini comme une prérogative juridique appartenant en propre à un sujet de droit et que celui-ci pouvait revendiquer en justice<sup>864</sup>. En dépit de son actualité, cette définition n'est pas exempte de critique car la règle de droit ainsi prise est une règle de conduite, qui assujettit le sujet à une exemplarité, à un devoir juridique. Or, le droit subjectif tel que pris est une prérogative accordée à l'individu : on constate par-là que ce qui s'oppose au droit objectif s'oppose encore au droit subjectif tel que conçu. Les définitions sont multiples, si ce n'est qu'elles sont soumises à de vives controverses, et ce non sans raison. Dans l'absolu<sup>865</sup> du droit et au-delà le Droit naturel, le Droit idéal<sup>866</sup>. Seul ce dernier, devrait pouvoir, voire est censé, nous semble-t-il, s'écrire avec la majuscule 'D' en cela que rien n'est plus, en dehors de cet absolu, objectivement objectif<sup>867</sup>. Sous le terme de droit subjectif, plusieurs réflexions ont été menées, avec, pour chacune, une logique, une scientificité.

---

<sup>864</sup> N. FOULQUIER, « L'analyse du discours juridique : le concept de droit subjectif en droit administratif », in *CURAPP* (Centre Universitaire de Recherches sur l'Action Publique et le Politique), Sur la portée sociale du droit, Usages et légitimité du registre juridique, PUF, 2005, pp. 43-59, Spéc. p. 44.

<sup>865</sup> V. dans ce sens précis, Ch. ATIAS, *Philosophie du droit*, Thémis, Droit privé, PUF, Paris, 2004, p. 82 : L'auteur étend la notion d'absolu à l'existence même de Dieu : « Il est par soi, absolument, et réalise l'unité parfaite dans l'absolu du bon, du beau, du juste. Les autres êtres sont contingents, qui auraient pu ne pas exister et ne pas exister tel qu'ils sont ; à leur propos, les distinctions de l'essence et de l'existence, de la substance et des accidents, sont pertinentes et indispensables ; V. aussi V. COUSIN, *Cours de l'histoire de la philosophie*, Edition originale de Pichon Et Didier, *Quai des Augustins*, 1829, Vol. 1, Coll. *Bibliothèque nationale de France*, Gallica, Paris, 1829, p. 256, 315, 320.

<sup>866</sup> V. pour une telle idée, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, op. cit. V° « Droit », point 3.

<sup>867</sup> A.-L.-C. DESTUTT de TRACY, « Éléments d'idéologie : logique », Ed. COURCIER, *Quai des Augustins*, Paris, 1805, p. 195. Nous pensons avec cet auteur que toutes nos connaissances ne sont toujours que celles de nos manières d'être et des lois qui les régissent, qu'elles sont toujours relatives à nos moyens de sentir, qu'elles ne sauraient jamais être absolues et indépendantes de ces moyens, et que tous ceux qui se proposent de pénétrer la nature intime, l'essence même, des êtres, abstraction faite de ce qu'ils nous paraissent, veulent une chose tout-à-fait impossible et absolument étrangère à notre existence et à notre nature, puisque nous ne pouvons même pas savoir si les êtres ont une seule qualité autre que celles qui nous apparaissent. Mais il y a un bémol qu'il paraît qu'on doit pouvoir admettre à savoir qu'il y a toujours un fond de départ à partir duquel commence toute réflexion. L'idéal au-delà même du naturel doit être perçu comme cet absolu qui transcende toute idée de référence à une quelconque manière d'être, des lois qui les régissent ou à un moyen de

**482. Une raison philosophique à l'absence d'une définition unique.** Il est une évidence, ainsi que l'affirmait le Comte DESTUTT-TRACY dans l'« *Élément d'idéologie* », que la logique ne saurait être *l'art de raisonner* (une certaine objectivité donc). En cela, la seule logique dans les différents sens auxquels aboutit la notion de droit subjectif ne pourrait suffire, car elle est plutôt ou doit être une science purement spéculative consistant uniquement dans l'examen de la formation de nos idées, du mode de leur expression, de leur combinaison et de leur déduction (une certaine subjectivité alors). De cet examen, résulte ou résultera la connaissance des caractères de la vérité et de la certitude, de même que les causes de l'incertitude et de l'erreur. Une telle analyse appliquée aux différents raisonnements des auteurs sur la notion de droit subjectif ne peut que conduire aux mêmes résultats et c'est d'ailleurs le cas pour toutes réflexions juridiques de doctrine. Quand cette science sera faite et bien faite, et qu'elle possédera des vérités incontestables, alors on pourra, avec assurance, en déduire les principes de l'art de raisonner, c'est-à-dire, de l'art de conduire son esprit dans la recherche de la vérité<sup>868</sup>. Aussi, nos idées, semble-t-il, ne répondent pas à des divisions réelles et objectives de l'Être et ces divisions ont toujours quelque chose d'arbitraire et de subjectif<sup>869</sup>. Du coup, les controverses se justifient, les possibilités d'incertitudes sont alors dans l'ordre normal des choses. Ainsi, pour ce qui est de la définition du droit subjectif, la multiplicité de conceptions crée l'absence de fixité de la notion et, par conséquent, l'absence d'une définition comme référence. Là, s'impose un choix. De plus, dans la construction scientifique, nos raisonnements, nos hypothèses ont souvent pour objet des idées qui ne se réfèrent pas à des réalités, mais plutôt à des possibilités, puisque nous ne voyons pas par l'œil de notre intelligence, notre nature étant finie et donc limitée. Mais, en même temps, les idées ne doivent pas être considérées comme des phénomènes purement subjectifs pour ensuite conduire les auteurs dans l'impossibilité absolue de passer logiquement du subjectif à l'objectif et de ne rien affirmer sur la vérité objective et absolue des idées. Cette mise en

---

sentir. Il en est également ainsi, même pour ce qui est aujourd'hui appelé droit objectif. Il semble avoir été ainsi qualifié par juristes et philosophes à la suite, certainement, de profondes réflexions qui ont permis de distinguer des catégories (droit objectif / droit subjectif), catégorisation tout à fait humaine, faite par l'individu, le sujet de réflexion (subjectivité). Mais en même temps, réflexion qui vise un idéal fondé sur des préceptes et précédents objectifs (objectivité). On pourrait ainsi en arriver à ce que rien n'est absolument objectif en même temps que rien n'est purement subjectif. Il y a juste à considérer l'idéal issu du naturel comme un fond absolu vers lequel toute réflexion, tout acte doit tendre pour l'équilibre social, centre d'objectivité au regard de toute situation.

<sup>868</sup> A.-L.-C. DESTUTT de TRACY, « *Éléments d'idéologie : logique* », art. cit. p. 2.

<sup>869</sup> A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, Cours professé à la Faculté de droit de Paris, Ed. A. FONTEMOING, T. II, Paris, 1899, p. 468.



garde qu'on peut retenir en substance à travers la conception de BOISTEL<sup>870</sup> contre KANT<sup>871</sup>, nous permet d'opérer un choix parmi les différentes théories, choix plus ou moins conforme à la doctrine actuelle, mais qu'il va falloir rechercher parmi les théories les plus récentes de la doctrine positive du droit subjectif.

**483. A la recherche des théories du droit subjectif.** Il est vrai qu'on ne pourra comprendre la notion de droit subjectif sans connaître la *querelle des universaux* (dont la problématique naissante à l'époque du Moyen-âge subsiste encore aujourd'hui au XXI<sup>e</sup> siècle<sup>872</sup>), la *théorie de la connaissance* développée par G. OCKHAM (partisan du nominalisme)<sup>873</sup> et les *théories du contrat social* de T. HOBBS, de J. LOCKE et de J.-J. ROUSSEAU<sup>874</sup>. Mais il ne nous paraît pas opportun d'aller chercher si loin, de peur de replonger dans les plus lointaines controverses qui pourraient nous conduire à des développements peu utiles à la présente étude, plutôt que de permettre de déboucher sur la théorie qui semble aujourd'hui soulever le moins de polémiques. Pour ce qui concerne spécifiquement les réflexions sur la théorie du droit subjectif, certaines se soutiennent tandis que d'autres s'opposent. Il en existe même qui prônent l'inexistence de la notion<sup>875</sup>. Il ne nous semble pas opportun d'y revenir longuement avant de faire nôtre la conception actuelle qui servira de base à notre analyse. Dans cette conception positive, il y a lieu de remarquer l'existence de trois courants qui

---

<sup>870</sup> A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, op. cit., p. 443. « ... à la grande différence des systèmes qui, considérant l'idée comme un phénomène purement subjectif, sont ensuite dans l'impossibilité absolue de passer logiquement du subjectif à l'objectif et de rien affirmer sur la vérité objective et absolue des idées ».

<sup>871</sup> E. KANT, *Critique de la raison pure*, op. cit., p. 121. « Comment des conditions subjectives de la pensée peuvent-elles avoir une valeur objective, c'est-à-dire fournir les conditions de la possibilité de toute connaissance des objets ? car, sans les fonctions de l'entendement, des phénomènes peuvent incontestablement être donnés dans l'intuition ». V. aussi p. 71 et 80.

<sup>872</sup> P. GIRARD, « Nicole ORESME et la querelle des universaux », Faculté de philosophie, Université du Québec, Montréal, Service des bibliothèques, Québec, Août 2009, p. 7.

<sup>873</sup> V. C. PANACCIO, « Nominalisme ockhamiste et nominalisme contemporain », in *Dialogue, Revue Canadienne de Philosophie, Association canadienne de philosophie*, vol. 26, 1987, pp. 281-298, Spéc. p. 283.

<sup>874</sup> J.-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. droit*, n° 45 (2001), (Communication), in *Les rapports entre dogmatique juridique, doctrine et théorie du droit*, séminaire du CERCRIID, 9 juin 2000, pp. 303-333. Spéc. p. 319.

<sup>875</sup> Conséquence de ce qu'il n'y a pas de vérité absolue en matière de réflexion sur les concepts. Ce qui compte finalement étant la cohérence, la logique et la scientificité des raisonnements. V. dans ce même sens, François GUIZOT, « Histoire de la civilisation en Europe », *Gallica*, Bibliothèque nationale de France, Paris, 1870, p. 51, 97-150, Spéc. p. 131. « Ainsi ramenée à ses vrais éléments, à son essence, la religion apparaît, non plus comme un fait purement individuel, mais comme un puissant et fécond principe d'association. La considérez-vous comme un système de croyances, de dogmes ? La vérité n'appartient à personne ; elle est universelle comme absolue ; les hommes ont besoin de la chercher et de la professer en commun. S'agit-il des préceptes qui s'associent aux doctrines ? Une loi obligatoire pour un individu l'est pour tous ; il faut la promulguer, il faut amener tous les hommes sous son empire.

semblent avoir plus retenu l'attention depuis le siècle dernier, la théorie qui dénie toute existence du droit subjectif, telle celle de Léon DUGUIT<sup>876</sup> et celle de Hans KELSEN<sup>877</sup> ne pouvant nous servir ici.

**484. L'existence du droit subjectif dans la volonté de l'individu.** Il s'agit de la théorie de la volonté, théorie allemande du XIX<sup>e</sup> développée par WINDSCHEID et SAVIGNY et selon laquelle le droit subjectif « *est un pouvoir de volonté qui s'impose à autrui* ». De cette sorte, un sujet de droit ne serait titulaire d'un droit subjectif que dans la mesure où sa volonté peut s'imposer à un autre sujet de droit. On peut se demander si cette volonté du sujet est la source première du droit ou bien si elle n'apparaît qu'après que le droit objectif a concédé et consacré un droit subjectif précis. Cette dernière considération semble être celle des tenants de la théorie de la volonté<sup>878</sup>. Pour la première hypothèse, la volonté individuelle comme source initiale et cause originaire du droit<sup>879</sup> pourrait faire retomber les hommes dans l'état de nature. Chacun voudrait s'affirmer, affirmer ses droits au détriment de ceux des autres, avec parfois, et même souvent, l'usage de la force, puisque la volonté particulière agit sans cesse contre la volonté générale<sup>880</sup>. De plus, la toute puissante volonté étant créatrice de ses droits en propre, ce serait la fragilisation, à la limite la méconnaissance, voire la disparition

---

<sup>876</sup> L. DUGUIT, « Traité de droit constitutionnel » Tome premier, *La règle de droit - le problème de l'Etat*, 3<sup>e</sup> éd. Boccard en cinq volumes, ancienne librairie Fontemoing et Compagnie, Paris, 1927. A travers cet ouvrage, l'auteur nie toute existence au droit subjectif. Ainsi, peut-on lire à la page 56 : « L'expression droit objectif est en principe un pléonasme, car le droit est de son essence objectif. Un droit non objectif ne serait pas un droit. De même qu'il ne peut y avoir de nature subjective, de même il ne peut y avoir de droit subjectif ». De même, à la page 198 : « Il n'y a pas de droit subjectif des individus comme pouvoir propre de leur volonté.

<sup>877</sup> V. H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », in *Revue de droit public et de science politique*, T. 43, 1926, p. 595 et 601 à 603.

<sup>878</sup> V. à ce propos, B. WINDSCHEID, « *Lehrbuch des Pandektenrecht* », T. 1, 8<sup>e</sup> éd. Kipp, Francfort, 1900, § 37, p. 131. « ... ce pouvoir de volonté est conféré par le droit objectif » ; V. dans ce même sens, M. F. C. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Trad. GUENOUX, T. 8, 2<sup>e</sup> éd., Firmin DIDOT, Paris, 1860, p. 120. « Pour chaque rapport de droit appartenant à l'une des classes que nous venons d'énumérer, il s'agit de déterminer **la règle applicable** à la collision de différents droits ». En évoquant ainsi les règles applicables aux droits subjectifs, l'auteur fait allusion aux règles de droit, au droit objectif. De même, dans le tome premier du même ouvrage paru en 1955, on peut lire : « Le droit (au sens subjectif)... nous apparaît comme un pouvoir de l'individu. Dans les limites de ce pouvoir, la volonté de l'individu règne, et règne du consentement de tous ». Le terme de consentement de tous exprime une sorte de contrat social qui relève du droit objectif. C'est ainsi qu'à la page 328, l'auteur poursuit : « Sous le point de vue où nous nous sommes placés, chaque rapport de droit nous apparaît comme une relation de personne à personne **déterminée par une règle de droit, et cette règle déterminante assigne à chaque individu un domaine où sa volonté règne indépendamment de toute volonté étrangère** »

<sup>879</sup> R. SALEILLE, *De la personnalité juridique*, Ed. La Mémoire du droit (1<sup>re</sup> éd. de 1910), 2<sup>e</sup> éd., Rousseau Paris, 1922, p. 535.

<sup>880</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Présentation de Bruno BERNARDI, GF Flammarion, Paris, 2001, p. 124.

du droit objectif. Cette forme de positivisme individualiste par excès du droit subjectif ne semble pas pouvoir satisfaire les attentes de la présente réflexion dont le postulat est dans la cohabitation et du droit objectif et du droit subjectif au sein du même bloc du droit positif. Ceci nous fait tourner vers la seconde hypothèse où la volonté ne vaut pas sans la protection juridique par le droit objectif, situation qui s'apparente au sens du droit subjectif tel que conçu par JHERING.

**485. Théorie de l'intérêt juridiquement protégé.** Connue pour son ouvrage publié en 1872 « *Der Kampf ums Recht (La lutte pour le droit)* », JHERING pense le droit subjectif comme celui qui procure un avantage matériel ou moral. La lutte révèle cette spécificité qu'il ne peut être défendu que par une action en justice. Sa conception du droit se lit de même à travers la plupart de ses œuvres<sup>881</sup> qui ont fait de lui l'un des plus grands savants en sciences sociales du deuxième Reich<sup>882</sup>. Il a combattu l'idée de pouvoir de volonté comme source du droit subjectif dans son œuvre « La lutte pour le droit » en stigmatisant une doctrine où les concepts juridiques *coupent tout contact avec la terre*<sup>883</sup>, au détriment de la réalité. Pour lui, « *le véritable ayant-droit est celui qui peut prétendre non à vouloir, mais à profiter*. La volonté peut, à la rigueur, être dévolue à un tiers ; elle peut être paralysée ; l'utilité réelle ne peut se remettre à un tiers sans que le droit lui-même soit atteint »<sup>884</sup>. Et pour montrer l'importance et la place qu'occupe la loi dans la protection et la jouissance des droits subjectifs, l'auteur précise que cette situation (état de fait d'utilité ou de jouissance) ne devient moins précaire, moins instable que lorsque la loi vient la protéger. La jouissance ou la perspective de la jouissance devient alors plus assurée ; elle devient un droit. La sûreté juridique de la jouissance est la base du principe du droit. « *Les droits sont des intérêts juridiquement protégés*<sup>885</sup> » aura-t-il conclu. Mais à l'analyse de cette conception de

---

<sup>881</sup> V. particulièrement : « L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement », Marescq, 1880 ; « Les Indo-Européens avant l'histoire », Marescq, 1893 ; « La lutte pour le droit », Marescq, 1890 ; « L'évolution du droit », Chevalier-Marescq, 1901.

<sup>882</sup> C. C. A. BOUGLÉ, *Les sciences sociales en Allemagne, les méthodes actuelles*, (IV- R. Von JHERING : La philosophie du droit), Université de Michigan, Coll. Americana, Éd. Félix Alcan, Paris, 1896, pp. 103-141.

<sup>883</sup> A. STORA-LAMARRE, « La guerre au nom du droit », in *Revue d'histoire du XIXe siècle*, n° 30 (2005), Pour une histoire culturelle de la guerre au XIXe siècle, Ed. Société d'histoire de la révolution de 1848, Paris, 2005, p. 4, n° 8.

<sup>884</sup> R. von JHERING, *L'esprit droit romain dans les diverses phases de son développement*, Traduit sur la 3<sup>e</sup> éd. O. De MEULENAERE, T. IV, 2<sup>e</sup> éd., A. MARESCQ, Aîné, Chap. II - notion du droit, § 71. Paris, p. 323.

<sup>885</sup> R. von JHERING, *L'esprit droit romain dans les diverses phases de son développement*, op. cit., 326.

JHERING, nous pourrions observer que si l'aspect juridique de la protection devient ainsi le fondement du droit subjectif au détriment de tout pouvoir de volonté, l'autre élément important pour l'identification du droit subjectif est le profit, l'utilité ou l'avantage qui déterminent l'intérêt. On pourrait craindre dans cette idée la toute puissance du droit objectif qui n'est pas exempte de toute dérive. Les simples voies de droit en vue du rétablissement de la justice auraient bien bénéficié de cette largesse pour la simple raison d'être protégées d'une certaine manière par la loi. La latitude et la subjectivité, à la limite, l'arbitraire du législateur peuvent conduire celui-ci à opérer des choix inopportuns, maladroits à travers des droits qu'il jugerait dignes de protection sans qu'ils ne puissent l'être en réalité, contribuant ainsi à l'excroissance déplorable des droits subjectifs. Heureusement, la protection juridique visée par l'auteur ici est celle active : l'action en justice, et non passive par de simples prévisions légales au travers des textes législatifs, est de nature à tempérer cette crainte et peut s'observer dans l'insistance de JHERING sur ce que la lutte pour le droit est un devoir de l'intéressé envers lui-même<sup>886</sup>, montrant ainsi que la protection légale à elle seule est insuffisante.

**486.** On note en définitive, que si la théorie du pouvoir de la volonté privilégie la force impulsive de l'individu (sorte d'individualisme), la théorie de la protection juridique qui serait assurée par la société pour faire des intérêts de véritables droits subjectifs semble beaucoup plus privilégier l'aspect collectif de la société (sorte de collectivisme). A l'analyse, des deux conceptions, cette manière de privilégier une entité au détriment de l'autre peut paraître moins objective qu'il en faut en cette matière. Le recours à une *conception plutôt technique* peut s'avérer utile à l'objet de notre étude. La conception de Jean DABIN semble remplir cette condition en ce sens qu'elle a élaboré des critères d'identification qui induisent un caractère beaucoup plus technique sous l'influence, sans doute, de François GENY<sup>887</sup>.

**487. Vers la prise en compte de la théorie de Jean DABIN.** Après avoir combattu WINDSCHEID et SAVIGNY sur le terrain du pouvoir de volonté comme fondement du droit et JHERING sur celui de l'intérêt juridiquement protégé<sup>888</sup>, Jean DABIN opte pour des

---

<sup>886</sup> R. Von JHERING, *La lutte pour le droit*, op. cit., p. 53.

<sup>887</sup> V. Ch. ATIAS, « Préface à Jean DABIN, le droit subjectif », op. cit. p. 2.

<sup>888</sup> En l'occurrence, la question de savoir comment, en logique, expliquer que l'intervention de la protection qui n'est que le moyen, puisse avoir pour effet d'opérer un changement de substance,

critères d'identification du droit subjectif, ce qui fait de sa réflexion une théorie plus technique et serviable. Le droit subjectif traduit, pour lui, une relation d'appartenance entre l'objet et son auteur. Le droit subjectif est ce qui appartient à son titulaire et cette appartenance détermine nécessairement la maîtrise. Pour l'auteur, « tout droit subjectif suppose un droit ou valeur lié au sujet-personne par un lien d'appartenance consacré par le droit objectif<sup>889</sup> ». Ainsi définie, la notion d'appartenance ne rendrait pas totalement compte du droit subjectif. La maîtrise serait, pour compléter l'appartenance, *l'attribut du sujet relativement à la chose*<sup>890</sup>. Si cette conception de DABIN (ni la protection juridique, ni la substance même du droit, sa jouissance, sa réalité matérielle, mais plutôt la relation juridique d'appartenance qui induit une maîtrise et donc inviolabilité et exigibilité) paraît techniquement plus conforme à la réalité, elle ne manque pas de contenu substantiel (moral ou matériel), inhérent à tout droit subjectif.

## **2. La substance du droit subjectif**

### **488. La substance du droit subjectif de DABIN entre monisme et dualisme, spéculons.**

La substance, disait Aristote, est ce qui ne se dit pas d'un autre sujet mais à quoi se rapportent tous les prédicats<sup>891</sup> et *les parties des choses sensibles, l'Un et l'Être ne sont pas des substances*<sup>892</sup>. Le droit subjectif, bien qu'il se prenne en de multiples acceptions, il se fait qu'en chaque acception, toute dénomination se fait par rapport à *un principe unique* : c'est certainement ce que DABIN appelle *relation juridique d'appartenance-maîtrise* pour sa conception du droit subjectif, et qui reste différente des parties sensibles de la réalité matérielle du droit.

**489.** Pour ce qu'on sait, le droit subjectif peut avoir un contenu matériel (le bien matériel lui-même) ou immatériel (l'utilité, la valeur, la satisfaction procurée, la possibilité de sa

---

transformation de l'intérêt de fait en droit subjectif. Puisque l'intérêt, la jouissance qui est le but, élément substantiel, ne devient un véritable droit subjectif que s'il est protégé par l'action, le mécanisme qui induit cette transformation n'est pas clairement défini par JHERING. Et c'est fort de cela que DABIN trouve que l'intérêt n'est pas un droit parce qu'il est protégé ; c'est plutôt parce qu'il est reconnu comme un droit qu'il est protégé. Voilà qui a relancé le débat, la question de savoir ce qui fait le droit restant entière.

<sup>889</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit. p. 80.

<sup>890</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit. p. 87.

<sup>891</sup> Aristote, « Métaphysique », op. cit., n°8, (1017b) < Substance. >, p. 119 et s.

<sup>892</sup> Aristote, « Métaphysique », op. cit., n° 16 (1040b-1041a) < Les parties des choses sensibles, l'Un et l'Être ne sont pas des substances. >, p. 171.

réalisation, dont la disposition<sup>893</sup>), on peut y voir une conception matérialiste. Or, le droit subjectif tel qu'établi par la conception de DABIN est un *lien juridique* au-delà de la réalité matérielle qu'il ne nie pas expressément. Substantiel vient du latin *substantia*, traduction littérale du grec « ουσία », qui renvoie à « *essentia* », pour dire en français, « *l'essentiel* »<sup>894</sup>. Sa signification tourne autour des termes comme *réalité*, *existence*, *essence*, *ce qu'est une chose*, par exemple : l'être, la réalité véritable, opposée au flux des choses changeantes, l'être par opposition au devenir, la totalité du réel ou l'élément composant d'une réalité, c'est toujours l'être mais avec des nuances spéciales suivant qu'on l'envisage comme nature, comme existant, comme ensemble ou comme partie constitutive de ce qui est, comme réalité stable. Aristote définit la substance par « *ce qu'un objet est en soi* » la signification la plus primitive et la plus générale qu'il y attache est celle de réalité véritable de l'être « *ce qu'est vraiment le réel* » tout en séparant, dans l'être, ce qui est substance de ce qui ne l'est pas<sup>895</sup>. Au-delà des critiques sur les *catégories* développées par Aristote<sup>896</sup>, on peut retenir cet essentiel pour se poser des questions. Où se situe la substance du droit subjectif de DABIN ? Le lien juridique d'appartenance-maîtrise est-elle la substance de « l'être du droit subjectif » et l'inviolabilité et l'exigibilité ses autres parties ?

**490.** Par considération du seul lien juridique, exclusion faite de l'intérêt, de l'utilité ou de la valeur, on serait dans un *monisme immatérialiste* développé par George Berkeley, une doctrine philosophique qui nie l'existence de la matière et affirme qu'il n'y a dans le monde que des êtres spirituels ou immatériels, la seule substance est l'esprit. Dans le cas contraire, c'est-à-dire avec cette considération que tout en parlant du *lien juridique* constitué par la relation d'*appartenance-maîtrise*, DABIN ne nie pas du tout la réalité des droits reconnus à l'individu tels la propriété, la créance, les libertés..., il y aurait *dualisme*, tel le dualisme platonicien ou le platonisme qui suppose l'existence d'un monde d'*idées* face à un monde

<sup>893</sup> R. V. IHERING, *L'esprit du droit romain : diverses phases de son développement*, Trad. O. de Meulenaere (sur la 3<sup>e</sup> édition), t. IV, 2<sup>e</sup> éd. A. MARESCQ, Aîné, Paris, 1886, p. 315.

<sup>894</sup> C. WEBB et A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*, Vol. II 4<sup>e</sup> éd., Alcan, Paris, 1932, p. 818.

<sup>895</sup> V. S. MANSION, « La première doctrine de la substance : la substance selon Aristote », in *Revue Philosophique de Louvain*, 3<sup>e</sup> série, T. 44, n° 3, 1946, pp. 349-369. Elle en donne de nombreuses références dont Phèdre, 247 C, 245 E, 237 C, 270 E, Phédon, 78 C, 92 D, 65 D, 101 C, Timée, 29 C, 35 AB, Sophiste, 232 C, 219 B, 245 CD, 248 A, 246 AB, 250 B, 251 E, Politique, 285 B, 286 B, République, VI, 509 B, 525 C, etc.

<sup>896</sup> Ph. MERLAN, « Beitmge zur Geschichte des anhknen Platonismus (Contributions à l'histoire de l'ancienne platonisme) », in *Philologus*, Vol. 1, 89, Leipzig, 1934, pp. 35-53.

*matériel*, voire l'*atomisme* de Démocrite selon lequel il y a une multiplicité intrinsèque du réel. La pensée repose alors dans une *substance*, que l'on peut appeler esprit, séparée de la substance matérielle, l'âme et le corps ou la matière de la chose, le monde intelligible et le monde des apparences. Ce ne sont là que des spéculations, puisque l'auteur n'a pas situé le lecteur sur ce point non moins important car ayant des implications sur ce qu'il faudra appeler droit substantiel. Seulement, on sait que le *lien juridique* dont il parle ne peut que se concevoir dans la pensée et n'a pas de réalité matérielle qu'on puisse toucher.

**491. La question du tout en un.** Pour un bien précis, la substance du droit subjectif n'est-elle pas en réalité tout le droit subjectif lui-même ? Ainsi conçue, la substance des droits, c'est ce qui représente les avantages réels que le droit procure au fond à son titulaire. Et là on se réfère une fois de plus à ARISTOTE pour qui l'être se dit de plusieurs façons, mais c'est par rapport à un seul terme, à une seule nature et non de manière équivoque<sup>897</sup>.

**492. Une part de subjectivité.** Cette substance est, dans le droit, un bien pour son titulaire, ce qu'on ne peut pas lui enlever sans le faire souffrir. Subjectivité toujours, mais d'esprit car relevant de la conscience de chacun, ce qui est bien pour l'un n'étant pas toujours bien pour l'autre. Nous restons ainsi avec le Professeur Alphonse BOISTEL dans son « *Cours de philosophie du droit* » professé à la Faculté de droit de Paris, pour voir en la substance des droits, cette réalité absolument inviolable en vertu du principe fondamental que nous ne devons pas faire de mal à autrui. Aussi, faudrait-il faire cette distinction avec la manière, le moyen par lequel on prend pour sa réalisation effective à travers sa jouissance. Alors, il est à remarquer qu'à côté de la substance du droit, il y a la modalité, c'est-à-dire le mode d'exercice du droit ; très précisément, ce qui peut varier dans un droit sans diminuer les avantages réels qu'il procure à son titulaire<sup>898</sup>.

**493. Une substance qui participe de son unicité.** Par considération de cette analyse sur la substance du droit subjectif, on peut voir, en ce dernier, le fondement de la responsabilité

---

<sup>897</sup> ARISTOTE, « *Métaphysique* », Trad. Tricot (édition de 1953), Éd. *Les Échos du Maquis*, Version 1,0, janvier 2014, (1003a-1005a) < *La Métaphysique, science de la Substance, de l'Un et du Multiple, et des contraires qui en dérivent.* >, Paris, 2014, p. 89. « *L'Être se prend en plusieurs acceptions, mais c'est toujours relativement à un terme unique, à une seule nature déterminée* ».

<sup>898</sup> BOISTEL, Alphonse Barthélemy Martin, *Cours de philosophie du droit*, Cours professé à la Faculté de droit de Paris, Ed. A. FONTEMOING, T. II, Coll. *Bibliothèque nationale de France*, Gallica, Paris, 1899, p. 155 et 156.

délictuelle comme il est le principe de la responsabilité contractuelle. Ainsi, PLANIOL trouve que c'est une aberration de vouloir distinguer l'une de l'autre. Le droit subjectif du propriétaire serait, selon lui, identique au droit subjectif du créancier, avec cette seule différence que, dans le premier cas, le sujet passif est une pluralité d'individus et que, dans le second, il est un seul individu<sup>899</sup>. C'est en cela que la conception de DABIN ne s'éloigne pas des conceptions purement philosophiques en plus de son caractère purement technique et mérite, de ce fait une fois encore, considération.

**494. Après l'examen philosophique de son contenu, sa conception par sensation.** En dépit de son caractère ambigu et de ce que certains la rejettent même comme fausse, à tout le moins comme superflue, le droit subjectif est la prérogative conférée à un individu, personne physique ou personne morale par le droit objectif. Ce bénéficiaire est propriétaire d'un bien corporel, ou il est créancier d'un autre qui lui doit une prestation en argent ou en service ; l'auteur d'une œuvre artistique ou littéraire a, sur cette œuvre, des droits moraux et des droits pécuniaires ; les père et mère ont sur leurs enfants mineurs un droit d'autorité ; l'ouvrier a le droit de faire grève, ... Ainsi, peut-on reconnaître plusieurs catégories de droits subjectifs dont ceux qui ont une valeur pécuniaire en argent et qualifiés de droits patrimoniaux. Ils sont transmissibles, soit par héritage, cessibles à un acquéreur, saisissables par des créanciers impayés, prescriptibles (extinction du droit après un certain délai fixé par la loi). On peut y distinguer, selon le sens strict<sup>900</sup> que lui a reconnu le Doyen CARBONNIER, les droits réels (*res*, la chose) qui mettent en relation (d' « *appartenance-maîtrise* ») le sujet de droit et la chose matérielle tel le droit de propriété : usufruit, garantie tel l'hypothèque, le gage, ...<sup>901</sup> ;

---

<sup>899</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme aux programme officiel des facultés de droit*, T. 2, 9<sup>e</sup> éd., F. PCHON et Durand AUZIAS, *Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèques*, LGDJ, Paris, 1923, p. X (Préface). « C'est par suite d'une illusion, résultant d'une analyse superficielle, que l'on a séparé le domaine du droit en deux compartiments qui semblent n'avoir rien de commun ; celui des obligations ou droits de créance, celui de la propriété et des autres droits réels. On a établi entre eux une, séparation absolue, qui fait croire que ces différents droits sont de nature différente [...] Au fond, le droit réel est de même nature que le droit de créance ; il suppose, lui aussi, un rapport d'ordre obligatoire entre les personnes. La définition classique qui réduit le droit réel à un rapport direct entre une personne et une chose, est fautive ; le droit réel n'est un droit que parce qu'il implique une obligation passive universelle, à la charge de toute personne autre que son titulaire ».

<sup>900</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction*, op. cit. p. 271 – 273, n° 161 et 162.

<sup>901</sup> P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit. p. 136. « Les droit réels sont des droits qui gravitent autour de la possession des biens corporels, soit en vue d'obtenir la jouissance de ces biens, qui permettra d'en tirer profit, soit en vue d'obtenir une garantie au profit d'une créance, garantie qui aura son siège sur la res. Les droits réels de jouissance sont notamment les droits de propriété ou d'usufruit ; les droits réels de garantie sont principalement le gage et l'hypothèque ». L'auteur fait néanmoins une distinction entre droit réel de jouissance et droit réel de garantie. Cette distinction nous paraît à la fois essentielle et excessive.



les droits personnels ou droits de créance portent sur une personne et ont souvent pour objet une obligation ou une prestation. Un droit personnel met en relation (d' « *appartenance-maîtrise* ») un créancier (chirographaire, privilégié ou nanti) et un débiteur, sujet passif du droit subjectif, sans que ce ne soit bien-sûr réalisable sur la personne même du débiteur. La caractéristique fondamentale qui opère une distinction de ces deux catégories de droits subjectifs est que les droits réels sont opposables à toute personne, tandis que les droits de créance ne s'établissent en règle générale que dans les rapports du créancier et du débiteur. Les droits intellectuels, quant à eux, portent sur quelque chose d'incorporel résultant de l'activité intellectuelle du sujet de droit (propriété littéraire, propriété artistique, propriété industrielle, propriété de clientèle, ...). Les droits extrapatrimoniaux quant à eux, n'ont pas de valeur pécuniaire en eux-mêmes. Ils sont intransmissibles, incessibles, insaisissables et imprescriptible. On peut citer le droit à la vie, les droits familiaux (autorité parentale), les droits de la personnalité (droit au nom, à l'honneur, à l'image, à l'intimité de la vie privée, droit moral de l'auteur sur son œuvre, ...). Il impose à autrui le respect de son droit. Autrement dit, il s'agit de prérogatives individuelles attribuées à des personnes pour la satisfaction d'intérêts personnels et garanties par des voies de droit, des intérêts juridiquement protégés, selon une formule célèbre. Ainsi perçu, tout droit subjectif suppose la réunion de quatre éléments : un titulaire du droit concerné, le *sujet de droit*, un objet matériel ou immatériel, une relation juridique qui consiste essentiellement en une liberté ou un pouvoir d'agir, sauf à en abuser<sup>902</sup> et une protection juridique. Grâce à cette protection juridique, le titulaire peut imposer le respect ou la réalisation de son droit au moyen d'une action en justice, par exemple une action en revendication de propriété, en paiement, en réparation, etc. De ce qui précède, on peut relever les éléments d'identification du droit subjectif.

---

Elle est essentielle parce que la notion de jouissance est fondamentale pour les droits subjectifs. Mais elle semble excessive du fait que l'auteur classe les garanties parmi les droits subjectifs au même moment où il trouve qu'elles sont dépourvues de jouissance. La jouissance peut s'observer dans l'apaisement, l'assurance que procure la garantie au créancier dans l'attente que l'obligation s'exécute volontairement de la part de son débiteur.

<sup>902</sup> L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, préface de David DEROUSSIN, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, Rééd. Dalloz, Paris, 2006, p. 68, n° 48. Il s'agit par ex., le fait d'engager un procès dans le bus d'être désagréable à son adversaire en lui causant préjudice et ennuis par esprit de malice, vexation, de chicane, de mauvaise foi.

## B. L'identification du droit subjectif

**495. De la catégorisation des critères du droit subjectif.** Comme précédemment relevé, il ressort de la conception du droit subjectif établie par DABIN des éléments d'identification qu'il est possible de regrouper sous deux catégories de critères. Certains établissent un lien assez solide et formel entre l'objet du droit et le sujet concerné. On peut les qualifier ainsi de critères essentiels du droit subjectif (1). D'autres imposent des comportements au monde extérieur à la fois au sujet et au droit concerné. Nous nous proposons de les appeler critères supplémentaires du droit subjectif (2).

### 1. Les critères essentiels du droit subjectif

**496. Le critère d'appartenance, le Droit objectif comme source première du droit subjectif.** Ce critère est purement relationnel. A François GENY de partir de la notion de rapport de droit pour définir le droit subjectif : « *rapport de droit décomposé en objet, sujet, matière ou contenu, préalablement dégagée et reconnue*<sup>903</sup> ». Plus tard, Jean DABIN l'exprime par le lien juridique établi par le droit objectif entre la chose objet du droit et le sujet de droit<sup>904</sup>. Ce lien est l'établissement d'une titularité légale car, en droit, même si aujourd'hui, on identifie mieux qu'auparavant, le droit de personnalité, les droits intellectuels, ou bien encore les droits de propriété, le fait d'être titulaire de droits subjectifs n'est pas automatique comme, par exemple, en matière des droits de l'homme défini par le Professeur Philippe GERARD comme des droits subjectifs spécifiques et d'existence indépendante et préalables à ces derniers<sup>905</sup>. Pour avoir critiqué et écarté *le pouvoir de la volonté* développé par WINDSCHEID et SAVIGNY d'une part, et *la protection juridique de l'intérêt* exposée et soutenue par JHERING, d'autre part, DABIN se tourne vers la légalité. On comprend que la volonté individuelle est de nature à ignorer la donnée plus primitive de la jouissance de certains droits déjà reconnus de même que certains cas de jouissance qui ne sont que des situations de fait n'ayant pas encore accédé à l'ordre du droit. M. Xavier DIJON,

---

<sup>903</sup> F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Vol. I, Sirey, Paris, 1913, p. 115.

<sup>904</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 80 et s.

<sup>905</sup> V. Ph. GERARD, *Cours de philosophie des droits de l'homme*, D.E.S. en droit de l'homme et D.E.A. en droit de la personne humaine et de la démocratie, Année académique 2007-2008 (inédit), p. 7 : « Les droits de l'homme apparaissent comme un ensemble de droits subjectifs fondamentaux qui appartiennent à tous les individus en tant qu'êtres humains et qui s'imposent aux autorités publiques dans la mesure où celles-ci sont tenues, non seulement de respecter ces droits, mais aussi d'assurer leur jouissance effective par des dispositions adéquates ».

dans son œuvre intitulée "Le sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif", ajoute à ces éléments de critique ou critère de la volonté, la non prise en compte par celui-ci de l'action en justice, qui suppose précisément qu'un droit ait été reconnu<sup>906</sup>. De même, écarter la thèse de JHERING peut se comprendre en ce sens que seule la jouissance ne saurait suffire à établir le droit, même avec une protection juridique qui n'intervient qu'en aval en cas d'opposition de jouissance par un tiers. Le droit lui-même semble ignoré dans une telle conception en faveur de l'intérêt matériel et de sa protection juridique et au détriment de sa consécration même. Il faut donc aller plus loin c'est-à-dire à la consécration établissant le lien d'appartenance en rapport avec le sujet du droit : le droit est donc « *appartenance d'un intérêt ou, plus exactement, d'une chose qui touche le sujet et l'intéresse, non en tant qu'il jouit ou est appelé à jouir, mais en tant que cette chose lui appartient en propre*<sup>907</sup> ». DABIN pose ainsi clairement la condition première d'existence du droit subjectif par référence au droit objectif. Cette conception du droit (au sens subjectif) relève donc du positivisme légaliste. La notion d'appartenance ainsi développée, bien que technique, est une donnée si caractéristique du droit subjectif qu'elle se retrouve, en substance, dans pratiquement toutes les définitions du droit subjectif utilisées aujourd'hui : *prérogative reconnue par le droit objectif à un sujet de droit qui peut s'en prévaloir dans son propre intérêt*. Aussi, la trouve-t-on dans toutes les modalités sous lesquelles ce droit peut se présenter.

**497. L'essentiel déductible de la notion d'appartenance déterminant tout droit subjectif.** De ce développement, on peut retenir comme éléments déterminants du lien d'appartenance, les caractères tels que la *légalité du lien*. Elle l'implique le critère de *passivité du titulaire du droit* qui se trouve juste dans un état spécifique de confiance d'*avoir comme sien*, le « *habere* » du droit romain, sous certaines conditions excluant l'agir, toute activité et tout exercice de sa part en vue d'obtenir cette appartenance. A travers ces trois critères, nous pouvons tenter de définir « l'appartenance » comme « *le lien juridique qui lie un sujet de droit à un bien ou à une valeur et qui lui permet d'avoir ce bien ou cette valeur comme sien en propre de manière autonome* ». Donc **lien juridique** impliquant le

---

<sup>906</sup> X. DIJON, « Le sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif », Dissertation présentée pour l'obtention du grade d'agrégé de l'enseignement supérieur, Université Catholique de Louvain, Faculté de droit, prom. RIGAUX François, Louvain-la-Neuve, 1981-1982, p. 116.

<sup>907</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit, p. 82

« **habere** » (l'avoir en propre) et **autonomie**. C'est cette conception déduite de la théorie de DABIN qui nous servira d'*instrument de mesure* pour examiner l'action en justice telle que définie aujourd'hui. Mais elle ne sera pas évidemment la seule à être utilisée à ce service. L'appartenance commande en effet les autres critères du droit subjectif énumérés par l'auteur à savoir la *maîtrise*, l'*altérité* et la *protection juridique* qui seront successivement étudiés.

**498. Le critère de maîtrise.** En droit romain déjà, l'idée de *dominium* couvre non seulement la propriété, mais aussi l'usufruit, l'hérédité, ainsi que la servitude<sup>908</sup> : on comprend alors que le *dominium* dans son sens étymologique latin « *de dominus* », qui signifie « *maître* » s'exerce sur les choses susceptibles de droits subjectifs précités. C'est dire qu'il s'agit, pour l'essentiel, du pouvoir en terme de « *domination* » de la chose, de maîtrise au sens vrai que l'on a sur le bien par rapport à toute autre personne sans être l'exercice d'une force brutale ou d'une violence en ce sens qu'en dehors de la maîtrise, il y a, dans la définition même du droit subjectif, la reconnaissance sociale<sup>909</sup>. Le *dominium* sur les choses : possession et propriété dans son second sens de Thomas d'AQUIN<sup>910</sup>. Être le maître de la chose de telle sorte que le sujet qui prétend avoir le droit affirme un pouvoir dont personne ne peut lui contester la légitimité<sup>911</sup>. Cette légitimité trouve son fondement dans le lien juridique d'appartenance, une légalité à travers le droit positif et, ceci, dans une passivité du sujet lui-même, qui n'a pas à manifester une quelconque volonté pour la réalisation de ce lien juridique. C'est justement pour cela que DABIN utilise l'expression d'« *appartenance-maîtrise* », un couple parfait, les deux notions se tenant : « *L'appartenance était attribut de la chose, reliée au sujet par le lien d'appartenance ; la maîtrise est l'attribut du sujet relativement à la chose 'appartenante'* » et, à ce titre, assujettie ». Elles favorisent ainsi l'existence d'un espace où la liberté individuelle peut s'exercer dans des frontières reconnues par tous :

---

<sup>908</sup> V. M. VILLEY, « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », in *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 1946-1947, Recueil Sirey, Paris, 1946, p. 223 et s.

<sup>909</sup> X. DIJON, « Le sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif », art. cit., p. 59.

<sup>910</sup> M. BARBIER, « Pouvoir et propriété chez Thomas D'Aquin : la notion de *dominium* », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, Tome 94, Ed. Vrin, *Varia*, 2010/4, pp. 655-670, Spéc. le résumé. L'auteur précise que Thomas d'Aquin analyse, d'une manière méthodique et parfois surprenante, le *dominium* sur les personnes et sur les choses, en précisant sa nature, son fondement et ses formes. Mais seule son application sur les choses intéresse cette étude. En cela, M. BARBIER rappelle les propos de Th. D'AQUIN : « Ce terme a deux sens très différents selon qu'il s'applique aux personnes ou aux choses. Dans le premier cas, il s'agit soit du pouvoir politique dans le cadre de la cité, soit du pouvoir domestique dans le cadre de la famille. Dans le deuxième cas, il s'agit de la possession des choses, qui peut être commune ou propre (on parle alors de propriété) ».

<sup>911</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 87.

pouvoir de libre disposition, de domination et d'assujettissement de la chose, traduisant ainsi l'aspect subjectif de l'appartenance, d'où le droit subjectif. Ce pouvoir de libre disposition emporte pour le propriétaire de la chose liberté d'en faire ce qu'il veut, pour en tirer profit, la transformer, la modifier, la détruire, l'aliéner par voie de disposition juridique à titre gratuit (par donation ou par fondation)<sup>912</sup> ou onéreux (sauf les biens inaliénables, tels que la vie, la liberté, ...) ou même encore, ne rien en faire en la laissant intacte ; c'est une véritable disposition, libre de ses choix et qui confère autonomie du sujet dans la disposition de la chose lui appartenant.

**499.** La maîtrise dans la totale dépendance du lien juridique d'appartenance au détriment de toute détention matérielle : théorie de la garde et la maîtrise en droit subjectif. Il est à observer que la maîtrise ne se trouve pas dans le caractère complet d'une possession matérielle. C'est en cela que le pouvoir juridique que détient le titulaire de cette maîtrise dans le droit subjectif diffère du pouvoir de contrôle et de direction que détient le gardien de la chose. Ainsi, le caractère partiel de la propriété ou des attributs de la propriété dont est titulaire un sujet tels l'héritier grevé de charge, le titulaire d'une servitude aussi modeste soit-elle, le nu-propriétaire, autant qu'ils sont propriétaires, non pas nécessairement de la chose au complet, autant ils ont la maîtrise de la partie ou de l'usage qui leur revient selon la part du droit que confère cette appartenance. La garde aura beau conférer un certain pouvoir de contrôle, d'usage et de direction de la chose à son titulaire, cette forme de maîtrise n'est que matérielle. Elle permet juste d'identifier la personne susceptible d'éviter un dommage dans un contexte de mobilité de la garde en matière de responsabilité civile délictuelle. Dans un tel contexte, la jurisprudence va dire que le gardien est celui qui a sur la chose les pouvoirs d'usage, de contrôle et de direction. Or, ce ne sont là que des pouvoirs de fait sur la chose et non pas des pouvoirs de droit qui ne peuvent se retrouver que du côté du titulaire de l'appartenance et *a fortiori*, de celui de la maîtrise. Peu importe donc le droit qu'aurait eu une personne sur la chose ; ce qui compte pour être gardien c'est l'exercice des pouvoirs de fait, d'usage, de contrôle et de direction de la chose. Dans l'arrêt Franck, le propriétaire n'est pas le gardien car, au moment du dommage, il n'exerce pas sur la chose les pouvoirs de contrôle, d'usage et de direction sur celle-ci. Mais il détient toujours, dans ces circonstances,

---

<sup>912</sup> Ce qui fait de cette libre disposition une *liberté positive* non orientée vers la satisfaction du seul intérêt du propriétaire qui peut ainsi mettre la chose au service de l'intérêt général ou de l'intérêt particulier d'autrui, excluant ainsi toute idée d'égoïsme dans le droit subjectif.

la maîtrise en tant que pouvoir juridique fondé sur la relation d'appartenance établie entre la chose (ici, la voiture) et lui. Pour cela, la jurisprudence va distinguer entre garde juridique et garde matérielle, le propriétaire étant titulaire de la *garde juridique* et le réel gardien considéré comme titulaire de la *garde matérielle*.

**500.** Au demeurant, le propriétaire a un droit sur la chose et, depuis l'arrêt Franck, la Cour de Cassation n'assimile plus gardien et propriétaire<sup>913</sup>. Il reste que le plus souvent, le propriétaire est en même temps celui qui exerce les pouvoirs d'usage, de contrôle, de direction sur la chose. Prenant en compte cette réalité, la jurisprudence considère que le propriétaire est présumé être le gardien de la chose. C'est une présomption simple et, par conséquent, il appartient au propriétaire de prouver que les pouvoirs d'usage de contrôle et de direction ont été transférés à un tiers s'il ne veut pas être déclaré responsable. Le propriétaire doit donc prouver qu'il y a eu transfert de la garde. Le transfert de la garde peut être involontaire ou volontaire. Dans la situation de la garde involontaire (vol de la chose par ex.), c'est le voleur qui est gardien<sup>914</sup>. Dans la garde volontaire (prêt ou location par ex.), le transfert résulte de l'expression d'une volonté constatée dans un acte juridique. Mais puisqu'ici encore, le titulaire du prêt ou de la location de la chose n'en a pas la libre disposition en ce qu'il est assujéti à un devoir de conservation d'état afin de la retourner à l'échéance en l'état, il n'en a pas la maîtrise issue de l'appartenance et reste simple gardien de la chose. C'est une confirmation de l'indifférence de la garde vis-à-vis de la maîtrise dans le droit subjectif.

**501. L'essentiel déductible de la notion de maîtrise inhérente à tout droit subjectif.** Nous pouvons affirmer d'emblée : « *pas d'appartenance, pas de maîtrise* » ; ou pour dire la même chose autrement, « *pas de maîtrise sans appartenance* ». L'**appartenance** se révèle alors, à notre avis, le premier critère de la maîtrise. Elle implique le « **dominium** » dans son sens de pouvoir sur une chose (sens second donné par Thomas d'AQUIN). Ce pouvoir confère qualité de maître de la chose par **exclusivité** et permet une libre disposition de celle-ci. Ainsi, peut-on retenir les trois critères de la maîtrise inhérente à tout droit subjectif : *appartenance, dominium* (pouvoir et libre disposition de la chose) et exclusivité, sauf volonté

---

<sup>913</sup> H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, GAJC, Tome 2, 12<sup>e</sup>, éd., Dalloz, Paris, 2008, n° 200, pp. 389-395 ; S. 1941, I, p. 217, note H. MAZEAUD ; DC 1942, p. 25, note G. RIPERT.

<sup>914</sup> Cour de Cassation, toutes chambres réunies dans l'arrêt Franck du 2 décembre 1941.

de faire jouir autrui<sup>915</sup>, et qui n'est qu'une forme de mise en œuvre de cette exclusivité. **La maîtrise est alors le pouvoir exclusif de libre disposition que confère le lien juridique d'appartenance d'une chose ou d'une valeur à un sujet.**

## *2. Les critères supplémentaires du droit subjectif*

**502. L'inviolabilité et l'exigibilité : l'opposabilité à autrui.** Le droit subjectif est opposable à autrui. Il évoque un pouvoir personnel dans le chef d'un sujet, en même temps qu'un respect, une acceptation dans le chef des autres sujets au sein de la société<sup>916</sup>. L'opposabilité se décompose donc en l'inviolabilité et l'exigibilité qui contribuent à cet aspect de concurrence. Elles sont des critères supplémentaires du droit subjectif en ce que le droit subjectif débute par l'appartenance et s'achève dans une maîtrise, cette dernière d'ailleurs inséparable de l'appartenance, les deux ont en effet une existence contemporaine<sup>917</sup>. Le droit subjectif se limite à la présence de ces deux éléments. Mais, en regardant les deux types de relation d'appartenance évoqués par DABIN, à savoir : la *relation d'appartenance directe* des biens ou valeurs que l'on peut avoir comme sien, c'est-à-dire comme propriété<sup>918</sup>, et la *relation d'appartenance indirecte* consistant dans des prestations<sup>919</sup>, on peut observer que, si les premières impliquent une opposition à un nombre illimité de personnes tenues vis-à-vis du bien concerné, les second ne supposent qu'une personne précise comme obligée à l'échéance. Il y a donc des possibilités de troubles extérieurs qui peuvent venir précisément soit de la personne obligée (débiteur d'obligation, positive ou négative), soit de toutes les personnes tenues de respecter la libre disposition de la propriété d'autrui (il s'agit, pour tous les biens ou valeurs susceptibles de propriété, de toute personne en dehors du propriétaire lui-même). DABIN qualifie les deux catégories de personnes de « *concurrents* » vis-à-vis de la personne titulaire de la maîtrise du bien concerné, telle une rivalité d'intérêts sur un même objet. C'est dans la définition que WINDSCHEID donne du pouvoir de la volonté qu'on perçoit mieux ce qui est normalement attendu des concurrents dans ce contexte d'altérité pour une existence paisible de tout droit

---

<sup>915</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit. p. 90.

<sup>916</sup> X. Dijon, « Le sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif », *art. cit.*, n° 86.

<sup>917</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit. p. 87.

<sup>918</sup> Choses matérielles : meubles ou immeubles dont on se sert directement ; biens ou valeurs inhérents à la personne : la vie, la liberté, l'intégrité physique ; les droits d'auteur, ...

<sup>919</sup> Par ex., droit de créance qui ne parvient au sujet que par l'intermédiaire de l'obligation du débiteur.

subjectif pour le compte de son titulaire<sup>920</sup>. La même idée fut énoncée par SAVIGNY dans la conception volontariste qu'il a du droit subjectif<sup>921</sup> ».

**503. L'essentiel de l'opposabilité de l'appartenance-maîtrise.** L'*inviolabilité* est le respect dû et l'abstention de porter atteinte à l'appartenance-maîtrise reconnue entre l'objet du droit et son titulaire, tandis que l'*exigibilité* est la faculté pour le titulaire de *requérir le respect* de son droit d'appartenance-maîtrise par tous moyens pacifique ou légal. On peut observer dans chacune des conceptions sur l'altérité du droit par WINDSCHEID, SAVIGNY, et DABIN, deux différents aspects de l'idée de concurrent, bien que chacun d'eux fonde le droit subjectif sur des bases différentes : un aspect positif qui consiste dans le respect, attendu de toute personne, du droit subjectif d'autrui par cette idée de *consentement de tous*. Quant à l'aspect négatif, il transparaît clairement dans la conception originaire même de notion de *concurrence*, une idée de *rivalité* des autres personnes (souvent d'une personne, autre que le titulaire du droit), sur le même bien objet du droit (possibilité d'atteinte) ; ce qui provoque la nécessité d'une protection juridique, corolaire de l'opposabilité à autrui de l'*appartenance-maîtrise*.

**504. La protection juridique par l'action.** Sans avoir la possibilité de faire elle-même le droit<sup>922</sup>, contrairement ce que pense JHERING, la protection juridique du droit subjectif est nécessaire, d'abord à titre préventif, puis à celui de sanction à l'aspect négatif de l'idée de *concurrence*. Elle peut se réaliser de différentes manières : d'abord, dans l'ordre naturel et normal de la conception du droit dans le contexte de la concurrence dans son aspect positif sus évoqué offrant ainsi une jouissance pacifique et sécurisée du droit concerné<sup>923</sup> ; ensuite, dans la situation d'une conception négative de cette notion de concurrence, l'exigibilité sera alors assurée d'une manière ou d'une autre par la contrainte privée, ce que nous appelons ici « *la justice privée pacifique* », et DABIN en cite quelques exemples dont la légitime défense,

---

<sup>920</sup> Citer par J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit. p. 59.

<sup>921</sup> F. C. V. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Trad. de l'allemand par M. Ch. GUENOUX, T. I, Firmin DIDOT, Paris, 1855, p. 7. Il est vrai que l'auteur fonde l'existence du droit subjectif sur la volonté. Mais c'est surtout l'importance de ce que l'existence DABIN appelle concurrent, et qui transparaît dans la définition qu'il en donne qui intéresse ici. Et en poursuivant, l'auteur précise que : « *chaque rapport de droit nous apparaît comme une relation de personne à personne déterminée par une règle de droit, et cette règle déterminante assigne à chaque individu un domaine où sa volonté règne indépendante de toute volonté étrangère* » (V. p323).

<sup>922</sup> Puisqu'en fin de compte, le droit existe inviolable et exigible en dehors de cette protection.

<sup>923</sup> Dans cette perspective, rapp. JHERING, *L'esprit du droit romain*, op. cit., T. IV, § 70, p. 327 et s.



la rétention, la réponse... ; enfin, dans ce même contexte d'atteinte, les voies de recours sont aménagées tant en droit moderne du côté de l'État qu'en procédure traditionnelle pour se faire rétablir la justice. Ainsi comprise, la protection dont il est question, que ce soit en amont (à l'établissement du lien d'appartenance) ou en aval (en cas de violation réalisée ou simplement latente), n'est pas que du côté étatique, mais de tout groupe socialement organisé sur la base de règles objectives dans lesquelles les membres et communautés se reconnaissent. Il reste à confronter les critères du droit subjectif à l'action en justice afin de voir si cette dernière peut franchir le cadre de la voie de droit pour être considérée comme un véritable droit subjectif.

## **Paragraphe 2 : L'action et les critères du droit subjectif**

**505. La confrontation.** Il s'agit ici de confronter la notion d'action aux critères du lien juridique d'appartenance (A) d'une part et de révéler l'absence de maîtrise et d'opposabilité dans l'action en justice, voie de droit (B).

### **A. La confrontation de l'action au critère du lien juridique d'appartenance**

**506. Rappel.** Nous avons qualifié d'essentiels au droit subjectif les critères d'appartenance et de maîtrise. Nous avons expliqué que c'est parce qu'ils sont à l'origine du lien de propriété même du bien concerné avec le titulaire. Il y a lieu de vérifier si les conditions qui président à l'établissement de ce lien existent de même pour l'action en justice pour que celle-ci soit constitutive d'un droit subjectif en faveur d'un individu. Ceci devra passer, successivement, par l'examen de l'existence entre l'action en justice (voie de droit) et le titulaire du droit troublé, des éléments du lien d'appartenance et de maîtrise précédemment définis. Mais, avant d'aborder ceux de la maîtrise, commençons par confronter l'action avec le lien d'appartenance aussi bien sur le terrain technique des critères (1), que sur celui de la pratique faite de son caractère essentiellement légal (2).

#### ***1. L'impossibilité de lien d'appartenance au plan technique entre l'action et le justiciable***

**507.** Les hypothèses techniques de l'action et du lien d'appartenance : S'il est un adage courant selon lequel « *on ne jette pas le bébé avec son bain* », il est à comprendre qu'on puisse jeter le bain tout en gardant le bébé. Sauf qu'en matière de réflexion scientifique, il est

question de logique dans un raisonnement scientifique qui aboutit à un résultat. Pour cela, rien ne pourra être jeté, ou rejeté, faute de bain, parce qu'en cette matière précisément, le déchet n'existe pratiquement point, seule la logique compte, sauf qu'elle est susceptible d'être combattue par une autre logique, un autre raisonnement scientifique. Loin de vouloir combattre une théorie de si grande valeur logique dans un raisonnement aussi technique, nous avons identifié quelques éléments qui semblent contradictoires dans la considération de l'action comme véritable droit subjectif.

**508. Des oppositions directes dans sa théorie.** D'abord, l'auteur prend l'action comme *instrument de protection* mis à la disposition du sujet qui est libre d'en user ou non<sup>924</sup>. Pour être plus clair, il affirme que l'action n'est que le *moyen de protection du droit*<sup>925</sup>. C'est alors l'idée de moyen au service d'un droit subjectif qui transparait ainsi clairement. On ignore comment l'instrument, le moyen au service du droit, devient subitement lui aussi un droit. Ensuite, le même document affirme que l'action est le seul instrument, le seul moyen possible pour protéger le droit subjectif en jeu : « *L'instrument de protection...*<sup>926</sup> ». Mais ailleurs, dans ce même document, c'est l'irrésistible réalité qui s'affirme, c'est-à-dire, la pluralité des voies de droit, des voies en vue de la justice : « *on sait en quoi consiste le mécanisme de la protection : des voies de recours sont aménagées auprès du tribunal qui dira le droit*<sup>927</sup> ». Non seulement les voies de droit sont multiples, les voies en vue de la justice en général sont une multitude au choix du justiciable. Mais enfin, c'est au regard des critères du droit subjectif que les contradictions sont encore plus prononcées.

**509. Des contradictions indirectes induites de la définition des deux notions.** L'analyse qu'a faite Jean DABIN de la notion d'action en justice qu'il qualifie de « *droit subjectif*<sup>928</sup> » a été en effet élaborée en dépit d'un manque de concordance qui transparait entre la notion d'action en justice et les critères qui élèvent un intérêt quelconque au rang des droits subjectifs, critères qu'il a lui-même établis. L'auteur trouve que les mêmes traits essentiels

---

<sup>924</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 99.

<sup>925</sup> Idem., p. 101.

<sup>926</sup> Ibidem. p. 99. « *L'instrument de protection est simplement mis à la disposition du sujet, qui est libre d'en user ou non...* ». Le déterminant « L' » est significatif. L'article défini donne cette idée d'une voie précise, d'unicité du moyen de protection du droit.

<sup>927</sup> Idem., p. 100.

<sup>928</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 101 à 104.

d'appartenance, de maîtrise et d'autonomie, qui caractérisent le droit protégé comme droit subjectif, se retrouveraient dans le 'prétendu droit' d'action<sup>929</sup>. L'action, telle que retenue aujourd'hui, est, en effet, **le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondé**. Cette définition actuelle est en accord avec l'idée de véritable droit subjectif reconnue à la notion d'action. L'idée de DABIN se trouve ainsi passée dans le Code de procédure civile par l'intermédiaire des réflexions, entre autres, de MOTULSKY qui faisait aussi allusion à DABIN sur cette même notion<sup>930</sup> qui n'est en effet que la cristallisation de lointaines réflexions<sup>931</sup> qui se poursuivent en dépit de quelques résistances<sup>932</sup>. Le débat, ici, ne pourra pas se fonder sur cette définition qui semble un peu exagérée par rapport à ce qu'est l'action en réalité à savoir, une voie, un moyen, un procédé. Aussi, comme précisé plus haut, nous partirons toujours de cette entente pour vérifier la possibilité pour un moyen d'accéder à la qualification de droit subjectif par les critères de ce dernier. La définition de la notion d'appartenance issue des analyses faites de ce critère du droit subjectif établi par DABIN est, quant à elle, « **le lien juridique qui lie un sujet à un bien ou à une valeur et qui lui permet d'avoir ce bien ou cette valeur comme sien en propre de manière autonome** ». Trois éléments décisifs et complémentaires, non concurrents ni divergents, mais, à la fois concourants et convergents. Ils gouvernent ici l'accession de toute situation juridique ou intérêt à ce lien juridique d'appartenance, essentiel à la qualification de droit subjectif : l'existence d'un **lien juridique** qui crée entre l'individu et l'objet du droit, la possibilité d'**avoir le bien ou la valeur comme sien** de façon **autonomie** (lien, sien, autonomie).

**510. Les éléments d'opposition entre les deux conceptions actuelles.** Il n'est peut-être plus nécessaire de rappeler que DABIN reconnaît, comme d'ailleurs la plupart des juristes,

---

<sup>929</sup> V. J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 101 et s.

<sup>930</sup> H. MOTULSKY, *Ecrits. Etudes et notes de procédure civile*, op. cit., p. 92 et s.

<sup>931</sup> V. par ex. POTHIER qui l'action comme « le droit de poursuivre ce qui nous est dû... ce qui nous appartient » ; SAVIGNY la prenait pour « une métamorphose du droit subjectif » ; Dans GLASSON-TISSIER, l'action est « le pouvoir qu'a une personne investie d'un droit d'obtenir du juge la protection de ce droit » (Traité..., Op. cit., n° 172, p. 423) ; les italiens, CARNELUTTI « L'action est la réalité d'un droit subjectif contre le juge » et CHIOVENDA, « L'action est un droit existant vis-à-vis de l'adversaire » ; En droit public, HAURIOU parlait de droit d'action ». On constate que tous ces auteurs ont affirmé, chacun à sa manière, que l'action est un droit subjectif.

<sup>932</sup> V. par ex. et successivement, DUGUIT, KELSEN, JEZE, VIZIOZ, CUCHE-VINCENT qui trouvent que « l'action en justice est un pouvoir impersonnel, général, permanent d'une situation légale objective ».

que l'action en justice est *une voie*<sup>933</sup> et ne nie pas non plus qu'elle en est **une parmi tant d'autres**<sup>934</sup>. Ainsi, pouvons-nous partir de cette entente de base selon laquelle **l'action est une des nombreuses voies (moyens ou procédés voire technique) qui permettent d'accéder au rétablissement de la justice en cas de trouble aux attributs d'un droit subjectif déterminé**. Il nous restera alors à vérifier la possibilité, pour cette voie de droit, de franchir ce niveau de simple voie, voire de s'affranchir de ce *service à assurer le rétablissement de lien juridique d'appartenance*, pour accéder à la qualité de véritable droit subjectif. Dans la définition du lien d'appartenance, on peut d'ores et déjà, envisager les choses pouvant en être objet : il est question des biens ou valeurs susceptibles de « *habere* », sans être limitées aux choses matérielles, certainement les plus nombreuses de la liste (biens meubles et immeubles qu'on peut acquérir en forme de propriété, d'usage, de prêt, de dépôt, de succession, de don, etc). Il s'agit également de ceux attachés à la personne (physique ou morale) du sujet bénéficiaire dont les libertés, l'intégrité corporelle, l'image, la vie, ... D'autres encore, pécuniaires ou non, sont constituées par des prestations diverses en forme d'obligation ou de créance (dette exigible, réparation de dommage). A cela, il faut ajouter les droits issus de création, tels que les divers droits d'auteur (propriété artistique et littéraire), et certaines compétences et droits-fonctions dans une certaine mesure. Et, l'action en justice en question, dans quelle catégorie pourra-t-elle se retrouver ? Rien d'évident à ce propos. Il y a lieu d'en examiner successivement l'existence d'autonomie, la possibilité du « *habere* » et l'établissement de lien juridique entre l'action en justice et le sujet.

**511. Examen de l'autonomie dans l'action en justice.** D'abord, peut-on parler *d'autonomie* alors même que l'action ne pourra intervenir que pour protéger chacun des droits ci-dessus énumérés en cas de trouble, *trouble du lien d'appartenance*. L'action n'est donc pas un droit mais plutôt l'une des modalités de rétablissement de la justice en cas de besoin. Ce rétablissement peut en effet s'opérer soit par les MARC (Modes Alternatifs de Règlement des Conflits) ou par les procédures contentieuses. L'une et l'autre de ces voies de justice en tant que voie de droit, moyen ou procédé sont utilisés au choix par le sujet en vue du rétablissement de la justice (d'où d'ailleurs son nom : *action en justice, action en vue de la justice*). Il y a tout de même une confusion à éviter en cette matière pour ce qui concerne

---

<sup>933</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 7.

<sup>934</sup> En critiquant KELSEN, Aperçu d'une théorie générale de l'État, V. DABIN, p. 16 ; V. aussi p. 70 du même document.

le caractère autonome de l'action. D'abord, il n'y a aucune possibilité de lien entre action en justice (moyen, procédé) et droit substantiel en jeu ou demande en justice. La confusion a seulement existé entre le droit d'être entendu sur le fond (nous y reviendrons plus clairement, véritable droit d'agir différent de l'action en justice qui n'est qu'un moyen, un procédé pour jouir de ce droit distinct). Tous les juristes, ou presque, s'accordent aujourd'hui sur l'autonomie du droit d'agir (et non de l'action en justice) vis-à-vis, à la fois, du droit substantiel en jeu dans le procès et de la demande qui la met en œuvre<sup>935</sup>. Sur ce point, M. JEULAND, après avoir examiné les différentes qualifications données à l'action, revient sur l'une d'elle : « *On parle couramment de l'ouverture d'une possibilité. En procédure civile, il s'agit de la possibilité d'obtenir la création, la restauration ou la dissolution d'un lien de droit. On retrouve ainsi les différents objets du droit d'agir, et qui sont présents quel que soit la voie, le procédé ou le moyen utilisé pour mettre en œuvre ce droit. En réalité, il s'agissait d'éviter une confusion pour une distinction entre le *droit d'agir* et le *droit subjectif substantiel* en jeu plutôt que de parler d'autonomie. En aucune manière, l'action en justice ne peut apparaître comme autonome, puisqu'elle ne peut intervenir que pour protéger des droits subjectifs et autres intérêts. De plus, elle n'est pas le seul moyen, le seul procédé. Ledit héritage du droit romain qu'aurait pris en compte DEMOLOMBE a été, depuis fort longtemps, combattu et cette confusion est aujourd'hui rejetée<sup>936</sup>. Il en est de même de la demande en justice. Là encore, il est admis par tous que la demande permet la mise en œuvre du droit d'agir dans une affaire précise alors que l'action est un moyen d'ordre général parmi beaucoup d'autres voies de justice et reste isolée de tous ces problèmes de confusion.*

**512.** Au demeurant, le droit d'agir se met en œuvre par la demande par voie de droit, un moyen ou un procédé est toujours au service d'une cause et l'action en justice se trouve au service du rétablissement du lien juridique en cas de besoin et ne peut, à cet effet, être autonome.

---

<sup>935</sup> V. par ex. E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit., n° 287 à 290.

<sup>936</sup> Il n'y a plus d'identification entre l'action et le droit substantiel mais il existe tout de même des liens entre eux qui tiennent au fait que, non pas l'action en justice, mais plutôt le droit d'agir (droit d'être entendu, du moins, le droit d' "être écouté" sur le fond de sa prétention) va réaliser la jonction entre le droit substantiel et la procédure pour en assurer la sanction.

**513. Le « habere » et l'action en justice.** Le droit d'agir est mis en œuvre au moyen d'une demande en justice. Cette dernière n'est qu'un moyen, un procédé au même titre que les diverses formes de MARC, l'arbitrage institutionnel ou non institutionnel, formel ou informel, les procédures coutumières et traditionnelles devant les chefferies des collectivités ou celles ayant cours dans les palais royaux, les recours aux chefs religieux et même par la justice privée pacifique. Ce sont là autant de " *tribunaux* " auxquels le justiciable a recours dans une totale liberté de choix. La seule question importante est de savoir si *un sujet peut être propriétaire d'un procédé dans ce contexte, d'un moyen de rétablir une justice, une voie parmi tant d'autres et l'avoir comme sien de façon exclusive ?* Des procédés institués soit par la société étatique, soit même parfois par des communautés ancestrales. Il est ainsi évident que le *habere* est impossible pour un moyen ou un procédé.

**514.** Il est vrai que toutes les formes de procédés en vue de la justice n'existent pas simultanément partout, bien qu'on puisse se réjouir une fois encore de cette richesse du droit africain où tradition et modernisme cohabitent et chaque communauté se reconnaît dans le processus pour lequel il se retrouve le mieux, ainsi que la décision à laquelle il aboutit. Toutefois, le droit moderne n'est pas exempt de cette multiplicité de voies. L'action est considérée plus ou moins comme le terme générique des voies de droit prévues en toute matière bien qu'il existe une spécificité en droit administratif : le recours en matière administrative<sup>937</sup>, action en justice en matière civile, tous, destiné à faire rétablir la justice relativement à un droit subjectif précis. Pour l'existence de types multiples de voies on peut se référer à Mme Stéphanie MELIS-MAAS dans sa proposition faite dans le sens de l'élargissement de l'action en justice aux autorités administratives indépendantes qui remplissent des fonctions contentieuses<sup>938</sup>. Ainsi, l'action existe autant devant les tribunaux classiques que devant les autorités administratives indépendantes, comme par ex. au Bénin, la HAAC (Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication), de l'Autorité Nationale de Régulation de la Communication Téléphonique ; en France, l'Autorité de la Concurrence. Si ces exemples ne permettent que des choix orientés selon les affaires (donc pratiquement une inexistence de choix), les Modes Alternatifs de Règlement des Conflits constituent de

---

<sup>937</sup> R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Domat droit public, Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., Paris, 2008, p. 333, n° 450.

<sup>938</sup> S. MELIS-MAAS, *Pour un renouvellement de la notion d'action en justice*, Thèse, Université de Metz, 2004, p. 143 et s.

véritables alternatives, tel que l'indique leur dénomination et favorise l'expression de véritable choix d'une voie entre voie contentieuse, arbitrage, conciliation, médiation, la grâce de l'auteur d'un acte administratif qui fait grief, ... Mais dans les pays africains en général, le coutumier traditionnel, l'autorité religieuse de même que la justice privée négociée existent parallèlement aux procédures classiques, sans concurrence majeure laissant au justiciable une large possibilité de choix de la voie en vue de la justice. Ce sont là autant d'institutions qui offrent, chacune, un des procédés qui ne saurait être la propriété de quelque sujet que ce soit, même pas de l'État ou d'une organisation sociale. Il y a donc absence totale voire impossibilité de relation d'appartenance entre un sujet et l'action en justice. Qu'en est-il de la pratique d'un tel constat ?

## ***2. La vérification en pratique de la légalité du lien d'appartenance***

**515. Absence de lien dans la pratique de la légalité.** Si la justice est une valeur, l'action en justice est un moyen ou une voie de droit au service de cette valeur. On remarquera ici également que le lien d'appartenance s'établit, indépendamment de l'action, entre un bien ou une valeur et le sujet, et, qu'aucun autre lien ne peut s'établir entre le même sujet et l'action en justice, mais reste toujours un des moyens de rétablissement du premier lien.

**516.** L'appartenance n'est ni la propriété qu'elle tend d'ailleurs à mettre en relation avec le sujet, ni la protection juridique de cette propriété, bien qu'elle puisse, d'une certaine manière, participer à cette protection. Elle n'est qu'une consécration par le droit objectif, fondement de cette relation juridique qui s'établit pratiquement sans que l'intéressé n'ait manifesté une volonté pour son existence. Il en est ainsi parce que c'est plutôt le respect d'autres règles ou obligations légales ou contractuelles qui participe des caractères systématique et automatique de son établissement ; c'est par des actes authentiques passés sous seing privé, devant notaire, qu'on sait qu'on est ou qu'on n'est pas propriétaire<sup>939</sup> : en matière de vente par exemple, le *lien juridique d'appartenance* est établi entre l'acquéreur et la chose objet de contrat de vente dès lors que les parties ont convenu de la chose et du prix, sans même que la chose ne soit encore livrée et que le prix ne soit encore payé<sup>940</sup>. Les parties

---

<sup>939</sup> G. CHOUQUER, « Le monde romain de 70 av. à 73 apr. J.-C. Étude juridique et historique du *dominium* et de la propriété foncière dans le monde romain (Ier s. av. - Ier s. ap. J.-C.) », Document commenté, Observatoire des formes du foncier dans le monde, France International pour l'Expertise Foncière (FIEF), Paris, 2014, p. 4.

<sup>940</sup> Art. 1583 du Code civil français.

ont simplement consenti, mais le droit objectif pose que dans cette condition, la chose appartient à l'acquéreur sans même que le vendeur ne l'ait remise à celui-ci de façon matérielle et physique. Il est évident qu'une simple voie à la disposition de tous et ce, de manière générale, ne puisse bénéficier d'une telle relation de propriété de façon autonome<sup>941</sup>. Aussi y a-t-il, en matière de vente d'immeuble à construire, deux situations possibles : lorsqu'elle est conclue « à terme », le *lien juridique d'appartenance* s'établit de plein droit par le transfert de propriété à la suite d'une constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble au jour de la vente avec effets rétroactifs. Lorsqu'elle est conclue « en l'état futur d'achèvement », le *lien juridique d'appartenance* s'établit immédiatement entre l'acquéreur et le sol avec les constructions qui s'y trouvent (comme dans le premier cas) ; mais il ne s'établit relativement aux ouvrages à venir qu'au fur et à mesure de leur réalisation et le paiement consécutif du prix à mesure de l'avancement des travaux<sup>942</sup>. Les actes et obligations tels, le consentement sur divers éléments du contrat, la délivrance du bien, paiement du prix, livraison, prise de livraison, sont accomplis par les parties, mais c'est la norme objective qui établit le lien d'appartenance qui, en réalité, était virtuelle auparavant, mais qui se réalise pourvu que les conditions juridiques qui ont prévalu à son existence se présentent. C'est ainsi qu'en absence d'appartenance dans certaines conditions, la jurisprudence qualifie de tels contrats de « *contrats de louage* »<sup>943</sup>. Elle n'est, ni un bien matériel, ni un bien moral et sa mise en œuvre réside d'une part, dans la tranquillité de la pensée du titulaire du droit à travers sa conscience paisible et assurée que la

---

<sup>941</sup> Cette impossibilité de lien juridique n'est aucunement une manière d'adopter la conception de VIZIOZ, de JEZE, de DUGUIT et de CUCHE-VINCENT qui nient eux tous l'existence de droit subjectif dans l'action en justice. Les postulats ne sont d'ailleurs pas les mêmes. Pour l'action en justice, on raisonne ici en termes de moyen et de voie, de procédé ou de cheminement, de technique et de manière de s'y prendre ; tandis que les auteurs ci-dessus raisonnent plutôt en termes d'action en justice comme un droit objectif (contestant le caractère subjectif largement admis) que met en œuvre la demande, obligeant ainsi le juge à statuer en tant que sujet passif dudit droit (V. par ex. VIZIOZ, *Études de procédures*, op. cit., p. 129 à 168). Il y a une part de vérité dans un tel raisonnement de certains auteurs en ce sens que tout droit, toute prérogative est d'abord une reconnaissance légale ou tout au moins, un principe ou comportement moralement admis dans la conscience collective s'il n'est pas encore formellement intégré dans une législation. Ainsi ne pas honorer les engagements souscrits, porter atteinte à l'intégrité de la personne, abuser du bien d'autrui, ... peuvent être tous considérés comme des violations de l'ordre légal établi ; donc, il reviendrait à la personne intéressée de faire rétablir le droit par un autre droit, celui d'agir. Mais il y a lieu de constater que la personne ne sera intéressée que s'il y trouve un intérêt propre, quels qu'en soit la nature et les caractères de cet intérêt. Dès cet instant, c'est la prérogative qui se profile à l'horizon et on parlera finalement de droit subjectif. De cette dernière analyse, parler de mise en œuvre du droit objectif paraît exagérer et aussi, participe à la confusion entre moyen ou procédé et droit garanti car, la demande met en œuvre un véritable droit, le droit d'être écouté (non pas droit d'être entendu) sur le fond de sa prétention.

<sup>942</sup> Art. 1601-1 et 1601-2 et 3 du Code civil français.

<sup>943</sup> V. STEINMETZ, *Commentaire Civ.* 3<sup>e</sup>, 9 mars 1977, JCPN 1978. II. 229.



chose est sienne sans se soucier de quelque atteinte, et d'autre part, dans le respect des tiers à travers ce réflexe d'inviolabilité du droit d'autrui, de ce qui ne leur appartient pas. L'importance du lien d'appartenance se révèle à travers la jurisprudence dans le privilège que lui accorde la Cour de cassation française qui estime que « *le nu-propriétaire d'un bâtiment dont la responsabilité est engagée sur le fondement de l'article 1386 du Code civil ne peut pas s'exonérer en invoquant le défaut d'entretien de l'usufruitier* <sup>944</sup> ». Telles sont autant de situations de mise en œuvre du lien d'appartenance qui n'ont rien à voir avec les voies de droit dont l'action en justice.

**517. A la recherche d'un quelconque bien dans l'action en justice, une apparence ou une réalité ?** La possibilité de rétablissement de la justice et d'une future jouissance paisible sur le droit en discussion à travers la décision du juge, offre au justiciable une sorte d'espoir qui s'apparente à ce qu'on qualifie de « *chose frugifère* » en droit des biens, sans pour autant être prise comme un bien pouvant produire des fruits tel le *fructus* qui désigne par exemples, les loyers que rapportent l'appartement, les revenus que l'on peut tirer de la voiture en la louant. Aussi, le fait de procéder par cette voie spécifique au détriment d'autres voies de justice et d'en user peut-il être considéré comme un choix pertinent, en connaissance de cause surtout motivé pour une quelconque efficacité supérieure au point de produire une sorte *d'usus* désignant le droit de se servir d'un bien tel habiter une maison, utiliser du mobilier. Mais il n'en est rien. Il suffit d'observer deux choses : la première est que l'action en justice ne peut être considérée comme un bien, une chose dans son sens originel de « *res* ». Il n'y a que dans la propriété démembrée d'une chose qu'on peut distinguer les différents attributs. Or, propriété d'une personne, une voie en tant que moyen ou un procédé ne s'y prête d'aucune manière. Il ne s'agit que d'un procédé, d'une voie dépourvue de toute substance palpable ou de contenu susceptible de démembrement. La seconde est qu'un procédé peut être considéré comme une propriété seulement en matière de propriété intellectuelle qui reste le domaine comportant l'ensemble des droits exclusifs accordés. Ainsi, les procédés sont brevetables à la condition de présenter, tout d'abord, ce caractère de nouveauté. C'est dire qu'il doit s'agir d'une invention originale, ce qui permet d'accorder à son détenteur le droit d'empêcher d'autres de l'exploiter. En aucun cas, l'action en justice n'est une propriété de personne, elle n'est pas non plus accordée de manière exclusive au justiciable, également, elle n'est pas une invention personnelle de caractère original.

---

<sup>944</sup> Cass. Civ. 3, 8 déc. 2004, Pourvoi n° 03-15541, *Bull. Civ. 2004*, III, n° 232 p. 206.

**518. Un paradoxe qui se comprend.** Il peut, à première vue, paraître paradoxale de constater que c'est dans la doctrine négativiste qu'on rencontre comme seul droit subjectif les voies de justice en général, ou les voies de droit en particulier, précisément ici, *l'action en justice*. Et nous trouvons d'ailleurs cela normal si DUGUIT, farouche négativiste du droit subjectif affirme que *jamais, le droit ne puisse sortir du non-droit*<sup>945</sup>, *c'est aussi dans l'os le plus dur qu'on obtient la moelle la plus douce*. Si le terrain aussi aride en droit subjectif offre subitement ce type de droit, il y a une légitime raison de s'en méfier. Car, même la liberté serait prise comme une absence de règle obligatoire et ce qui est soustrait au droit ne serait pas du droit<sup>946</sup>. C'est KELSEN, l'autre opposant à l'existence du droit subjectif, qui trouve cependant qu'il existe un droit subjectif dans l'action en justice et dans le contrat. Pour sa mise en œuvre, il faut qu'elle ait pour objet une des conditions auxquelles la règle de droit attache une conséquence juridique et qu'un individu ayant intérêt en fasse une déclaration de volonté dans le but de produire ladite conséquence contre la personne obligée<sup>947</sup>. Le virage semble assez surprenant en ce sens que l'auteur avait bien montré que le droit n'est rien d'autre que l'ordonnance posée par l'État, et que l'État et l'ordre juridique sont une seule et même réalité, les règles qui constituent cet ordre étatique sont des règles de droit au point où il ne puisse y avoir place pour un droit subjectif perçu comme prérogative de source étatique ou non. Seulement que la conception diffère ici du fait que, en agissant, le créancier ou le propriétaire ne le font, selon KELSEN, qu'en tant qu'organe de l'État ou de la communauté, comme instrument de l'ordre établi, ils sont habilités à appliquer la sanction prévue, le droit subjectif n'étant pas différent du droit objectif. Il n'est que ce dernier envisagé du point de vue particulier. Toutefois, sans formellement poser la condition du lien juridique d'appartenance, l'auteur n'a pas pu l'occulter. Ainsi, l'exprime-t-il par *le rapport résultant*

---

<sup>945</sup> V. L. DUGUIT, *Le traité de droit constitutionnel*, op. cit., T. I, § 22, p. 243 : « On reconnaîtra qu'a priori il paraît difficile d'admettre qu'une violation du droit objectif puisse faire naître un droit subjectif, ... c'est impossible parce que c'est illogique » ; V. aussi, § 29, p. 248 et s. ; § 28 p. 303.

<sup>946</sup> H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », Trad. Eisenmann, in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Gaston GEZE, T. 43, Ed. Marcel GIARD, Paris, 1926, pp. 561-646, Spéc. § 37- C : *Les libertés individuelles* p. 601, 602 et 603 : « Quand le droit prescrit, soit : conformez-vous aux ordres de tels individus déterminés, soit : conformez-vous aux contrats que vous avez conclu, et qu'il sanctionne la violation entendue comme l'absence de règles obligatoires ... Ce qui est soustrait au droit n'est pas du droit ; la liberté qui consiste à échapper aux prises des règles de droit est un concept juridique purement négatif ». ; § 30- La théorie du peuple en tant que théorie du droit subjectif, p. 595. « ... on considère l'individu comme libre dès lors qu'aucune obligation ne pèse sur lui, soit qu'inversement, on considère aussi "la liberté" comme un droit subjectif ».

<sup>947</sup> H. KELSEN, *Aperçu d'une théorie générale de l'État*, op. cit., p. 575 et 599.

au préalable de la règle de droit<sup>948</sup>. On n'y trouve pas expressément le terme "appartenance", mais au fond, il y est remplacé par "obligation juridique". « Rapport d'obligation juridique » n'est que le correspondant Kelsennien du « lien juridique d'appartenance » de DABIN.

**519.** La différence dans l'expression de KELSEN est forcée par le fait que l'individu au sein de la société n'est propriétaire de rien ; toutes les actions et abstentions sont prévues par le droit *primaire* (qui impose des contraintes), il se trouve tout le temps dans l'obligation de respecter la règle établie. Rien ne peut donc lui appartenir dans un tel système. Il y a ainsi une valorisation, même dans la conception négativiste du droit subjectif, du critère d'*appartenance* dans la conception du droit subjectif de Jean DABIN, et qui s'impose ainsi comme un passage obligé pour tout intérêt de devenir droit subjectif<sup>949</sup> avec, pour corollaires, la maîtrise et l'opposabilité qu'il faut encore rechercher dans l'action en justice en tant que voie de droit.

## **B. L'absence de maîtrise et d'opposabilité de l'action en justice, voie de droit**

**520. Le vide autour d'un moyen.** Imaginer la maîtrise d'une voie de droit qui n'est qu'un moyen au service de véritables droits renvoie à un mouvement dans un lieu ou règne l'apesanteur. Il semblerait qu'on soit en face d'une impossibilité à s'approprier, s'approprier, dominer comme sa chose en propre un procédé, une telle voie générale. L'inconcevable opposabilité de l'action (2) ne vient que rendre prévisible le caractère vain de la recherche d'une maîtrise dans l'action en justice (1).

### ***1. La vaine recherche d'une maîtrise dans l'action en justice***

**521. Rappel sur la notion de maîtrise dans le droit subjectif.** La maîtrise est le pouvoir exclusif de libre disposition que confère le lien juridique d'appartenance d'une chose ou d'une valeur à un sujet. Ainsi, « pas d'appartenance, pas de maîtrise » et « pas de maîtrise

---

<sup>948</sup> H. KELSEN, *Aperçu d'une théorie générale de l'État*, op. cit., p. 574.

<sup>949</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 82. L'auteur trouve d'ailleurs que c'est là le critère de la distinction entre droit et intérêt au point de vue de la réparation des dommages : « *L'intérêt ne devient droit que si l'on quitte le plan de la jouissance pour celui de l'appartenance* ».

*sans appartenance* ». Nous avons fait observer que l'*appartenance* est le premier critère de la *maîtrise* et qu'elle implique le « *dominium* » qui signifie « *pouvoir sur une chose* » (sens second donné par Thomas d'AQUIN) confère qualité de maître de la chose de manière exclusive et permet une libre disposition de celle-ci. D'où les trois critères de la *maîtrise inhérente à tout droit subjectif* : *appartenance*, *dominium* (pouvoir et *libre disposition* de la chose) et *exclusivité*. Pour le critère du lien d'*appartenance* par rapport à l'action en justice, un sujet ne peut être propriétaire d'un procédé, d'un moyen de rétablir une justice, d'une voie parmi tant d'autres et l'avoir comme sien. Il y a une impossibilité de lien d'*appartenance* entre l'action et le justiciable que ce soit au plan technique ou sur le terrain de la pratique. Et comme sans *appartenance*, point de *maîtrise*, la suite *devrait* couler de source : et *dominium* et *exclusivité* ne peuvent se trouver du côté de l'action en justice.

**522. Un *dominium* impossible.** Nous avons retenu, comme convenu d'ailleurs de presque tout juriste, que l'action est une des nombreuses voies (moyens, procédés, technique) qui permettent de rétablir la justice en cas de trouble aux attributs d'un droit subjectif déterminé. Elle est donc générale. Or, au sens premier dont il est ici question, le *dominium* a le sens de propriété, de droit de propriété sur quelque chose dont on est *maître* et qui s'oppose d'ailleurs à l'« *ager publicus* » (le domaine public). Cette considération est maintenue en dépit des différences qui ont pu être observées en droit romain selon les sens et selon les provinces, au regard de la pluralité du monde romain. Tel le *dominium ex iure Quiritium* qui ne concerne que les citoyens (dans l'Antiquité, personne qui jouissait du droit de cité), un sens pouvant exclure certains individus tels les étrangers<sup>950</sup>. Ce dernier n'étant que la composante civile de la pleine propriété a encore besoin de la seconde composante qui relève du droit prétorien l'« *in bonis habere* » pour faire « *le droit complet* ». On parle alors de *duplex dominium*, selon la définition de Gaius. Ainsi de ce sens prétorien de la propriété

---

<sup>950</sup> G. CHOUQUER, « Le monde romain de 70 av. à 73 apr. J.-C. Étude juridique et historique du *dominium* et de la propriété foncière dans le monde romain (Ier s. av. - Ier s. ap. J.-C.) », art. cit., p. 7. Mais il faut relever qu'au aujourd'hui, au Bénin comme en France, on acquiert la propriété sans qu'il faille faire jouer les différences entre les personnes. C'est pourquoi hommes et femmes, citoyens et non-citoyens, nationaux et étrangers, possèdent selon le même droit ; sans qu'il faille tenir compte du niveau et du lieu où cela se passe, pas de différence de nature de la propriété d'une commune, d'un département, d'une région à l'autre ; sans qu'il faille faire jouer des situations héritées de l'histoire et de la façon dont le territoire national s'est formé. Ainsi, on possède à Malenville (Commune au Nord du Bénin) de la même manière et dans les mêmes conditions qu'à Abomey-Calavi (Commune au sud du Bénin), V. pour le Bénin, la loi n° 2013-01 du 14 août 2013 portant Code Foncier et Domaniale ; en Savoie exactement comme en Île-de-France, bien que la Savoie ne soit française que depuis Napoléon III alors que l'Île-de-France l'était déjà plus de mille ans avant ; une seule exception à cette uniformité, l'Alsace-Moselle, où l'occupation allemande de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle a créé des pratiques spécifiques d'enregistrement foncier qui ont été maintenues en 1918.

peut-il se sentir, d'une certaine manière, le sens de l'action en justice comme la propriété soumise au prétoire, c'est-à-dire, à un tribunal pour être examiné par le juge aux fins de consécration. Mais à y voir de près, l'action est là encore utilisée comme moyen pour consacrer le droit, véritable propriété privée<sup>951</sup>.

**523. Le défaut du caractère exclusif.** La notion d'exclusivité n'a de sens ici qu'en présence de ce que DABIN appelle « concurrents ». Il s'agit de toutes les personnes tenues de respecter *la libre disposition* de la propriété d'autrui, de toute personne en dehors du propriétaire lui-même. L'exclusivité du pouvoir s'entend alors de ce que les concurrents (ou les tiers) sont *a priori* exclus de ce pouvoir reconnu au titulaire même du droit objet de maîtrise et du lien qui le soude à cet objet. C'est un pouvoir spécifique réservé au seul titulaire et que les autres n'ont pas<sup>952</sup>. On voit bien qu'en tant que moyens de rétablissement de la justice en difficulté, les voies de justice dont l'action ne se prêtent pas à l'exclusivité en faveur d'un sujet. Il n'est donc pas possible d'avoir la libre disposition et donc une maîtrise sur une voie aussi générale, à l'usage de tous et aussi abstraite, dépourvue à la fois d'appartenance, du *dominium* et d'exclusivité ; tous défauts qui rendent inconcevable toute opposabilité.

## **2. L'inconcevable opposabilité de l'action**

**524. Le contenu de l'opposabilité et l'action.** Les individus sont égaux devant la loi : prescription du droit objectif. Mais ils n'ont pas tous les mêmes droits, donc existence de *concurrents* et d'*altérité*. Les droits subjectifs sont opposables aux tiers, leur respect ou leur reconnaissance peut être réclamée en justice. Dans l'illustration que propose DABIN, le droit de créance dans sa structure même où on observe que le droit de l'un à pour objet précis l'obligation de l'autre, le débiteur tenu de l'obligation de donner ou de la prestation de faire ou encore de l'abstention de faire ; donc existence d'un *concurrent*. Il en est de même des droits portant directement sur une chose en dehors de toute intervention d'une personne

---

<sup>951</sup> G. CHOUQUER, « Le monde romain de 70 av. à 73 apr. J.-C. ... », op. cit., p. 8. L'auteur précise ici les conditions dans lesquelles la chose appartient au sujet en propre : « *On parlera de propriété privée lorsque les biens sont possédés sans qu'une autorité, ni communautaire ni étatique, n'intervienne, autrement que pour édicter des restrictions dites de droit public dans le cas des Etats ; de telles propriétés privées peuvent être personnelles, familiales, lignagères, et de ce fait concerner des personnes ou des groupes plus ou moins larges* ».

<sup>952</sup> Par rappr., V. Th. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Coll. de thèses Éd. Larcier, Bruxelles, 2005 p. 167, n°108 ; p. 368, n° 219 ; p. 541, n° 306 et s.

obligée. Cette absence de personne spécifique obligée fait une multitude de personnes obligées et ceci, de façon illimitées.

**525.** Les droits subjectifs, qu'ils soient d'obligation (chose due) ou de propriété au sens strict (chose sienne), supposent toujours l'existence d'un pouvoir exclusif du titulaire par rapport aux autres individus, tous tenus de ne pas violer ce champ de liberté dont ce titulaire exige en permanence respect. C'est de là qu'on observe que Robinson dans son île a des biens mais pas de droits parce que dépourvu de concurrents, il n'y a pas possibilité d'opposer un quelconque pouvoir à qui que ce soit. Donc, impossibilité de "*violabilité*", impossibilité d'exigibilité, impossibilité d'opposabilité. C'est qu'en fait, l'opposabilité comprend l'inviolabilité et l'exigibilité du lien d'appartenance-maîtrise. Si l'*inviolabilité* est **l'abstention pour les concurrents de porter atteinte** à l'appartenance-maîtrise reconnue entre l'objet du droit et son titulaire, l'*exigibilité* est la faculté pour le titulaire de **requérir le respect** de son droit d'appartenance-maîtrise par tous moyens pacifique ou légal. Les *concurrents* s'exposeront, le cas échéant, à une réaction du titulaire à travers l'exercice de son *droit d'agir en justice*. Ce droit d'agir pouvant s'exercer par l'un ou l'autre des procédés, moyens ou voies de justice précédemment cités : les voies de droit par usage du droit moderne, contentieuses (l'action en justice) ou amiable (les MARC), les voies traditionnelles par usage du droit coutumier (devant les Chefs de famille, Chefs de village ou de collectivité, les Rois), les voies de justice privée (usage de menace qu'on ne met pas en exécution mais qui permettent de faire cesser le trouble, ou encore, la justice privée pacifique ou négociée), et même, les voies de la Chefferie religieuse, ... Tous sont des moyens de mise en œuvre du droit d'agir qui est général et commun à chacun d'eux ; mais qui, spécifiquement du côté du droit moderne étatique s'entend du « *droit d'être entendu sur le fond d'une prétention afin que le juge la dise bien fondée* ». Il n'y a donc pas lieu de confondre le droit au moyen d'y parvenir.

**526.** On peut voir dans ces moyens la présence d'un intérêt à utiliser telle voie plutôt que telle autre selon ses convictions modernistes, traditionalistes ou religieuses, mais ils restent et demeurent des procédés au choix du titulaire du droit en jeu. Ils ne sont pas des droits, faute

d'ailleurs de concurrence<sup>953</sup>. Si pour l'inviolabilité, on se place dans l'idée qu'il n'y a pas de droit subjectif sans l'obligation correspondante du respect de ce même droit au nom du principe romain du « *jus et obligatio sunt correlata* » (droit et l'obligation sont fonctions l'un de l'autre, en corrélation), il faut encore que ledit droit soit susceptible d'être violé au titre de ce devoir général de le respecter. De même, l'exigibilité n'est qu'une conséquence de l'existence du droit lui-même en tant que appartenance-maîtrise de la chose au sujet en propre car, le pouvoir d'exiger, qui est souvent confondu avec l'obligation, n'existe qu'en raison d'une dette préalable, d'une prestation due et qui motive cette exigibilité. Ce n'est pas l'effectivité de la violation ou de l'exigence qui font apparaître le droit, mais plutôt la possibilité que cette inviolabilité puisse souffrir d'échec. Et c'est justement cette possibilité qui, faute de concurrent, fait ici défaut à toute voie en vue de la justice dont l'action en justice bien qu'elle ne puisse intervenir qu'en cas de violation, mais d'un droit qui est tout autre chose que l'action en justice elle-même. Non susceptible de violation, pas d'exigibilité.

**527. L'inopposabilité face à l'immatérialité de l'action.** De toutes ses caractéristiques inhérentes à tout droit subjectif, on retient que le caractère matériel n'est pas un critère de droit subjectif. C'est ce qui ressort d'ailleurs de la définition de M. LEONARD qui définit le droit subjectif comme « le pouvoir juridique spécifique reconnu par le droit objectif à son titulaire sur la chose ou la prestation qui en forme l'objet en vue de la satisfaction de ses intérêts et pour lequel il reçoit du droit objectif le pouvoir d'imposer son respect aux tiers au moyen, si nécessaire, d'une action en justice spécifique ». Le droit subjectif est ainsi défini lui-même comme un pouvoir juridique spécifique et l'action en justice comme un moyen spécifique de sa protection<sup>954</sup>. Le caractère immatériel de pouvoir n'empêche nullement son exercice, tel celui s'exerçant au regard d'une chose ainsi appréhendée, comme par exemple, l'invention, l'œuvre, le dessin et le modèle, le contenu d'une base de données ... leur existence se justifie par des intérêts spécifiques recherchés par leurs titulaires, qu'ils soient patrimoniaux ou moraux. Le titulaire se voit donc octroyer par le droit objectif ce pouvoir

---

<sup>953</sup> Par rappr., V. J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit. p. 95. « *Robinson dans son île jouit de la vie, de la liberté, des biens que la nature met à sa disposition ou ceux qu'il produit par son travail, autant et même mieux que s'il vivait en société : il n'a point à craindre de concurrent. Les conditions de l'intérêt sont réalisées ; celles du droit ne le sont pas, faute précisément de concurrence* ». Pour autant, les voies de droit ne sauraient constituer des intérêts, mais sont plutôt au service de ceux-ci, avec comme manifestation extérieure, la mise en œuvre du droit d'être écouté sur le fond de la prétention portée sur l'objet du droit.

<sup>954</sup> Th. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, op. cit., p. 673, n° 397.

d'imposer son respect aux tiers (concurrents) qui y porteraient atteinte par un mode de résolution spécifique de conflit qu'est *l'imposition*.

**528.** Ce pouvoir qui permet de tenir à l'écart les tiers tel en matière de droit d'auteur est garanti par la reconnaissance d'une action en cessation d'atteinte au droit ainsi que d'une action en responsabilité spécifique<sup>955</sup> : la manifestation de la jouissance *dudit droit* se trouve dans la protection juridictionnelle par l'action en justice. Cette dernière, prise comme un élément déterminant du droit subjectif, puisque sans protection par l'action en justice, pas de droit<sup>956</sup>. L'action doit pouvoir elle aussi bénéficier de la même protection par une autre action en justice. Des actions en cascade donc, et la chaîne ne pourra pas s'arrêter pour un même objet de droit. La vie humaine ne serait ainsi faite que d'actions au prétoire. Et puisqu'il n'en est pas ainsi, c'est en réalité l'acceptation de *voie* dans le sens de *moyen* à l'usage ou de procédé qui reste à confirmer dans la notion d'action en justice.

\*\*\*\*\*

**529.** En définitive, l'action en justice, en dépit de l'idée majoritairement répandue n'est pas un droit subjectif. Cette démonstration contraste avec la doctrine majoritaire qui défend depuis le triomphe de la doctrine de Henry Vizioz et Henri MOTULSKY, l'idée suivant laquelle l'action en justice serait un droit subjectif. Cette idée s'inscrit dans une mouvance de subjectivation du droit qui a court depuis quelques décennies. Il faut distinguer l'action en justice du droit d'accès à la justice. Seule cette dernière constitue un droit subjectif. L'action en justice étant dépourvue d'une protection juridictionnelle assurée par un autre droit subjectif, elle ne saurait être érigée au rang d'un droit subjectif. L'action en justice ne satisfait ni les critères essentiels ni les critères complémentaires des droits subjectifs. Ainsi,

---

<sup>955</sup> V. F. De FISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droit voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 61, n° 78.

<sup>956</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 98. L'auteur souligne le caractère indispensable de la protection juridique par l'action en justice pour l'existence du droit subjectif à l'aune de son caractère juridique, sauf une existence morale. « ... la protection juridique devient un élément indispensable sans lequel ne saurait exister ... aucun droit subjectif. En effet, la mission de la règle positive et du groupement qui l'établit ... ne se borne pas à la détermination des droits de chacun, en droit privé et en droit public. Elle est encore et essentiellement de garantir à chacun ce qui lui est ainsi reconnu comme son droit : la détermination des appartenances légitimes n'a même lieu, pratiquement, qu'à cette fin ultime de garantie. ... le droit subjectif complet est le droit assuré par la société. Tant que cette assurance n'est pas prévue et organisée, juridiquement, le droit manque, ... ».



l'action en justice est dépourvue de lien d'appartenance et de maîtrise, caractéristiques essentielles des droits subjectifs. L'action en justice n'est donc pas un droit subjectif. Après avoir rejeté les thèses existantes, il faut maintenant préciser ce qu'est l'action.

## CHAPITRE 2 : LA CONFIRMATION D'UNE SIMPLE VOIE DE DROIT

### 530. L'action en justice comme une voie de droit, une analyse loin de tout essentialisme.

Il y a lieu de reconnaître que, bien qu'un homme dispose en principe de ses cinq sens, un aveugle ne cesse en rien d'être un homme. Mais dans le même temps, l'essence impose le sens et la qualification de *l'action* de véritable droit subjectif, précisément du *droit d'être entendu sur le fond*, paraît *contingente*, voire *nominaliste*, dépassant ainsi toute l'essence même de la notion. Cette conception semble une proposition réfutable par la pratique<sup>957</sup>, en témoignent les nombreuses difficultés relevées par nombre d'auteurs de droit processuel<sup>958</sup>. Bien vrai, la certitude d'une réfutation est impossible parce que les conditions initiales permettant d'échafauder les tests dépendent elles aussi d'énoncés universel, et il est toujours possible de sauver une théorie d'une réfutation, grâce à des stratagèmes *ad hoc*<sup>959</sup>. D'aucuns trouvent, certes, que les questions qui demandent ce qu'une chose est, quelle est son essence ou sa vraie nature engagent la science sur la voie de la stérilité<sup>960</sup>. Inconvénient de l'essentialisme, dit-on ! Peut-être, et peut-on dire même, certainement. Mais si tant est qu'il faut y revenir pour se confronter moins à de difficultés pratiques sus évoquées - tant de la part de la doctrine processualiste que celles relevées en entrée au présent titre -, l'objectivité le recommanderait ; encore que qualifier la présente analyse d'essentialiste ne serait qu'une interprétation hâtive, aucun juriste n'ayant réfuté cette qualification évidente. L'expression voie de droit figure dans les ouvrages de droit comme une définition basique de la notion d'action en justice. L'objet de ce chapitre ne saurait donc être une grande ou méticuleuse

---

<sup>957</sup> A. BOYER, *Introduction à la lecture de Karl Popper*, Paris, Presses de l'École Normale Supérieure, 1994, V. chapitre 6 : « L'essentialisme », p. 73-84.

<sup>958</sup> Par exemple, L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit. p. 245. Le fait que l'action soit qualifiée de droit conduit à la recherche en vain de son sujet passif ; d'autres auteurs la qualifient de pouvoir qui, à son tour, renvoie à un acte effectué dans l'intérêt d'autrui, alors que principalement, le plaideur agit dans son propre intérêt. Certains encore trouvent que le sujet passif est le juge : ici encore, rien de très sûr, car le grief reproché par le demandeur n'est pas dressé contre le juge, et en plus, il n'a aucun pouvoir contre le juge. C'est plutôt le juge qui dispose du pouvoir de juger, de trancher le litige, encore que le *principe dispositif* accorde de précieux pouvoirs aux parties.

<sup>959</sup> K. R. POPPER, *Le réalisme et la science*, Ed. Hermann,

<sup>960</sup> V. à ce propos, K. R. POPPER, *La Connaissance objective*, 1<sup>re</sup> éd. anglaise 1972, Coll. *Bibliothèque philosophique*. Traduction de l'anglais et préface par Jean-Jacques ROSAT. Traduction de « *Objective knowledge* ». Ed. Aubier, Paris, 1991, p. 303. Pour Popper, l'essentialisme est une conception de la science erronée, ayant son origine dans les philosophies de Platon et surtout d'Aristote. Cette conception de la science consiste à privilégier les questions du type « *Qu'est-ce que ?* », donc « *les questions qui demandent ce qu'une chose est, quelle est son essence ou sa vraie nature* ». Elle a, selon POPPER, engagé la science sur la voie de la stérilité à chaque fois qu'elle a été mobilisée, ce qui s'est produit d'innombrables fois depuis l'Antiquité. L'idée décisive de Popper est que ce qui compte dans les sciences, telles qu'elles se sont développées depuis Galilée, ce ne sont pas les mots et les choses, mais des relations saisies par des propositions de nature hypothétique.

démonstration dédiée à la notion d'action en justice. Mais il s'agit simplement, après avoir dénié sa qualification de droit subjectif dans le précédent chapitre, d'en limiter la signification à une simple voie de droit.

**531. Une approche doctrinale.** On sait que l'action en justice, depuis toujours, est connue en tant que voie de droit<sup>961</sup>. Cette voie est même bien distinguée du droit subjectif lui-même en discussion, sauf qu'en ce qui concerne ce point, Léon DUGUIT et Jean DABIN ne se sont pas entendus sur la date de naissance du droit par rapport à l'action : si DUGUIT reporte la date de naissance du droit subjectif en discussion à celle de la voie de droit, c'est-à-dire au jour de la violation<sup>962</sup>, DABIN, quant à lui, trouve, et il semble bien que c'est la réalité, que l'opposition actuelle donnera seulement ouverture à la sanction qui garantit le droit, celui-ci restant distinct de la voie de droit et antérieur à elle<sup>963</sup>. Il est à reconnaître tout de même que, dans cette conception de DUGUIT, la voie de droit que constitue l'action en justice devrait toujours naître du non-droit (l'atteinte au droit, à la règle de droit)<sup>964</sup>. D'autres y trouvent un moyen de protection du droit subjectif et ces deux acceptions de la notion d'action en justice n'ont jamais été formellement contestées par une doctrine.

**532. L'approche philosophique.** Le nominalisme scientifique s'interroge sur la valeur des connaissances scientifiques : s'agit-il de vérités (découvertes) ou de conventions arbitraires (construites). Ce qui donnerait à la connaissance scientifique la même valeur que le langage. *Voie de droit* est le terme générique pour désigner tous les moyens qu'offre la loi pour permettre la sanction de droits subjectifs. Les *voies de droit* comprennent tant l'*action en justice* (action - au sens étroit - ou requête formée par le justiciable pour que le tribunal statue sur ses droits), que les *voies d'exécution* des jugements (moyens de forcer l'exécution d'un jugement) et les *voies de recours* (moyens de contester une décision administrative ou juridictionnelle). Il se pose la question de savoir comment une voie aussi juridique qu'elle

---

<sup>961</sup> V. par exemple, J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit. p. 18 et 19. « ... la norme édictant préceptes et défenses, sanctionnés, au cas de violation, par des voies de droit remises aux mains des personnes désignées à cet effet. Juridiquement, ... , droit à la vie, à l'usage exclusif des biens, à des services promis, droits protégés par autant de voie de droit ». Ce passage, non seulement, exprime la qualification de de l'action en justice comme une voie, mais aussi son caractère multiple et comme une voie parmi tant d'autres. V. aussi p. 25 du même document : « ... l'exercice d'une activité quelconque, ... , prend un caractère juridique en raison de sa seule conformité à la règle qui déclare licite cette activité, et, à ce titre, la protège par des voies de droit ».

<sup>962</sup> L. DUGUIT, *Le traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd. t. I, Paris, 1927, p. 239 et s. et p. 299 et s.

<sup>963</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit. p. 26.

<sup>964</sup> L. DUGUIT, *Le traité de droit constitutionnel*, op. cit. p. 113, 248, 259 et 303.

puisse être, peut être qualifiée de droit subjectif. Déjà, l'action en justice semble ne pas être la seule voie en vue du rétablissement de la justice. Aussi, est-il nécessaire d'exposer la notion à travers les généralités sur ce qu'on peut appeler voies de justice (**SECTION 1<sup>ère</sup>**) afin de dégager les spécificités de l'action en justice (**SECTION 2**).

### **SECTION 1<sup>ère</sup> : Les généralités sur les voies de droit**

**533. Illustrations.** S'il est affirmé aujourd'hui que, sous le poids de l'héritage romain des relations se nouent entre les voies de droit et les droits<sup>965</sup>, c'est en même temps une illustration à la fois de la pluralité des voies de droit et de la distinction entre droits et voies de droit. Quand TOCQUEVILLE dans son ouvrage « *La démocratie en Amérique* » décrivait au chapitre VII intitulé « Du jugement politique aux États-Unis », il disait bien ceci : « Il (le juge politique) prononce des destitutions plutôt que des peines. *Le jugement politique, moyen habituel du gouvernement.* Le jugement politique, tel qu'on l'entend aux États-Unis, est, malgré sa douceur, et peut-être à cause de sa douceur, *une arme très puissante dans les mains de la majorité*<sup>966</sup>. C'est bien l'esprit de *voie*, moyen ou procédé. La notion de jugement exprime ici, non pas la décision, mais le processus conduisant à celui-ci : un moyen entre les mains à la fois du politique et du citoyen. Mais il n'en était pas le seul. Depuis toujours, il existe dans un État une diversité de voie de droit (**Paragraphe 1**) dont le sort reste tout aussi diversifié (**Paragraphe 2**) selon l'importance qu'accordent les communautés à l'une ou à l'autre.

#### **Paragraphe 1<sup>er</sup> : La diversité des voies de droit**

**534. L'expression d'une pluralité.** Si la voie de droit la plus connue en droit moderne reste *la voie de droit*, l'action en justice, en raison de ce qu'elle peut apparaître avec des caractères très divers et s'exercer dans des conditions très différentes, n'est pas la seule voie de droit possible. Les sociétés humaines ont eu pendant bien longtemps des voies de droit avant d'arriver à la notion romaine de l'action, notion qui est passée dans le droit moderne<sup>967</sup>. Une sorte de récupération donc. S'exprimant ainsi au sujet des voies de droit, DUGUIT parle en réalité de toutes ces voies, de tous ces moyens que peut utiliser le justiciable en vue de

---

<sup>965</sup> O. MOHAMED ABDEL-KHALEK, *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, Thèse, Université de Paris, LGDJ, Paris 1965, p. 42.

<sup>966</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, op. cit. p. 170.

<sup>967</sup> L. DUGUIT, *Le traité de droit constitutionnel*, op. cit. p. 225.

rétablir l'équilibre affecté par l'atteinte portée à son droit, sa prérogative, sa liberté – tous ces droits qui ne sont en réalité que ce qu'on pourrait appeler des *légalités subjectives* – et également en cas d'atteinte portée à la *légalité objective*. De justice des sociétés ou communautés humaines, on peut penser autant, outre les voies de justice privée non pacifique, des voies coutumières ou des chefferies traditionnelles qui sont toujours en pratique dans certaines régions des États africains et d'ailleurs, la négociation, la médiation, l'arbitrage (institutionnel ou non institutionnel), ... . La notion de voie de droit (A) nous assurera une clarté de sa nomenclature (B).

### A. La notion de voie de droit

**535. Une reconnaissance large.** La notion de voie dans le rétablissement de la justice n'a pas échappé même aux négativistes du droit subjectif dont Léon DUGUIT. L'auteur affirme que l'action en justice est la plus parfaite et la plus énergique des voies de droit. On peut dire que s'il y a des voies de droit, c'est qu'il y en a qui ne sont pas de droit. Mais puisque, qu'elles soient de droit ou non, ces voies sont empruntées pour rétablir la justice en cas de rupture, nous avons choisi de les appeler « voies de justice ». Mais qu'est-ce qu'une voie de droit ? Après l'exposé de la définition au concept (1), l'exposé de ses caractéristiques permettra de le cerner au mieux (2).

#### 1. Définition de voie de droit

**536. Une reconnaissance ancienne.** Lorsque des réflexions menées conduisent à un résultat et qu'à la suite, on découvre que l'une des éminentes plumes avait déjà soutenu la même idée, il paraît normal, nous semble-t-il, de se joindre à Alfred de MUSSET, ne serait-ce que pour confirmer qu'on est *venu trop tard dans un monde trop vieux*<sup>968</sup>. Léon DUGUIT disait dans son traité de droit constitutionnel : « J'emploie l'expression voie de droit dans un sens aussi large que possible, pour désigner tout moyen, quel qu'il soit, établi afin d'assurer l'obéissance à la règle. Le plus parfait incontestablement et le plus énergique est l'action ; mais outre que l'action peut apparaître avec des caractères très divers et s'exercer dans des conditions très différentes, elle n'est pas la seule voie de droit possible. Les sociétés humaines ont eu pendant bien longtemps des voies de droit avant d'arriver à la notion

---

<sup>968</sup> A. DE MUSSET, *Rolla, la cavale sauvage, Poésies nouvelles 1836-1852*, Charpentier, 1857, pp. 1-27, I, Strophe 3<sup>e</sup>, ver 10<sup>e</sup>.

romaine de l'action, notion qui est passée dans le droit moderne. Notre organisation juridique actuelle si compliquée comprend bien d'autres voies de droit que l'action, et par exemple l'exception, les procédures judiciaires d'exécution, les décisions et les procédures administratives exécutoires, les divers recours administratifs ; et ce ne sont que des exemples. La voie de droit telle que je la conçois est tout moyen, légal ou coutumier, tendant à donner une sanction directe ou indirecte à une règle de droit<sup>969</sup> ». Une telle définition est plus complète et prend en compte toute l'étendue à la fois spatiale et temporelle de la pratique du droit. Elle n'occulte pas ainsi, comme nous l'avions indiqué, la justice fondée sur les règles coutumières depuis la formation des coutumes à travers la *consuetudo loci* (la territorialité des coutumes) en Europe avec de nombreuses analogies qui sont probablement le fait d'un regroupement des régions concernées sous un même sceptre en 1180 par les *Plantagenets*.<sup>970</sup> Ce même type de fragmentation de coutumes est connu du continent africain comme en témoigne C. DUNDAS qui a pu observer l'existence de frappantes ressemblances au moins en ce qui concerne leurs aspects essentiels, entre des ensembles de coutumes aussi diverses que celles des Yorouba, des Bantou, des Soudanais, des Ashanti, des Congolais, ...<sup>971</sup>.

**537.** Le même témoignage est fait pour le cas des coutumes en France et environs, telles les coutumes de l'Ouest de la France (Normandie, Anjou et Maine), Bretagne et Poitou. LEVY et CASTALDO affirment que les droits de ces provinces présentent des caractères communs, particulièrement en matière de famille et de succession<sup>972</sup> ; dans le Nord de la France et en Belgique, respectivement, le groupe de coutumes parisien et Orléanais d'une part, et un ensemble de coutumes picardes ou wallonnes et des coutumes flamandes. OURLIAC a même pu relever la grande ressemblance entre les droit pratiqués alors de part et d'autre des Pyrénées et que les coutumes de Sud-ouest de la France rappellent à beaucoup d'égards,

---

<sup>969</sup> L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Coll. *Bibliothèque nationale de France*, Gallica, 3e édition, p. 225.

<sup>970</sup> J.- Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis, Droit privé, 2<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris, 2010, p. 6.

<sup>971</sup> C. DUNDAS, « Native laws of some Bantou Tribes of East Africa » (Les lois indigènes de certaines tribus Bantous de l'Afrique orientale), in *Journal of Royal Anthropological institute*, Vol. 51, 1921, pp. 217-278. « Dans toutes ces tribus, j'ai observé une similitude des conceptions du droit et de la pratique, qui m'a suggéré l'idée que certains principes sont peut-être communs à tous les Bantous de cette région. J'ai eu la chance de trouver en Afrique orientale allemande un certain nombre d'ouvrages allemands sur d'autres tribus, que personnellement je connais peu ou pas du tout, et dans lesquels j'ai trouvé des observations qui coïncidaient avec les miennes »

<sup>972</sup> J.- Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit. p. 6.

celles de l'Espagne et de Portugal. En Afrique, dans le but de juger certaines affaires et certains délits gravement préjudiciables aux finances publiques ou à l'économie, il a été question, même récemment en 1960, de multiplier les tribunaux, une attitude considérée comme un moyen pour eux d'avoir, selon JOHN-NAMBO, une meilleure et une pluralité de voies pour obtenir une justice plus docile et, surtout, plus rapide sans appel et souvent sans cassation<sup>973</sup>.

**538. Les voies de justice dans le postulat du but ultime du droit : voie de droit , voie de paix.** Si la conception qu'a DUGUIT de la notion de voie ne se trouve pas en la seule voie de droit possible et qu'elle prenne en compte celles des sociétés humaines qui ont eu pendant bien longtemps des voies de droit avant d'arriver à la notion romaine de l'action, notion qui est passée dans le droit moderne, il y a lieu d'y voir la notion de voie de droit , plutôt que la seule voie de droit. La voie de droit est une voie de droit, mais la voie de droit ne se réduit pas à la seule voie de droit, encore que les autres voies de justice autres que la voie de droit ne sont pas moins pertinentes, voire indispensables. Puisque la justice que consacre l'aboutissement de cette voie de droit n'est pas toujours juste, ou, à tout le moins, n'est pas toujours pacifiste. Or, la justice comme le but du droit doit être dépassée pour que le magistrat vise beaucoup plus la paix sociale. Il y a lieu d'opérer un dépassement, dans notre conscience, de la voie de droit pour parvenir à la voie de paix en passant par la voie de droit . Cela est d'autant plus nécessaire que les décisions de justice – le terme étant consacré uniquement pour la justice moderne étatique – n'aboutissent pas toujours à la paix sociale. Le droit n'a-t-il pas échoué lorsque la voie de droit conduit à une source de désaccord latent ou déclaré ? Ne pas en avoir conscience pourrait basculer certains groupes dans la justice privée par force, par menace ou par violence, et là, l'état de nature ne serait pas loin. .

## ***2. Caractéristiques des voies de droit***

**539. Caractère optionnel favorisé par la pluralité.** La voie dont il s'agit ici est celle qui part de la demande en vue de la reconnaissance ou la consécration du droit menacé lorsqu'elle s'opère dans une certaine forme. Au plan institutionnel, on peut entrevoir la voie d'action, terme employé pour désigner l'une des manières d'agir du ministère public, celle

---

<sup>973</sup> J. JOHN-NAMBO, « Quelques héritages de la Justice coloniale en Afrique noire », *Droit et société*, 2002/2, n° 51-52, pp. 325-343. L'absence de recours en appel et de pourvoi en cassation témoigne en réalité qu'il s'agit de procédures qui n'ont rien avoir avec celles du droit moderne.

dans laquelle il agit comme partie principale<sup>974</sup>. Si le droit moderne ne connaît que *l'action en justice* comme la seule voie de droit, qu'il qualifie de voie de droit, la collection « *Les voies du droit* » exprime l'existence d'une pluralité de voies de droit, et plus largement celle des voies de justice<sup>975</sup>.

**540. Distinction avec la voie de fait au sens général.** Dans une certaine mesure, la justice privée en ce qui concerne sa mise en œuvre, exclut toute voie de fait. Dans son acception générale, est tout comportement qui s'écarte ouvertement des règles légales et qui procède de violence ne constituant ni une blessure ni un coup. Ainsi comprise, la voie de fait est une situation autonome qui peut se manifester indépendamment de toute atteinte préalable à un droit, contrairement à une voie au sens d'action en vue de la justice, de moyen utilisé pour se faire reconnaître et faire respecter ses droits méconnus.

**541.** La voie de fait constitue alors un fondement à une véritable voie de droit et ne saurait être elle-même une véritable voie de droit telle l'action en justice (devant un organe judiciaire étatique ou devant un chef traditionnel ou le roi), la mise en œuvre de l'un des modes alternatifs de règlement des conflits, ainsi que la voie de droit privée pacifique qui se manifeste souvent dans un cadre informel contrairement aux MARC qui ne sont qu'une récupération par institutionnalisation ou formalisation des formes de justice privée. C'est justement pour cette raison qu'on parle d'« *infraction de voies de fait*<sup>976</sup> ». Pour un exemple dans la Common Law, les articles 264 à 267 du Code criminel, LRC 1985, c C-46 du Canada dans sa version courante en vigueur depuis le 17 juin 2016<sup>977</sup>. Cette infraction est même considérée comme aggravée dans certaines circonstances telles qu'en cas de blessure, de mutilation ou défiguration du plaignant ou mise en danger de sa vie<sup>978</sup>.

---

<sup>974</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit. V° Voie (d'action).

<sup>975</sup> V. par exemple, G. TIMSIT, « Archipel de la norme », Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1997.

<sup>976</sup> A. LINDEN, J. FORTIN, L. LEMELIN, A. REID, J. MAINGOT, « Les voies de fait », François HANDFIELD (dir.), *Commission de réforme du droit du Canada, Document n° 38*, Catalogue J 32- I/ 38-1984, KIA 0L6, Ottawa, 1984, p. 10.

<sup>977</sup> En droit de la Common Law en effet, les voies de fait sont constitutives de deux infractions. Il s'agit d'une part, de la menace d'emploi immédiat de la force « *assault* » en anglais, qui consiste à effrayer autrui sans le toucher, et d'autre part, l'emploi illégal de la force, connue en anglais sous le nom de « *battery* » en anglais, consistant à toucher autrui sans nécessairement l'effrayer. Elles ont pour fondement le droit de ne pas être exposé à la crainte ni à la contrainte (sûreté et sécurité).

<sup>978</sup> V. Code criminel, LRC 1985, c C-46 du Canada, Art. 268, 269-1, 270-2, 273-1, Version courante : en vigueur depuis le 17 juin 2016. En jurisprudence, Voir P. Marshall, "Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 C.R. (3d) 216, à la p. 221 ; K. Mahoney, "R. v. McCraw: Rape Fantasies v.



**542. Différence avec les voies de fait au sens spécifique.** Ce qui marque d'avantage la nécessité d'écarter les voies de fait des voies de justice est aussi sa spécificité selon laquelle elle est d'origine jurisprudentielle et protège des droits des administrés en ce qu'elle entraîne pour l'Administration la perte de la majeure partie de ses privilèges traditionnels<sup>979</sup>. Dans le cadre du principe de respect de l'exécutif par l'autorité judiciaire, principe qui se manifeste d'une part, par l'interdiction pour celle-ci de *prendre des décisions politique*<sup>980</sup> et, d'autre part, par l'interdiction qui lui est faite *de connaître du contentieux administratif*, seules les situations de voie de fait font exception à l'interdiction faite au juge judiciaire de condamner l'administration sous astreinte. C'est ce qu'on pourrait comprendre de la décision de principe du 17 juin 2013 où le Tribunal des conflits a précisé la notion de voie de fait, déterminant la compétence de la juridiction judiciaire en matière d'atteintes irrégulièrement portées par l'autorité publique à la propriété privée<sup>981</sup>. Mais par le biais du mécanisme des référés

---

Fear of Sexual Assault" (1989), 21 R. de D. d'Ottawa 207, aux pp. 215 et 216 ; D.J. Giacomassi et K. R. Wilkinson, "Rape and the Devalued Victim" (1985), 9 Law and Human Behavior 367, R. v. Billam (1986), 8 Cr. App. R.(S) 48 (C.A.), aux pp. 49 et 50.

<sup>979</sup> P. SERRAND, « Voie de droit », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique* Quadrige, 1<sup>re</sup> éd., Lamy, PUF, Paris, 2003, pp. 1521-1523. La voie de fait est une notion du droit administratif, une action de l'administration réalisée sans droit et qui porte matériellement et illégalement une atteinte grave à une liberté fondamentale ou à un droit de propriété. Le droit privé a fait sienne cette notion en sanctionnant l'atteinte violente à une situation légitime faite par toute personne dont l'action ne peut se justifier d'aucune disposition contractuelle, légale ou réglementaire.

<sup>980</sup> V. par exemple, art. 10 de l'Ordonnance n° 58- 1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature dans sa version consolidée au 11 août 2016 (JORF 23 décembre 1958, rectificatif JORF 5 février 1959). Et mieux, selon l'art. 18 de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation en sa version consolidée au 11 août 2016, le Garde des sceaux pourrait faire rétracter et annuler tout acte ou tout passage d'un acte contenant des considérations de nature politique en faisant former un pourvoi en annulation pour excès de pouvoir par le procureur général près la Cour de cassation (Art. 18 « *Le garde des sceaux, ministre de la justice, peut, en matière civile, prescrire au procureur général de déférer à la chambre compétente de la Cour de cassation les actes par lesquels les juges excèdent leurs pouvoirs [...]. La chambre saisie annule ces actes s'il y a lieu et l'annulation vaut à l'égard de tous* »). En jurisprudence, V. par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 15 janvier 1980, Bull. I, n° 25 « *attendu qu'en statuant ainsi, alors que les orientations de la politique du gouvernement et les actes de mise en œuvre de cette politique entrent dans l'exercice des prérogatives que la constitution confère à celui-ci et échappent à la connaissance des tribunaux judiciaires, le tribunal d'instance a excédé ses pouvoirs et que sa décision doit être annulée...* ».

<sup>981</sup> Tribunal des conflits, 17 juin 2013, C3911, Publié au recueil Lebon, deuxième considérant « *... il n'y a voie de fait de la part de l'administration, justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour en ordonner la cessation ou la réparation, que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative* ». Cependant, l'implantation, même sans titre, d'un ouvrage public sur le terrain d'une personne privée ne procède pas d'un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'administration (V. Tribunal des conflits 17 juin 2013, pourvoi n° 13-03911, BICC n° 789 du 15 octobre 2013, Note de M. Jean-Louis GALLET, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation, vice-président du Tribunal des conflits). Ainsi, l'implantation, même sans titre, d'un tel ouvrage public de distribution d'électricité, qui, ainsi qu'il a été dit, ne procède pas d'un acte

administratifs dont le référé-suspension<sup>982</sup>, le référé-liberté<sup>983</sup>, dans une certaine mesure, le référé conservatoire<sup>984</sup> et plusieurs autres, cette incursion de l'autorité judiciaire dans le champ du pouvoir du juge administratif sera limité à travers la loi du 30 juin 2000, relative au référé devant les juridictions administratives, entrée en vigueur le 1er janvier 2001<sup>985</sup>. Outre ces différenciations vis-à-vis d'éléments extérieurs mais qui semblent très proches des voies de justice, il en existe d'autres qui leur sont intrinsèques.

**543. Caractéristiques intrinsèques.** Contrairement *au droit d'agir* qui, en substance, offre une considération et une satisfaction positive d'être écouté sur le fond de sa prétention en vue d'être fixé sur son bien ou mal fondé : le droit à une décision sur le fond ; contrairement *au droit d'accès à la justice et au droit* qui rend les personnes effectivement titulaires de leurs prérogatives par la concrétisation des règles de droit<sup>986</sup> ; contrairement *au droit d'accès aux tribunaux* qui implique que l'accès au juge n'est pas réservé à une certaine catégorie de personnes ou subordonné au paiement d'une certaine somme d'argent ; contrairement enfin à *l'instance* qui est un ensemble de succession d'actes et de délais, les voies de justice, quant à elles, n'ont pas un contenu substantiel. Tel un moyen, un procédé, elles sont dépourvues de toute matérialité, mais avec une pluralité qui témoigne de leur caractère optionnel. Elles restent des circuits ouverts en permanence, telle la tension d'un *circuit électrique* qui maintient une valeur à la disposition de chaque *dipôle* même éteint du circuit. Elle est aussi

---

manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose la société chargée du service public, n'aboutit pas, en outre, à l'extinction d'un droit de propriété. Dès lors, elle ne saurait être qualifiée de voie de fait.

<sup>982</sup>

V. art. L. 521-1, Code de justice administrative : « *Le juge des référés peut ordonner la suspension de l'exécution de toute décision administrative lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de cette décision* ».

<sup>983</sup>

Encore appelé « *référé injonction* », il permet d'améliorer la protection des libertés fondamentales par l'intervention du juge de l'urgence. V. par exemples : en matière de protection de la vie privée, CE, 27 juillet 2003, *Ministre de la jeunesse* ; CE, 19 août 2002, *Front national, pour liberté de réunion* ; Pour le libre exercice de leur mandat par les élus locaux, v. CE, 9 avril 2004, *Vast* ; CE, 28 février 2001, *Casanovas en ce qui concernant la liberté d'opinion* ; en matière de la libre administration des collectivités territoriales, v. CE, 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*.

<sup>984</sup>

Il existait avant le code de 2000, sauf qu'il a été, à cette occasion, unifié et simplifié. Cette procédure de référé permet au juge administratif d'ordonner « toutes mesures utiles » destinées à sauvegarder les droits des parties avant même que l'administration ait pris une décision.

<sup>985</sup>

V. par ex., Trib. Confl. 19 nov. 2007, req. n° 3660, *Préfet de la Seine-Maritime c TGI de Rouen et Grioux c. Ministère de l'intérieur* ; Req. n° 3653, *Préfecture de Val-de-Marne c. Cour d'appel de Paris et Mairie de Limeil-Brévannes c. Préfecture de Val-de-Marne* : JCP 2008 ? I, 132, n°, obs. Plessix, cité par M. L. CADIET et alii, *Théorie générale du procès*, op. cit. p. 413, note 6.

<sup>986</sup>

M.-A. FRISON-ROCHE « Le droit d'accès à la justice et au droit », in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE et Thierry REVET (dir.) *Libertés et droit fondamentaux*, CRFPA grand oral, 18<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2012, pp. 535-555, Spéc. p. 535.

constitutive d'une sorte de canal contrairement au droit d'agir qui est fixe et qui se constate de façon ponctuel au bout d'un processus, l'examen du caractère recevable de la demande (élément de mesure, tel le *voltmètre* pour le *circuit électrique*).

**544. Spécificités liées à leur existence.** Les voies de justice, en tant que voies, procédés ou moyens, apparaissent comme de simples modes de règlement de différends. En tant que telles, il est vrai, ils ne sont de nature à être soumises à des conditions « *d'ouverture* ». Toutefois, n'emprunte que celui qui se trouve dans le besoin. Il y a en effet un statut particulier sans que cela ne soit une exigence formelle assimilable à une condition d'existence : il s'agit de la justiciabilité. C. ATIAS, fait constater que la justiciabilité, c'est d'abord une possibilité. Elle est la *faculté de prendre la qualité de justiciable* lorsqu'elle se détache de la notion de juridiction compétente. La juridiction doit toutefois être prise ici dans son sens le plus large possible, comme tout organe composite ou non composite, formel ou non formel, étatique ou non étatique, mais ayant la charge de régler le différend, que cela soit de manière permanente ou *ad hoc*. Cette même qualité permet à la personne concernée d'être appelée justiciable. Ainsi, seul le justiciable peut être entendu ou appelé devant un organe chargé de régler le différend<sup>987</sup>. De là, il ressort que le justiciable précède le justiciable en la même personne. Le justiciable ne prend la qualité de justiciable que lorsqu'il devient auteur d'une requête effectivement adressée, de quelque manière requise que ce soit, à l'organe de résolution du différend en prenant l'option d'une voie de droit précise.

## **B. La nomenclature des voies de droit**

**545.** Si certaines voies sont organisées par l'État central au travers de dispositions légales, d'autres sont connues dans la coutume traditionnelle de certaines communautés à l'intérieur d'un même État. Les premières sont qualifiées de voies de droit (1), tandis que les secondes, sans pour autant être celles du *non-droit*, sont simplement d'autres moyens qui servent de voie de droit (2).

### **1. Les voies de droit**

**546. Notion.** « Est une voie de droit, tout moyen établi pour assurer l'obéissance à la règle de droit qui tend à lui donner une sanction directe ou indirecte qui déclenche la contrainte

---

<sup>987</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op cit. V° Justiciable.

sociale<sup>988</sup> ». Moyens offerts par la loi (au sens de droit positif émanant de l'autorité étatique) pour assurer la sanction d'un droit, elles sont celles prévues et organisées dans le cadre du droit étatique à travers la règle de droit, contrairement aux autres règles telles les règles coutumières et autres considérations de pratiques traditionnelles d'application stricte par les Chefs traditionnels. Voie de droit est en réalité l'expression consacrée pour désigner tous les moyens qu'offre la loi pour permettre la sanction de droits subjectifs. Terme générique donc, les voies de droit comprennent tant l'action en justice, action au sens étroit, ou requête formée par le justiciable pour que le tribunal statue sur ses droits, que les voies d'exécution des jugements, utilisées comme moyens de forcer l'exécution d'un jugement et les voies de recours qui sont des moyens de contester une décision administrative ou juridictionnelle<sup>989</sup>. Léon DUGUIT a complété la liste des voies de droit par l'exception, les décisions et les procédures administratives exécutoires, les divers recours administratifs et même, dit-il, tout moyen, légal ou coutumier, tendant à donner une sanction directe ou indirecte à une règle de droit. La coexistence de voies sur la base de lois et règlements étatiques avec les règles coutumières est significative et témoigne de l'insuffisance des seules voies de droit tel que perçu aujourd'hui.

**547. L'insuffisance des voies de droit.** Les pratiques changent et les référents de même. Le droit évolue dans la recherche des solutions nouvelles, œuvre de doctrine, de législation et même parfois d'ingéniosité dont fait preuve le juge par le biais de revirements jurisprudentiels. Dans une telle *condamnation à perpétuité* du droit, point de libération pour celui-ci en raison de ce que même en pratique, le parcours se trouve en perpétuel renouvellement : différend ou même conflit, litige, recours au droit (système de droit, le droit positif avec tout son mécanisme), recours ainsi à la voie de droit, long et difficile processus pour *arriver à destination*, l'aboutissement, le jugement, l'exécution incertaine, voies d'exécution comme une autre voie de droit, mais voies forcées, véritable *voie de fait de droit*, alors même que SENEQUE la combattait à travers une phrase célèbre : « *Le glaive est mal placé dans les mains d'un furieux*<sup>990</sup> », *voie de bras de fer* entre les parties pourtant à la

---

<sup>988</sup> V. H. VIZIOZ, *Études de procédure*, préface de Serge GUINCHARD, Dalloz, Paris, 2011, p. 133.

<sup>989</sup> V. Justice Québec, « Termes juridique », Gouvernement de Québec, *V<sup>o</sup> Voies de droit*, 2010, Notes linguistiques, n<sup>o</sup> 1.

<sup>990</sup> SENEQUE, le philosophe (en latin, *Lucius Annaeus Seneca*), « De LA Colère », traduction nouvelle par M. Élias RECNAULT, in *Œuvres complètes*, trad. M. NISARD (dir.), Ed. J.-J. DUBAUCHET, Paris, 1844, pp. 1-64, Spéc. p. 14.

recherche d'une jouissance paisible de leur droit, bras de fer entre la société et leur système de justice, leur voie de droit finalement incertaine. Peut-on encore se fier à la seule justice du droit qui ne parvient pas toujours à la paix sociale ? Surtout lorsque celle-ci ne peut être acceptée que sur insistance de force armée, *justice gendarme, justice policière ! tel un État gendarme, un État policier*.

**548.** La représentation que se fait l'homme de l'antiquité de la notion de liberté n'est plus celle que se fait l'homme d'aujourd'hui et il en va de même pour toutes valeurs dont l'égalité, la dignité et surtout, la justice. Benjamin CONSTANT, prônant l'universalisation de telles valeurs, estime que les réduire à l'intérieur de barrières artificielles locales ou nationales n'est pas moins absurde que de prétendre imposer la pollution de l'air ou des eaux de ne pas franchir de telles barrières<sup>991</sup>. L'auteur est même allé trop loin car, même déjà, à l'intérieur de ces barrières nationales, les insuffisances au niveau de la *valeur justice* ont créé et continuent de créer une certaine réticence et de crainte à s'adresser à l'institution étatique. Dès la seconde moitié du XXe siècle, il a été fait recours à d'autres moyens de se rendre justice, qui contribuent beaucoup plus évidemment à cette paix sociale tant recherchée. Mais, avant de développer cette récupération de ces autres voies de justice par formalisation, il est ici identifié deux autres manifestations d'insuffisance des voies de droit. Le caractère insuffisant des voies de droit se manifeste sur deux autres aspects importants : d'une part, en prenant en compte *le but du droit* et, d'autre part, dans l'opposition conceptuelle entre *voie de droit* et *voie de fait*.

**549. Voie de droit et but du droit.** La limitation des voies de justice aux seules voies de droit semble ne pas être assez efficace lorsqu'on considère le but du droit. Il faut se référer au défi de la justice et de la paix sociale pour remarquer que les voies de droit telles qu'on les connaît aujourd'hui à l'exclusion des coutumes traditionnelles ne peuvent être les seules à pouvoir le satisfaire. La justice est considérée comme le but du droit<sup>992</sup>. Mme M.-A.

---

<sup>991</sup> B. CONSTANT, « De la liberté des anciens comparée à celle des modernes », in *Collection complète des ouvrages*, IV, Ed. Béchét, 1820, p. 238 et s.

<sup>992</sup> L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit. p. 41. La mission ainsi dédiée au droit s'observe dans le paragraphe introductif du titre premier de la première partie de cet ouvrage : « L'empire contemporain du droit fait oublier que le droit est ordonné à la justice, qu'il n'est qu'un des moyens pour y parvenir et qu'il faut donc se défier d'un culte trop absolu du droit pour le droit, qui n'est qu'une technique. Le procès n'a de signification qu'à travers le jugement qui en marque le terme. Mais juger consiste plus à rendre la justice en disant le droit, qu'à dire le droit en rendant la justice ».

FRISON-ROCHE en affirmant que la protection juridique effective dépend de l'accès à la justice, a, en même temps, reconnu les insuffisances réelles liées à l'ignorance du droit par les citoyens ; ce qui impliquerait un droit subjectif à l'intelligibilité du droit objectif<sup>993</sup> ; tâche moins évidente dans certains États que d'autres. Que peut comprendre du droit et du système judiciaire étatique un groupe social qui n'a connu que les règles coutumières ou traditionnelles avec toute la déférence vis-à-vis du Chef de famille, du Chef de la collectivité ou du roi de la communauté ? Certainement, dans les États où le développement a atteint un certain niveau, le mal est moindre et l'instinct processif vis-à-vis de la justice étatique est relativement acceptable, encore qu'il a fallu prendre en compte ces autres façons de parvenir au même but à savoir, les modes amiables, véritable alternative, de règlement des conflits dans le procès ou hors procès. L'auteur va constater que, finalement, le droit exacerbe les conflits, contrairement à son but, à sa fonction classique d'harmonie et se pose même la question de savoir si le prix de l'accès à la justice et au droit ne fragilise pas la paix sociale. Cela est d'autant plus pensable que CAPPELLETTI avait déjà dénoncé, dans un contexte d'analyse du positivisme, le caractère quelque peu artificiel du système de droit positif ; et lorsque l'on considère les valeurs, dont la justice, la réalité humaine ne peut se comprimer à l'intérieur de ces limites artificielles<sup>994</sup> : c'est l'insuffisance des voies de droit telles que strictement connues aujourd'hui qui se confirme.

**550. Voie de droit, voie de fait.** Dans le Léviathan de Thomas HOBBS, le principe c'est : « *Est juste tout ce qui n'est pas injuste* »<sup>995</sup>. Ce principe signifie que la *valeur justice* est un élément objectif qu'on peut observer dans tout acte, dans tout fait, dans toute situation, dans tout système de justice, qu'il soit formel ou informel. Mais l'interprétation qui est faite dans le sens selon lequel « *La justice et la propriété commencent avec la constitution d'une République* » doit être nuancée, car la république dont il s'agit chez HOBBS n'est pas nécessairement celle de l'État au sens de *l'État central*. L'idée que les conventions où l'on se fait mutuellement confiance sont invalides lorsqu'existe la crainte que l'une ou l'autre partie

---

<sup>993</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit d'accès à la justice et au droit », in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE et Thierry REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, CRFPA, Dalloz, 18<sup>e</sup> éd. Paris, 2012, p. 535.

<sup>994</sup> M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Trad. René DAVID, Préf. Louis FAVOREU, Coll. *Droit public positif*, Economica, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1990, p. 14.

<sup>995</sup> Th. HOBBS, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, Introd., trad. et notes de François TRICAUD, Première parution de la collection *Philosophie politique de Raymond POLIN*, Ed. Dalloz, Paris, 1999, p. 143.

ne s'exécute pas, qu'il ne peut y avoir effectivement aucune injustice se justifie naturellement par le simple fait que la source immédiate d'une telle justice est cette convention et que cette dernière se révèle invalide pour déséquilibre, il est normal que l'auteur propose la suppression de la cause de cette invalidité. Par la suite, HOBBS transpose cette analyse à une échelle simplement plus grande en estimant que la crainte d'injustice ne peut être supprimée tant que les hommes demeureront dans l'état de nature. C'est pour cela qu'il trouve que les termes de *juste* et d'*injuste* ne pourront trouver place que dans « *l'existence de quelque pouvoir coercitif, pour contraindre également tous les hommes à l'exécution de leurs conventions, par la terreur de quelque châtement plus grande que l'avantage qu'ils attendent de leur infraction à la convention, et pour garantir la propriété que les hommes acquièrent, par contrat mutuel en compensation du droit universel qu'ils abandonnent : or, il n'existe pas de tel pouvoir avant l'érection d'une République* ». De là, il y a lieu de comprendre que la République se caractérise par l'existence d'un pouvoir de coercition, un corps de règles égalitaire et la crainte permanente d'une force générale qui oblige à la justice. Dans une analyse substantielle, les communautés traditionnelles obéissent à un pouvoir de coercition qui existe en les chefs traditionnels en général et entre les mains du Roi en particulier de manière plus centralisée et qui font respecter les règles coutumières issues de pratiques ancestrales avec une force à la fois naturelle, mythologique ou divine qui oblige chacun au respect de l'autre avec toute la déférence requise vis-à-vis du Roi. Les vertus de justice, de vérité et cette conscience à se voir rendre une véritable justice dans de telles communautés sont très présentes et méritent d'être soutenues par les structures de l'État central, plutôt que de prendre pour voie de fait, tout ce qui ne relève pas expressément des voies de droit tel que connu au plan formel. Si la République se confond au plan institutionnel à l'organisation nationale matérialisée par l'État, au plan substantiel, on peut l'envisager en toute communauté dotée de structures bien organisées avec des pouvoirs spécifiques qui, toutefois ne se confondent pas avec les pouvoirs publics de l'Etat central. Et même sur ce dernier point, c'est dans un système de complémentarité (bien que jusque-là informel) que les deux formes d'organisation exercent leur pouvoir en vue de la justice en tant que valeur sociétale.

**551.** L'une des situations gênantes qui conduit à la méfiance vis-à-vis des autres voies de justice (justice privée pacifique, justice selon les règles coutumières ou traditionnelles) est la conception selon laquelle ce qui ne peut se ranger dans une catégorie organisée par le droit

formel à travers lois et règlements étatique est perçu comme situation de fait et traité comme tel. C'est ainsi que les voies de justice autres que *l'action en justice* et les autres *voies récupérées et institutionnalisées comme voies de droit* (les Modes alternatifs de règlement des conflits « MARC ») sont jusque-là écartées du système en dépit de toutes les vertus pacifistes, de vérité et de justice dont elles font preuve. Or, entre voie de droit et voie de fait, il y a à considérer ces voies pacifistes conservées par certaines communautés de génération en génération.

## 2. Les autres voies de justice

**552. Autres ne s'opposent.** Si les précédentes sont dénommées voies de droit, il n'est pas ici question de voies de « *non-droit* » pour créer l'antagonisme entre les différentes catégories de voies de justice qui restent et demeurent des procédés, des moyens, des circuits par lesquels le justiciable arrive à rentrer dans ses droits. Le *non-droit* implique la non-règle, l'absence de réglementation dans un espace, et qui laisse libre cours à chacun d'agir à sa guise en vue de se rendre justice à soi-même. Lorsque Léon DUGUIT emploie l'expression voie de droit dans un sens aussi large que possible, pour désigner tout moyen, quel qu'il soit, et en faisant allusion à la coutume, il ne s'agit pas d'une liberté sans limite. Et c'est pour cela qu'il parle par la suite de « règles établies ». Donc, que ce soit la coutume, les pratiques ou les règles traditionnelles, elles restent et demeurent des règles établies et observées par une communauté donnée qui les reconnaît comme telles. Sans rejeter totalement la justice privée qui peut s'opérer de manière pacifique ce sur quoi on n'insiste pas souvent elles ne comprennent donc pas la justice selon la loi du plus fort qui est bannie depuis l'antiquité romaine. Comme partout sur la terre, la Rome des premiers rois et des premiers temps de la République ne vit point sous le régime de la vengeance privée<sup>996</sup>. Ainsi, le plaideur, s'il poursuit lui-même et par ses capacités personnelles, l'objet de sa réclamation, doit se soumettre à des exigences de paix sociale, faute de quoi, à défaut d'autres voies s'ouvrent automatiquement à son adversaire ou à toute personne intéressée, selon l'étendue de ses agissements. Au reste, il n'y a qu'à bannir la justice entièrement privée où la personne offensée dans ses droits se fait à elle-même justice par la force, la violence et par les armes. Quand Michel VILLEY parle de « *justice entièrement privée* », Il y a lieu de privilégier l'autre forme de justice privée qu'on pourrait appeler « *justice privée incomplète* » celle-là

---

<sup>996</sup> M. VILLEY, *Le droit romain, Que sais-je*, PUF, 1945, Ed. Quadrige, Paris, 2012, p. 13.



qui peut être aussi qualifiée de *pacifique*. Toutefois, la veille doit être de mise surtout que les vestiges du passé ne manquent pas de surgir de quelque manière dans la société, la justice privée ayant été la forme première de notre justice<sup>997</sup>.

**553. Une liste non exhaustive de voies de justice.** Le justiciable peut préférer la justice privée incomplète qui s'opère soit par voie de *négociation directe ou indirecte*. Le droit cherche, d'abord, à diriger amiablement la conduite des hommes. Ce n'est que si on lui refuse obéissance qu'il fait intervenir la contrainte<sup>998</sup>. Il peut aussi faire usage de la violence, bien que bannie de toute façon bien-sûr. Entre ces deux extrêmes, la voie de *la menace d'une procédure en justice* peut conduire l'obligé à exécuter son obligation<sup>999</sup> sans que les menaces n'aillent à leur exécution. L'autre voie disponible est celle de *la médiation privée* à travers un tiers médiateur ayant des connaissances ou des expériences dans le domaine source de l'obligation en cause ou du droit atteint. Le justiciable peut même choisir la voie du renoncement à l'action en justice tout en informant l'entourage de la situation d'injustice : absence de justice, mais privilège à la paix sociale. Sous certains cieux, la voie de *la justice traditionnelle* est d'une efficacité indéniable, tant les vertus d'équité, de vérité, de satisfaction par la pleine conscience de recevoir justice, selon le sens que lui donne Lord HEWART. Celle-ci est animée par l'institution des chefs traditionnels sur le droit coutumier, en tant qu'ensemble de normes issues de règles naturelles et de pratiques anciennes ancrées dans la société et auxquelles s'attachent certaines collectivités. A côté de tous ces mécanismes, l'action en justice, dans son sens général *d'action en vue de la justice*, en tant que réaction face à la méconnaissance de son droit subjectif, en vue de ce rééquilibrage, de cet rétablissement de la justice, n'est plus la chose du seul système judiciaire moderne, dans

---

<sup>997</sup> Ibid.

<sup>998</sup> F. REGELSBERGER, « *Pandekten* (Pandectes ou Digeste) », T. I, Leipzig, 1893, § 9, I, *in fine*, p. 59 ; V. aussi O. GIERKE, « *Deutsches Privatrecht* (Le droit privé allemand) », *Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft* (Manuel systématique du droit allemand), T. I, Ed. Duncker et Humblot, Université de Harvard, Leipzig, 1895, § 15, II, p. 115. NB : Pandectes est un terme d'origine grecque « *Pandectai*, qui contient tout ». Il désigne un recueil juridique, compilé sur l'ordre de l'empereur Justinien (527-565) et qui est plus connu sous son nom latin de '*Digeste*'. Les Pandectes sont formées de passages repris aux œuvres des jurisconsultes romains de l'époque classique.

<sup>999</sup> V. à ce propos D. ALLAND, « Justice privée et ordre juridique international. Étude théorique des contre-mesures en droit international public », Coll. *Publication de la Revue générale de droit international public*, préf. Pierre-Marie DUPUY, Ed. A. Pédone, Paris, 1994. En terme de contraintes qui menacent l'adversaire, on peut envisager la contrainte exercée en matière contractuelle par le créancier à l'encontre de son débiteur (l'ancienne exécution sur la personne même du débiteur défaillant ; l'exception d'inexécution, la clause pénale, le droit de rétention...), la légitime défense de la victime à l'encontre de son agresseur en droit pénal, ou encore les contremesures en droit international public.

le cadre du seul droit moderne posé. Seulement, les autres voies de justice ont encore un destin peu clair en dépit de leur vertu à contribuer plus efficacement à la paix sociale.

## **Paragraphe 2 : Le sort des autres voies de justice**

**554. Un destin ambigu.** L'ambiguïté se situe dans la sélection. Le législateur, on ne sait si c'est par méconnaissance ou par méfiance, opère une sélection de voies de justice qu'il organise dans un double souci de désengorgement des rôles des juridictions et de nécessité de pacification des procès. Ce constat se sent surtout à travers une large prise en compte formelle de certaines voies logiquement dénommées modes alternatifs de règlement des conflits (MARC). Mais choisir, c'est exclure. Ainsi, certaines voies semblent-elles délaissées (A) tandis que d'autres sont formellement récupérées (B).

### **A. Les voies délaissées**

**555. Le législateur, entre le tort et la raison.** Le caractère inadmissible dans une société démocratique a amené, depuis des siècles, le législateur à écarter la voie de droit faite de violence : il s'agit là d'un abandon (1). Dans le même temps, d'autres voies, au regard de leur caractère vertueux devraient être prises en compte afin de produire des effets de droit. Mais elles semblent négligées à tort (2).

#### ***1. Une voie abandonnée avec raison***

**556. De plusieurs formes, l'une.** *Nul ne peut se faire justice à soi-même.* Le principe ainsi énoncé ne vaut pourtant que pour exclure la seule forme de justice privée faite sur le mobile de vengeance sur fond de violence, impulsée par l'égo social et la volonté d'en découdre. Cette forme de justice n'en est plus une, elle rate son but ultime qui est la paix sociale.

**557. A l'origine, la justice privée.** Il est indéniable qu'on ne peut déterminer un point zéro de la chronologie avant lequel rien n'existerait et après lequel le législateur les ferait jaillir du néant<sup>1000</sup>. L'idée de Max WEBER selon laquelle l'arbitrage aurait été pour certains à l'origine du droit processuel et serait ainsi apparu antérieurement à la justice étatique peut

---

<sup>1000</sup> P. SEGUR, « La dimension historique des libertés et droits fondamentaux », in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Coll. *CRFPA grand oral*, 18<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris, 2012, pp. 7-27, spéc. p. 7.

néanmoins être prise comme une illustration de l'origine même de la justice. Il lui accorde en effet une grande importance : « Le contrat d'arbitrage, écrit-il, issu des contrats d'expiation entre clans... est la source non seulement de tout le droit processuel mais aussi... de tous anciens types de contrat de droit privé<sup>1001</sup> ». Si en ce même sens M. MENTHON soutient l'antériorité de l'arbitrage face à la justice étatique<sup>1002</sup>, cette idée n'a pas pour autant fait l'unanimité au sein des historiens<sup>1003</sup>.

**558.** Quoi qu'il en soit, le problème ici n'est pas de trouver la forme de justice qui aurait précédé ou succédé à l'autre car, si aujourd'hui on réintroduit les modes anciens dits modes alternatifs de règlement des conflits (qui avaient toujours été présents dans les procédures coutumières ou d'origine traditionnelle pratiqués surtout par les chefs traditionnels et les rois) dans la justice étatique, c'est sans ignorer qu'à la Rome antique, ce fut d'abord dans la période royale, le roi secondé par des pontifes qui étaient magistrats, puis les consuls et enfin, le préteur qui n'était pas juge, et le juge qui n'était qu'un simple citoyen, à partir de 367 avant J-C<sup>1004</sup>. C'est dire que la justice évolue au rythme des besoins sociaux de chaque époque et sa forme abandonnée ou limitée hier peut se révéler utile aujourd'hui, cette dernière pouvant être inefficace et remplacée demain soit par une nouvelle ou par une ancienne, autrefois abandonnée. Le caractère antérieur n'est donc pas un gage de légitimité pour la première et un signe de méfiance pour la seconde. En réalité, l'analyse de Max WEBER selon laquelle l'évolution se serait opérée du *type irrationnel* des sociétés primitives au *type rationnel* des sociétés modernes se révèle aujourd'hui critiquable au vu du recours aux modes alternatifs de règlement qui ont montré et qui continuent de montrer toutes leurs vertus en dépit de leur abandon au chef traditionnel en faveur de la justice étatique moderne. Justice publique comme justice privée peuvent se prévaloir de toute antériorité à titre égal. L'un dans l'autre, c'est la place qu'occupe encore la justice privée dans une conception philosophique positive qui est ici intéressante.

---

<sup>1001</sup> M. WEBER, « Sociologie du droit », Préf. Philippe RAYNAUD, Trad. et introd. Jacques GROSCLAUDE, Coll. *Quadrige*, Discipline : Droit et Science politique, PUF, Ed. 1986, Rééd. Paris, 2013, p. 49.

<sup>1002</sup> F. de MENTHON, *Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire*, Thèse Paris, 1926, p. 9

<sup>1003</sup> J. GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1982, n° 283.

<sup>1004</sup> M. VILLEY, *Le droit romain*, op. cit. p. 13.

**559. Une philosophie de justice privée.** N'y a-t-il justice que dans un système organisé préalablement ? Nous nous posons ainsi la question par rapport aux seuls systèmes de justice institutionnelle fondée soit, sur un droit coutumier, système de justice traditionnelle, mécanisme de justice moderne ou d'organisation étatique. A l'affirmative, c'est dire que la justice, le simple fait d'être privée, en dehors de toute organisation, formelle ou informelle, serait dépourvue de toute vertu. C'est pourtant l'idée généralisée dans l'esprit de juristes : la justice privée est de tout temps prise systématiquement comme celle que l'on se fait à soi-même par la violence. Or, il est bien possible de se faire une conception pacifiste de la justice privée. La notion de justice privée, quand on la pense bien, n'est pas chose mauvaise en soi. Elle reste une justice, la même attitude du juste, et n'est privée que par sa mise en œuvre en dehors de tout système formel.

**560. Justice privée, entre système organisé et vengeance privée sur fond de violence.**

D'abord, quand Michel VILLEY expose la poursuite du droit dans la forme première de la justice qu'a connue la Rome primitive, en parlant de « *son caractère entièrement privé* » ou de « *vestige d'une procédure entièrement privée* », la compréhension que l'on peut en avoir est nette et sans distinction d'acceptions : la personne qui se sent offensée se faisait à elle-même justice, aidée éventuellement de ses parents et voisins, par la violence et par les armes<sup>1005</sup>. Il ne s'agit là que de la vengeance privée qui se manifeste par une étroite *solidarité* active et passive du groupe. Tout le clan de la personne lésée ou de la victime est prêt à assister le vengeur et, au même moment, tout le clan de la personne débitrice ou l'agresseur doit s'apprêter à subir la vengeance qui cherchera à atteindre non seulement le coupable mais ses proches, son chef, les membres les plus importants du groupe : une responsabilité pénale de caractère collective, à l'origine<sup>1006</sup>. La présence de vengeance sur fond de violence rend la justice privée, ainsi conçue, plus excessive que le Talion connu pour son caractère égalitaire, une forme de juste : œil pour œil, dent pour dent ; connu de la plupart des législations répressives primitives dont la loi mosaïque (Exode XXI)<sup>1007</sup> est

---

<sup>1005</sup> *Ibid*

<sup>1006</sup> G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *Droit pénal général et procédure pénale*, Tom I, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1966, p. 55.

<sup>1007</sup> Société de Savants, de Littérateurs et d'Artistes, Français et Étrangers, « Encyclopédie des gens du monde », Répertoire universel des sciences, des lettres et des arts, T. 7, Ed. E. DUVERGER, Paris, 1836, p. 789. Il s'agit du *DEODAND*, terme de la loi anglaise signifiant littéralement « chose qui doit être consacrée à Dieu » (*Deo dandum*). On trouve dans la loi mosaïque (Exode, XXI, 28) : « Si un bœuf frappe de sa corne un homme ou une femme, et qu'ils en meurent, le bœuf sera lapidé, et on ne mangera point de sa chair ». De

célèbre, le Coran l'avait également adopté (XI, 173) ; la Grèce antique l'avait appliqué, ainsi que les Perses avec le « *membrum ruptum* » en droit romain primitif et dans les lois barbares germaniques où il était même question de vengeance de sang pour des lésions considérées comme n'entraînant pas la mort<sup>1008</sup>. La justice privée est entendue comme une alternative à la justice étatique. En face de celle-ci en effet, sont apparues et se développent des justices non étatiques, au premier rang desquelles se trouve l'arbitrage, justice privée d'origine normalement conventionnelle<sup>1009</sup>. Au-delà de cette forme plus ou moins formelle, l'auteur y voit une faculté de vengeance anarchique. La justice privée peut recouvrir deux notions différentes. L'acception, la plus courante désigne l'arbitrage qui est le recours à un juge privé ou non-étatique. Or, l'arbitrage désigne une justice privée et payante, chargée de trancher les litiges qui lui sont soumis par les parties dans le respect des principes du droit. Son caractère organisé se révèle à travers ce qu'il n'est possible d'y avoir recours que dans certaines conditions dont la manifestation d'un accord préalable des parties sur ce mode de règlement du conflit, nul ne pouvant imposer à autrui un mode alternatif de règlement des litiges. Cet accord est formalisé par un écrit qui désigne le(s) arbitre(s) et fixe les règles de procédure qui seront appliquées : il prend le nom de clause compromissoire ou de compromis, selon qu'il est établi avant ou après la naissance du litige qu'il entend régler.

**561. Une conception moderne.** Dans les sociétés étatiques modernes occidentales, la justice dite privée désigne, dans le cadre national, le fait d'être juge et partie de sa propre cause et de poursuivre de sa propre autorité la défense et la réalisation de son droit sans faire appel à l'intervention d'une tierce autorité<sup>1010</sup>. Cette justice fut interdite à la suite de l'étatisation du droit pénal et du monopole étatique de la contrainte dite légitime. Cette voie de droit, du fait

---

même encore, c'était une des lois de l'*Athénien Dracon* que tout ce qui causait la mort d'un homme en tombant sur lui fût détruit ou jeté hors du territoire de la république ; on condamnait une statue à être précipitée dans la mer pour être tombée sur un homme et l'avoir tué. En Angleterre, dans toutes les mises en cause pour homicide, le jury spécifie l'instrument qui a occasionné la mort et sa valeur, afin que le roi puisse réclamer le *deodand*.

<sup>1008</sup> Paul HUVELIN, « La notion de l'*iniuria* dans le très ancien droit romain », *Mélanges Ch. APPLETON*, Annales de l'Université de Lyon, Ed. A. REY, 1903, Lyon, p. 5 et 7. « L'*iniuria* dans la langue littéraire du VI<sup>e</sup> siècle avait deux significations : Injustice d'une part, et, violence physique d'autre part ; ce dernier sens étant le sens juridique technique, et, vraisemblablement, le sens autochtone ancien (p. 7, note 1). Aussi, procède-t-il des moyens de contrainte dont peut user un créancier contre son débiteur récalcitrant (p. 5) »

<sup>1009</sup> H. MOTULSKY, « La nature de l'arbitrage », in *Écrits. T. 2 : Études et notes sur l'arbitrage*, préf. Berthold GOLDMAN et Philippe FOUCHARD, Ed. Dalloz, Paris, 1974, p. 5 et s.

<sup>1010</sup> Raymond VERDIER, « La vindicte publique, justice privée, justice d'État », in R. VERDIER, *Vengeance*, Coll. Mutations, Ed. Autrement, Paris, 2004, p. 141-143.

qu'elle tourne parfois à la violence, est abandonnée à raison, contrairement à d'autres qui sont négligées en dépit de leur caractère vertueux.

## 2. Des voies négligées à tort

**562. Entre deux extrêmes, Paul RICŒUR et les autres.** Face aux problèmes évoqués plus haut, la justice pourrait être réalisée plus efficacement par des voies qui sont pourtant quotidiennement explorées, reste juste à être reconsidérées en attachant aux décisions qui en sortent des effets d'une véritable décision telle, entre autres, la chose jugée par simple homologation. En effet, entre justice privée faite d'arbitraire par la vengeance sur fond de violence d'une part et justice privée organisée au travers d'un certain arbitrage ou médiation en dehors toutefois de toute institution formelle, Paul RICŒUR, dans son article intitulé « *Aristote : de la colère à la justice et à l'amitié politique* » révèle les enjeux d'une « *juste vengeance* ». Le juste dans l'informel, une vertu dans la justice privée ! Si on peut avoir une certaine vertu dans une certaine vengeance, pourquoi ne pas la reconnaître si elle aboutit à un bon règlement du conflit ? Il y a des décennies, Leo STRAUSS avait écrit « *la fin de la vie humaine n'est pas la liberté mais la vertu*<sup>1011</sup> », Et pourtant, rien de surprenant si ce n'est que la mise à l'écart de tout ce qui relève de la justice privée telle qu'on l'oppose à la justice publique<sup>1012</sup> par le développement du droit pénal moderne<sup>1013</sup>. Encore que la question se pose en sens inverse dans des études, les auteurs se demandent si ce ne seraient pas plutôt le recours aux autres modes de règlement qui écartent les procédures modernes<sup>1014</sup>. Mais paradoxalement, la problématique de la « *juste vengeance* » qui semblait avoir été mise hors du circuit procédural formel paraît, selon l'auteur, revenir aujourd'hui au premier plan à la

---

<sup>1011</sup> L. JAUME, *Léo STRAUSS - Qu'est-ce que la philosophie politique ?* Trad. de l'anglais par Olivier SEDEYN, in *Revue française de science politique*, 42<sup>e</sup> année, n°4, 1992. pp. 659-660, Spéc. p. 660.

<sup>1012</sup> D. COHEN, « Justice publique et justice privée », *Arch. phil. dr.*, n° 41, Paris, 1997, pp. 149-161, Spéc. pp. 149-150. Envisagée dans son acception d'institution, la justice peut se parer d'un caractère public ou privé. La justice publique, quels que soient les litiges à régler, c'est la justice d'État. Ce rattachement en constitue la marque essentielle, la justice peut même constituer un service public en ce qu'elle est rendue au nom de l'État ou du peuple. En face de la justice publique se dresse, apparemment à l'opposé, la justice privée.

<sup>1013</sup> P. RICŒUR, « Aristote : de la colère à la justice et à l'amitié politique », *Esprit*, n° 289 (11), 2002, pp. 19-31, Spéc. p. 19.

<sup>1014</sup> P. ANCEL, G. BLANC, M. COTTIN, O. GOUT, et alii, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : un objet nouveau dans le discours des juristes français ? », Marie-Claire RIVIER (dir.), Université Jean Monnet - Saint- Etienne, *Rapport synthétique, (C.E.R.C.R.I.D.), 2001*, p. 9. « *Les modes alternatifs sont-ils une manifestation de la mise à l'écart du droit dans le cadre du règlement des différends ? [...]L'affirmation selon laquelle l'avènement des modes alternatifs de règlement des conflits conduit les juristes français à devoir ranger au musée leur conception classique de l'ordre juridique n'est pas confirmée par l'étude* ».

faveur de la crise affectant l'infliction de la peine à un condamné. Sur ce point, on voit l'expression de toute la problématique des vertus dans la justice entièrement privée et, en même temps, l'idée de la récupération inévitablement entreprise depuis un moment en procédure civile au travers de la déjudiciarisation progressive des voies de droit, voies de justice, la contractualisation du procès<sup>1015</sup>, des modes alternatives de règlement des litiges ou de conflits ou même des différends<sup>1016</sup>. Il est ainsi question de recourir, comme on peut le constater dans la substance de ses idées, à l'éclairage sur « le couple de la victime et de son offenseur, que la vengeance a pu rendre solidaires, qui devrait passer à nouveau au premier plan dans la perspective d'une restauration- reconstruction du lien social, plutôt que dans celle d'une répression en chaîne du crime ».

**563.** En clair il y a lieu d'y voir une nécessité de privilégier le « *sous le chêne* » à la « *chaîne de crimes* » ; car, si le premier pourrait contribuer à la *juste vengeance*, la seconde quant à elle n'est que le résultat d'un droit moderne constitué sur la base des couples offensé/offenseur et loi/ infraction avec comme dans le viseur, le droit de punir, la peine, « *poena* », l'aspect de souffrance infligée par l'institution judiciaire au coupable condamné, souffrance qui s'ajoute à celle éprouvée par la victime du préjudice. Chaîne de souffrance donc, chaîne de crime éventuellement, car, la société étant un tout, cette sorte de satisfaction morale pour la victime de voir souffrir l'auteur de son mal se révèle souvent inefficace. Bien vrai, il faut procéder à l'isolement des auteurs de délits majeurs de la société par leur incarcération, mais les conséquences sont encore parfois sans aucune mesure, à commencer par les cas de radicalisation par le passage dans les maisons d'arrêt (même si la proportion se révèle faible<sup>1017</sup>) et de rejet par la société. Il a même été question d'adapter autant que possible les

---

<sup>1015</sup> L. CADIET, L. RICHER (dir), *Réforme de la justice, réforme de l'Etat*, PUF, 2003, chapitres consacrés au juge unique (pp. 139-158), au traitement de l'urgence (pp. 159-184) ou à la contractualisation de la justice (pp. 185-219).

<sup>1016</sup> Sur les différences terminologiques de MARL et des MARC, voir par exemple, L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 73, p. 298 et 279.

<sup>1017</sup> S. DINDO, « Radicalisation en prison : une question prise à l'envers ? », *Dedans Dehors* N°87 Avril 2015, p. 4. « *De concert, la garde des Sceaux et la directrice de l'administration pénitentiaire rappellent que parmi les 172 personnes détenues pour des faits liés à l'islam radical, seules 21 avaient déjà été incarcérées 15. La première en déduit que nous devons travailler sur les 86 % qui se radicalisent ailleurs, en particulier sur internet et les réseaux sociaux* » (Assemblée nationale française, 24/03/2015). La seconde conclut « qu'il n'y a pas de relation de cause à effet directe entre le fait d'avoir été incarcéré et de se retrouver aujourd'hui en prison pour des faits de terrorisme ». Si des phénomènes d'intensification religieuse sont présents » en détention, « ils ne sont pas massifs comme le suggère le ton alarmiste des médias et des pouvoirs publics soucieux de donner des gages en matière sécuritaire ». Ne faut-il pas davantage s'interroger sur ce qui a conduit un Merah ou un Coulibaly en prison et « voir en eux avant tout les enfants de l'accumulation des

conditions de la détention à celles du monde extérieur<sup>1018</sup> : s'agit-il toujours là d'une sanction ? Lors d'une réforme en suisse, de nouvelles sanctions, telles que « la *semi-liberté* » et « la *semi-détention* », ce ne sont que des signes de recherche d'alternatives crédibles et efficaces.

**564. Une justice moderne qui faiblit face aux auteurs d'injustice.** Que ce soit la justice civile ou la justice pénale, les règles du droit moderne contemporain semblent inefficaces et on note une baisse considérable dans la crainte de les enfreindre. Quelle alternative<sup>1019</sup> ? Muyart de VOUGLANS avait estimé que le contrat social qui repose sur le volontarisme et les lois positives est de la chimère politique et que la peine capitale serait le garde-fou indispensable au maintien de la sécurité générale, une nécessité pour exterminer le méchant, servir d'exemple, purger la société et préserver de la contagion que le mélange des méchants ne manquerait pas d'y répandre<sup>1020</sup>. La peur du châtement corporel devrait ainsi être telle qu'elle effraye la violence, encore que cette pédagogie de l'effroi reste incapable de corriger la méchanceté des hommes, comme en témoigne les études récemment réalisées (2009) par le Professeur KOUGNIAZONDE tant sur les prisons et la justice juvénile que sur la justice coutumière au Bénin<sup>1021</sup> ; en témoigne aussi la recrudescence de la cruauté observée aujourd'hui dans les pays où la peine capitale continue d'être appliquée.

**565.** De ce qui précède, la sanction pénale en droit moderne atteint-elle vraiment son objectif<sup>1022</sup> ? Le jugement ou les décisions définitives en général atteignent-ils leur but ? Prenons quelques exemples : le but de la peine peut être centré sur l'acte ; il est alors restitutif. Ce but peut s'adresser soit à l'auteur de l'acte incriminé, donc dans une volonté de

---

défaillances des institutions de socialisation (famille, école, travail) et de contrôles (services sociaux, police, renseignements) ?

<sup>1018</sup> H. SCHULTZ, « Message portant Projet de modification du code pénal suisse et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs », in Feuille fédérale, *Archives fédérales suisses*, Publications officielles numérisées, 21 septembre 1998, pp. 1787-2221, Spéc. p. 1791.

<sup>1019</sup> J. DUBOUCHET, « Les représentations sociales de la justice pénale. Retour sur un chantier abandonné », in *Déviance et société*, Vol. 28, n° 2, 2004, pp. 179-194.

<sup>1020</sup> M. de VOUGLANS, « les lois criminelles de France dans leur ordre naturel », Dédiées au Roi SIRE, MERIGOT, CRAPART, MORIN, I, Paris, 1780, p. 54.

<sup>1021</sup> Ch. C. KOUGNIAZONDE, op. cit., V. première et deuxième parties, pp. 3-90.

<sup>1022</sup> N. LANGUIN, et alii, « Des représentations sociales de la peine favorables à un nouvel art de sanctionner », in Parmentier S., VERVAEKER G., DOUTRELEPONT R., KELLENS G., *Public Opinion and the Administration of Justice (Opinion public et administration de la justice), Popular perceptions and their implications for policy-making in Western countries (Perceptions populaires et leurs implications pour l'élaboration des politiques dans les pays occidentaux)*, Politeia Press, Bruxelles, 2004, pp. 91-108.



répression ; soit à la victime, donc dans le dessein d'une réparation<sup>1023</sup>. Opéré dans le cadre de la seule justice moderne avec le caractère strict de ses règles, cette conception n'offre pas toujours les garanties de paix sociale, chacun devant régler son compte au détriment de l'autre, soit en subissant une peine soit en bénéficiant d'une certaine réparation. En Afrique, ce sont plutôt les différends relevant normalement du domaine civil, tels que les problèmes liés à la propriété sur un bien, les incompréhensions matrimoniales, les affaires domaniales, les discordes en matière de tontine, ... qui conduisent à des actes d'injustice, de brigandages, voire de crime de sang, qui pèsent sur les plus démunis des communautés rurales essentiellement traditionnelles ; situation qui en rajoute ainsi à la misère générale de la paysannerie qui fournit le plus grand nombre de victimes<sup>1024</sup>. C'est en cela que Marc ANCEL, en conclusion à ses idées sur la sanction de l'auteur d'acte injuste en arrive à la nécessité de se référer à la tradition concrète : « le mouvement de défense sociale, loin d'être un mouvement doctrinal sans racine dans le passé, se rattache au contraire à deux grands courants de pensée : - la tradition révolutionnaire, en ce qu'elle tend à l'affirmation et à la sauvegarde des droits de l'homme. Parmi ces prérogatives inhérentes à la personne, la défense sociale proclame que doit figurer pour l'auteur de l'acte d'injustice un véritable droit à sa resocialisation que la société a le devoir corrélatif de lui assurer ; - la tradition chrétienne qui a fait pénétrer dans le domaine de la répression l'idée de charité par opposition à la vieille idée de vengeance et qui, attachée à la rédemption du pécheur, incite le coupable, par un retour sur lui-même, à prendre conscience de la gravité de son acte tout en lui ouvrant la perspective de se libérer, par un effort personnel courageusement poursuivi, du poids de sa faute<sup>1025</sup> ». De l'autre côté, le but de la peine peut être prospectif ; il est dans ce cas centré sur l'auteur du délit et associé à un projet pour l'avenir. Ce projet peut viser l'amélioration du condamné et sa réinsertion dans le corps social. Il peut aussi tendre à la mise à l'écart et au redressement du délinquant.

---

<sup>1023</sup> CH.-N ROBERT, J. KELLERHALS, N. LANGUIN, E. WIDMER, J. DUBOUCHET, « Les représentations sociales de la sanction pénale. Une étude des normes de justice dans les mentalités contemporaines », Centre d'Etude, de Technique et d'Evaluation Législatives, *Rapport d'octobre 2001*, Genève, 2001, p 20 (du chapitre 1<sup>er</sup>: Modèles de justice et théories de la peine).

<sup>1024</sup> V. sur ce point, outre l'analyse de KOUGNIAZONDE, déjà environ trente ans en arrière, celles de J. DAY, « Banditisme social et société pastorale en Sardaigne », in *Les marginaux et les exclus dans l'histoire*, Cahiers Jussieu, n° 5, Université Paris 7. Collection : 10/18, N° 1290, Paris, 1979, pp. 178-214 ; aussi, N. CASTAN, *Les criminels du Languedoc. Les exigences d'ordre et les voies du ressentiment dans une société pré-révolutionnaire*, Le Mirail, Toulouse, 1980, p. 228.

<sup>1025</sup> M. ANCEL, « La défense sociale nouvelle », in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 6 N°4, Octobre- décembre 1954. pp. 842-847, Spéc. p. 844.

**566. De véritables alternatives.** En se référant aux nombreux travaux effectués tant en Europe qu'en Afrique dont, entre autres, ceux du béninois KOUGNIAZONDE, du nigérian OLAWALE, du suisse SCHULTZ, des allemands MAURACH et PETERS et de la thèse de droit français de GLEMAIN-GRUSSENMEYER<sup>1026</sup>, on peut comprendre qu'il y a lieu de prendre en compte les éléments de prévention des situations d'injustice (avec la précision que ces éléments sont, nous en sommes persuadés et plusieurs auteurs l'ont démontré, présents surtout dans les règles coutumières de tradition africaine) ; dissuader l'auteur de l'acte d'injustice de recommencer, préparer son retour dans la société et le faire réfléchir pour qu'il s'améliore<sup>1027</sup>. SENEQUE le philosophe n'a-t-il pas dit « Voyez comme la vertu est plus diligente à prévenir les peines, que n'est la cruauté à les ordonner<sup>1028</sup> ».

**567.** La réparation due à la victime et le rappel des règles à respecter pour préserver la vie en société<sup>1029</sup> : « *punitur ne peccetur* » (signifie en substance, « *punir pour empêcher la dislocation des relations sociales* »). En définitive, les voies délaissées ont leur source dans les règles traditionnelles ou dans le droit coutumier, dans la tradition chrétienne en particulier ou des convictions religieuses en général, dans la justice privée dans sa forme pacifique. En effet, dans les communautés traditionnelles, la crainte du châtement si tant recherchée en droit moderne est encore réelle, certains fétiches très respectés continuent d'assurer la sécurité une fois la nuit tombée, et quand on parle de communauté, il y a cette réalité que les membres se connaissent assez bien et les auteurs d'actes répréhensibles sont moins

---

<sup>1026</sup> F. GLEMAIN-GRUSSENMEYER, *L'efficacité des décisions de justice en matière civile*, thèse Paris X, 1997.

<sup>1027</sup> Avant tout l'auteur d'un acte d'injustice ou surtout le délinquant doit être perçu comme une victime de son parcours de vie ou des problèmes qu'il peut rencontrer au cours de sa socialisation. Aussi les théories dites relatives de la peine envisagée sous l'angle du but qu'elle atteint « *punitur ne peccetur* », développées par Hans SCHULTZ et Franz RIKLIN, sur la base des travaux de Protagoras, PLATON (qui, lui aussi, rappelle *la théorie de la peine du Gorgias, qui consiste à reconnaître la justice comme fondement nécessaire de la peine, l'avertissement donné à quiconque serait tenté de l'imiter ; ... pour leur inspirer à l'avenir, aussi bien qu'à ceux qui seront témoins de leur châtement, l'horreur de l'injustice ou du moins pour affaiblir le funeste penchant qui les y porte*, V. Œuvres de Platon, t. 7, Trad. Victor COUSIN, p. XCV), SENEQUE (V. « *Epitres a Lucilius* », in œuvres complète, p. 568.), PESTALOZZI, Marc ANCEL (La défense sociale nouvelle, préc. p.), Jean GRAVEN, devraient-elles permettre à l'Etat d'intervenir avant que le délit ne soit commis. Mais lorsque le système s'occupe d'améliorer le délinquant après que le délit eût été commis, il en résulte un danger d'une atteinte à certains biens juridiques (liberté, patrimoine, vie privée, etc.). De plus, l'amélioration ne pourra parfois aboutir qu'au terme de plusieurs années après la commission de l'infraction. Dans ce cas, le devoir de prévention générale du droit pénal sera négligé.

<sup>1028</sup> SENEQUE, le philosophe (en latin, *Lucius Annaeus Seneca*), « *Epitres a Lucilius* », traduites en français par PINTREL, revue et publiées par Jean La Fontaine, in *Œuvres complètes*, trad. M. NISARD (dir.), Ed. J.-J. DUBAUCHET, Paris, 1844, pp. 525-874, Spéc. p. 568.

<sup>1029</sup> Rapport d'octobre 2001 sur les représentations sociales de la sanction pénale, Préc., p. 2 du résumé. P. 23 et s. du rapport complet.

difficilement détectés, la Cour des divinités tranche les conflits avec une efficacité pratiquement irréprochable. Il en est de même pour les demandes adressées à la Cour royale pour qui les collectivités ont une déférence sans aucune insuffisance. A tout ceci, on peut dans une certaine mesure ajouter certaines autorités religieuses et autres personnalités d'une certaine obéissance ou considération vers qui certains citoyens portent leur cause afin qu'il soit statuer en dehors de tout système formellement organisé.

**568.** Ces alternatives ignorées par le système moderne se caractérisent essentiellement par la déférence aux différents acteurs, un phénomène à la fois psychologique<sup>1030</sup>, naturel et réel qui a cette vertu de la crainte de subir la colère et les affres du Dieu et des dieux, vertu nécessaire à l'efficacité et à la prévention des situations d'injustice, que ce soit du domaine civil ou criminel. Il est vrai que depuis un certain temps, des modes qualifiés d'*alternatifs* pour le règlement des conflits sont apparus dans le discours des juristes<sup>1031</sup> et la préoccupation était la question de savoir comment les parties peuvent résoudre leur différend sans le soumettre aux tribunaux<sup>1032</sup>. Mais par finir, c'est encore devant le juge, c'est-à-dire au tribunal, à tout le moins, au cours du procès que s'opère l'option de ces modes de règlement, précisément autour ou bien à l'orée de la procédure judiciaire, outre l'existence de la médiation conventionnelle<sup>1033</sup>. Par exemple, en plein procès, le juge peut suspendre celui-ci avec l'accord des parties et renvoyer ces dernières devant un médiateur qu'il désigne et qui mènera sa médiation confidentiellement par rapport au juge ; en cas d'aboutissement, c'est au même juge qu'il revient de procéder à l'homologation judiciaire de l'accord des

---

<sup>1030</sup> En réalité, il y a en nous des idées qui ne procèdent que de l'activité intérieure de l'esprit : c'est le *principe du spiritualisme* que l'on retrouve dans les idées de CUDWORTH et celles de KANT. Quelques écrivains dont en particulier MEINERS et DUGALD STEWARL, ont su fait remarquer cette grande analogie entre les idées des deux philosophes, et cet état mental des individus d'une communauté participe de toute la confiance nécessaire à l'efficacité de telle ou telle voie de droit . V. sur ce développement, « Encyclopédie des gens du monde », Répertoire universel des sciences, des lettres et des arts avec des notices sur les principales familles historiques et sur les personnages célèbres, morts et vivants, *Treuttel et Würtz*, tome septième, E. DUVERGER, première partie, Paris, 1836, p. 325.

<sup>1031</sup> V. par ex. M.- C. RIVIER (dir.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits : Un objet nouveau dans le discours des juristes français ? », *C.E.R.C.R.I.D.*, Université Jean Monnet, Saint-Etienne, Mai 2001, p. 3, où il est mentionné que dans cette étude pour laquelle la recherche documentaire est remontée jusqu'à 1970, le mot "*alternatives*", pour parler des modes de règlement des conflits (qui ne sont rien d'autres que ce que nous appelons « *voies de justice* »), apparaît pour la première fois, dans les revues sélectionnées, en 1974.

<sup>1032</sup> C. JARROSSON « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 49, n° 2, Avril-juin 1997, pp. 325-345, Spéc. p. 325.

<sup>1033</sup> V. C. JARROSSON, « La médiation », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique, Quadrige, Lamy, PUF*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, 2003, pp. 1009-1012, Spéc. p. 1010 (Développements contemporains).

parties, mais, en cas d'échec, le procès reprend son cours. C'est en fait rien de gagné dans ce cas. Il en est de même pour la procédure de la *conciliation* : le Code de procédure civile français a introduit parmi les principes directeurs du procès celui selon lequel « *Il entre dans la mission du juge de concilier les parties*<sup>1034</sup> ». Cela ne participe pas pleinement de son objectif de pallier les problèmes, paradoxalement opposés, de désaffection vis-à-vis des procédures judiciaires étatiques d'une part, et de l'encombrement des tribunaux étatiques d'autre part, qui militaient en faveur de leur introduction. L'opposition de ces deux phénomènes simultanément constatée est aussi significative : en dépit de la désaffection, les justiciables de l'Occident n'ayant que l'action en justice comme seule voie de droit disponible se ruent vers les tribunaux qui se retrouvent dans le même temps submergés d'affaires.

**569.** Dans les pays « *modestes* », d'autres alternatives sont à la disposition des citoyens pour régler leurs différends : le « *sous le chêne* », le recours aux chefs traditionnels ou au chef de famille, et, pour les situations plus graves, le recours au Roi de la communauté, dans certains cas encore, aux autorités religieuses... Ces différentes personnalités à la tête des communautés sont, pour la plupart, connues pour leur sens de justice et de probité. On a en effet besoin de ces véritables alternatives, faites de mécanismes plus ou moins isolés des cours et tribunaux étatiques et qui fonctionnent parallèlement à ceux-ci. Toutefois, certaines de ces voies de justice, ou proches, sont en train d'être prises en comptes, surtout, sur la base d'exhortations à y recourir.

## **B. Les voies récupérées**

**570. La récupération, un processus à double vitesse.** La récupération des voies traditionnelles par le droit formel n'est pas systématique. On observe une sorte de timidité pour certaines (1), tandis que d'autres ont l'onction définitive de l'organisation par le droit moderne (2).

### ***1. Les voies à récupération timide***

**571. Les voies de justice traditionnelle.** Le caractère timide de la justice dans le cadre traditionnel africain se justifie par le fait qu'elle était liée à l'organisation et à la mentalité

---

<sup>1034</sup> V. Art. 21, CPC.

des sociétés. C'était essentiellement une justice de chefs qui privilégiait la conciliation<sup>1035</sup>. Il en résulte toutefois une logique empreinte d'ambiguïté : respecter les institutions traditionnelles au nom de l'ordre public et inscrire les populations autochtones dans un ordre juridique moderne que représente le système judiciaire étatique. La transition par le pouvoir colonial à travers l'institution progressive d'une justice dite indigène ménageant les intérêts supérieurs coloniaux n'y a rien pu faire pour faire disparaître totalement les procédures traditionnelles. Aujourd'hui, l'« *existence d'une nouvelle sensibilité sociale, recherche de l'accord tenant à l'esprit du temps, complexité du droit, inflation de textes, mais aussi effacement des consensus sociaux (sur les comportements familiaux ou relevant de la vie privée, sur les transformations économiques, sur la finalité du droit répressif ou du droit du travail, sur la portée de l'ordre public,...) ont fait advenir le temps du doute quant à l'aptitude de la règle juridique, telle qu'appliquée par un juge sommé de « dire le droit », à apporter réponse au règlement des différends. Dans ce climat de doute, on transige, et du processus de règlement, l'intérêt se déplace vers l'acte de règlement : la transaction trouve un regain d'actualité à être aujourd'hui rangée dans le discours relatif aux MARC<sup>1036</sup> » qui étaient pourtant la pratique quotidienne dans les voies de justice traditionnelles.*

**572. Notion de justice traditionnelle.** Sous ce vocable on entend des procédures de règlement des litiges par les règles en vigueur avant la colonisation. Ces règles n'étaient pas issues d'un droit écrit, mais résultaient des pratiques séculaires ancestrales. Durant la colonisation, on en a mis par écrit, dans des ouvrages appelés coutumiers comme ce fut le cas en France à travers la rédaction des coutumes. Ce qui donna lieu au droit dit *coutumier*. Mais on s'est rendu compte plus tard que cette tentative n'avait fait que déformer ces droits. Car certaines communautés africaines sont restées fidèles à leurs pratiques originelles. Ce qui fait qu'on parle encore aujourd'hui en termes de *droits traditionnels ou de droits originellement africains*. Malgré la colonisation, et l'acculturation qui s'en est suivie, malgré les Indépendances et l'adoption d'un droit inspiré du droit occidental, ces groupes sociaux africains ont tendance à éviter le droit d'inspiration étrangère et continuent de suivre leurs

---

<sup>1035</sup> J. JOHN-NAMBO, « Quelques héritages de la Justice coloniale en Afrique noire », in *Droit et société*, Ed. Juridiques associées | *Droit et société*, 2002/2 n° 51-52, pp. 325-343, Spéc.

<sup>1036</sup> P. ANCEL, G. BLANC, M. COTTIN, O. GOUT, et alii, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : un objet nouveau dans le discours des juristes français ? », Marie-Claire RIVIER (dir.), Université Jean Monnet - Saint-Etienne, *Rapport synthétique, (C.E.R.C.R.I.D.)*, 2001, p. 9.

pratiques traditionnelles<sup>1037</sup>, aussi on peut les connaître, en lisant les ouvrages d'ethnologie ou d'anthropologie juridique assez anciens, mais également grâce aux recherches récentes souvent effectuées maintenant par des chercheurs africains<sup>1038</sup>. Ces dernières sont faites de *conciliation, d'amiables compositions, d'arbitrages privé et institutionnel, de concession de part et d'autre, ...* Le caractère traditionnel de ces voies de justice réside dans le fait qu'elles donnent lieu à des décisions rendues sur la base de règles traditionnelles issues de pratiques séculaires et aussi le fait qu'elles ont lieu devant les chefs traditionnels dont le chef de famille, le chef du clan, le roi local ou devant la Cour Royale, juridiction suprême qui rend des décisions sans recours. D'origine étrangère, la justice coloniale était autoritaire, imposée, hiérarchisée, centralisée et inégalitaire, avec une structure hétérogène en personnel judiciaire<sup>1039</sup>. Mais comment se défaire de ce qui, au fil de l'histoire, est devenu l'héritage commun des Africains ? se demandait M. Joseph JOHN-NAMBO ? Pour des raisons d'ordre historique, pratique et psychologique, l'attitude du législateur colonial français avait d'abord été de reconnaître le principe du maintien des juridictions spéciales dites indigènes<sup>1040</sup>. La bonne lisibilité de la justice en Afrique, donc son efficacité, passe avant tout par une rupture avec la logique institutionnelle coloniale, disait-il. Nous croyons que, sans une telle rupture brutale, la situation se dénoue depuis plusieurs décennies avec une cohabitation de deux systèmes, l'un formel et l'autre informel, mais avec des vertus qui ont fait lorgner de ce côté ses bienfaits au point d'opérer quelques récupérations toutes aussi formelles.

---

<sup>1037</sup> V. René PAUTRAT, *La justice locale et la justice musulmane en A.O.F.*, Préf. De Louis RENAULD, Dakar, 1957, p. 2 et s. Il faut remarquer que cette situation a été favorisée par l'expansion française en Afrique qui a posé dès l'origine le problème juridique de coexistence d'une population autochtone, vivant selon des coutumes très variées ou selon la loi coranique plus ou moins altérée par la survivance de ces coutumes, et d'une minorité de souche européenne ayant conservé ses mœurs, régies par des lois largement inspirées du droit romain et du christianisme. Le souci d'une coexistence harmonieuse a imposé la reconnaissance de deux ordres juridiques (coutumier et métropolitain). Les juridictions de droit local ont même reçu compétence pour appliquer le droit spécial à ceux des autochtones qui ont conservé leur statut à bases coutumière (p. 2).

<sup>1038</sup> V. par exemples, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone* » publié en 1962 et « L'homme et la Terre : Droits fonciers coutumiers et droit de propriété en Afrique occidentale, publié en 1966 par Guy-Adjété KOUASSIGAN ; « La nature du droit coutumier africain » publiée en 1961 par Elias Taslim OLAWALE ; l'« Etude sur la justice coutumière de Bénin » publiée en 2009 par Christophe Codjo KOUAGNIAZONDE ; « La justice locale et la justice musulmane en A.O.F. » publiée en 1957 par René PAUTRAT, avec la préface de Louis RENAULD ; « Quelques héritages de la justice coloniale en Afrique noire » de 2002 par Joseph JOHN-NAMBO...

<sup>1039</sup> J. POUMARÈDE, « Exploitation coloniale et droits traditionnels », in *Pouvoirs publics et développement en Afrique*, Toulouse, éd. de l'Université des sciences sociales, 1992, p. 141-147, spéc. p. 114. Les tribunaux étaient en effet, non seulement présidés par des administrateurs coloniaux, mais les assesseurs étaient choisis sur des listes de notables établies par les gouverneurs des différents territoires.

<sup>1040</sup> H. SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé: colonies et pays de protectorat (non compris l'Afrique du Nord) et pays sous mandat*, Paris, Sirey, 1927, p. 436 et s.

**573. Les voies de justice traditionnelle en récupération, dans le cadre d'institution planétaire.** La tendance à la récupération s'observe déjà au plus haut niveau d'institutions planétaires à travers les exhortations pour leur intégration formelles par les instances de l'Organisation des Nations Unies qui se soucient désormais de la possibilité d'exploitation des moyens locaux de résolution des différends :

*« il convient d'accorder toute l'attention qu'ils méritent aux mécanismes traditionnels autochtones et informels en matière d'administration de la justice ou de règlement des litiges, afin qu'ils puissent conserver leur rôle souvent essentiel, en se conformant à la fois aux normes internationales et à la tradition locale. D'importantes fractions de la société risquent de ne pas avoir accès à la justice s'il n'est pas tenu compte de leur existence ou de leurs décisions<sup>1041</sup> ».*

**574.** Le rapport précise qu'il faudrait rechercher les moyens d'assurer le bon fonctionnement de mécanismes complémentaires et ayant un caractère moins formel<sup>1042</sup>, *apprendre aussi à éviter les solutions toutes faites et l'importation de modèles étrangers, et à appuyer plutôt notre action sur des évaluations nationales, la participation des acteurs nationaux et les besoins et aspirations locaux<sup>1043</sup>*, procéder à une bonne connaissance de la culture du pays hôte, la capacité de coopérer avec les homologues locaux<sup>1044</sup>. Les exhortations du Secrétaire Général de l'O.N.U. en faveur du mécanisme de *vérité-justice-réconciliation* à sa source dans la justice traditionnelle. Il invoque surtout une conception de justice qui n'est plus, selon lui, l'apanage du seul système formel : *« C'est un concept enraciné dans toutes les cultures et les traditions nationales, et même si l'administration de la justice nécessite habituellement des mécanismes judiciaires formels, les mécanismes traditionnels de*

---

<sup>1041</sup> Conseil de sécurité des Nations Unies, Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, Rapport général, S/2004/616 du 23 août 2004, § 36, p. 16. Il a même été question de privilégier les moyens traditionnels aux acteurs formels de la justice (V. § 47 du rapport, *« promouvoir la réconciliation nationale et encourager l'émergence de forces modérées; et s'assurer de la révocation des fonctionnaires du système judiciaire et des services de sécurité qui pourraient avoir été complices de violations des droits de l'homme ou avoir pris part à la répression »*).

<sup>1042</sup> Rapport préc. du Secrétaire Général de l'O.N.U.

<sup>1043</sup> Rapport préc. du Secrétaire Général de l'O.N.U, p. 7. (V. Résumé), p. 3.

<sup>1044</sup> § 61 du Rapport préc.

*règlement des différends n'en sont pas moins eux aussi pertinents*<sup>1045</sup> », mettre en place des systèmes de médiation<sup>1046</sup>.

**575. L'exhortation à la récupération de la justice traditionnelle à un niveau institutionnel moyen.** Outre l'Organisation des Nations Unies, le recours aux mécanismes traditionnels est également l'œuvre d'organismes non moins internationaux, sans pour autant se limiter à un ordre national. M. Vidar HELGESEN, Secrétaire général international de l'IDEA (*International Institute for Democracy and Electoral Assistance* « Institut International pour la Démocratie et l'assistance électorale »), en préface au rapport 2009 de cet institut, a insisté sur la nécessité de tenter l'analyse et l'évaluation de façon systématique du rôle et de l'impact des mécanismes traditionnels tout en précisant l'ambition de tel rapport de combler cette lacune en étudiant le rôle que jouent les mécanismes de justice traditionnelle dans la gestion de l'héritage de conflits<sup>1047</sup>. Il est vrai que, dans ce domaine, comme au sein de tout système, tout n'est pas rose. L'auteur a, à cet effet, pris le soin de le souligner en mettant en garde contre les attentes irréalistes à l'égard des structures traditionnelles et révèle que ce rapport présente une évaluation factuelle et mesurée des points forts et des points faibles des mécanismes traditionnels de gestion des conflits dans le cadre élargi des efforts de reconstruction sociale.

**576. Une tentative de récupération dans un cadre de conflit interne.** l'article 3.1 d'un accord préliminaire de responsabilité et de réconciliation signé fin juin 2007 par le gouvernement ougandais et les rebelles de l'Armée de résistance du Seigneur (LRA, *Lord's Resistance Army*) dispose qu' « il faut promouvoir le recours à des mécanismes de justice traditionnelle, comme Culo Kwor, Mato Oput, Kayo Cuk, Ailuc, Tonu ci koka et d'autres,

---

<sup>1045</sup> Rapport préc. du Secrétaire Général de l'O.N.U, p. 7. Et dans le cadre de ce mécanisme en faveur de la justice traditionnelle locale, le Secrétaire Générale rappelle à la même occasion que *la communauté internationale s'efforce depuis plus d'un demi-siècle de définir collectivement les conditions de fond et de procédure que requiert une bonne administration de la justice.*

<sup>1046</sup> Rapport préc. du Secrétaire Général de l'O.N.U, p. 8, § 12 ; Même les fonctionnaires de la justice, la société civile, les associations professionnelles, les chefs traditionnels sont appelés à être mis à contribution, V. p. 9, § 15 ; « Les stratégies de renforcement des systèmes nationaux d'administration de la justice doivent, pour être efficaces, tenir dûment compte des lois, des processus *formels et informels* et des institutions *publiques et privées*, V. p. 16, § 35.

<sup>1047</sup> Bert INGELAERE et alii, « Justice traditionnelle et réconciliation après un conflit violent La richesse des expériences africaines », Luc HUYSE Mark SALTER (dir.), International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA, 2009), Édition anglaise 2008, Trad. *Strategic Agenda*, Santángelo DISEÑO, Ed. Bulls Graphics AB, Suède, Stockholm, 2009, p. III et IV.



tels qu'ils sont pratiqués dans les communautés touchées par le conflit, avec les modifications requises, en pilier du cadre de la responsabilité et de la réconciliation<sup>1048</sup> ». Cette référence explicite à des instruments de justice traditionnelle dans le contexte d'un processus de paix et de justice est novatrice. On estime en effet que les systèmes de justice traditionnelle et informelle peuvent être adoptés ou adaptés afin d'élaborer des réponses appropriées à un héritage de guerre civile et d'oppression<sup>1049</sup>. C'est l'un des signes les plus forts de l'intérêt de plus en plus marqué pour le rôle que ces mécanismes peuvent jouer en matière de résolution des conflits en général et en période de transition en particulier. La résolution des contentieux par le mécanisme appelé « *gacaca* » dans le cadre de leur politique de justice transitionnelle est une exploration du système traditionnel informel. D'autres mécanismes plus doux se sont vus entièrement récupérés par le droit moderne qui les a définitivement intégrés à son système.

## ***2. Les voies définitivement récupérées : les MARC***

**577. A quelque chose, malheur est bon.** Depuis le XX<sup>e</sup> siècle avec l'émergence de l'État-providence et le développement de l'action administrative qui ont contribué à l'explosion des droits subjectifs et des demandes judiciaires, les procès « au civil » sont venus couvrir des domaines largement étrangers à ce qui est essentiellement matière de droit privé, intéressant des personnes privées seulement<sup>1050</sup>. Cette situation n'a pas disparu depuis lors quand on observe toutes les critiques qui s'élèvent contre la justice rendue par les juridictions étatiques d'aujourd'hui<sup>1051</sup>. La situation a même entraîné de nouvelles mutations dans la mission de

---

<sup>1048</sup> Luc HUYSE, « Les approches fondées sur les traditions dans les politiques d'apaisement, de justice transitionnelle et de réconciliation », in *Justice traditionnelle et réconciliation après un conflit violent La richesse des expériences africaines*, Stockholm, 2009, pp. 1-25, Spéc. p. 1.

<sup>1049</sup> Luc HUYSE, « Les approches fondées sur les traditions dans les politiques d'apaisement, de justice transitionnelle et de réconciliation », Préc. p. 3.

<sup>1050</sup> M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges : articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, Coll. *Droit public positif* de Louis FAVOREU, Trad. René DAVID, Préf. Louis FAVOREU, Ed. Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 1990, p. 122.

<sup>1051</sup> J. DJOGBENOU, « Les systèmes juridiques et judiciaires de l'espace AA-AJF face aux impératifs de la corruption », Contribution introductive au colloque de Cotonou, 10-12 juillet 2012, non publié. Dans le même sens, « L'impartialité et l'inamovibilité sont-elles des boucliers contre la corruption des juges ? », in *Justitia* n° 7, 2012, p. 1 ; Lors de la réalisation des Etats généraux de la Justice qui eut lieu au Bénin du 04 au 07 novembre 1996, un communicateur a pu dire : « Le problème le plus sérieux que nous ayons à résoudre, c'est celui de la dévaluation de la qualité du personnel judiciaire. Ce problème porte accessoirement sur celui de la corruption. », A. POGNON, « Les dysfonctionnements de la justice au Bénin », in *Etats généraux de la justice au Bénin*, p. 70

juger<sup>1052</sup> et il a bien fallu trouver une solution. Paradoxalement, c'est plutôt la trop grande confiance, phénomène contraire de ce qui est déploré ici à savoir, le manque de confiance en la justice rendue par l'État, qui a été l'élément déclencheur d'un tel dédain. CAPPELLETTI décrit la situation en quatre points essentiels : en premier lieu, contentieux constitutionnel et contentieux administratifs étaient devenus des aspects majeurs de la tâche confiée à des juges nouveaux, juges des cours de justice constitutionnelle et juges des tribunaux administratifs dans leur rôle de créateur de droit.

**578.** En deuxième lieu, l'expansion du rôle du législateur et le volume accru de la législation ont entraîné un débordement avec adoption de lois ambiguës, souvent rédigées en termes vagues et l'existence de lois obsolètes mais toujours en vigueur ; ceci oblige les juges à avoir une activité créatrice du droit. En troisième lieu, l'émergence des droits économiques et sociaux favorisés par l'État de providence qui demande plus d'actions positives de la part de l'État changeant aussi le rôle des juges qui doivent désormais décider si le comportement des autorités de l'État est conforme à leur programme préalablement prévu, avec souvent des droits sociaux proclamé de manière très vague par le législateur.

**579.** En dernier lieu, la notion de « *massification* » favorisée par l'industrialisation avec comme conséquence la production de masse, la distribution de masse, la consommation de masse ; ceci conduit naturellement à des rapports sociaux et des conflits qui touchent souvent de grands groupes d'individus avec des préjudices de grande portée, l'expansion des « *class-actions* » et de la « *public interest litigation* » aux États-Unis, celle des « *actions collectives* » en France et celle des « *Verbandsklagen* » en Allemagne. Tout devrait alors changer, non seulement les concepts, la structure du procès, mais surtout le rôle du juge.

**580. Face à la métamorphose, des approches de solution.** Telle qu'elle a été décrite par M. JARROSSON, la désaffection pour le droit et les solutions juridiques a lieu comme si le droit était *moins qu'hier l'instrument privilégié de la recherche du juste*. On souhaite parfois s'écarter non seulement du droit procédural, mais également du droit substantiel<sup>1053</sup>. Le problème est planétaire : l'Extrême-Orient était dans sa méfiance traditionnelle à l'égard du

---

<sup>1052</sup> L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 49.

<sup>1053</sup> C. JARROSSON « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », op. cit. p. 326

droit comme facteur de régulation sociale, la conception japonaise de la justice ne consiste pas forcément à trancher entre deux prétentions en vertu de la loi, mais à trouver un point d'équilibre, d'harmonie entre les intérêts, les américains à travers l' « *Alternative dispute resolution* » (ADR) prenaient progressivement l'option plus pragmatique de régler les conflits en dehors du cadre judiciaire institutionnel<sup>1054</sup>. Le système romano-germanique éprouvant les mêmes difficultés d'encombrement des tribunaux et de désaffection vis-à-vis du système judiciaire doit réfléchir à des alternatives. C'est, en effet, asphyxiée par la demande et incapable de faire face à sa mission que la justice a été mise en cause dans sa légitimité même, crise qui a favorisé dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle le recours à d'autres solutions et surtout le développement de solutions amiables : c'est ce qu'on pourrait appeler la *recupération des voies de justice* qui n'étaient pas *a priori* des voies de droit, mais qui en sont devenues. Certains parlent de « *mouvement d'institutionnalisation*<sup>1055</sup> » qui se serait répandu dans pratiquement tous les domaines judiciaires. M. CADIET en a fait une exhortation en précisant que l'institution judiciaire doit répondre à ce nouveau défi en assurant, elle-même, la promotion de cette nouvelle manière de résoudre les conflits, faisant place à la *conciliation*<sup>1056</sup> et à l'*amiable composition*. A celles-ci, on peut ajouter tous les modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) ou des conflits (MARC)<sup>1057</sup>, tels la médiation, l'arbitrage, transaction<sup>1058</sup>. L'expression « *modes alternatifs* » est significative à

---

<sup>1054</sup> V. à ce propos, Voir L. CADIET, « Compte rendu de l'ouvrage de C. Samson et J. Mc Bride (dir.), Solutions de rechange au règlement des conflits - *Alternative Dispute Resolution* », *Sainte-Foy*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1993, in *Revue internationale de droit comparé* 1994, n° 4, pp. 1213-1217 ; V. aussi, du même auteur, « *Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français* », Document produit pour les études sur l'économie et des finances avec le soutien de la Fondation Zengin, Ed. Ritsumeikan Law Review, n° 28, 2011, Kyoto, pp. 147-167, Spéc. p. 147.

<sup>1055</sup> P. ANCEL, G. BLANC, M. COTTIN, O. GOUT, et alii, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : un objet nouveau dans le discours des juristes français ? », Marie-Claire RIVIER (dir.), Université Jean Monnet - Saint-Etienne, *Rapport synthétique*, (C.E.R.C.R.I.D.), 2001, p. 8. « Le législateur (au sens large) français ayant, depuis plusieurs années, entrepris d'intervenir en matière de conciliation et de médiation, par un mouvement d'institutionnalisation que l'on peut aussi constater dans le domaine du commerce international, le nombre des dispositifs juridiques prenant expressément pour objet la médiation ou la conciliation a considérablement augmenté.

<sup>1056</sup> La conciliation désigne l'arrangement amiable auquel parviennent des personnes en conflit, au besoin avec l'aide d'un tiers. Il s'agit d'un mode alternatif, rapide et gratuit de règlement des litiges dont la nature ne nécessite pas l'engagement d'une procédure judiciaire. Elle implique généralement l'intervention d'un tiers qui peut être le juge ou toute autre personne capable ayant des expériences dans le domaine du conflit.

<sup>1057</sup> P. ANCEL, G. BLANC, M. COTTIN, O. GOUT, et alii, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : un objet nouveau dans le discours des juristes français ? », Marie-Claire RIVIER (dir.), Université Jean Monnet - Saint-Etienne, *Rapport synthétique*, (C.E.R.C.R.I.D.), 2001

<sup>1058</sup> La transaction est définie par l'article 2044 du Code civil comme « *un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* ». La transaction peut aussi bien intervenir pour mettre fin à une procédure en cours que pour éviter les suites d'un litige naissant.

ce sujet. Elles ne sont pas nouvelles, ces voies par lesquelles on peut obtenir justice, du moins au sein des communautés d'Afrique surtout, mais pas certainement les seules, où la justice est rendue avec une forte implication de la culture des parties, une aisance naturelle, une maîtrise relative de la terminologie, autant de caractères qui contribuent à la pacification du procès. Tout cela permet à chacune des parties d'être consciente d'avoir obtenu justice et c'est là la vraie valeur justice qui participe à une véritable paix sociale. De tels procédés ne sont pas en pratique dans les seuls pays du sud. Ils sont connus déjà depuis la période du Moyen-âge à travers la conception médiévale de la justice urbaine, justice non violente, justice « *sous le chêne* »<sup>1059</sup>, au Sud, on parlerait de justice « *sous l'arbre à palabre* ». A côté de la voie de droit coutumière, des tribunaux de conciliation qui ne sont en réalité qu'une formalisation de la justice dite « *sous le chêne* ». Opérées en dehors de toutes institutions judiciaires étatiques (même les formes récupérées telles que les MARC), toutes ces voies de justice diffèrent de l'action en justice qui n'est qu'une forme spécifique de voie de droit, une voie en vue de la justice.

## ***SECTION 2 : Les spécificités de l'action en justice***

**581. Une voie particulière.** Le plus parfait incontestablement et le plus énergique est l'action<sup>1060</sup>. Le terme d'action en justice devrait être employé dans un sens générique de toute mécanisme que pourrait mettre en œuvre le justiciable en cas de méconnaissance de son droit subjectif. Il devrait en être ainsi du moment où tout justiciable dans une telle situation met en mouvement un système, ou tout au moins utilise un procédé en vue du rétablissement de la justice, valeur objective, bien qu'étant en sa faveur. Mais en considération de ce que parmi toutes les voies de justice, celle consacrée par le droit moderne a reçu l'appellation connue d'« d'action en justice », il y a lieu de se fier à cette exclusivité terminologique en faveur du cadre du droit moderne, légal et officiel<sup>1061</sup>. La particularité de cette voie de droit qu'est l'action en justice tient en deux aspects. Elle est, d'une part, une voie organisée (**paragraphe 1<sup>er</sup>**), et d'autre part, une voie perçue comme sûre (**Paragraphe 2**), du moins, au regard du positivisme légaliste qui caractérise toute société démocratique dans un État de droit.

---

<sup>1059</sup> L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du droit*, op. cit., Idem.

<sup>1060</sup> L. DUGUIT, *Le traité de droit constitutionnel*, op. cit., parag. 21, p. 225.

<sup>1061</sup> V. pour cette spécificité du droit objectif juridique considéré comme la règle en vigueur dans un Etat, positivement formulée, J. DELOS, « Somme théologique », Coll. *La justice*, Ed. *Revue des jeunes*, p. 234 et s. Sur cette même perspective, J. DABIN, *Théorie générale du droit*, n<sup>os</sup> 6 et 8.

## Paragraphe 1<sup>er</sup> : L'action en justice, une voie organisée

**582. Le prix de la modernisation.** Le caractère archaïque connu de la procédure romaine ne manquait pas d'organisation formelle<sup>1062</sup>. Même la période obscure et incertaine qualifiée de *primitive* ayant précédé les XII Tables ne pourrait exister sans une certaine norme à suivre, puisqu'il y a déjà une vie en société. Cette loi des XII Tables constitue le premier *corpus* de lois romaines écrites. Sa rédaction est l'acte fondateur du *ius scriptum*, le droit écrit et, est en fait la première véritable loi qui a amorcé la modernisation des règles à travers leur consécration légale (A) qui s'est poursuivie jusqu'à présent, faisant d'elles une pratique assez connue (B). Le même schéma s'étend aux règles qui organisent l'action en justice, telle qu'elle est connue en droit de la Rome ancienne jusqu'aux divers codes actuels de procédure civile.

### A. Une consécration légale, le processus pour la sécurité

**583. L'article 30 commun CPC et CPCCSAC.** « L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ». Au-delà de ce que l'action en justice devrait être distinguée du droit d'agir, les dispositions des articles 30 et suivants organisent l'action au profit, à la fois, du demandeur (1) et du défendeur (2).

#### 1. L'organisation de l'action au profit du demandeur

**584. Une organisation à travers des conditions d'accès à l'action.** Pour que l'action en justice soit prise comme un véritable droit, il y a lieu nécessairement de considérer que "choisir d'aller devant le juge étatique" afin d'obtenir le respect de ses droits subjectifs est également un droit subjectif : des droits en cascade donc. Plus précisément, l'action serait *le droit d'exiger du juge qu'il statue au fond sur la prétention à lui soumise*, à l'exclusion de toutes les autres voies disponibles. C'est ce qu'énonce l'article 30 du Code de procédure civile. L'article 31 du Code reconnaît le droit d'agir en justice aux personnes qui justifient d'un intérêt et d'une qualité pour agir. La capacité de jouissance dépend de l'existence juridique d'une personne, et prive par conséquent les défunts et les groupements dépourvus de la

---

<sup>1062</sup> V. pour l'organisation judiciaire des différentes étapes de l'histoire du droit romain, A. CASTALDO et J.-P. LEVY, *Histoire du droit civil*, op. cit., pp. 11-30.

personnalité morale du droit d'agir. Il s'agit, pour ce dernier cas, des sociétés<sup>1063</sup> qui naissent sans existence juridique reconnue et par conséquent, dénuées de la personnalité morale<sup>1064</sup> et ne peuvent ester en justice<sup>1065</sup>. Elles ne disposent ni de dénomination sociale<sup>1066</sup>, ni de siège social<sup>1067</sup>. De même, les sociétés en formation<sup>1068</sup> qui, contrairement à la société en participation, ont vocation à accéder à la personnalité juridique<sup>1069</sup>. Mais elles restent sans personnalité<sup>1070</sup> juridique pour la période consacrée à leur constitution et donc ne peuvent encore défendre des droits par voie de droit pour cette période.

**585. Une organisation qui contraint le juge.** L'office du juge répond à une mission nécessaire de l'État qui s'exerce avec le souci de l'indépendance et de l'éthique professionnelle<sup>1071</sup>. En droit français, la distinction établie entre l'action et, d'une part, le droit substantiel dont la reconnaissance est discutée et, d'autre part, la demande en justice qui est l'acte de procédure qui la met en œuvre ne souffre plus tellement de controverses aujourd'hui<sup>1072</sup>. Dans le même temps, l'action est considérée comme, non seulement, le pouvoir de saisir un juge, mais aussi celui de l'obliger à statuer d'une part, sur le caractère recevable ou non du droit d'agir (que sa demande soit ou non justifiée) et, si elle l'est, sur son bien-fondé de la demande dans son *negotium* d'autre part. Si j'ai le droit d'être entendu sur le fond, je serai alors nécessairement entendu sur le fond. Donc, un jugement sera obligatoirement rendu : c'est l'office du juge qui comprend ainsi à la fois l'examen de la recevabilité du droit d'agir et celui du bien-fondé de la demande dans son *negotium*, le tout,

---

<sup>1063</sup> Cet article du Code civil dispose : « Les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée. La société est dite alors *société en participation*. Elle n'est pas une personne morale et n'est pas soumise à publicité. Elle peut être prouvée par tous les moyens. »

<sup>1064</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., *V° Société (-en participation)*

<sup>1065</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 26 mars 1997, Bull. civ. II n°96 ; droit des affaires 1997, p. 637.

<sup>1066</sup> Cass. Civ. 31 mars 1936. DH 1936.300.

<sup>1067</sup> Cass. Req. 28 novembre 1904 D 1906. 1. 109.

<sup>1068</sup> Par exemple, V. V. E. PAILLET, « L'activité de la société en formation », in *Revue des sociétés*, 1980, p. 489.

<sup>1069</sup> D. ROBINE, Note sous Cass. Com. 6 juillet 2010, Joly, 2010, n° 187. V. aussi M.- L. COQUELET, note sous Cass. Com. 6 juillet 2010, *Droit des sociétés*, 2010, n° 175.

<sup>1070</sup> F.- X. LUCAS, Note sous Cass. Com. 4 décembre 2001, JCP, Ed. E, 2002, 594. C. CHAMPAUD et D. DANET, note sous CA, Paris, 24 septembre 1991, *RTD Com.* 1992, p. 808 ; V. aussi Cass. Com. 7 juin 1994, *Revue des sociétés*, 1995, p. 38.

<sup>1071</sup> Y. STRICKLER, « L'office du juge et les principes », Session de formation continue ENM, Paris, 29 mars 2012 : l'office du juge : quels pouvoirs ? Quelles décisions?

<sup>1072</sup> H. VIZIOZ, *Étude de procédure*, op. cit. p. 127 et s. ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, op. cit. p. 270 et s.

au service du justiciable qui y trouverait certainement plus de garanties à opter pour cette voie au détriment de nombreuses autres. Ces deux espaces qui portent l'office du juge sont *techniquement* indépendantes de la voie de droit, le moyen que constitue l'action. Ainsi conçue, l'action diffère du droit d'accès au juge qui relève d'une obligation de moyen pour chaque État, l'action en justice étant une liberté, une option parmi d'autres laissées à la sagacité du justiciable en cas d'atteinte portée à son droit. Tant que celui-ci se trouve dans les liens d'instance, il agit, exerce son droit d'agir en faisant usage de son moyen d'action, cette voie de droit, alors même que le choix est opéré d'un coup en début d'instance. L'action parcourt alors l'examen de la recevabilité, pour atteindre l'exigence que le juge se prononce nécessairement sur le fond du droit. Cette acception exprime, une fois encore, que si l'action naît avant même la demande<sup>1073</sup>, elle existe au-delà du droit d'être entendu sur le fond comme moyen ou procédé. Et même dans un sens large, elle est indépendante de l'existence d'un droit qu'on demande au juge de reconnaître ou de faire respecter (obtention d'une solution positive au fond)<sup>1074</sup>.

**586.** Bien-sûr aujourd'hui, la notion d'action ne va pas jusqu'à l'obligation pour le juge de statuer sur fond et d'en assurer le respect. La doctrine moderne limite la notion au droit d'être entendu sur le fond<sup>1075</sup> et l'action en justice reste un moyen au justiciable de se faire rendre justice, ce qui peut se faire par d'autres procédés.

**587.** Au demeurant, on peut constater, dans un premier temps, que l'action a une existence antérieure à l'introduction de la demande qui met en œuvre le droit d'agir et que l'office du juge n'a aucune influence sur le moyen d'exercer ce droit, mais seulement sur l'existence de ce droit lui-même. En second lieu, l'existence de l'action en justice, véritable moyen d'accès à la justice, ne se limite pas seulement au droit d'être entendu sur le fond au point de pouvoir même disparaître au cours de l'examen du bien-fondé par fin de non-recevoir que le

---

<sup>1073</sup> H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, T. I, Sirey, 1961.

<sup>1074</sup> E. GLASSON, A. TISSIER et R. MOREL, *Traité élémentaire de la procédure civile*, T. I, n° 169 et s. Bien-sûr qu'aujourd'hui, la notion d'action ne va pas jusqu'à l'obligation pour le juge de statuer sur fond et d'en assurer le respect.

<sup>1075</sup> L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit, p. 241 et s. ; G. BOLARD, « Qualité ou intérêt pour agir ? », in *Mélanges S. GUINCHARD, Justice et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, Paris, 2010, p. 599. V. cependant J. HERON et T. Le BARS, 6<sup>e</sup> éd. Montchrestien, Lextenso, Paris, 2015, p. 56 et s. Selon ces derniers auteurs, « si l'auteur d'une prétention peut être entendu sur le fond, c'est parce qu'il est titulaire du droit d'agir »

défendeur a la possibilité d'introduire après les conclusions au fond, puisque la fin de non-recevoir est susceptible d'intervenir en tout état de cause<sup>1076</sup>, l'une des armes organisées au profit du défendeur.

## ***2. L'organisation de l'action au profit du défendeur***

**588. L'action du défendeur entre droit et voie de droit.** Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de la prétention (art. 30, al. 2 CPC). Le législateur, par cette disposition, érige la discussion sur la prétention du demandeur en une prérogative en faveur du défendeur. Or, à y voir de près, cette discussion ne constitue qu'une sorte de résistance que le défendeur organise sur la base des prévisions légales pour s'en sortir et ce n'est que lorsqu'il se trouve en face d'une certaine possibilité qu'il forme une véritable demande qualifiée de demande reconventionnelle qu'il y a lieu d'exclure de cette analyse. La compréhension de cette résistance, et non d'une véritable prérogative, ne se trouve pourtant pas confortée avec l'idée la plus répandue qui y voit plutôt un véritable droit, celui de discuter le bien-fondé de la prétention du demandeur<sup>1077</sup>. Mais, pour autant, l'action en justice n'a pas cessé de rendre perplexe et l'hésitation à la considérer comme véritable droit est encore palpable au sein de la doctrine<sup>1078</sup>. Ainsi, de sa qualification de droit subjectif à celle de droit subjectif processuel pour faire la distinction avec le droit subjectif substantiel, en passant par celle de droit à caractère fondamental, c'est le caractère controversé de la notion qui se trouve dévoilé. Or, si on peut voir dans le droit d'être entendu du demandeur, un droit véritable, qui existe indépendamment de son exercice par l'introduction d'une demande en justice, il n'en est pas de même du côté du défendeur dont la discussion du bien-fondé de la prétention du demandeur ne naît que si cette introduction est effective.

**589.** Il est de la nature des choses que toute action appelle une réaction et le juge intervient pour en réguler les proportions afin que la réaction ne soit pas exagérée et que l'action du

---

<sup>1076</sup> H. MOTULSKY, *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p. 363, (V. Notes sur Cours de cassation, Ch. Civ., 2<sup>e</sup> Sect. Civ. 6 juin 1962).

<sup>1077</sup> G. BOLARD, « Notre belle action en justice », in *Mélanges Georges WIEDERKEHR, De code en code*, Ed. Dalloz, Paris, 2009, pp. 17-25, Spéc. p. 18.

<sup>1078</sup> G. WIEDERKEHR, « Une notion controversée : l'action en justice », in *Études offertes à Philippe SIMLER*, Ed. Dalloz-Litec, 2006, p. 903 et s.



demandeur aussi ne soit pas abusive. Le juge, bouche de la loi, tranchera selon le droit<sup>1079</sup>. D'où la qualification de voie de droit, que ce soit du côté du défendeur ou du demandeur. Mais alors, le défendeur a-t-il autre possibilité que de venir se défendre ? Peut-être qu'on songerait à la possibilité d'acquiescement de sa part pour une conciliation, une négociation, ...<sup>1080</sup>. Mais s'agit-il là encore de l'exercice de véritable droit d'agir ? En procédant ainsi, le défendeur voudrait éviter le combat judiciaire au profit d'un règlement pacifique. Que la réaction du défendeur soit pacifique ou judiciaire, son organisation ne souffre pas d'insuffisance.

**590. L'action du défendeur, un moyen véritablement organisé.** Les moyens de défense désignent l'ensemble des moyens invoqués par une partie, et qui tendent au rejet des prétentions de son adversaire. Le Code de procédure civile retient une classification en trois niveaux des moyens de défense. On distingue : les moyens de défense au fond<sup>1081</sup>, les exceptions de procédure<sup>1082</sup> et les fins de non-recevoir<sup>1083</sup>. Les exceptions de procédure doivent nécessairement être invoqués *in limine litis*, avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir<sup>1084</sup>. Cependant, les exceptions de nullité peuvent être soulevées après l'accomplissement de l'acte de procédure critiqué<sup>1085</sup>. Le principe est que les exceptions de procédure doivent être soulevées simultanément. Les exceptions de nullité pour vice de fond peuvent être invoquées en tout état de cause et à n'importe quel stade mais pas devant la Cour de cassation. L'article 117 du code de procédure civile fournit une liste de vices de fond. La

---

<sup>1079</sup> MONTESQIEU, *De l'esprit des lois*, T. I, Livre XI, Chap. VI, Folio, Essais, Gallimard, 1995, p. 337, « Les de la Nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ».

<sup>1080</sup> Et c'est fort de cela qu'on identifie deux catégories d'implications qu'entraîne l'introduction d'une demande. D'une part, sur le fond du droit, la demande en justice vaut mise en demeure au sens de l'article 1146 du Code civil (Com., 26 avril 1977, *Bull. civ. IV* n° 118), et interrompt la prescription extinctive (Article 2244 du Code civil) et tous les délais pour agir (Civ. 3<sup>e</sup>, 11 janvier 1995, *Bull. civ. III* n° 10). En matière procédurale d'autre part, la demande initiale crée le lien d'instance et saisit le juge qui est désormais lié par cette obligation de statuer.

<sup>1081</sup> Les moyens de défense au fond tendent « à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire (Art. 71CPC).

<sup>1082</sup> Les exceptions d'incompétence de la juridiction saisie ; les exceptions de nullité pour vice de forme ou de fond ; les exceptions de litispendance et de connexité ; Les exceptions dilatoires

<sup>1083</sup> Les exceptions de procédure sont des moyens de défense qui tendent « soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours (Art. 73 CPC).

<sup>1084</sup> Article 74 CPC

<sup>1085</sup> Article 112 CPC

liste est normalement limitative, ce qui peut apparaître comme une incohérence avec l'article 119 du même code.

**591.** Il ne faut pas que cela favorise des manœuvres dilatoires. L'article 123 du code de procédure civile prévoit un tempérament : si l'on prouve l'intention dilatoire, la partie pourra être condamnée à payer des dommages et intérêts. Les fins de non-recevoir<sup>1086</sup>, quant à elles, peuvent être invoquées en tout état de cause, mais le plaideur peut être condamné à des dommages et intérêts s'il tarde à l'invoquer dans une intention dilatoire. Elles ne nécessitent pas la démonstration d'un grief et relèvent de la seule compétence du juge du fond.

## **B. Une pratique mieux connue, l'attrance pour la modernité**

**592. Le record des âges et des espaces.** L'action en justice est sans aucun doute la voie de droit par excellence, la voie la plus connue pour le rétablissement de la justice : pas de procès sans action<sup>1087</sup>. En doctrine, elle semble battre le record des écrits, des critiques, des conceptions et depuis l'ancien droit romain jusqu'à nos jours, elle est la voie la plus pratiquée à la fois de tous les temps (1) et de tous les espaces (2).

### ***1. L'action comme une pratique de tous les temps***

**593. Le temps au service d'une cristallisation.** Depuis l'époque archaïque, elle était employée pour désigner les actes par lesquels une personne affirmait ses prétentions devant un magistrat (au sens du droit romain). Or, ces actes étaient à l'origine réduits en de simples reproductions de paroles solennelles accompagnées d'agissements rituels<sup>1088</sup> et utilisées comme *moyen de protection* mis à la disposition de la personne<sup>1089</sup>. L'action comme voie ou moyen a donc été et demeure toujours et rien ne peut présager son accession à un véritable

---

<sup>1086</sup> Ce sont des moyens de défense qui tendent « à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut du droit d'agir Article 122 du Code de procédure civile Les fins de non-recevoir sont fondées sur le défaut du droit d'agir (défaut d'intérêt, de qualité ; l'échéance de la prescription ou l'écoulement d'un délai préfix ; l'autorité de chose jugée ; l'estoppel qui n'est pas une fin de non recevoir reconnue par le CPC mais que certaines interprétations jurisprudentielles tendent à considérer comme telle.

<sup>1087</sup> L. CADIET et alii, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 310 et s.

<sup>1088</sup> G. PUGLIESE CARRATELLI, « *Diritto romano* », in Nsso, Dig. It., t. II, n° 1.

<sup>1089</sup> G. PUGLIESE CARRATELLI, « *Diritto romano* », Op. cit., n° 1.

droit<sup>1090</sup>. La définition de CELS reprise par POTHIER est certainement le point de départ de son accession forcée au droit, et qui fait aujourd'hui de cette voie de droit un droit.

**594. Une inflexion.** Le temps ne semble pas faire que des merveilles. L'appellation de *droit* qui lui est attribuée est contestable et d'ailleurs contestée de manière indirecte et douce par certains auteurs dont COLLINET qui a déjà affirmé que l'action du demandeur est un *moyen d'attaque* tandis que l'exception (au sens large certainement) est un *moyen de défense*<sup>1091</sup>. Il y a donc deux remarques distinctes à faire ici : d'une part, que ce soit l'action en justice, voie empruntée par le demandeur ou la défense opposée par le défendeur, elles sont toutes deux des *moyens* dans le sens de voie, de procédé ; d'autre part, il n'est pas possible de placer les deux notions sur le même pied car, elles n'ont pas la même valeur en ce sens que le premier moyen sert à se faire rétablir un droit ou un intérêt menacé, tandis que le second moyen ne vient que pour combattre l'action, effet opposé, *négalif*. Même le caractère accessoire de ce moyen de défense se manifeste également à travers la demande reconventionnelle qui n'existerait pas sans l'action en justice du demandeur. Aussi, ne pourra-t-on pas davantage parler de ce côté-ci de *droit d'agir*, en tant que *droit d'être entendu sur le fond d'une prétention*, car, le défendeur n'utilise pas le droit d'agir, mais plutôt de son droit de se défendre (droits de défense). Mais les choses ont évolué avec la doctrine au point qu'on y voit aujourd'hui de véritables droits des deux côtés.

**595. De quelques évolutions.** L'action en justice comme voie de droit a existé depuis le droit romain à la suite de la justice privée, ancêtre des modes actuels de règlement des litiges. Certes, elle a connu une certaine évolution depuis lors jusqu'à ce jour sans que la fin de son histoire ne s'arrête. C'est en cela qu'il serait superflu d'insister sur l'importance de la recherche historique. Non seulement l'histoire explique le passé, mais elle éclaire aussi le présent et laisse entrevoir de nouveaux horizons pour l'évolution dans l'avenir. C'est ainsi que, par exemple, l'ensemble des moyens de défense était pendant longtemps connu sous la dénomination d' « *exceptions* » (l'« *exceptio* »). Mais au fil de l'évolution du droit et de la doctrine, praticiens et théoriciens français ont eu cette agilité d'opérer des distinctions à

---

<sup>1090</sup> Cependant, la définition de Cels « *Nihil aliud est actio quam jus quod, sibi debeatur iudicio persequendi* », reprise par R. POTHIER, « Œuvres », Ed. BUGNET, T. I, n° 109. « *On appelle action, le droit que chacun a de poursuivre en jugement ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû* ».

<sup>1091</sup> COLLINET, *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'œuvre de Justinien*, Paris, 1947.

l'intérieur des règles de procédure. On assista à l'introduction de la notion de *fin de non-recevoir*, une originalité qui, avec les exceptions de procédure *stricto sensu*, contribuèrent au cours des âges à l'élaboration de la notion autonome que constitue aujourd'hui celle de la *recevabilité*. L'autonomie de cette dernière s'est vite réalisée parce que la distinction entre les règles de fond et celles de procédure a déjà été opérée lors de la conception unitaire des moyens de défense en termes d'*exception*. C'est la pratique qui continue ainsi de faire le droit tel qu'il en a été le cas depuis le droit romain, irrigant les systèmes de tous les espaces géographiques.

## **2. L'action comme une pratique de tous les espaces**

**596. Un échantillon pour une universalité.** Pour mieux observer son organisation pratiquement par tous les systèmes au plan universel, il suffit de fixer la pratique de quelques États ou systèmes juridiques en se référant à une période précise. En procédant de la sorte, on se rend compte que l'action en justice dans son aspect moderne est véritablement universelle, l'état de nature ayant disparu de la planète depuis des siècles. En Afrique en général, l'action en justice est plus ou moins organisée selon que l'on se trouve en face d'un groupe social de droit traditionnel fortement ou faiblement structuré<sup>1092</sup>, ou de droit positif moderne et formel de l'État. C'est ainsi que les règles de compétence d'attribution ou matérielle (le *ratione materiae*) sont strictes au sein des communautés traditionnelles : tout fait quelconque qui porte atteinte à l'équilibre social ou aux droits fondamentaux (tels le droit de propriété) doit être jugé par le Roi lui-même ou le Chef<sup>1093</sup> ou encore, selon le niveau de gravité, par un subordonné du Chef, faisant, dans ce dernier cas, office de juridiction de première instance.

**597.** De même, les règles de compétence territoriale (le *ratione loci*) qui déterminent le tribunal devant être saisi d'une affaire en fonction de critères de localisation géographique : c'est en règle générale, le lieu du domicile du défendeur. En cas de délits criminel, le Roi ou le Chef du lieu de commission est compétent. La règle de concours obligatoire y est également introduite, où chacun est tenu de prêter son concours à la recherche de l'auteur de l'acte fautif. En matière purement civile (délits privé), la procédure normale est ici la requête

---

<sup>1092</sup> E. T. OLAWALE, *la nature du droit coutumier africain* », *Présence Africaine*, Trad. DECOUFLE et DESSAU, Paris et Dakar, 1961, p. 234. A noter que cette organisation dépend aussi du caractère civil ou criminel des délits.

<sup>1093</sup> E. T. OLAWALE, *La nature du droit coutumier africain* , op. cit., p. 235. Ce type d'action est porté devant l'autorité de jugement, soit par les parties, soit par un ancien choisi en premier lieu comme juge.

privée de la partie lésée devant un ancien de la tribu (Chef de la famille ou du lignage). Les principes de contradiction, dispositif, du double degré de juridiction, de loyauté et l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui sont essentiels<sup>1094</sup>. Aussi, l'adage « *de minimis non curat praetor* » s'applique dès lors que le prétendu litige est sans contenu réel. Les actions impliquant deux Chefs de village sont exercées devant un autre Chef sous réserve d'appel devant le Roi. Celles qui impliquent deux groupes sociaux sont portées devant des arbitres désignés par chacun des deux groupes et présidés par un troisième arbitre pris dans une Communauté neutre<sup>1095</sup>. Ce sont là quelques exemples d'organisation des procédures en vue de la justice au sein des communautés traditionnelles toujours présentes dans les États africains. Ces différentes instances côtoient celles du droit moderne.

**598. La coexistence de modernité et tradition.** Par exemple, au Bénin, l'action en justice, les compétences juridictionnelles, ... sont organisées par les articles 30 et suivants du Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes. Au même moment et parallèlement aux institutions judiciaires, palais et Cours royaux tranchent des conflits entre particuliers sans qu'il y ait à craindre de graves crises ayant pour source un certain conflit de compétence. Seulement, quelques rares fois, le perdant se tourne souvent vers la juridiction moderne. Celle-ci, ne reconnaissant pas formellement la décision du Chef traditionnel, n'a qu'à recommencer la procédure. Il en est ainsi de même en République du Togo où, récemment, un Roi s'est rendu au tribunal d'instance pour défendre au Président de rejurer la même affaire sous prétexte que lui, il « *a déjà rendu la décision la concernant dans son palais* » (ce sont ses mots) : en clair, il y a autorité de chose jugée.

**599.** De pareils exemples existent dans la plupart des États africains et cette justice traditionnelle n'entrave pas en réalité la justice moderne. Au contraire, les deux institutions se complètent, si l'on sait que la justice, au plan conceptuel doit être comprise en tant que *valeur* et au plan sociologique comme, *un état d'âme* donnant une certaine conscience que l'on a pu

---

<sup>1094</sup> E. T. OLAWALE, la nature du droit coutumier africain », op. cit. p. 235 et s.

<sup>1095</sup> Il en est ainsi par exemple des différends de frontière ou ceux qui ont trait à la méconnaissance d'obligations communes telles que l'obligation d'entretenir une voie qui les lie ou un carrefour qui les unit, un engagement commun avec une tierce communauté, ... . Pour ce qui est de la procédure, le Chef de la Communauté demanderesse envoie d'abord des émissaires à l'adversaire pour lui exposer ses griefs et lui demander de l'aider à les surmonter : c'est le préalable règlement à l'amiable pour la préservation des bonnes relations entre communautés. Ce n'est en cas d'échec de ce préalable que l'affaire est portée devant le juge extérieur

se faire rendre justice. Il n'en est pas de même dans les milieux caractérisés par une absence de communautés traditionnelles aussi célèbres comme on les retrouve en Afrique avec de véritables palais de justice bien organisés avec des décisions aussi formellement rendues.

**600. L'existence solitaire de l'action en droit moderne.** L'existence d'un article 30 commun au CPC et CPCSSAC est une illustration du rayonnement de l'œuvre de la colonisation sur le terrain législatif. En droit français, c'est par des titres que l'action en justice est organisée. Le titre II du premier livre du Code de procédure civile organise en ses articles 30 et suivants l'action en justice ; le titre III traitant de la compétence, le titre IV, de la demande en justice et le titre V, des moyens de défense. Mais il y a lieu de relever qu'outre le Code de procédure civile, d'autres textes organisent aussi ces mêmes domaines, bien que les matières ne soient pas identiques. C'est le cas de l'Art. L.311-37 du code de la consommation français qui énonce que tous les litiges survenant à la suite d'un crédit à la consommation en France sont de la compétence du tribunal d'instance<sup>1096</sup>. Il n'y a pas lieu de lister tous les exemples, ni de reprendre l'organisation de l'action à travers ses conditions existence et d'exercice et autres modalités.

**601. L'exemple allemand de l'intérêt à agir comme condition de l'action.** En droit allemand, la notion d'intérêt à agir fait allusion plutôt à la notion de permission : « *permission du demandeur à agir* » (*Die Erlaubnis für die Klägerin zu handeln, Erlaubt, zu handeln; Befugnis beizufügen*). L'intérêt à agir ainsi pris, c'est l'accès à la justice même, du moins théoriquement, en tant que liberté, qui semble en difficulté. Suivant l'analyse des termes employés, il ne serait pas déjà, dans certaines conditions, permis au demandeur d'introduire l'action en attendant qu'un juge statue sur l'existence d'un intérêt à agir pour sa recevabilité ; ce qui n'est pas pareil en droit béninois comme en droit français où il est question de recevabilité de la demande et non de la permission. Cette condition de permission semble

---

<sup>1096</sup> Ph. JEAN-PIMOR, « Le contentieux du crédit à la consommation », 29 janv. 2012, disponible sur <http://www.jean-pimor-avocats.fr/actualites/le-contentieux-du-credit-a-la-consommation>. Cette compétence est dévolue au Tribunal d'Instance, quel que soit le montant du litige, même si ce montant dépasse le taux normal de sa compétence habituelle. Il faut rappeler que le Tribunal d'Instance est d'ordinaire compétent pour connaître des demandes dont le montant est compris entre 4.000 et 10.000 Euros et que jusqu'à 4.000 Euros, le Juge de Proximité est compétent. Au-delà de 10.000 Euros, le Tribunal de Grande Instance est compétent. La compétence dévolue par l'article L 311-37 est donc une compétence absolue car, les et juge de proximité, et juge de grande instance ne pourront être compétents de quelque manière qu'il soit. Toute action née de la défaillance de l'emprunteur doit en conséquence être portée devant *le Tribunal d'Instance*. V. aussi Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 24 nov. 1987, *D 1987 I*, R, p. 250.

assez défavorable au justiciable dont la liberté d'accès même peut se trouver plus facilement violée, l'accès aux tribunaux précédant l'examen de la recevabilité. Toutefois, il faut reconnaître que cette analyse n'est que théorique et d'une rigueur peut-être un peu extrême en ce sens qu'en pratique, le justiciable allemand n'est pas moins protégé en ce qui concerne son droit d'accès à la justice tel que consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et confirmé par l'arrêt *Golder* du 21 février 1975. Mais elle montre qu'entre les systèmes de droit, il existe de légères différences qui peuvent prêter à des interprétations larges avec des effets importants tant sur la procédure que sur les droits et libertés des justiciables.

## **Paragraphe 2 : L'action en justice, une voie rassurante**

**602. Le "joker" des voies ?** La voie de droit au sens strict existe parallèlement à de nombreuses autres. Mais elle semble offrir plus de garantie de sûreté (A) que les autres voies de justice, une garantie qu'il paraît nécessaire de relativiser pour des raisons pratiques (B).

### **A. La garantie de la sûreté**

**603. Perplexité.** Y a-t-il, au-delà de ce qu'elle est une voie sûre, un maillon faible dans la voie de droit ? La question se pose d'autant plus que la force de l'autorité (1) est souvent requise pour jouir de son aboutissement, ce qui est pourtant rare quant aux autres voies de justice. Cet état semble équilibré par renforcement de cette sûreté à travers plusieurs mécanismes qui rassurent les justiciables (2).

#### **1. Une sûreté forcée**

**604. Une force de source mythologique.** Le glaive de la Justice trouve son origine dans la mythologie grecque où elle est un attribut de Némésis, déesse de la vengeance, de la juste colère des dieux et de la rétribution céleste. Il représente l'aspect répressif de la Justice et l'application des peines. L'exécution volontaire des décisions de justice n'est pas souvent fréquente en effet ; et sans force pour appliquer ses décisions, la balance se révèle inutile. Le glaive permet de trancher les litiges et de sanctionner. C'est ce symbole qui a donné l'expression du "bras armé de la Justice" désignant les moyens de faire appliquer les décisions de justice en dépit de ce que le droit et sa doctrine ne se parachèvent que dans l'idée d'un

droit universel et d'une paix sociale permanente<sup>1097</sup>. Le glaive constitue un des attributs symboliques du monopole de la *violence physique légitime* caractérisant l'État souverain. Le jugement est avant tout une décision finale, exécutoire tranchant définitivement un conflit entre des intérêts divergents. De même, dans les voies de justice devant le juge traditionnel, le même mysticisme règne, le Roi ou le chef coutumier étant naturellement considéré comme la voie directe des dieux, l'intermédiaire direct entre Dieu et les sujets. Le fait n'est donc pas très différent, comme ce que souligne DALBIGNAT-DEHARO lorsqu'elle parle de Dieu lui-même comme étant un juge parfait doué d'une absolue discrimination du bien et du mal, apte à déceler la vérité, le juste de l'injuste et à châtier les fautifs<sup>1098</sup>. En procédure pénale comme en procédure civile, une des illustrations éloquentes de telles considérations réside dans la pratique ancestrale des ordalies, prises comme jugement de Dieu où la personne en cause est soumise à une épreuve physique dont le succès ne dépend que d'une divinité.

**605. Une force de source pratique.** Les sociétés africaines connaissent encore aujourd'hui divers moyens pour atteindre la vérité sans trop de procédés d'expertises scientifiques, en faisant appel pour ce faire à des éléments surnaturels dont les ordalies aux serments solennels et à la divination, bien qu'on ne saurait trop insister sur le fait que les ordalies ne sont pas universellement ni automatiquement employées pour déterminer la culpabilité ou l'innocence, la vérité ou le mensonge<sup>1099</sup>. Ne pouvant pas conforter un mensonge, le sort divin de l'individu proclamera la vérité<sup>1100</sup> et la peur de subir les affres des dieux et du Dieu fait fléchir la tendance à la résistance têtue encline à semer le doute dans le jugement. C'est donc la vérité dans le risque de la violence, advienne que pourra car les ordalies constituent en elles-mêmes des exercices redoutables craintes même dans la vérité : vérité dans le *courage du parrhêsiaïste*<sup>1101</sup>. Ainsi, la sûreté reconnue à l'action en justice n'est que relative. Cette sûreté est encore beaucoup plus efficace dans les procédures traditionnelles qui sont toutes aussi de véritables actions en justice, ou à tout le moins, des voies de justice, terme considéré ici

---

<sup>1097</sup> J. CLAM, « La doctrine kantienne du droit, introduction à sa lecture et discussion de ses enjeux », in *La Revue de la Recherche Juridique*, 64<sup>e</sup> année, n° XXI, Paris, 1996, I, pp. 266-279, Spéc. p. 267.

<sup>1098</sup> G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, LGDJ, 2004. p. 22.

<sup>1099</sup> E. T. OLAWALE, *La nature du droit coutumier africain*, présence africaine, 1961, p. 245.

<sup>1100</sup> Hélène ABOUKRAT, « Doute scientifique et vérité judiciaire », J-C BOSSARD (dir.), *Mémoire Master*, Paris 2, 2010.

<sup>1101</sup> M. FOUCAULT, « Le courage du parrhêsiaïste », You tube, Livre Audio – M. FOUCAULT - *Cours au Collège de France 01-02-84. - 04 - 'Dire la vérité sans la masquer par quoi que ce soit'*, <https://www.youtube.com/watch?v=wYT0w48Htmk>



comme générique, l'action en justice étant consacrée en droit moderne. Et l'illustration de la différence entre la vérité vraie et la vérité judiciaire est si bien décrite par Mme Hélène ABOUKRAT lorsqu'elle écrit que le juge pourrait être assimilé à un *parrhêsia* ; mais en réalité ce modèle de vérité n'est pas adaptable au système judiciaire. La justice exige que chaque affaire soit élucidée, que chaque victime obtienne réparation, que chaque criminel subisse un châtement. Si le vrai est inaccessible, il faudra le construire par des mécanismes de présomption, de supposition, de supputation et alors on s'éloignera de la *parrhêsia*, du vrai, de la vérité... On s'aperçoit alors que le savoir judiciaire se heurte au devoir de la justice. La puissance de la justice est de répondre à toutes les atteintes au corps social pour en garantir la pérennité au péril de la réalité. Car sans son action, elle crée son discrédit et perd de sa légitimité. Ainsi, elle sera parfois conduite à dénaturer le vrai au profit du juste.

## **2. Une sûreté renforcée.**

**606. Les éléments rassurant le justiciable.** Au-delà de ce que l'action est la voie de droit qui relève du droit, voie de droit dans un État de droit démocratique, certains éléments y afférents rassurent davantage le justiciable à opter plus systématiquement pour celle-ci. Il s'agit, par exemple, de l'autorité de chose jugée, du droit au double degré de juridiction qui permet l'ouverture de voies de recours en cas d'insatisfaction sur un premier jugement rendu. Enfin, lorsque le jugement devient définitif et que son exécution volontaire n'intervient pas, de nouvelles s'ouvrent spécialement pour son exécution forcée. Ce sont là quelques éléments qui ne sont pas aussi formellement systématisés dans les autres voies de justice qui ne relèvent pas du système de justice étatique. Mais peut-on affirmer que ces éléments relèvent exclusivement des voies de justice étatique ?

**607. L'autorité de chose jugée, un élément de l'action en droit moderne mais d'origine traditionnelle.** La force de vérité légale attachée à la décision juridictionnelle est connue sous le terme d'*autorité de chose jugée*. Elle produit deux effets cumulativement dont un effet positif qui permet à celui dont le droit a été reconnu par un jugement de s'en prévaloir tant de façon générale que spécifiquement dans le cadre d'un autre litige ; et un effet négatif qui empêche les parties de recommencer un nouveau procès qui porterait sur un différend qui aurait été déjà jugé, sous la condition d'une triple identité : identité de parties, de chose demandée et de cause, sauf l'exercice d'une des voies de recours. Or, cette autorité a son fondement dans la royauté même depuis le droit gréco-romain au droit traditionnel africain en

passant par les communes libres de la fin du Moyen Age en Europe : le principe a toujours été à ces différentes époques que « *le roi ne peut agir de façon illicite* »<sup>1102</sup>. Il en est ainsi (et continue d'en être ainsi même aujourd'hui) dans les procédures devant le roi ou le chef traditionnel comme en témoigne le Professeur Christophe KOUGNIAZONDE à travers son « *Étude sur la justice coutumière au Bénin*<sup>1103</sup> ». Cette étude montre que la décision rendue devant de telles *juridictions* a force exécutoire jusqu'à opposition levée par l'une des parties. C'est la maxime selon laquelle « *The king can do no wrong* » (le Roi ne peut mal faire)<sup>1104</sup>. COCKBURN, C.J., exprima qu'il était loin d'admettre ce qui devait être ultérieurement connu comme la règle *Churchward v. The Crown* : « Si, en des conditions expressément formulées, les Lords de l'Amirauté s'étaient engagés, que le Parlement trouve ou non des fonds, à employer M. *Churchward* pour exécuter tous ces services, alors, quelques inconvénients que cette solution ait pu soulever (je suis loin de dire), que ce contrat n'aurait pas eu force obligatoire »<sup>1105</sup>.

**608.** C'est ainsi que la Cour suprême au Bénin et la Cour de cassation et le Conseil d'État en France assurent la suprématie et l'unité de jurisprudence des décisions rendues par les juridictions inférieures (jugements et arrêts). Un des exemples les plus radicaux est celui de la

<sup>1102</sup> W. S. HOLDSWORTH, « A history of English law », Vol. III, London, 1942, p. 462- 464 ; Vol. IV, 1945, p. 202-203 ; Vol. VI, 1937, p. 101 ; Vol. IX, 1944, p. 116, Vol. X, 1938, p. 651-652.

<sup>1103</sup> Ch. C. KOUGNIAZONDE, « Étude sur la justice coutumière au Bénin », in *Revue de la justice criminelle (troisième partie)*, L'initiative Africaine pour la Sécurité Humaine (Human Security Initiative), première publication par l'Institut d'Études de Sécurité, Pretoria (Afrique du Sud), 2009, pp. 91-140, spéc. p. 126 (V. Force attachée à la décision).

<sup>1104</sup> D. LEVY, « La responsabilité contractuelle de la Couronne en droit anglais », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 7, n° 1, Janvier-mars 1955, pp. 55-73, Spéc. p. 56. C'est à ce moment que commença à être formulée la célèbre maxime : *The King can do no wrong*, le Roi ne peut mal faire. Cette prohibition se transforma très rapidement en un principe d'irresponsabilité : de par sa nature le souverain est incapable de mal faire. D'où une double série de conséquences : sur le plan constitutionnel, irresponsabilité du monarque avec le correctif du contre-seing et de la responsabilité ministérielle ; d'autre part irresponsabilité juridique de la Couronne et de ses serviteurs (V. HOLDSWORTH dans son *History of English Law*, vol. III, p. 463 à 469 ; vol. VI, p. 266 et 267). Par conséquent, si d'autre part on admettait le principe de base, selon lequel le Roi ne pouvait mal faire, il était impossible de concevoir un système dans lequel le sujet, l'administré eût pu obtenir réparation judiciaire de la Couronne. Il y avait là, avec les conceptions dominantes, une antinomie logique dont le résultat était qu'en cas de dommages subis du fait de l'Administration centrale, le sujet se trouvait dépourvu de tout recours de droit (V. sur ce point, SALMOND, « *Law of Torts I* », 7<sup>e</sup> éd. 1924).

<sup>1105</sup> V. Glanville Llewelyn WILLIAMS, « *Crown Proceedings: an account of civil proceedings by and against the Crown as affected by the Crown proceedings act, 1947* », Ed. Stevens, 1948, p. 10. « Dans ces conditions l'arrêt s'explique et se justifie par le fait que la clause du vote de crédit par le Parlement figurait expressément dans le contrat. Comme on l'a fait observer, on pouvait interpréter le contrat comme ne contenant aucune obligation pesant sur la Couronne permettant au plaideur de transporter le courrier : l'obligation ne portait que sur la rétribution à verser pour un tel transport, mais la Couronne conservait un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'exécution du service.

décision du Conseil d'État rendue le 8 juillet 1904 commentée par HAURIOU. Son commentaire révèle qu'un arrêt de la Cour des comptes, qui avait enjoint à un comptable de reverser certaines sommes que la Cour estimait avoir été ordonnancées à tort à son profit, ayant été annulé par le Conseil d'État par le motif que l'ordonnancement avait été régulier, la Cour des comptes méconnaît l'autorité de la chose jugée sur le point de droit ayant fait l'objet de la décision du Conseil d'État, et commet un excès de pouvoir, lorsque, par un nouvel arrêt, fondé sur le moyen de droit condamné par le Conseil d'État, elle refuse de comprendre dans la dépense allouée au comptable les sommes dont l'ordonnancement avait été reconnu régulier par le Conseil d'État<sup>1106</sup>.

**609.** D'après l'étude sus-évoquée sur la justice coutumière au Bénin, la force exécutoire est reconnue jusqu'à opposition levée par l'une des parties. Dans ce cas, la partie qui n'est pas satisfaite par la manière dont le litige a été réglé peut amener l'affaire au niveau supérieur de la hiérarchie traditionnelle. Mais ne relevant pas de l'ordre judiciaire étatique, une telle voie de droit fait parfois apparaître son côté informel au-delà de toute la confiance que lui font certaines communautés, de toute son efficacité en matière de vérité judiciaire, de transparence et de moins de terreur. Ainsi, il arrive quelques fois que la partie insatisfaite se pourvoie devant la justice formelle en déposant son recours au tribunal étatique<sup>1107</sup>. Les recours dans le cadre de la justice coutumière devant suivre la hiérarchie interne à l'ordre traditionnel, la Cour Royale fait office de Cour Suprême de telle sorte que ses décisions ont une force exécutoire, pratiquement définitives et sont sans recours. Elles s'imposent à toutes les parties<sup>1108</sup>. Ceci s'explique par le fait que l'autorité est pratiquement vénérée et que passer outre sa décision peut être considéré comme un sacrilège<sup>1109</sup>.

---

<sup>1106</sup> M. HAURIOU, « L'assimilation de la violation de la chose jugée à la violation de la loi », Note sous Conseil d'Etat, 8 juillet 1904, Botta, S. 1905.3.81, in *Revue générale du droit*, 2014, numéro 13932.

<sup>1107</sup> Ch. C. KOUGNIAZONDE, « Étude sur la justice coutumière au Bénin », op. cit. p. 126.

<sup>1108</sup> Il en est ainsi dans les régions telle que Kétou, Porto-Novo (Capitale du Bénin et ville historique), Abomey (Capitale historique et siège touristique de concentration de la royauté du Dahomey, en particulier, celui du Roi BEHANZIN), Dassa-Zoumé, Savalou et Savè (les trois villes touristiques du centre du Bénin toutes implantées sur des collines) et Parakou (la grande ville du centre du Bénin), V. p. 126 et 127 de l'Étude sur la justice coutumière au Bénin.

<sup>1109</sup> Cela n'empêche pourtant pas que dans des cas isolés, les décisions de la justice coutumière n'obtiennent pas l'accord de certaines personnes qui préfèrent porter leurs litiges devant les juridictions formelles. Ceci est sans doute imputable au fait que la société regorge de plus en plus d'intellectuels qui éprouvent quelque malaise à accepter les décisions rendues par la justice coutumière.

**610. L'éventualité d'une exécution forcée, de la philosophie de KANT aux perspectives traditionnelles.** Pour Emmanuel KANT, le droit est lié à la faculté de contraindre<sup>1110</sup>. Cette conception du droit peut se comprendre dans le caractère généralement contraignant de la règle de droit en son existence même pour son respect systématique. Mais en matière de l'aboutissement d'une procédure judiciaire, peut-on encore dire que le droit atteint son objectif lorsque la justice doit être obtenue sous la contrainte, donc contre gré, alors même que l'auteur place par ailleurs les facultés de désirer, de vouloir,... à un niveau très élevé de toute action, pourvue que cette dernière soit guidée par un sens de la morale tout aussi universellement acceptable<sup>1111</sup>. A partir de quelques exemples ci-dessous notés<sup>1112</sup>. A travers une telle réflexion, le justiciable doit être à même de privilégier les voies qui lui offrent plus de participation personnelle facilitée par la simplicité pour la compréhension des règles, toute chose lui permettant d'avoir à la fin conscience qu'il y eu justice dans le sens que lui donne M. Lord HEWART. Or, l'autre avantage dont peut bénéficier le justiciable qui opte pour la voie de droit, l'action en justice, est l'exécution forcée en cas d'inexécution volontaire qui ne peut que, comme l'a souligné Mme Christine HUGON, frustrer la partie en faveur de qui elle

---

<sup>1110</sup> E. KANT, « Métaphysique des mœurs, Première partie : Doctrine du droit », Préf. Michel VILLEY, Introduction et traduction par Alexis PHILONENKO, in *Revue Philosophique de Louvain*, Coll. *Bibliothèque des textes philosophiques*, Jean-François COURTINE, Quatrième série (4<sup>e</sup> éd.), tome 71, n° 10, J. VRIN, Paris, 1993, pp. 103-106. « Ce qui est de droit (*quid sit iuris*), c'est-à-dire ce que disent et ont dit des lois en un certain lieu et à une certaine époque, il peut assurément le dire. Mais la question de savoir si ce qu'elles prescrivent [...] ; par conséquent, une faculté de contraindre ce qui lui est nuisible est, suivant le principe de contradiction, liée en même temps au droit.

<sup>1111</sup> E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Coll. Les classiques des sciences sociales, Trad. de l'Allemand en français par Victor DELBOS à partir de l'édition de 1792, « Une action accomplie par devoir tire sa valeur morale non pas du but qui doit être atteint par elle, mais de la maxime d'après laquelle elle est décidée; elle ne dépend donc pas de la réalité de l'objet de l'action, mais uniquement du principe du vouloir d'après lequel l'action est produite sans égard à aucun des objets de la faculté de désirer. Que les buts que nous pouvons avoir dans nos actions, que les effets qui en résultent, considérés comme fins et mobiles de la volonté, ne puissent communiquer à ces actions aucune valeur absolue, aucune valeur morale, cela est évident par ce qui précède ».

<sup>1112</sup> Pour la plupart de ces facultés de tenir compte des valeurs, V. particulièrement p. 7 « faculté de juger aiguës par l'expérience », p. 11 « la faculté de discerner le particulier pour en juger », p. 70 « On appelle inclination la dépendance de la faculté de désirer à l'égard des sensations, et ainsi l'inclination témoigne toujours d'un besoin », p. 69 « On entend par maxime le principe subjectif du vouloir ; le principe objectif, c'est-à-dire le principe qui servirait aussi subjectivement de principe pratique à tous les êtres raisonnables, si la raison avait plein pouvoir sur la faculté de désirer », p. 66 « Pour qu'un être, qui est à la fois raisonnable et affecté d'une sensibilité, veuille ce que la raison seule prescrit comme devant se faire, il faut sans doute que la raison ait une faculté de lui inspirer un sentiment de plaisir ou de satisfaction, lié à l'accomplissement du devoir », p. 65 « avoir conscience d'une volonté, c'est-à-dire d'une faculté bien différente de la simple faculté de désirer (je veux dire une faculté de se déterminer à agir comme intelligence, par suite selon des lois de la raison, indépendamment des instincts naturels » (E. KANT, préc.).

a été rendue<sup>1113</sup>, le droit étant lié à la faculté de contraindre. En droit communautaire européen, l'exécution des décisions de justice est même hissée au rang du droit à un procès équitable. Elle est considérée ainsi comme un droit fondamental, tant selon la convention EDH comprenant d'une part, *le droit à la mise en œuvre sans délai d'une décision de justice définitive et obligatoire*<sup>1114</sup> et, d'autre part, *le droit à la non-remise en cause d'une décision de justice définitive*<sup>1115</sup>, que par le Conseil de l'Europe<sup>1116</sup>. L'action en justice dans le droit moderne n'offre de telles conditions que dans les sociétés où le niveau d'intellectualité est élevé au tout au moins moyen. En Afrique et dans la plupart des pays du Sud où le développement est toujours en voie, il n'y a que dans les grandes villes et même encore en partie qu'on puisse observer de telles conditions. Comme, par exemple, au Bénin, tous les deux cents environ d'avocats du pays sont installés à Cotonou (la plus grande ville des affaires) et il n'y a pas une politique de décentralisation du Barreau. Pareille pour les

---

<sup>1113</sup> Ch. HUGON, « L'exécution des décisions de justice », in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.), *Liberté et droits fondamentaux*, CRFPA grand oral, 18<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2012, pp. 721-735, spéc. p. 721.

<sup>1114</sup> L'article 6 § 1 protège la mise en œuvre des décisions judiciaires définitives et obligatoires (V. par exemple, *l'affaire OUZOUNIS et autres c. Grèce*, § 21). Le droit à l'exécution de telles décisions, de quelque juridiction que ce soit, fait en effet partie intégrante du « droit à un tribunal » (*Affaire HORNSBY c. Grèce*, § 40 ; *SCORDINO c. Italie (n° 1) [GC]*, § 196). À défaut, les garanties de l'article 6 § 1 de la Convention seraient privées de tout effet utile (V. sur ce point, *Affaire BOURDOV c. Russie*, §§ 34 et 37). Ceci a encore plus d'importance dans le contexte du contentieux administratif. En introduisant un recours en annulation devant la plus haute juridiction administrative de l'État, le justiciable vise en effet à obtenir la disparition de l'acte litigieux, mais surtout la levée de ses effets. La protection effective du justiciable et le rétablissement de la légalité impliquent donc l'obligation pour l'administration d'exécuter le jugement (V. *HORNSBY c. Grèce*, § 41 ; *KYRTATOS c. Grèce*, §§ 31-32).

<sup>1115</sup> Le droit à un procès équitable s'interprète aujourd'hui à la lumière du principe de la prééminence du droit, dont l'un des éléments fondamentaux est le principe de la sécurité des rapports juridiques (V. à cet effet, *OKYAY et autres c. Turquie*, § 73), qui veut, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause (*BRUMARESCU c. Roumanie [GC]*, § 61 ; *AGROKOMPLEKS c. Ukraine*, § 148). Selon la jurisprudence de la CEDH, un système judiciaire marqué par la possibilité de remises en cause perpétuelles et d'annulations répétées de jugements définitifs, méconnaît en effet l'article 6 § 1 (*SOVTRANSVTO HOLDING c. Ukraine*, §§ 74, 77 et 82, concernant la procédure de protest selon laquelle le président de la Cour suprême d'arbitrage et le procureur général ou leurs adjoints disposaient du pouvoir discrétionnaire d'attaquer un jugement définitif par la voie du recours en annulation). De telles remises en cause sont inadmissibles tant venant de juges que de membres de l'exécutif (*TREGOUBENKO c. Ukraine*, § 36) ou d'autorités non judiciaires (*AGROKOMPLEKS c. Ukraine*, § 150-151). Une décision définitive ne peut être remise en cause que dans des circonstances de caractère substantiel et irrésistible, comme par exemple une erreur judiciaire (*Affaire RIABYKH c. Russie*, § 52).

<sup>1116</sup> Conseil de l'Europe, Comité des ministres, « Recommandation (2003) 17 du Comité des Ministres aux Etats membres en matière d'exécution des décisions de justice », adoptée par le Comité des Ministres le 9 septembre 2003, lors de la 851<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres. Il recommande aux gouvernements des Etats membres, d'une part, de faciliter, lorsque cela est approprié, l'exécution efficace et rentable des décisions de justice, ainsi que d'autres titres exécutoires, qu'ils soient judiciaires ou non judiciaires; et d'autre part, de prendre ou de renforcer, selon le cas, toutes les mesures qu'ils estiment nécessaires en vue de mettre en œuvre progressivement les «Principes directeurs concernant l'exécution», qui sont énoncés dans ladite recommandation.

huissiers, véritables acteurs d'exécution des décisions de justice. De manière générale, en procédures coutumières, les décisions rendues par les cours royales sont exécutées de façon volontaire, c'est-à-dire sans contrainte par la partie perdante. Mais il arrive que celle-ci s'y oppose. C'est ce qui conduit à l'éventualité de la voie de contrainte qui ne s'effectue pas pareillement à celle connue en droit formel. L'exécution par contrainte se réalise par les forces occultes et autres représailles mystérieuses qui pourraient s'abattre sur l'intéressé.

## **B. La relativité de la sûreté**

Elle est à la fois conceptuelle (1) et substantielle (2).

### ***1. Une relativité conceptuelle***

**611. La perception vis-à-vis des juridictions en général.** Tout lien social est un lien essentiellement normatif. Que l'on se situe du côté de l'État central ou de celui des collectivités traditionnelles, surtout africaines, le fonctionnement des institutions à travers les normes établies par l'un et l'autre ne souffre pas de différence substantielle liée au caractère moderne de l'un et traditionnel de l'autre. D'ailleurs, le caractère normatif de l'État ne le distingue pas essentiellement des autres formations sociales en ce sens que les collectivités ou groupes sociaux ethniques divers consistent aussi en systèmes de règles<sup>1117</sup>. Il n'est donc pas nécessaire de rechercher la nature de telles ou telles sociétés dans tels ou tels aspects de ses relations avec ses membres ou encore les us et coutumes de ces derniers.

**612. Le concept de justice au bout de l'action en justice.** La relativité conceptuelle se situe dans la manière dont on considère la décision à laquelle on est parvenu au bout de l'action en justice. Dans cette considération, le jugement est pris comme une décision appelée à s'imposer contre une éventuelle absence de cette conscience, pourtant nécessaire pour la partie *perdante*, d'avoir justice ; cette conscience qui, nous semble-t-il, conditionne de manière ultime la paix sociale comme véritable but de la justice, but du droit, but de l'action en justice.

**613. Le concept de vérité au bout de l'action en justice.** La nécessité d'éviter au maximum le doute scientifique pour ériger son raisonnement en force servant la justice reste le plus

---

<sup>1117</sup> H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », Trad. Eisenmann, in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, G. GEZE, T. 43, Ed. Marcel GIARD, Paris, 1926, pp. 561-646, Spéci. § 10- Normes et société, p. 571.

grand défi du juge. Or, la science est en elle-même faillible, même si le degré d'incertitude varie, elle n'apporte jamais une certitude péremptoire aux magistrats sur les situations qui leur sont soumises. Le recours à l'expertise médicale par l'acide désoxyribonucléique (ADN) pour établir la vérité judiciaire se fait de plus en plus fréquent et participe de cette permanente recherche d'amélioration en vue de plus de vérité judiciaire. C'est bien cette tendance d'évolution perpétuelle qui témoigne une fois encore des possibilités d'existence d'une marge d'écart entre la vérité réelle et la vérité judiciaire. « Les pouvoirs de décisions sont remis au jugement médical : lui et lui seul introduit au monde de la folie ; lui et lui seul permet de distinguer le normal de l'insensé, le criminel de l'aliéné irresponsable »<sup>1118</sup>. Mais le progrès scientifique n'est pas la seule arme de la modernité du système pour la conquête de la vérité. Leo STRAUSS qualifié, à tort ou à raison, de philosophe de la modernité pour sa pensée traversée par un sentiment de rupture, l'intuition d'une perte<sup>1119</sup>, une perte de la « conscience naturelle<sup>1120</sup> » selon Mme C. WIDMAIER. En dépit de ce constat, c'est encore dans le rapport direct à la tradition qui replonge dans la pensée *pré-moderne* faite de classique et de médiévale que l'auteur trouve l'origine fondamentale de l'une des valeurs de la justice qu'est la vérité et qui conditionne, aux côtés des autres valeurs, la paix sociale.

**614. Une relativité substantielle de fait.** La relativité substantielle se trouve dans le contenu même de la décision rendue qui, bien que dans un caractère exécutoire, reste parfois approximative de la vérité réelle : effet parfois du verbe le plus convainquant de l'avocat défenseur le plus compétent, le plus intelligent ou simplement le plus malin ou chanceux.

## ***2. Une relativité substantielle***

**615. Une relativité substantielle de droit.** Les cas de fluctuations substantielles des décisions auxquelles parviennent les voies d'action en justice sont nombreuses et l'existence de multiples autres voies successives dites voies de recours en est une illustration. Nous prendrons ici juste deux exemples. La conviction du juge est-elle toujours conforme à l'intérêt

---

<sup>1118</sup> O. BEAUVALLET, *Le juge et l'expert : savoir et qualification*, thèse EHESS, 2001, p. 101.

<sup>1119</sup> L. STRAUSS, *La philosophie politique et l'histoire*, *Qu'est-ce que la philosophie politique ?*, Version originale de 1959, Trad. De l'anglais par Olivier SEDEYN (1992), Paris, PUF, 1992, p. 77.

<sup>1120</sup> C. WIDMAIER, *Leo STRAUSS : sens historique et pensée de la tradition*, Edit. Esprit, n° 289, (11), 2002, pp. 32-48, Spéc. p. 32.

véritable de l'enfant mineur pour valablement s'y substituer en cas de divorce avec mécontentement des parents sur sa garde ? En droit de la famille béninois, la garde des enfants issus du mariage est confiée à l'un ou l'autre des époux, en tenant compte uniquement de l'*intérêt des enfants*. Et même, si cet intérêt l'exige, la garde peut être confiée, soit à une autre personne choisie de préférence dans leur parenté, soit si cela s'avérait impossible, à toute autre personne physique ou morale<sup>1121</sup>. En droit français et en application de l'article 373-2-6 du code civil, lorsque le juge aux affaires familiales statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale par les deux parents séparés, il doit veiller « spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs ». Le juge peut, à titre exceptionnel et si l'*intérêt de l'enfant l'exige*, notamment lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale, décider de confier l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans sa parenté<sup>1122</sup>. L'intérêt de l'enfant est ainsi la clé des décisions judiciaires concernant les enfants rendues en matière familiale et prime sur toute considération<sup>1123</sup>, chose tout à fait logique ; il a pour fondement le principe sacré de l'intérêt supérieur de l'enfant, le deuxième des quatre grands principes<sup>1124</sup> selon lequel : *tout ce qui a un impact sur les enfants doit être bénéfique pour eux et leur développement*.

**616.** Mais c'est le caractère fuyant de la notion d'intérêt de l'enfant qui préoccupe ici, à travers son analyse par d'éminents juristes, comme propre à favoriser l'arbitraire judiciaire. Pour absence de définition précise, la notion conduit chacun à l'appréhender en fonction de sa propre personnalité, de sa propre subjectivité. Or, une telle appréhension peut amener à une forme d'arbitraire. Lorsqu'une trop grande subjectivité pénètre dans les débats judiciaires, qui

---

<sup>1121</sup> Art. 265 du Code béninois des personnes et de la famille (CBPF) ; V. Code béninois des personnes et de la famille et ses décrets d'application, Coll. *Droits & lois*, 2<sup>e</sup> éd., SOKEMI, Cotonou, 2009, p. 63.

<sup>1122</sup> Art. 373-3 du Code civil français.

<sup>1123</sup> Par exemple : Civ. 2<sup>e</sup>, 18 juin 1997, B. n° 190 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 18 mai 2005, B. n° 211 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 2005, B. n° 245 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 juillet 2005, B. n° 334 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 22 novembre 2005, B. n° 434 ; V. aussi, Civ.2<sup>e</sup>, 24 février 1993, B. n° 76.

<sup>1124</sup> Les quatre grands principes au cœur de la Convention sont : **la non-discrimination selon laquelle** les droits concernent tous les enfants, filles et garçons, quels que soient leur milieu, leur origine, leurs parents, leur couleur, leurs opinions, leur croyance, leur pauvreté ou leur richesse... ; **l'intérêt supérieur de l'enfant selon lequel** tout ce qui a un impact sur les enfants doit être bénéfique pour eux et leur développement ; **la survie et le développement, principe selon lequel** la responsabilité des États est pleinement engagée et ils doivent prendre les mesures législatives, administratives et sociales pour assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, en tenant compte des droits et devoirs de ses parents. Quand cela est nécessaire, ceux-ci doivent recevoir une aide pour jouer pleinement leur rôle ; **la participation de l'enfant, principe par lequel** celui-ci doit avant tout connaître ses droits. Parmi ceux-ci figurent des libertés qui accompagnent les progrès de son autonomie : avoir un avis sur ce qui le concerne et l'exprimer, donner son opinion, rechercher des informations, partager des idées, agir avec d'autres enfants.



par principe devraient être guidés par une totale impartialité, l'arbitraire est très proche ; c'est ainsi que le Doyen CARBONNIER qualifiait cette notion de *notion magique*<sup>1125</sup> et de *notion contenu variable*<sup>1126</sup>. Mme DEKEUWER-DEFOSSEZ trouve que l'intérêt de l'enfant ressemble à une *boîte où chacun met ce qu'il souhaite trouver*<sup>1127</sup>. D'autres y voient un concept *insaisissable, fuyant, changeant*<sup>1128</sup>.

**617.** À la différence des lois modernes, la protection de l'enfant constitue un concept de *famille* en Afrique plus favorable en droit traditionnel. La notion de *famille* dans nos pays africains conserve toujours sa conception large issue de la notion de collectivité, de royauté et de chef de famille. Il s'agit d'une situation qui règle en grande partie les difficultés, en droit moderne, de la situation de l'enfant en cas de divorce, ce dernier étant tout aussi moins fréquent. Bien vrai, le Code béninois des personnes et de la famille organise la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions le concernant en cette matière<sup>1129</sup>. Mais, en pratique, l'enfant se sépare rarement de ses parents, ou presque jamais, tellement la *famille nucléaire* est large ! et fortement impliquée pour des solutions simples et rapides : quand l'oncle est considéré plus qu'un père et la tante plus que sa propre mère, les grands parents, s'ils sont encore vivants sont plus protecteurs que tout.

**618.** En outre, même en analysant la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfance, M. Pierre VERDIER en conclut à un recul des droits et du droit<sup>1130</sup>. Pour cet

---

<sup>1125</sup> J. CARBONNIER, note sous Cour d'appel de Paris, 30 avril 1959, *D.* 1960.673, spéc. P. 675.

<sup>1126</sup> J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in C. PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variables en droit*, Bruxelles, 1984, p. 99, spéc. p. 104.

<sup>1127</sup> F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », in *RTD civ.* 1995, p. 249, spéc. p. 265.

<sup>1128</sup> O. BOURGUIGNON, J.-L. RALLU, I. THERY, « Du divorce et des enfants », *INED*, 1985, p. 34, par I. THERY.

<sup>1129</sup> Art. 264 à 270 du Code béninois des personnes et de la famille.

<sup>1130</sup> P. VERDIER, « La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfance : une avancée de la protection, un recul des droits, p. 14. « *Il y a en nombre, dans cette loi, plus d'aspects positifs que d'éléments négatifs. Mais en poids plus de dangers pour les familles et les enfants car cette loi est au point de tension entre deux conceptions de l'action sociale. Les idéologues de la séparation salvatrice<sup>66</sup> opposent parfois les droits des parents aux droits de l'enfant. Il s'agit à l'évidence d'une présentation pernicieuse... je n'ai jamais vu, absolument jamais, de parents faire passer leurs prétendus droits avant les droits de l'enfant. A cet égard, droits des parents et droits de l'enfant vont ensemble : le premier droit de l'enfant, c'est d'avoir des parents en capacité de l'élever, et les droits des parents n'existent qu'en fonction de l'enfant. Non, le clivage est entre ceux qui voient l'enfant comme objet de protection et ceux qui positionnent l'enfant comme sujet de droit. Les tenants de la protection pensent que les professionnels savent mieux que les parents et que l'enfant lui*

auteur, l'enfant appelle une attitude de protection et d'assistance et on se penche sur l'enfance avec une conception « *tutorial* » du droit, qui s'accroît lorsque l'enfant est un enfant du peuple, issu des classes pauvres ou des milieux défavorisés : l'assistante maternelle, le médecin de PMI, l'éducateur... écrivait ironiquement Claire NEIRINCK. Ils sont capables d'encadrer des stades parentaux. Ils savent apprécier, à partir de leurs critères subjectifs, l'intérêt de l'enfant. Avec les probabilités que les subjectivités du juge écartent son analyse de la réalité qui profiterait à l'enfant, on voit bien là que la voie de droit moderne, l'action en justice n'offre pas autant de garantie de paix sociale que d'autres voies, bien que moins modernes. La voie de droit coutumière ou traditionnelle dans un environnement de famille élargie, au-delà des concepts de parenté/parentalité<sup>1131</sup>, semble être une des solutions appropriées, du moins dans les pays où la coutume est encore quelque chose d'assez forte.

\*\*\*\*\*

**619.** Il faut oser le dire, l'action en justice n'est pas un droit subjectif. Elle est une voie de droit parmi tant d'autres telles la négociation, la médiation, la justice traditionnelle rendue dans certaines contrées africaines par les gardiens de la tradition. Il a existé de part l'histoire plusieurs façons d'obtenir justice dont certaines sont aujourd'hui abandonnées.

**620.** Parmi les différentes voies de droit, l'action en justice occupe une place particulière en cela qu'elle est la plus contraignante. Sa mise en œuvre permet de faire reconnaître un droit subjectif. L'action en justice est une voie de droit particulière en cela qu'elle est organisée et qu'elle apparaît comme une voie sûre assurée par l'Etat. L'action oblige un juge à statuer non seulement sur la recevabilité mais aussi sur le bien fondé de la demande.

---

*même ce qui est bon pour l'enfant. C'est la position paternaliste classique. Il n'y a de définition de l'enfant qu'en creux : l'enfant, c'est celui qui ne parle pas, celui qui n'a pas pleine capacité. Ceci induit que le discours institutionnel paternaliste se soit progressivement substitué à la puissance paternelle. ».*

<sup>1131</sup> A. BRUEL, J. FAGET, L. JACQUES, M. JOECKER, C. NEIRINCK, G. POUSSIN, *De la parenté à la parentalité*, Erès, 1<sup>re</sup> éd. 2001, ouvrage élaboré à la suite de la journée d'étude organisée par la Maison des droits de l'enfant en janvier 2001. Ed. 2013, p. 8.

## Conclusion du titre

**621. L'action en justice, une voie, un moyen.** « Il serait à la fois inexact et trompeur, donc dangereux de conserver un terme ayant traditionnellement une certaine signification en le vidant de cette signification<sup>1132</sup> », affirmait Georges ROUHETTE dans sa thèse. L'action est un moyen, un procédé, une voie pour se faire rétablir la justice, et il semble que cette conception convient à l'essence même de la notion d'action en justice tel que reconnu par les juristes pratiquement sans discussion. Ce qui est vainement recherché, c'est le mécanisme par lequel la voie utilisée comme moyen, un procédé pourrait franchir ce sens naturel pour devenir un véritable droit, un droit subjectif. Ce n'est pas étendre les sciences, mais les dénaturer, que de confondre leurs limites<sup>1133</sup>. Une telle affirmation de KANT dans sa critique de la raison pure est aussi applicable à la notion d'action en justice. L'action en justice est, ni plus ni moins, une voie, un moyen prévu par la société pour assurer la sanction de la violation d'un droit subjectif, cette sanction se trouvant au bout d'un chemin, d'une voie qui part de l'introduction de la demande jusqu'à la décision. Si l'action en justice exprime un dynamisme en termes d'action en vue de la justice, un mouvement en recherche de la justice, la voie empruntée dans ce mouvement reste une des nombreuses voies de justice à la disposition du justiciable. Si cette définition ne semble pas pouvoir être contestée, elle tranche avec la définition légale en ce qu'elle limite les attributs de la notion d'action à ceux d'un moyen, d'un procédé, d'une option entre plusieurs voies, plusieurs procédés en vue d'atteindre la justice. Il faut préciser que si la définition légale de l'action en justice est sujette à de multiples critiques, c'est dû essentiellement au fait qu'elle a débordé de sa signification réelle pour s'étendre sur le terrain de celle de droit, d'un véritable droit subjectif, celui d'être entendu sur le fond de sa prétention. Cette définition semble à la fois trop généreuse et en même temps trop réductrice. Si la définition légale, bien qu'issue des réflexions doctrinales, en l'occurrence celles de MOTULSKY, semble trop généreuse pour avoir été étendue à un véritable droit plutôt que d'être limitée à une simple voie, un procédé, elle est aussi réductrice en ce qu'elle limite ce qui est considéré comme un véritable droit, à celui d'être entendu ; « être entendu » ne semble pourtant pas présenter une idée de droit en terme de prérogative ; en

---

<sup>1132</sup> G. ROUHETTE, « Contribution à l'étude critique de la notion de contrat », op. cit., p. 632.

<sup>1133</sup> E. Kant, Préface à la seconde édition de son ouvrage : *Critique de la raison pure*, 1787, Emmanuel Kant, 1781, traduction de Barni et Archambault.

tout cas pas autant qu' « être écouté » : le justiciable voudrait bien être écouté sur le fond de sa prétention plutôt que d'être simplement entendu.

**622. Au-delà le droit subjectif.** Le terme « droits subjectifs » signifiant étymologiquement « droits attachés à un sujet, à une personne », il n'est pas possible de rattacher des moyens, des procédés à des sujets qui en seraient propriétaires. Ces derniers ne pourront que les emprunter pour rétablir la justice à leur compte. De plus, bien vrai, l'ouvrage intitulé « Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes ... » nous enseigne que le droit privé est traversé par des conflits incessants entre titulaires de droits subjectifs, de libertés civiles ou de porteurs d'intérêts. Et les exemples sont légion, « la liberté de la presse étant invoquée à l'encontre du droit à l'image ; les libertés de commerce et de concurrence s'entrechoquant et s'opposant aux droits d'auteur, aux droits de propriété ou aux intérêts d'autres commerçants ou consommateurs ; des négociations étant rompues au nom de la liberté de ne pas contracter et atteinte portée aux intérêts de l'autre partie à la négociation » écrit l'auteur, M. LEONARD. Mais les voies de droit et les voies en vue de la justice en général, sont de véritables moyens des chemins empruntés pour rétablir ces droits subjectifs, ces libertés et la jouissance de ces intérêts légitimes en cas de difficultés. Aucun conflit de cette nature n'est possible entre les voies de justice dont les voies de droit. Le seul conflit possible n'est pas un conflit de droit substantiel, mais plutôt un conflit de juridiction : des affaires ayant connu une certaine décision devant le roi sont souvent parallèlement introduite devant les juridictions étatiques pour qu'elles soit jugé parallèlement. Mais il n'y a pas à ce niveau un véritable conflit, ni en forme de contentieux sur un droit, ni en forme compétence juridictionnelle discutée. Sur ce dernier point, au-delà de toute la déférence reconnue en la juridiction royale, cette dernière est toujours écartée devant les tribunaux de droit moderne et notre suggestion est que l'on trouve des mécanismes pour voir comment améliorer ces voies de justice, jusque-là considérées comme " *informelles* ", afin d'opérer en présence de ces genres de situation un bref examen de l'affaire et de la procédure qu'elle a connue devant la Cour royale pour que le tribunal moderne ne rende à ces occasions qu'une décision non susceptible d'appel. Ce serait déjà un pas dans le désengorgement des juridictions.



## ***TITRE 2 : UNE NECESSAIRE READAPTATION DU MECANISME DE LA RECEVABILITE DE L'ACTION***

---

**623. Le caractère légitime de l'intérêt à agir, entre exagération et nécessité.** La consécration de la légitimité de l'intérêt à l'article 31 du code de procédure civile apparaît comme un adjectif de trop dans cette disposition. Cette situation donne aux réformes du Code de procédure civile, intervenues en 1975, un goût d'inachevé. La légitimité de l'intérêt est un élément du débat au fond dont l'appréciation se fait sur le terrain de la recevabilité de l'action. Cette situation, pour le moins, non satisfaisante du point de vue de la procédure, conduit à une confusion entre les différentes étapes du procès. On ne peut pallier cette confusion qu'en procédant à une réadaptation du mécanisme de la recevabilité de l'action. Cette réadaptation rend nécessaire *un détachement de la question de la légitimité de l'appréciation de la recevabilité de l'action* (chapitre 1). Il devient alors utile que cet élément soit *rattaché au débat portant sur le fond* (chapitre 2). Ainsi, on ne parlera plus d'un intérêt légitime mais plutôt de la légitimité du droit substantiel.



## CHAPITRE 1<sup>ER</sup> : LE NÉCESSAIRE ISOLEMENT DE LA QUESTION DE LA LÉGITIMITÉ DE L'INTÉRÊT DE L'APPRÉCIATION DE LA RECEVABILITÉ DE L'ACTION

**624. Les vues sur la légitimité de l'intérêt à agir.** L'intérêt légitime n'a pas bonne presse en doctrine. Il constitue un élément de fond du débat dont certains auteurs réclament la suppression<sup>1134</sup>. Permettre au juge de l'apprécier au stade de la recevabilité de l'action constitue une manière pour ce dernier de se dérober du débat sur le fond. Cette situation était déjà dénoncée par une partie de la doctrine classique<sup>1135</sup>. Mais sa consécration à l'article 31 du code de procédure civile n'a fait que raviver à juste titre les critiques de la doctrine moderne. *Les liens entre la légitimité de l'intérêt et le droit substantiel sont flous* (section 1). Autant affirmer qu'elle constitue un élément de fond du débat et en opérer la sanction au moyen d'une irrecevabilité remet totalement en cause la distinction du droit substantiel de l'action *compromettant ainsi les étapes logiques du procès* (section 2).

### *Section 1<sup>ère</sup> : Les liens flous entre la légitimité de l'intérêt et le droit substantiel*

**625. Les effets de la légitimité dans la titularité de l'action.** L'article 31 du Code de procédure civile français porte en lui-même les termes de la confusion entre la légitimité de l'intérêt et la qualité à agir. Cet article dispose en effet que : « *l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention ou pour déterminer un intérêt déterminé* ». Cette disposition renseigne sur les catégories de personnes auxquelles l'action est ouverte. De la lecture de cette disposition, il est constant que le législateur a voulu *restreindre la titularité de l'action* (paragraphe 1<sup>er</sup>) en distinguant, d'une part, les personnes ayant un intérêt légitime et, d'autre part, celles qui sont qualifiées même lorsque cette condition fait défaut. Bien que le législateur n'ait pas envisagé expressément la qualité comme condition de l'action, il est patent qu'il évoque dans cette seule et même disposition, les conditions de la qualité et de

---

<sup>1134</sup> La notion est souvent invoquée en droit civil et renvoie à l'un des caractères du dommage réparable V. Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2014, n°604 ; Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des Obligations*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2016, n°124 ; F. Terré, Y. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit des obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2013, n° 704.

<sup>1135</sup> H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, 3<sup>e</sup>, t.1, Paris, Sirey, 1961, n°228.



l'intérêt à agir. Il n'est alors pas excessif de conclure que *la légitimité de l'intérêt et la qualité à agir désignent une seule et même réalité* (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1<sup>er</sup> : Une volonté de restreindre la titularité du droit d'agir**

**626. Le recours au droit substantiel.** L'action en justice ne peut être ouverte à tout venant. Pour restreindre la titularité de l'action, le législateur n'a eu maladroitement d'autre choix que de recourir au droit substantiel. Ainsi, comme l'affirme M. KERNALEGUEN : « *L'intérêt et la qualité pour agir régissent l'attribution plus ou moins ouverte du droit d'agir* »<sup>1136</sup>. Ce constat peut être fait tant en ce qui concerne *la restriction de l'action tenant à la légitimité de l'intérêt (A)* qu'à *la condition de la qualité pour agir (B)*.

#### **A. Une restriction de la titularité de l'action fondée sur la légitimité de l'intérêt**

**627. La notion de légitimité entre l'éthique et la légalité.** La jurisprudence donne à l'expression « *intérêt légitime* » tantôt une connotation morale, tantôt une connotation légale. Ainsi, elle fonde la restriction de la titularité du droit d'agir sur *la moralité du droit (1)*, mais parfois c'est sur la base de *la licéité de la demande* que la liste des personnes pouvant être titulaires du droit d'agir est apurée (2).

##### **1. Une restriction de la titularité de l'action fondée sur la moralité du droit**

**628. Le juge comme un organe de moralisation.** L'article 31 du Code de procédure civile fait du juge un organe de moralisation et de licéité des prétentions qui lui sont présentées. Mme Amrani-Mekki et M. Yves Strickler affirment à ce propos : « *la conséquence de l'approche classique est une forme de moralisation du prétoire* »<sup>1137</sup>. Cette position a été renversée depuis un arrêt chambre mixte de la Cour de cassation<sup>1138</sup>. La rigueur attachée à ce principe a été atténuée au fil des ans. Ainsi, postérieurement à cette jurisprudence, la chambre criminelle de la Cour de cassation a admis le droit à réparation de la concubine même en présence de l'adultère dès lors que l'existence du mari rendait incertaine cette

---

<sup>1136</sup> F. KEMEGUEN, « Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ? *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 771.

<sup>1137</sup> S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Procédure civile*, op. cit., n°63, p. 132.

<sup>1138</sup> Cass. mixte, 27 février 1970, *D. 1970*, Chron. p. 145.

infraction<sup>1139</sup> ou encore lorsque la victime de l'adultère ne s'est pas prévalu en justice de cette situation<sup>1140</sup>. Il a été également jugé que la communauté de résidence entre la demanderesse et le défunt n'était pas une condition nécessaire<sup>1141</sup>. Ces jurisprudences semblent aujourd'hui dépassées, non seulement parce que l'adultère n'est plus un délit pénal, mais aussi parce qu'il n'est plus une cause péremptoire du divorce. Cependant, une demande peut être déclarée irrecevable en raison de la turpitude du demandeur, du blâme dont sa prétention fait l'objet<sup>1142</sup>. L'illégitimité tient aussi à une atteinte portée à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Ainsi, en cas d'atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, l'irrecevabilité pour défaut d'intérêt légitime a pour objectif de sauvegarder l'ordre juridique lui-même<sup>1143</sup>.

**629. Le refus de la restitution dans un contrat illicite.** Ainsi en va-t-il de la règle *nemo auditur* qui ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action en nullité dirigée contre le contrat conclu au mépris des bonnes mœurs ou de la violation d'une règle d'ordre public mais pouvant en revanche paralyser les restitutions consécutives à l'annulation<sup>1144</sup>. Sur le fondement de l'intérêt illégitime, la restitution devrait être refusée à celui qui a accepté d'être partie à un contrat illicite ou immoral, sauf à ce que soit établie sa bonne foi<sup>1145</sup>. Dans cette même rubrique pourrait être citée, l'action *de in rem verso*. C'est sur le terrain de la recevabilité de l'action, et plus précisément sur le terrain de la légitimité de l'intérêt à agir, que devrait être envisagée la faute de l'appauvri dès lors que les conditions d'un appauvrissement et d'un enrichissement sont réunies<sup>1146</sup>.

---

<sup>1139</sup> Cass. crim., 20 avril 1972 : *Bull. crim.*, n° 134 ; *JCP G* 1972, II, 17278, note Vidal ; *D.* 1972somm. p. 129.

<sup>1140</sup> Cass. Crim., 19 juin 1975 : *D.* 1975, p. 679, note Tunc ; *RTD civ.* 1975, p. 708, Durry. Dans cette affaire, il n'était pas contesté que le de cujus avait l'intention de divorcer et de régulariser sa situation à l'égard de sa fille.

<sup>1141</sup> Cass. crim., 2 mars 1982 : *Bull. crim.*, n°64 ; *RTD civ.* 1983, p. 342, obs. Durry.

<sup>1142</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, op. cit. n°185.

<sup>1143</sup> G. WICKER, « La légitimité de l'intérêt à agir », in *Mélanges en l'honneur de Yves Serra*, Paris, Dalloz, 2006, p. 455, n°19 ; Y. DES DEVISES, *Le contrôle de l'intérêt légitime essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action*, thèse, Nantes, 1973, 152.

<sup>1144</sup> Cass. com., 27 avril 1981, D. 1982.51, note P. Le Tourneau.

<sup>1145</sup> P. LE TOURNEAU, *La règle « Nemo auditur... »*, Thèse, LGDJ, 1970, n°171.

<sup>1146</sup> G. WICKER, art. cit., n°21.

**630.** L'illégitimité peut résulter aussi de la violation de la bonne foi contractuelle. Cette restriction de la titularité du droit d'agir vise à moraliser les relations contractuelles. Ainsi, il serait illégitime que le cocontractant qui a manqué de bonne foi puisse s'en prévaloir pour priver l'autre partie des avantages auxquels elle était légitimement en droit de s'attendre.

**631. La moralisation du prétoire.** Serait-il osé de voir dans l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui une sorte de volonté de moralisation du droit ? Cette hypothèse a déjà été évoquée par M. Wicker<sup>1147</sup>. Dans l'hypothèse de l'estoppel ou interdiction de se contredire au détriment d'autrui<sup>1148</sup>, il est souvent reproché à une partie d'avoir adopté deux positions incompatibles préjudiciant aux intérêts de son adversaire. L'estoppel lorsqu'il est reconnu est sanctionné par l'irrecevabilité. Il s'agit en effet d'une fin de non-recevoir d'origine jurisprudentielle dont la mise en œuvre est strictement encadrée par la Cour de cassation<sup>1149</sup>.

**632.** D'une façon générale, la moralisation du prétoire se fait de façon détournée sur le terrain de l'examen du bien-fondé de la prétention même si la sanction intervient sur celui de la recevabilité.

## ***2. Une restriction de la titularité de l'action fondée sur la légalité du droit***

**633. La licéité de l'intérêt légitime.** La licéité de l'intérêt légitime est aussi une cause de restriction de la titularité du droit d'agir dont la sanction intervient sur le terrain de la recevabilité. Il a ainsi été jugé qu'une société ne peut pas demander la nullité d'une autre société irrégulièrement constituée et concurrente avec laquelle elle ne présentait aucun lien juridique<sup>1150</sup>. Dans cette affaire, le demandeur justifiait pourtant d'un intérêt économique

---

<sup>1147</sup> WICKER, *art. précit.* n°37 et s.

<sup>1148</sup> Il existe plusieurs formes d'estoppel connue en Common Law sous le nom de judicial estoppel V. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, n°480, note 217.

<sup>1149</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 sept. 2014, n°14534 : *D.* 2015,655, obs. Douchy-Oudot ; *JCP G* 2014, 1141, note HOUTCIEFF ; Cass. 2e civ. 23 oct. 2014, n°13-24.198 ; Cass. Com., 10 fév. 2015, n°13-28.262 : *Procédures* 2015, n°108 obs. Croze ; *RTD civ.* 2015, 452, obs. Cayrol ; *JCP G* 2015, 470, note FRICERO.

<sup>1150</sup> CA Paris, 5 juill. 1954 : *D.* 1954, 706 ; S. 1955, 2, 1, concl. DUPIN ; *RTD civ.* 1955, p. 150 obs. P. HEBRAUD.

celui d'éliminer un dommage concurrentiel. Dans le même sens, il a été jugé qu'une association était irrecevable à demander la nullité d'une autre association<sup>1151</sup>.

**634. L'illégitimité déduite non de l'immoralité mais de l'illicéité.** L'action a été également refusée à une mère qui a attiré en justice son médecin à la suite d'une intervention pratiquée sans succès en vue d'une interruption volontaire de grossesse<sup>1152</sup>. La Cour de cassation a reconnu à un enfant né handicapé un intérêt légitime à agir en réparation de ce handicap car sa mère n'avait pas pu exercer son choix d'interrompre sa grossesse à la suite de faute commise par un médecin et un laboratoire<sup>1153</sup>. Aujourd'hui, l'illégitimité est plus souvent déduite, non de l'immoralité d'une situation, mais de son illicéité<sup>1154</sup>. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a, par ailleurs, à deux reprises, refusé de réparer le préjudice qui résultait de la perte d'un travail dissimulé. Dans la première espèce, la Cour a estimé que l'employeur qui souffrait de l'absence accidentelle de son employé « *ne justifiait pas d'un intérêt légitime à agir* »<sup>1155</sup>. Dans la seconde espèce, le droit d'agir a été refusé à un salarié au motif « *qu'une victime ne peut obtenir la réparation de la perte de ses rémunérations que si celles-ci sont licites* »<sup>1156</sup>.

**635.** L'exigence d'une qualité à agir est également une manière de restreindre la titularité du droit d'agir.

## **B. Une restriction de la titularité de l'action fondée sur la qualité à agir**

**636.** L'article 31 du Code de procédure civile consacre une seconde restriction des personnes pouvant être titulaires de l'action. Dans cette seconde hypothèse, le seul fait de justifier d'un intérêt légitime n'est pas une condition suffisante pour intenter une action. C'est ce que

---

<sup>1151</sup> CA Paris, 26 mai 1967 : *Gaz. Pal.* 1967, 2, p. 246, obs. BLANCHET ; *RTD civ* 1968, p. 181, n°1, obs. HEBRAUD.

<sup>1152</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 1991 : *D.* 1991, p. 566, note LE TOURNEAU ; *RTD civ.* 1991, p. 753, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 1993, somm. p. 27, obs. PENNEAU.

<sup>1153</sup> Cass. Plén., 17 nov. 2000, n°99-13.701 : *JurisData* n°2000-00684 ; *JCP G* 2000, I, 279, MEMETEAU ; *D.* 2001, p. 332, note D. MAZEAUD ; *D.* 2001, p. 336, note Jourdain ; *RTD civ.* 2001, p. 103, obs. HAUSER, p. 226, obs. LIBCHABER.

<sup>1154</sup> WICKER, art. cit. n°13.

<sup>1155</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 mai 1999, Bull. II, n° 105 ; *JCP G.* 2000, I, 197, n°4, obs. G. VINEY ; *RTD civ.* 1999, 637, obs. P. JOURDAIN.

<sup>1156</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 janv. 2002, Bull. II, n°5 ; *JCP G* 2002, II, 10118, note BOILLOT ; *JCP G.* 2003, I, 152, n°22, obs. G. VINEY ; DEFRENOIS 2002.786, obs. R. LIBCHABER ; *D.* 2002.2559, note MAZEAUD.

prévoit la seconde manche de l'article 31 lorsqu'elle renvoie aux « *cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* ». La volonté d'exclusion n'y est pas moins perceptible et cette exclusion se fait aussi sur le terrain du droit substantiel. Il est question de rechercher les personnes destinataires du droit substantiel. Grâce à une distinction opérée par la doctrine, on a pu opposer les actions banales aux actions attitrées<sup>1157</sup>. La volonté d'exclusion est plus souple en présence des actions banales (1). Elle est plus radicale lorsqu'il s'agit d'une action attitrée (2).

### *1. Une restriction souple de la titularité de l'action tirée des actions banales*

**637. L'absorption de la qualité par l'intérêt.** En principe, celui qui agit justifie d'un intérêt et d'une qualité pour agir. Les deux notions sont liées, MM. CADIET et JEULAND diront même que : « *la qualité pour agir n'est pas requise de celui qui agit à titre personnel pour la défense d'un intérêt direct et personnel* »<sup>1158</sup> et qu'ainsi « *l'intérêt constituant un titre suffisant pour agir, la qualité est absorbée par l'intérêt* »<sup>1159</sup>. L'impression correspond bien à la réalité. La qualité sera reconnue à tous ceux qui justifient d'un intérêt légitime à agir : c'est ce que la doctrine désigne par le terme les actions banales. Ainsi, sans envisager expressément la qualité à agir, l'article 31 du Code de procédure civile dispose dans sa première manche que « *l'action est ouverte à ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention* ». On peut formuler autrement en précisant que l'action n'est ouverte qu'à ceux qui justifient d'un intérêt légitime. Ainsi, de toutes les personnes qui pourraient être affectées par une situation juridique, seules seront admises à agir en justice, les personnes justifiant d'un intérêt légitime. La portée discriminatoire de cette disposition ne fait l'ombre d'aucun doute. L'action n'est pas ouverte à toute personne intéressée. Comme l'ont précisé des auteurs, il est nécessaire de choisir parmi tous ceux qui de près ou de loin, sont intéressés, celui ou ceux dont l'intérêt est suffisamment caractérisé<sup>1160</sup>. Alors, « *il est nécessaire de pouvoir contenir les prétentions des plaideurs dans les limites compatibles*

---

<sup>1157</sup> On doit la distinction entre actions banales et actions attitrées à Gérard Cornu et Jean Foyer, V. à G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, PUF, 1958, n°77 et 78.

<sup>1158</sup> L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°361

<sup>1159</sup> *Ibid.*

<sup>1160</sup> G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Puf. 1958, n° 78.

avec le raisonnable »<sup>1161</sup>. D'une manière générale, l'intérêt renvoie à l'avantage recherché par la personne qui agit en justice, lequel peut être matériel ou moral<sup>1162</sup>. Et pour reprendre la belle formule de Gérard Cornu et Jean Foyer : « *il y a deux manières d'établir le défaut d'intérêt : démontrer que le demandeur se plaint sans avoir mal ou que la décision sollicitée, si elle était obtenue, ne serait pas un remède à son mal* »<sup>1163</sup>. Bien que l'intérêt soit la première condition de l'action en justice<sup>1164</sup>, il n'est recevable que s'il est suffisamment caractérisé. On a pu dire à ce propos que l'intérêt pour être recevable doit être direct et personnel<sup>1165</sup>, né et actuel<sup>1166</sup>, légitime et juridiquement protégé<sup>1167</sup>. Toutes ces conditions, il faut l'avouer, visent à réduire le champ des personnes titulaires de l'action.

**638. La fonction des actions banales.** S'il est admis qu'on puisse saisir le juge quand on se plaint d'avoir mal, il est constant que tous ceux qui ont mal ou du moins se plaignent d'avoir mal ne peuvent saisir le juge que s'ils justifient d'un intérêt légitime. C'est sur ce fondement que, pendant longtemps, la concubine s'est vue refuser la réparation de son préjudice du fait du décès accidentel de son compagnon<sup>1168</sup>. La légitimité semble avoir absorbé toutes les autres conditions inhérentes à l'intérêt à agir. Certains auteurs ont pu parler d'intérêt légitime juridiquement protégé<sup>1169</sup>. La qualité n'a cependant pas totalement disparu dans les actions banales comme en témoignent les propos de M. KERNALEGUEN : « *que le titre (la qualité) intervienne dans les actions non attitrées ne doit pas surprendre* »<sup>1170</sup>. L'auteur rappelle à ce

---

<sup>1161</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, 33<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2016, n°186.

<sup>1162</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, n°177.

<sup>1163</sup> G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, op. cit. n°78.

<sup>1164</sup> Ibid

<sup>1165</sup> H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°239 et s. ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, op. cit., n°78, p. 339 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, n°177. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 358 et s.

<sup>1166</sup> H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°229 et s. ; G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, op. cit. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, op. cit., n°182. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 350 et s. ; S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Procédure civile*, op. cit., n°64.

<sup>1167</sup> H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°228 qui parlent d'intérêt juridique ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, 33<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2016, n°185. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°355 et s.

<sup>1168</sup> Position renversée par l'arrêt de la chambre mixte du 27 février 1970, D. 1970, Chron. p. 145.

<sup>1169</sup> R. Von IHERING, *L'esprit du droit romain*, trad. O. DE MEULENAERE, MARESCQ, 2<sup>e</sup>éd., 1880, t. IV, 70, p. 326 et spéc. p. 337 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, 33<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2016, n°185 ; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°228.

<sup>1170</sup> F. KERNALEGUEN, art. cit., p. 777.

propos que l'intérêt pour agir en paiement est lié à la qualité de créancier bien qu'on soit en présence d'action banale<sup>1171</sup>. Il observe cependant que, dans les actions banales, la fonction du titre diffère de celle qu'il remplit dans les actions attitrées<sup>1172</sup>. Il ne vise pas en pareille occurrence à exclure les autres mais à les inclure à côté des autres<sup>1173</sup>. L'auteur ajoute que : « *cette fonction de sélection au sein même des actions dites banales trouve son expression la plus forte et la plus complexe dans le contentieux administratif* ». Ainsi, le juge administratif recourt d'une manière générale à deux expressions « l'intérêt donnant qualité »<sup>1174</sup> et « la qualité donnant intérêt », l'une et l'autre de ces deux expressions renvoyant à la qualité substantielle. Ainsi, c'est la qualité de contribuable d'une collectivité locale qui confère intérêt pour attaquer un acte émanant de cette collectivité ; c'est le titre d'électeur qui confère intérêt à attaquer un acte relatif aux opérations électorales ; c'est la qualité de voisin qui permet d'attaquer un permis de construire. Dans les exemples cités même si la volonté d'exclusion est moins radicale, elle n'est pas totalement absente.

## ***2. Une restriction radicale de la titularité de l'action tirée des actions attitrées***

**639. La volonté d'encadrer le droit d'agir.** Bien que le passage : « cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé » renvoie à ce que G. CORNU et J. FOYER ont appelé des actions attitrées, deux situations doivent être envisagées. Il arrive en premier lieu que la loi prive du droit d'agir des personnes justifiant pourtant d'un intérêt à agir, l'usage voudrait qu'on parle dans ce cas d' « intérêt sans qualité »(a). Il arrive également, et ces cas ne sont pas moins nombreux, que la loi qualifie pour agir en justice des personnes qui pourtant ne présentent aucun intérêt direct et personnel à une telle action, « qualité sans intérêt » (b). Dans l'une ou l'autre des deux hypothèses la volonté d'exclure ou de restreindre ou tout au moins d'encadrer est manifeste.

---

1171 *Ibid.*

1172 *Ibid.*

1173 F. KEMALEGUEN, art. cit., p. 777.

1174 CE, Sect., 18 avr. 1986, Mines de potasse d'Alsace, Lebon 116 ; CE, Sect., 13 janv. 1993, Syndicat national autonome des policiers en civil, Lebon 13.

*a. Les personnes ayant intérêt mais privées de qualité pour agir*

**640. La restriction législative de l'ouverture de l'action.** La volonté du législateur est de qualifier au sein d'un groupe de personnes justifiant d'un intérêt direct et personnel pour agir celles qui peuvent élever ou combattre une prétention en justice. La volonté d'exclusion est clairement affichée. La doctrine est unanime à ce propos comme en attestent plusieurs propos d'auteurs : « *La raison tient presque toujours au désir de restreindre l'ouverture de l'action (...)* »<sup>1175</sup>. A Gérard Cornu et Jean Foyer de justifier : « *En attribuant le droit d'agir à une personne ou à une telle catégorie de personnes, la loi veut en général écarter toutes les autres relativement à des questions ayant un caractère personnel, ou au moins familial, assez marqué pour exclure toute ingérence d'autrui, toute immixtion étrangère* »<sup>1176</sup>. M. KERNALEGUEN dira : « *celui qui est choisi par la loi disqualifie tous les autres, un peu à la manière d'une compétence exclusive qui, elle, désigne électivement une juridiction en excluant toutes autres* »<sup>1177</sup>.

**641. Le domaine des actions attitrées.** Le constat est identique chez MM. CADIET et JEULAND : « *parmi les personnes pouvant justifier d'un intérêt à agir, l'action ne va être ouverte qu'à certaines d'entre elles spécialement habilitées à cet effet* »<sup>1178</sup>. Ces actions intéressent un domaine de plus en plus élargi qu'il s'agisse des actions relatives au droit de la famille, au droit de la personne, au droit des contrats ou parfois relevant de situations mixtes. L'action, dans de telles hypothèses, n'est pas ouverte à toute personne intéressée mais seulement à celles que la loi a désignées. On peut citer à titre d'exemple l'action en divorce réservée aux seuls époux, l'action en recherche de paternité réservée à l'enfant, l'action en contestation de paternité réservée au père présumé, l'action en nullité relative du contrat réservée aux seuls cocontractants, l'action en nullité pour insanité d'esprit réservée à l'intéressé, de son vivant, l'action en rescision dans la vente d'immeuble réservée au seul acquéreur. M. GUINCHARD, Mmes CHAINAIS et FERRAND de préciser : « *la loi ne se contente pas de l'existence d'un intérêt direct et personnel chez celui qui agit, mais exige en*

---

<sup>1175</sup> G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, op. cit., n° 77, spéc. p. 336.

<sup>1176</sup> *Ibid.*

<sup>1177</sup> F. KERNALEGUEN, « Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action » in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Paris, Dalloz, 2010, p. 771, spéc. p. 775 ; L. GARAUD, *L'intérêt pour agir en justice : Contribution à la notion d'intérêt en droit positif*, thèse, Poitiers, 1959, p. 99.

<sup>1178</sup> L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 9<sup>e</sup> d., Paris, LexisNexis, 2016, n°362.



outré – et c'est le cas de la seconde partie de l'article 31 – qu'il soit spécialement habilité (...) pour élever ou combattre une prétention »<sup>1179</sup>. La volonté d'exclusion est bien manifeste comme ont pu le relever aussi ces auteurs : « il arrive que la loi restreigne le cercle des titulaires du droit d'action en deçà de celui des personnes susceptibles d'invoquer un intérêt personnel et qu'elle réserve l'action « aux seules personnes qu'elle qualifie... » »<sup>1180</sup>.

**642. La loi donne qualité à des personnes déterminées.** La qualité peut être définie comme l'habilitation légale, le titre conférant spécialement à telle personne, à une telle catégorie de personnes le droit de saisir le juge d'un certain type de prétention ou d'être entendu de lui dans la défense à un type de prétention déterminée<sup>1181</sup>.

**643.** Mme AMRANI-MEKKI et M. Strickler indiquent que « ce n'est donc qu'à titre dérogatoire que la notion de qualité prend un sens autonome par rapport à celle de l'intérêt. Mais ce sens autonome trouve nécessairement sa source dans la loi. L'action attitrée ne l'est que par la volonté de la loi. »<sup>1182</sup>. A eux de préciser : « c'est donc la loi qui vient donner qualité à des personnes déterminées, soit pour éviter que d'autres, qui auraient pourtant intérêt à le faire, puissent agir aussi, soit pour permettre aux personnes spécialement qualifiées d'agir au nom de l'intérêt d'autrui »<sup>1183</sup>.

**644.** De ce qui vient d'être exposé, la portée restrictive des actions attitrées est manifeste, mais d'autres actions appartenant à la même catégorie revêtent une portée extensive du droit d'agir mais toujours plus encadrées.

*b. Les personnes dépourvues d'intérêt mais qualifiées pour agir*

**645. La qualité, un moyen d'extension du droit d'agir.** A la différence des personnes privées du droit d'agir alors qu'elles justifiaient d'un intérêt à cette fin, il arrive que la loi

---

<sup>1179</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, op. cit. n°191.

<sup>1180</sup> *Ibid.*

<sup>1181</sup> L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°84 ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, op. cit., n°77 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, n° 188 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit., n° 301 ; S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Procédure civile*, op. cit., n°70.

<sup>1182</sup> S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Procédure civile*, op. cit., n°71 ; A. TRIBES, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile, thèse, Paris, 1975*, p. 103.

<sup>1183</sup> *Ibid.*

qualifie pour agir des personnes ne présentant aucun intérêt direct et personnel pour élever ou combattre une prétention en justice ou pour défendre un intérêt déterminé, l'usage voudrait qu'on parle de qualité sans intérêt. Ainsi, la qualité est parfois pour le législateur un moyen d'extension du droit d'agir. Autant, il lui arrive de priver d'action les personnes qui justifient pourtant d'un intérêt direct et personnel, il lui arrive aussi de conférer le droit d'agir à des personnes dont on pourrait douter de l'intérêt direct et personnel à défendre un intérêt général, un intérêt collectif ou des intérêts individuels d'autrui<sup>1184</sup>.

**646. La défense de l'intérêt général.** Par principe, la défense de l'intérêt général incombe au ministère public, il peut arriver que la loi attribue qualité à une organisation professionnelle pour défendre un intérêt général économique. Ainsi en va-t-il de l'autorité des marchés financiers ou de l'autorité de la concurrence dont les présidents sont investis aussi de la mission de défendre l'intérêt général dans les domaines relevant de la compétence des institutions qu'ils dirigent. Il arrive aussi que de façon exceptionnelle un contribuable se voit attribuer qualité pour exercer en justice les actions dont une commune est titulaire en cas d'abandon ou de négligence de celle-ci. Ce cas est prévu à l'article L. 2132-5 du Code général des collectivités territoriales.

**647.** Les syndicats, ordres ou associations peuvent se voir habilités à défendre en justice un intérêt collectif en présence ou non d'une infraction pénale et parfois des intérêts individuels appartenant à autrui. Bien que la doctrine y voie une volonté d'extension du droit d'agir<sup>1185</sup>, la volonté de contrôler ou d'encadrer les personnes pouvant recourir à la justice est manifeste. Ainsi, le contribuable n'est admis à agir en justice en substitution de la commune que sur autorisation du tribunal administratif. Aussi, d'une façon générale, les associations ne peuvent défendre en justice un intérêt collectif que si elles y ont été spécialement habilitées par la loi<sup>1186</sup>. La qualité envisagée comme mode d'extension du droit d'agir intéresse principalement les personnes morales. La qualité sans intérêt ne trouve tout son sens que lorsque les intérêts en cause ne touchent pas directement et personnellement les

---

<sup>1184</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, op. cit. n°194

<sup>1185</sup> S. AMRANI-MEKKI, *Procédure civile*, op. cit. n°71, p. 142 et s. ; S. Guinchard, C. Chainais et F. FERRAND, *Procédure civile*, op. cit., n°193.

<sup>1186</sup> V. Par exemple la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations à raison de leur état de santé ou de leur handicap ; la loi du 13 juillet 1990 contre tout acte raciste, antisémite ou xénophobe ou encore la loi n°91-32 du 10 janvier 1991 contre tabagisme et l'alcoolisme.

droits des personnes concernées. *A contrario*, on se retrouverait dans l'hypothèse normale d'une personne agissant pour la défense de ses propres intérêts.

**648.** La qualité à agir poursuit ainsi deux finalités. Elle a d'abord pour but de priver du droit d'agir des personnes justifiant d'un intérêt direct et personnel pour agir restreignant ainsi la catégorie des personnes pouvant agir en justice. Elle a ensuite une finalité extensive du droit d'agir en cela que, par son biais, le législateur accorde le droit d'agir à des personnes ne justifiant d'aucun intérêt direct et personnel pour défendre ou combattre en justice une prétention déterminée. Dans un cas comme dans l'autre, on peut relever une volonté d'encadrer l'accès au prétoire.

**649.** Dans tous les cas évoqués la qualité est attribuée en raison de la possibilité pour les personnes de pouvoir se prévaloir de la règle de droit dont la violation est invoquée.

## **Paragraphe 2 : L'absence de distinction entre la légitimité de l'intérêt et la qualité à agir**

**650. Les fondements de la restriction du droit d'agir.** La légitimité de l'intérêt et la qualité à agir, ainsi qu'il a déjà été démontré, permettent de restreindre la titularité de l'action. Mais la question se pose de savoir sur quoi on se fonde pour restreindre le droit d'agir ? Bien évidemment sur le droit substantiel de sorte qu'il n'est pas osé d'affirmer que la qualité à agir et la légitimité de l'intérêt se rattachent au droit substantiel (**A**). Si les deux notions, comme il a été envisagé, constituent des éléments du fond du droit, il apparaît alors peu discutable que leur défaut soit sanctionné par de fausses fins de non-recevoir (**B**).

### **A. Le rattachement de la qualité à agir et de la légitimité de l'intérêt au droit substantiel**

**651. La confusion entre la qualité à agir et l'intérêt légitime.** A la lecture de l'article 31 du Code de procédure civile, la distinction entre l'intérêt et la qualité à agir n'est pas manifeste. Il arrive bien souvent que ce soit **la légitimité de l'intérêt qui confère la qualité** (1). Cependant ces deux notions sont **intimement liées au droit substantiel** (2).

## ***1. La détermination de la qualité à agir par la légitimité de l'intérêt***

**652. La fermeture de l'action au créancier d'une dette de jeu ou d'un pari.** On a observé précédemment que définir l'assiette des personnes pouvant agir en justice pour défendre un droit, le législateur s'appuie non seulement sur le critère de la légitimité de l'intérêt mais aussi sur la qualité à agir. La distinction entre ces deux notions n'est pourtant pas simple. Mais constatera que bien souvent, c'est la légitimité de l'intérêt qui détermine la qualité à agir. L'illustration en est donnée par l'article 1965 du Code civil aux termes duquel : « *La loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari* ». Ce moyen de défense classiquement connu sous l'appellation d'exception de jeu est en réalité une fin de non-recevoir que peut opposer un débiteur. Bien que cette disposition ne l'évoque pas, elle soulève une question de légitimité de l'action en justice et semble donner raison aux auteurs qui assimilent la question de la légitimité à celle de la légalité. Mais cette disposition renvoie non seulement à la légalité mais aussi à la morale. Ainsi la fermeture de l'action au créancier d'une dette de jeu ou d'un pari participe de la moralisation du prétoire<sup>1187</sup>. Il en va cependant autrement, lorsque l'activité est autorisée par la loi et règlementée par les pouvoirs publics, tels le Pari Mutuel Urbain ou la Française des jeux.

**653. La confirmation jurisprudentielle du principe.** Ainsi, d'une manière générale, le créancier qui se prévaut d'une dette de jeu ayant une origine douteuse ou une cause illicite se verra opposer une fin de non-recevoir. C'est ce qu'a décidé la première chambre civile de la Cour de cassation dans une affaire où un Casino a décidé de poursuivre le recouvrement de treize chèques revenus impayés pour insuffisance de provision<sup>1188</sup>. Les deux époux avaient émis les chèques en contrepartie de la remise de plaques de jeu. Assignés, par leur créancier, les deux époux lui ont opposé la fin de non-recevoir tirée de l'article 1965 du Code civil. Les juges ont retenu dans cette affaire que les chèques correspondaient à un crédit destiné à alimenter le jeu. La sanction est intervenue dans cette espèce sur le terrain de la moralité, l'activité du Casino n'étant pas illégale.

---

<sup>1187</sup> Pour emprunter l'expression de S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Procédure civile*, op. cit. n° 63, p. 132.

<sup>1188</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 sept. 2014, n°13-220001, n°1031 F-D.

654. De l'analyse combinée de cette jurisprudence et de l'article 1365 du Code civil, on peut tirer une conséquence : c'est la légitimité de l'intérêt qui permet de déterminer les personnes qui ont qualité pour poursuivre le recouvrement d'une dette de jeu ou d'un pari. Il n'y a aucun doute dans l'espèce évoquée que le Casino avait intérêt à agir et même un intérêt légitime pris dans le sens de la légalité. La licéité de l'activité du Casino et, par conséquent, de la dette n'est pas suffisante. La Cour s'est fondée sur la cause de la dette. Plus concrètement, on peut se demander si le défaut du droit d'agir tiré de l'article 1965 du Code civil se fonde sur un défaut d'intérêt ou sur un défaut de qualité au sens de l'article 122 du Code de procédure civile. Il est évident que l'article 1965 du code civil est une autre illustration que la notion d'intérêt légitime absorbe la qualité à agir. Cependant, c'est la légitimité de l'intérêt qui détermine la qualité à agir. Ainsi, c'est la légitimité de l'intérêt à agir qui confère le droit d'agir en donnant qualité pour agir. L'intérêt et la qualité à agir, sont, il faut peut-être encore le rappeler, les conditions d'existence de l'action. S'il est inexact d'identifier la qualité à l'intérêt direct et personnel<sup>1189</sup>, la frontière entre les deux notions apparaît trop mince<sup>1190</sup>.

## ***2. La détermination de la qualité à agir et de la légitimité de l'intérêt par le droit substantiel***

655. **L'étroitesse du lien entre la qualité à agir et le droit substantiel.** La restriction du droit d'agir, qu'elle soit fondée sur la légitimité de l'intérêt ou sur la qualité à agir, ne porte pas sur l'action mais, plutôt, sur le droit substantiel. Dans l'un ou l'autre des deux cas de figure, il est question de réserver l'action aux seules personnes qui sont destinataires de la règle de droit substantiel dont la sanction ou la réalisation est poursuivie en justice. On verra que, bien que l'article 31 du Code de procédure civile glisse insensiblement de l'intérêt légitime à la qualité, il n'est pas osé d'affirmer que les personnes qui ne justifient ni de qualité à agir, ni d'un intérêt légitime sont celles qui ne sont pas destinataires de la règle de droit substantiel définissant les droits et obligations de chacun<sup>1191</sup>.

---

<sup>1189</sup> H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n° 263, p. 246.

<sup>1190</sup> R. MOREL, 2<sup>e</sup> éd., *Traité élémentaire de procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., n°27, p. 30

<sup>1191</sup> J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n° 65.

656. Les liens entre le droit substantiel et la qualité à agir sont si étroits<sup>1192</sup> que les deux notions ont parfois donné lieu à une confusion de langage. On a pu dire d'un plaideur qu'il a la qualité d'époux ou de créancier pour justifier sa présence à l'instance, désignant ainsi la situation juridique de droit allégué. De sorte que si le demandeur à l'action n'a pas la qualité d'époux ou de créancier, ce que l'on analyse en un « défaut de qualité » n'est pas autre chose qu'« un défaut de droit » ; la demande n'est pas seulement irrecevable, elle est mal fondée<sup>1193</sup>. MOTULSKY a pu observer que la qualité n'a rien d'autonome<sup>1194</sup>. Pour M. KERNALEGUEN, la qualité « *correspond à la position occupée dans la situation juridique concernée, en d'autres termes correspond à ce que l'on a pu appeler qualité substantielle* »<sup>1195</sup>. L'auteur ajoute que c'est la qualité substantielle d'époux qui donne qualité pour agir en divorce, le titre de cocontractant donnant qualité pour agir en nullité du contrat<sup>1196</sup>. Il conclut ainsi : « *malgré le souci contemporain de séparer le droit (substantiel) de l'action, cette condition spécifique de l'action est très intimement liée au droit ou à la situation litigieuse* »<sup>1197</sup>. La qualité à agir renvoie au droit substantiel et, à juste titre, M. BOLARD fait observer que « *la qualité pour agir résulte de l'aptitude du demandeur à être titulaire du droit substantiel litigieux, si ce droit existe* »<sup>1198</sup>. Il apparaît clairement dans les propos de l'auteur que la qualité ne peut être détachée du droit substantiel litigieux. En dépit de l'effort de distinction entre droit substantiel et qualité, on a pu observer que la qualité à agir se trouve directement et exclusivement commandé par la situation juridique dont le plaideur se prévaut, de sorte qu'il est plus question de rechercher si le plaideur aurait pu se prévaloir du droit substantiel si ce droit avait existé<sup>1199</sup>.

---

<sup>1192</sup> H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n°265, p. 247.

<sup>1193</sup> *Ibid.*

<sup>1194</sup> H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, 1948, rééd. Dalloz, 2002, n°39. B

<sup>1195</sup> F. KEMALEGUEN, « Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ? » in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Paris, Dalloz, 2010, p. 771, spéc. p. 775 ; A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts » in *Mélanges P. ROUBIER*, Paris, Dalloz, 1961, t.1, p. 241, p. 243

<sup>1196</sup> *Ibid.*

<sup>1197</sup> *Ibidem*

<sup>1198</sup> G. BOLARD, « Qualité ou intérêt pour agir ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 597, spéc. p. 598.

<sup>1199</sup> H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°265 : « *il ne s'agit pas de savoir si le droit allégué existe réellement : au stage de la recevabilité, il importe peu que la demande soit fondée ou qu'elle ne le soit pas. En réalité, le véritable problème consiste uniquement à vérifier si le pouvoir de déduire en justice un droit déterminé, - à supposer que ce droit existe, - appartient effectivement à celui qui s'en prévaut* ».

657. A l'instar de la qualité à agir, la question de la légitimité de l'intérêt renvoie aussi au droit substantiel. Ainsi Jacques Héron et M. Le Bars font observer, évoquant le traditionnel exemple du droit à réparation de la concubine du fait de la mort accidentelle de son compagnon, que la question était plutôt de savoir si celle-ci pouvait se prévaloir d'un droit substantiel<sup>1200</sup> pouvant fonder la réparation de son préjudice. Ces auteurs ajouteront que, sous couvert d'intérêt légitime, ce n'était pas l'intérêt à agir de la concubine qui était en cause mais sa qualité à agir, laquelle ne peut être détachée du droit substantiel<sup>1201</sup>. Ils concluent qu'il s'agissait simplement de déterminer si la concubine était ou non destinataire de la règle en vertu de laquelle la réparation du préjudice pouvait être assurée. La loi ne peut autoriser que tous les préjudices liés à un décès soient réparés. Ces auteurs en concluent que « *la légitimité de l'intérêt à agir n'est jamais que l'expression d'une qualité à agir* »<sup>1202</sup>. La doctrine moderne partage largement aujourd'hui l'idée suivant laquelle l'action existe indépendamment du droit litigieux.

658. **Le rejet par la doctrine de l'expression « intérêt légitime consacré à l'article 31 du code de procédure civile ».** La jurisprudence admet que l'intérêt pour agir n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action<sup>1203</sup>. La doctrine est unanime à regretter l'expression intérêt légitime consacré à l'article 31 du code de procédure civile par le législateur<sup>1204</sup>. L'expression avait déjà été dénoncée par SOLUS et PERROT quand ils faisaient observer qu'affirmer que « *l'intérêt dont se prévaut le demandeur n'est pas un intérêt juridique ou qu'il n'est pas légitimement protégé, cela revient à constater que la demande n'est pas fondée parce que le droit fait défaut* »<sup>1205</sup>. Ces auteurs vont jusqu'à affirmer que l'intérêt légitime, « *c'est le droit qui n'ose pas dire son nom* »<sup>1206</sup>. Pour ces auteurs, deux critiques doivent être formées à l'encontre de cette expression : elle est d'abord irrationnelle, ensuite elle peut conduire à des résultats contestables.

---

<sup>1200</sup> J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n°68

<sup>1201</sup> *Ibid.*

<sup>1202</sup> *ibidem*

<sup>1203</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 mai 2016, n°14-10.797 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 23 juin 2016, n°15-12.158 : *JurisData* n° 2016-013004.

<sup>1204</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, op. cit. n° 185 ; L.CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n° 356 ; J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 68 ; G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, n°152.

<sup>1205</sup> H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t.1, 3<sup>e</sup> éd. Paris, Sirey, 1961, n°228, p. 203.

<sup>1206</sup> *Ibid.*

**659. La contradiction interne de l'expression « intérêt légitime ».** Pour SOLUS et PERROT l'expression « intérêt légitime » recèle en elle-même une contradiction en cela qu'elle comporte à la fois un élément tourné vers le passé et un autre élément tourné vers l'avenir<sup>1207</sup>. Pour ces auteurs, l'intérêt légitime renvoie, non pas à la question de la recevabilité de l'action, mais plutôt à la question de son bien-fondé. Ainsi observent-ils « à partir du moment où l'on introduit un élément d'ordre juridique pour circonscrire la notion d'intérêt, on transpose inévitablement la question sur un terrain tout différent (...). Comment, dans ces conditions, ne pas apercevoir la contradiction interne qui consiste à associer, dans une même notion, deux éléments dont l'un s'attache à la recevabilité de la demande et l'autre à son fondement ? »<sup>1208</sup>. Ils disent alors comprendre pourquoi la doctrine classique a longtemps présenté l'existence d'un droit comme une condition d'exercice de l'action en justice, alors que le droit commande simplement la demande au fond.

**660.** SOLUS et PERROT formulent une seconde critique contre l'expression « intérêt légitime ». Ils font ainsi valoir que la notion conduit à une confusion laquelle amène le juge à apprécier la question du bien-fondé de la demande avant même celle de sa recevabilité<sup>1209</sup>. Malgré les critiques doctrinales, il n'en demeure pas moins que de nombreuses décisions recourent à l'exigence d'un intérêt légitime pour apprécier la recevabilité de certaines demandes<sup>1210</sup>. La doctrine moderne est unanime aujourd'hui sur le fait que l'appréciation de la légitimité de l'intérêt renvoie soit à l'appréciation de la moralité du droit, soit à sa juridicité laquelle constitue un élément du fond du débat. La légitimité de l'intérêt suppose ce qui est conforme au droit ou tout au moins ce qui n'est pas contraire à la morale ou à l'ordre public.

**661.** En somme, prendre en compte le caractère légitime de l'intérêt c'est déjà se situer sur le fond du droit et non plus sur le terrain de la recevabilité. Ainsi juger que l'intérêt à agir n'est pas légitime parce qu'immoral ou insuffisamment juridique revient à rejeter la demande au fond après un débat limité à sa recevabilité. Si, d'une manière générale, il est admis que la question de la légitimité de l'intérêt est un élément du fond du débat, il est alors contestable

---

<sup>1207</sup> *Ibid*

<sup>1208</sup> *Ibid.*

<sup>1209</sup> H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n°228, p. 204

<sup>1210</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mars 2016, n°15-10.577 : *JurisData* n°2016-004639.



que son défaut soit sanctionné par une fin de non-recevoir. De cette analyse l'expression fausse fin de non-recevoir se trouve justifiée.

## **B. Le recours controversé à de fausses fins de non-recevoir**

**662. Le défaut de qualité et le défaut d'intérêt comme causes d'irrecevabilité ?** Le défaut de qualité et le défaut d'intérêt aux termes de l'article 122 du Code de procédure civile constituent des causes d'irrecevabilité. Cette solution retenue par les rédacteurs du Code de procédure civile n'est pas exempte de toute critique : la qualité à agir et l'intérêt légitime apparaissent encore en doctrine comme des éléments du débat au fond. Ceci explique sans doute l'usage en doctrine du qualificatif « fausses fins de non-recevoir » pour désigner ces situations. On envisagera en premier lieu, **le recours encore persistant au qualificatif** « fausse fin de non-recevoir » pour désigner le défaut de la qualité à agir (1), puis, on montrera en second lieu que **c'est fausement que le défaut d'intérêt légitime est sanctionné par une irrecevabilité (2).**

### ***1. La sanction du défaut de qualité par une fausse fin de non-recevoir***

**663. Le recours opportuniste à la «fin de non-recevoir ».** Le rattachement de la qualité à agir au débat sur l'irrecevabilité et la sanction de son défaut par une fin de non-recevoir n'est pas une question tranchée en doctrine. En d'autres termes, les réformes introduites par le Code de procédure civile de 1975 n'ont pas suffi à trancher la question du rattachement de la qualité à agir au fond du débat ou au débat portant sur l'irrecevabilité de l'action. La distinction apparaissait pourtant nette dans la pensée de MOTULSKY : « *Le terme générique "moyens de défense" comporte quatre catégories, dont les trois premières correspondent à la trilogie procédurale : régularité, fond, droit d'action* »<sup>1211</sup>. Cette distinction apparaît clairement dans les propos, de Gérard Cornu et Jean Foyer, « *contester le bien-fondé de la prétention de l'adversaire, contester son droit d'agir en justice, contester la validité d'un acte de procédure (...) s'entend dire que la demande est irrégulière, irrecevable ou mal fondée. Ce qui revient à dire que, pour le gagner (le procès), il faut tout à la fois que la demande soit régulière, recevable et bien fondée (...). Trois moyens de défense, trois débats spécifiques* »<sup>1212</sup>. Ainsi, les exceptions de procédure seraient attachées à l'irrégularité de

---

<sup>1211</sup> H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973, p. 95-96.

<sup>1212</sup> G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 1996, n°84, p. 373.

l'acte de procédure, les fins de non-recevoir au défaut d'action et la défense au fond au défaut du droit substantiel. C'est donc au titre de cette distinction que l'article 122 du Code de procédure civile sanctionne le défaut de qualité à agir, envisagé comme défaut du droit d'agir, par une fin de non-recevoir. La doctrine aussi considère majoritairement que le défaut de qualité constitue une fin de non-recevoir<sup>1213</sup>. Cette solution pour une partie de la doctrine n'est pas satisfaisante. A ce titre, pour Jacques HERON et M. LE BARS : « *Une preuve supplémentaire de l'appartenance de la qualité au droit substantiel résulte de ce que le moyen par lequel le défendeur soulève le défaut de qualité de son adversaire ne présente pas à l'analyse, les traits d'une véritable défense procédurale* »<sup>1214</sup>. Et d'ajouter : « *Le législateur joue sur la qualification du défaut de qualité : il érige en fin de non-recevoir un élément du débat au fond, auquel il donne artificiellement un caractère procédural, comme il en a le pouvoir s'il l'estime opportun* »<sup>1215</sup>. Cette analyse semble bien avoir séduit Mme AMRANI-MEKKI et M. STRICKLER : « *la sanction de la fin de non-recevoir est (...) aussi l'expression de choix politiques, spécialement lorsqu'il est question de qualité à agir* »<sup>1216</sup>. Ainsi, pour ces auteurs, le recours à une fin de non-recevoir pour sanctionner le défaut de qualité à agir apparaît beaucoup plus comme une solution d'opportunité que de raison. Cette solution apparaissait des années plus tôt en doctrine. Cette doctrine n'est donc pas isolée. Pour M. GIVERDON : « *a seul qualité pour agir celui qui se prétend titulaire de ce droit* »<sup>1217</sup>. Ainsi, pour l'auteur, « *la détermination de la qualité est fonction, dans chaque hypothèse, de la nature du litige qu'il s'agit de soumettre au juge* »<sup>1218</sup>. Et de préciser que : « *l'examen du fond ne devrait venir qu'une fois tranchée la question de la recevabilité de l'action. Or ces deux questions logiquement distinctes sont, en fait, confondues parce que la qualité élément d'appréciation de la recevabilité, suppose déjà l'examen du fond* »<sup>1219</sup>. En effet, SOLUS et PERROT observaient déjà que : « *le défaut de qualité est sanctionné par*

<sup>1213</sup> L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, n°363 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, op. cit., n°372 ; M. DOUCHY-OUDOT, *Procédure civile*, 6<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, GualinaLextensoéditions, n°219 ; N. FRICERO et P. JULIEN, *Procédure civile*, 5<sup>e</sup> éd. Paris, LGDJ, 2014, n° 80 ; G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2014, n°164 ; H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Montchrestien, Paris, 1973, p. 67.

<sup>1214</sup> J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n°65.

<sup>1215</sup> *Ibid.*

<sup>1216</sup> S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Procédure civile*, op. cit., n°87.

<sup>1217</sup> Cl. GIVERDON, « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », *D. 1952*, Chr. XIX, pp. 85-88.

<sup>1218</sup> Cl. GIVERDON, « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », *D. 1952*, Chr. XIX, pp. 85-88.

<sup>1219</sup> *Ibid.*

*une fin de non-recevoir qui s'apparente à une véritable défense au fond et qui, pour cette raison, entre dans la catégorie des fins de non-recevoir que la doctrine moderne appelle « fins de non-recevoir liées au fond »<sup>1220</sup>. Bien que ces auteurs semblent établir une distinction entre droit substantiel et droit d'agir, ils ne manquent pas d'indiquer que les liens entre les deux notions sont si étroits qu'ils font le lit à une confusion<sup>1221</sup>. Et d'ajouter : « cette confusion, - entretenue d'ailleurs par les habitudes de langage qui souvent identifient la qualité au titre et donc au droit lui-même (...) n'en est pas moins regrettable, car elle conduit à penser que le fait d'avoir « qualité » signifie que le demandeur est effectivement titulaire du droit litigieux »<sup>1222</sup>. Pour Gérard Cornu et Jean Foyer la confusion entre droit substantiel et droit d'agir est regrettable : « quand la doctrine traditionnelle écrivait : celui qui a qualité est le titulaire du droit litigieux, elle oubliait simplement de marquer qu'il s'agissait du titulaire d'un droit hypothétique »<sup>1223</sup>.*

**664. La fin de non-recevoir, un instrument de politique législative.** On peut essayer de comprendre ce recours opportuniste quand on sait que : « *La fin de non-recevoir peut tenir à plusieurs raisons. Il peut certes s'agir, ainsi que le prévoit l'article 122 du Code de procédure civile, de sanctionner le défaut d'une condition classique du droit d'action : l'irrecevabilité est ici un instrument de police processuelle ; mais la fin de non-recevoir peut également exprimer la volonté du législateur de refuser l'action en justice à ceux qui n'entre pas dans ses prévisions : la fin de non-recevoir est alors un instrument de politique législative* »<sup>1224</sup>. Et l'auteur de conclure : « *Tout naturellement, ce dernier type de fin de non-recevoir est plutôt organisé dans les dispositions de droit substantiel* »<sup>1225</sup>.

**665.** Comme on l'a déjà rappelé, la doctrine voit cependant en la qualité à agir une question d'ordre processuel. Ainsi pour M. Block, le défaut de qualité constitue une fin de non-recevoir opposable tant au défendeur qu'au demandeur devant n'importe quel degré de

---

<sup>1220</sup> H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n°265.

<sup>1221</sup> *Ibid.*

<sup>1222</sup> *Ibidem*

<sup>1223</sup> G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, op. cit., n°80.

<sup>1224</sup> L. CADIET, « La sanction et le procès civil », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON*, Paris, LGDJ, 2008, p. 125, spéc. p. 130.

<sup>1225</sup> *Ibid.*

juridiction<sup>1226</sup>. Ainsi, la qualité n'est-elle ouverte en cause d'appel, aux seules parties présentes ou représentées en première instance et la tierce opposition au tiers auquel la décision attaquée fait grief. Cependant la position de l'auteur doit être nuancée. On sent chez lui une certaine hésitation lorsque, soulignant les liens entre droit substantiel et qualité, il fait observer que : « *Devant ces difficultés et pour tenir compte de ce que la qualité reste, selon nous, aussi de nature procédurale* »<sup>1227</sup>. Même s'il est apparu nécessaire d'exposer les controverses liées à la distinction entre droit substantiel et qualité à agir, c'est fondamentalement le recours artificiel à la fin de non-recevoir pour sanctionner le défaut de l'intérêt légitime qui nous intéresse. Le qualificatif « fausse fin de non-recevoir » présente tout son intérêt dans ce cas.

## ***2. La fausse fin de non-recevoir tirée du défaut de légitimité de l'intérêt***

**666. La fausse fin de non-recevoir, un droit substantiel.** Le défaut d'un intérêt légitime est regrettamment sanctionné par une fin de non-recevoir. Aux termes de l'article 122 du Code de procédure civile, constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut du droit d'agir. Cette disposition cite à titre indicatif le défaut d'intérêt comme une cause d'irrecevabilité. Or, aux termes de cette disposition, il apparaît clairement que la fin de non-recevoir est la sanction encourue sans qu'il soit besoin d'examiner le fond du droit. On a abouti à la conclusion à la suite d'auteurs, que l'appréciation de la légitimité de l'intérêt constitue une question relevant du fond du droit, donc du droit substantiel. La sanction qui doit y être attachée ne pouvait en principe être une fin de non-recevoir. La sanction attachée au défaut d'un intérêt légitime ne peut donc être qu'une fausse fin de non-recevoir. C'est à HEBREAUD qu'on doit l'expression fausse fin de non-recevoir<sup>1228</sup> aujourd'hui reprise par une certaine doctrine<sup>1229</sup>. C'est principalement chez Jacques HERON et Thierry LE BARS qu'on retrouve cette expression dans la doctrine moderne. Ces auteurs observent qu'« *un moyen relevant du droit substantiel va être qualifié, de façon artificielle, de fin de non-*

---

<sup>1226</sup> G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Préf. N. FRICERO, Bruylant & LGDJ, 2002, n°153 : sous le titre : « le défaut de qualité constitue une fin de non-recevoir ».

<sup>1227</sup> *Ibid.*

<sup>1228</sup> P. HEBREAUD (obs. à la *RTD civ.* 1953, p. 568, sur Paris, 4 avril 1952). L'auteur décrit la fausse fin de non-recevoir comme : « ce procédé remarquable (...) (qui) consiste à attribuer une nature procédurale particulière à l'un des éléments du débat ».

<sup>1229</sup> J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n°148

recevoir »<sup>1230</sup>. Ainsi en va-t-il du défaut de légitimité de l'intérêt. Cette définition est reprise par Mme AMRANI-MEKKI et M. STRICKLER pour qui la fausse fin de non-recevoir est : « un droit substantiel et non un moyen procédural, mais que le juge qualifie – en tout artifice – de fin de non-recevoir »<sup>1231</sup>.

667. Pour Jacques HERON et Thierry LE BARS, en pareille occurrence, on peut parler de fin de non-recevoir par détermination de la loi ou de fausse fin de non-recevoir<sup>1232</sup>. Pour illustrer cette qualification, ces auteurs citent différentes situations telles la fin de non-recevoir tirée de la prescription extinctive, de la réconciliation des époux lors d'une instance de divorce pour faute, l'examen de sangs dans le cadre d'une action à fins de subsides<sup>1233</sup>.

**668. Le rejet de la fin de non-recevoir comme sanction du défaut de légitimité de l'intérêt.** Le moyen par lequel une partie soulève le défaut de légitimité de l'intérêt dont se prévaut son adversaire ne présente pas, à l'analyse, les traits d'une véritable fin de non-recevoir. La fin de non-recevoir fait naître un débat nouveau, de nature procédurale et logiquement préalable à l'examen du fond<sup>1234</sup>. Tel n'est pas le cas lorsque qu'une partie invoque le défaut de légitimité de l'intérêt. Le débat demeure sur le terrain choisi par le demandeur, c'est à dire la possibilité pour le demandeur de se prévaloir de la règle de droit substantiel dont l'application est réclamée. L'incohérence de la sanction du défaut d'intérêt légitime par une fin de non-recevoir a été dénoncée par SOLUS et PERROT. Se rapportant à l'exemple classique de la concubine qui agit en réparation du préjudice subi du fait de la mort accidentelle de son compagnon, ces auteurs font remarquer qu'en l'espèce « l'intérêt de la concubine est évident ; personne ne peut le contester. Sans doute, sa demande est-elle considérée comme illégitime ; mais c'est là un problème différent, qui déborde la notion d'intérêt pour mettre en cause l'existence même de son droit à réparation. »<sup>1235</sup>.

---

1230 *Ibid.*

1231 S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Procédure civile*, op. cit., p. 89.

1232 L'expression est reprise également par S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Procédure civile*, op. cit., p. 89.

1233 J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n°148

1234 J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n° 65 et 148

1235 SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n°228, p. 203.

**669.** Leur conclusion illustre bien en définitive la qualification d'une fausse fin de non-recevoir : « *sa demande n'est pas irrecevable ; elle est mal-fondée* »<sup>1236</sup>. On peut résumer le propos de ces auteurs ainsi : le moyen par lequel le défaut de légitimité de l'intérêt doit être soulevé est une défense au fond et non pas une fin de non-recevoir, l'irrecevabilité renvoyant à une fin de non-recevoir et le mal-fondé à une défense au fond. L'article 122 du Code de procédure civile, bien qu'il ne vise pas expressément l'intérêt légitime, sanctionne le défaut d'intérêt par une fin de non-recevoir. On peut présumer la volonté du législateur d'amener le juge à examiner en premier lieu l'existence d'un intérêt légitime, isolant ainsi un élément du fond à examiner préalablement. Cet avis n'est pas toujours partagé. Ainsi, pour M. WIEDERKEHR, « *Posant la condition de l'intérêt légitime non seulement pour celui qui émet une prétention, mais aussi pour celui qui la combat, le législateur n'a pas bien entendu pas pu confondre recevabilité et bien-fondé* »<sup>1237</sup>.

**670.** La légitimité de l'intérêt est un élément du fond du débat ; permettre qu'elle soit examinée préalablement remet en cause les étapes logiques du procès telles qu'elles ressortent de la pensée de MOTULSKY.

## ***SECTION 2 : Le dévoiement des étapes logiques du procès***

**671. La remise en cause des étapes logiques du procès.** L'exigence de la légitimité de l'intérêt dénote d'une confusion entre droit substantiel et action, c'est-à-dire entre l'examen de la recevabilité de l'action et l'appréciation de son bien-fondé. Cette situation conduit le juge à anticiper le débat sur le fond transposant ainsi un élément relevant du fond du débat sur le terrain de la recevabilité. Les étapes logiques du procès sont ainsi dévoyées, le juge devant examiner la question de la légitimité comme préalable au fond (paragraphe 1<sup>er</sup>). Cette situation constitue une remise en cause des étapes logiques du procès (paragraphe 2).

---

<sup>1236</sup> Ibid ; ces auteurs ajoutent : « on observera d'ailleurs que l'arrêt de la chambre civile du 27 juillet 1937 (...), commence par dire que « le concubinage demeure une situation de fait qui ne saurait être génératrice de droit au profit des concubins vis-à-vis des tiers. Cette référence à l'absence de tout droit, que l'on passe souvent sous silence quand on cite cet arrêt, confirme l'opinion que nous défendons ».

<sup>1237</sup> G. WIEDERKEHR, « La légitimité de l'intérêt pour agir », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Paris, Dalloz, 2010, p. 877, spéc. p. 881.

## **Paragraphe 1<sup>er</sup> : L'obligation d'examiner la légitimité de l'intérêt préalablement au fond**

**672. L'examen de la légitimité de l'intérêt.** En consacrant la légitimité de l'intérêt à l'article 31 du Code de procédure civile, le législateur en fait un élément de recevabilité de l'action à examiner préalablement au fond (A). Cette situation, il faut s'en douter, consacre un double examen du fond, le fond de la prétention devant être à nouveau examiné lors de l'examen du bien-fondé de la prétention (B).

### **A. Le caractère préalable de l'examen de la légitimité de l'intérêt**

**673. Les critiques de la légitimité de l'intérêt.** La légitimité de l'intérêt a fait l'objet de nombreuses critiques en doctrine. Plusieurs auteurs ont jugé son emplacement mal à propos lui préférant ainsi d'autres substituts, au point qu'on est fondé à se demander le sens à retenir de l'intérêt légitime (1). Mais il faut aussi se demander utilement si les substituts proposés en font vraiment un élément à examiner préalablement au fond (2).

#### ***1. A la recherche du sens de l'intérêt légitime***

**674. La légalité de l'intérêt légitime.** Quel sens donner au final à l'intérêt légitime ? Après avoir regretté la consécration de l'intérêt légitime à l'article 31 du Code de procédure civile, la doctrine moderne a essayé de trouver à cette expression un sens plus adapté. Il est beaucoup plus question de trouver à l'expression un substitut plus cohérent et plus adapté qui cadre avec l'esprit du Code. A ce propos, l'approche est différente d'un auteur à l'autre. La doctrine n'a pas tari de qualificatifs. MM. CADIET et JEULAND, après avoir admis que l'intérêt légitime est une exigence critiquable car « *apprécier la légitimité de la prétention c'est se situer sur le fond du droit* »<sup>1238</sup>, propose d'assimiler l'exigence d'un intérêt légitime soit à un intérêt sérieux, soit à un intérêt légal<sup>1239</sup>. Il est peut-être utile de rappeler que l'artifice proposé vise à rattacher vaille que vaille la notion d'intérêt légitime à la question de la recevabilité de l'action. Pour Mme AMRANI-MEKKI et Yves Strickler, l'intérêt légitime équivaldrait aussi à un intérêt légal<sup>1240</sup>.

---

<sup>1238</sup> L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°356

<sup>1239</sup> Op cit., 357

<sup>1240</sup> S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Procédure civile*, 1<sup>re</sup> éd., PUF, 2014, n°63.

**675.** M. GUINCHARD après avoir admis que l'expression intérêt légitime est une séquelle regrettable de la confusion entre l'action et le droit litigieux et qu' « *on aurait pu faire économie de ce qualificatif dans le Code* »<sup>1241</sup>, conclut qu'il faut lui donner une autre portée, une portée plus juridique que morale<sup>1242</sup>. Pour M. JEULAND, l'intérêt légitime renvoie à la morale et à la légalité<sup>1243</sup>. Selon cet auteur, l'action sera parfois écartée pour des raisons d'opportunité<sup>1244</sup>. Pour Mme BANDRAC, l'intérêt légitime reposerait sur des considérations d'ordre moral mais tiendrait parfois à des considérations d'opportunité<sup>1245</sup>.

**676. Le renvoi de la légitimité à un antécédent du droit substantiel.** Après avoir jugé décevant tous les substituts proposés par la doctrine, M. WIEDERKEHR, propose de partir du principe de la liberté de l'action pour trouver le sens qu'il convient de donner au qualificatif « légitime » accolé à l'intérêt<sup>1246</sup>. Pour l'auteur, l'intérêt légitime est celui qui s'oppose à un intérêt quelconque, on ne peut au nom de la liberté d'action admettre toute sorte de prétention, d'où la nécessité d'une sélection<sup>1247</sup>. Ainsi serait légitime la prétention qui n'est pas refusée par la loi. Il indique que la loi doit être prise non dans un sens formel mais dans un sens matériel<sup>1248</sup>. La conclusion de l'auteur ne marque aucune différence cependant avec la partie de la doctrine qui assimile la notion de la légitimité de l'intérêt à la légalité.

**677.** M. WICKER a le mérite de proposer une approche assez originale de la légitimité de l'intérêt. Selon l'auteur, l'appréciation de la légitimité de l'intérêt au stade de la recevabilité ne participe d'aucune confusion entre l'action et le droit substantiel. Il indique qu'il faut bien distinguer le fond du droit et le bien-fondé de la prétention<sup>1249</sup>, le premier apparaissant plus

---

<sup>1241</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, op. cit. 186

<sup>1242</sup> Ibid.

<sup>1243</sup> E. JEULAND, *Droit processuel général*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, n°296 : L'auteur s'interroge « *on peut se demander, en somme, si la notion d'intérêt légitime ne renvoie pas à l'immoralité ou à l'illégalité du lien du droit (concubinage avant 1970, grands-parents se voulant parents, occupants sans titre, relation prostituée/proxénète, etc.)* ».

<sup>1244</sup> Ibid.

<sup>1245</sup> M. BANDRAC in S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Précis », n°690.

<sup>1246</sup> G. WIEDERKERH, *art. cit.*, p. 881

<sup>1247</sup> Ibid.

<sup>1248</sup> Ibidem.

<sup>1249</sup> G. WICKER, *art. cit.*, n°8 p. 460 : « *il se pourrait que la critique développée procède elle-même d'une confusion, non pas entre le droit et l'action, mais entre le fond du droit et le bien-fondé de la prétention* ». Par



vaste que le second. Il fait observer que : « *La question de la légitimité renvoie (...) à un antécédent du droit substantiel, par rapport auquel il constitue un élément adventice au regard des conditions posées par la règle de droit pour la reconnaissance et la protection du droit allégué* »<sup>1250</sup>. Ainsi, ajoute-il, lorsque le juge est saisi d'une prétention, il doit tenir le raisonnement suivant : « *étant même supposé que sont réunies les conditions posées par la loi pour reconnaître l'existence du droit substantiel allégué, et donc le bien-fondé de la demande, y a-t-il parmi les antécédents de ces conditions un élément dont l'illicéité ou l'immoralité interdit de donner une sanction judiciaire au droit allégué ?* »<sup>1251</sup>. M. WICKER désigne la légitimité de l'intérêt à la fois comme un moyen et comme un but. Envisagé comme un moyen, il affirme que c'est le contrôle des antécédents de l'action qui permet de s'assurer de la légitimité de l'action<sup>1252</sup>. Envisagé comme un but, le contrôle de la finalité de l'action tend à interdire un exercice illégitime de l'action<sup>1253</sup>.

**678.** Il est difficile de faire une synthèse des propositions de la doctrine moderne. Cependant, une idée générale s'en dégage : l'intérêt doit demeurer un élément à examiner dans le cadre de la recevabilité de l'action, donc préalablement au fond.

## ***2. Un élément à examiner préalablement au fond ?***

**679. La recherche de substitution plus adaptée à la notion d'intérêt légitime.** Le législateur a fait de la question de l'appréciation de la légitimité de l'intérêt une question à examiner préalablement au fond. Bien qu'il s'agisse d'un élément relevant du fond du débat, cette question doit être vidée à l'entame du procès. Les tentatives de la doctrine visant à trouver un substitut plus adapté à la notion d'intérêt légitime n'ont eu pour seule finalité que

---

ailleurs, « *c'est justement parce que le droit substantiel et l'action ne se confondent pas qu'il y a place pour l'exigence de légitimité de l'intérêt* ».

<sup>1250</sup> G. WICKER, art. cit., p. 461.

<sup>1251</sup> Ibid.

<sup>1252</sup> G. WICKER, art. cit. p. 462 : « *Le contrôle de la légitimité apparaît comme le moyen, au service de cohérence de l'ordre juridique, de s'assurer que l'origine du mal ne s'oppose pas à ce qu'il soit fait appel à la contrainte sociale pour y porter un remède. L'exigence de légitimité se justifie ainsi parce qu'elle permet, au-delà des éléments qui composent la cause de la demande, d'examiner la cause efficiente de l'action afin de vérifier qu'il n'y a pas, parmi ses antécédents, des éléments illicites ou immoraux qui s'opposeraient à ce qu'il soit donné une sanction judiciaire au droit ou à la situation juridique qui en résulte* ».

<sup>1253</sup> G. WICKER, art. cit. p. 463 : « *Mais l'intérêt à agir étant aussi un but, une cause finale, l'exigence de légitimité doit également s'appliquer à ce but. En principe, la légitimité de l'intérêt à agir ne fait alors guère problème. Puisque l'action tend à un résultat prévu et organisé par la règle de droit, son but doit à priori être tenu pour légitime. Il se peut toutefois qu'à l'occasion de l'exercice de l'action – que cet exercice passe ou non par le canal d'une demande en justice* ».

d'en faire un élément à examiner préalablement au fond. M. CADIET fait observer à juste titre que :

*« L'article 31 étant ce qu'il est, force était de lui donner un sens, un sens qui fut applicable, puisque exprimé en termes de principe, à la généralité des cas et compatible avec la distinction fondamentale du droit d'action et du fond du droit, de la recevabilité de la demande et de son bien-fondé »*<sup>1254</sup>.

**680.** Il est donc constant en doctrine que la notion même de l'intérêt est une notion rattachée à la question de la recevabilité de l'action. Seul l'adjectif « légitime » qui l'accompagne apparaît surabondant car renvoyant au droit substantiel. C'est justement l'examen préalable que suppose la notion de légitimité qui est l'objet du malaise. En effet, tel que consacré par l'article 31 du Code de procédure civile, le juge saisi d'une prétention, doit en statuant sur la recevabilité de l'action, opérer un contrôle préalable sur le fond. Ainsi, comme l'ont fait remarquer des auteurs, : *« Envisager la légitimité de l'intérêt- vérifier que cet intérêt est fondé sur un droit qui ne peut être reconnu que pour protéger une situation légitime-, c'est déjà se placer sur le terrain du bien-fondé de la prétention, donc du droit substantiel, bien au-delà de la simple recevabilité de la demande »*<sup>1255</sup>. Et d'ajouter : *« Or, l'action est distincte du droit litigieux (...) et l'appréciation de sa recevabilité doit se faire sans anticiper sur l'examen au fond de la prétention soumise au juge par l'exercice de l'action »*<sup>1256</sup>.

**681.** Une partie de la doctrine a pu imaginer que c'est volontairement que le législateur a choisi d'en faire un élément à examiner à l'entame du procès<sup>1257</sup>. Quel que soit le sens donné à l'intérêt légitime, cela ne fait l'ombre d'aucun doute qu'il constitue un élément qui doit être examiné préalablement au fond.

---

<sup>1254</sup> L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Puf, 2014, n°82.

<sup>1255</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, op. cit., n°186.

<sup>1256</sup> Ibid.

<sup>1257</sup> J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n° 68. Ces auteurs retiennent, d'une part, que « la légitimité » de l'intérêt à agir n'est jamais que l'expression d'une qualité à agir ». D'autre part, ils soutiennent que : « L'intérêt pour le législateur de retenir une telle qualification est (...) d'obliger le juge à examiner en premier cet élément du débat ».

**682. La fin de la confusion entre le droit substantiel et l'action.** On sait que le Code de procédure civile de 1975 est né de l'aboutissement de la nouvelle théorie de l'action résultant des travaux de VIZIOZ<sup>1258</sup> et de MOTULSKY<sup>1259</sup>. Sous la plume du second a émergé ce qu'on a appelé la trilogie procédurale. La théorie de ces deux auteurs sonna définitivement le glas de la thèse de la confusion entre le droit substantiel et l'action. Pour ces auteurs, l'action est distincte du droit substantiel dont elle vise la réalisation. La nouvelle théorie de l'action a rendu plus visible la finalité des fins de non-recevoir jadis confondue avec celle des exceptions de procédure. MOTULSKY précisera qu' :

*« il doit apparaître normal d'isoler, de l'ensemble des objections formulées à l'encontre d'une prétention, celle qui ne concerne que l'action pour la distinguer, d'une part, des critiques relatives à la marche de la procédure – ce sont les « exceptions » au sens procédural – et, d'autre part, des moyens qui s'en prennent à la légitimité de la prétention et notamment à la réalité du droit substantiel réclamé – ce sont les « défenses au fond »<sup>1260</sup>.*

**683.** Les auteurs s'accordent aujourd'hui à reconnaître que le Code de procédure civile de 1975 doit beaucoup à la pensée de MOTULSKY. Le Code de procédure civile au titre 5 du livre premier, intitulé Dispositions communes à toutes les juridictions a consacré trois moyens de défense que sont les exceptions, les fins de non-recevoir et les défenses au fond, chaque catégorie de moyens de défense correspondant à une étape du procès. Gérard Cornu et Jean Foyer diront à ce propos : que :

*« le code a pris le parti d'en donner trois définitions parallèles, (a. 71, 73, 122). Contester le bien-fondé de la prétention de l'adversaire, contester son droit d'agir en justice, contester la validité d'un acte de procédure. (...) à chaque type correspond, si le moyen est accueilli, une façon de perdre son procès : s'entendre dire que la demande est irrégulière, irrecevable ou mal fondée. Ce qui revient à dire que pour le gagner, il faut tout à la fois que la demande soit régulière, recevable et bien fondée*

---

<sup>1258</sup> H. VIZIOZ, *Études de procédure civile*, Bordeaux, 1956.

<sup>1259</sup> H. MOTULSKY, *Écrits, Études et notes de procédure civile*, Préf. G. CORNU et J. FOYER, Dalloz, 1973, p. 358 ; H. MOTULSKY, *Droit processuel*, éd. Montchrestien, 1973, p. 55.

<sup>1260</sup> Ibid

(...), trois moyens de défense, trois débats spécifiques<sup>1261</sup>. Dans le cadre du procès, ces trois débats s'inscrivent dans une chronologie – d'abord le débat sur la régularité de la prétention – ensuite le débat sur la recevabilité de la prétention – et enfin le débat sur le bien-fondé de la prétention »<sup>1262</sup>.

**684.** Dans cet ordre chronologique, le débat sur la recevabilité précède logiquement celui portant sur le bien-fondé de l'action. L'appréciation de la légitimité de l'intérêt se trouve mal à propos rattaché à la recevabilité de l'action. Or, il apparaît de la doctrine même de MOTULSKY que la question de la légitimité de la prétention doit intervenir dans la dernière phase du procès. C'est ce qu'indique l'auteur lorsqu'il affirme : « *il doit apparaître normal d'isoler des objections formulées à l'encontre d'une prétention celles qui ne concernent que l'action pour la distinguer (...) des moyens qui s'en prennent à la **légitimité de l'intérêt** et notamment à la réalité du droit substantiel réclamé* ». Le juge est ainsi appelé dans le cadre de son office et notamment en statuant sur la recevabilité de l'action à opérer un contrôle sur le droit substantiel. Un élément du fond du débat doit ainsi faire l'objet d'un examen préalable.

## **B. La consécration d'un double examen du fond**

**685.** Il est constant que la légitimité de l'intérêt est une forme particulièrement pernicieuse d'intrusion du fond dans la procédure. Cette situation entraîne une confusion car réalisant un premier examen du fond lors de la recevabilité de la prétention (1), puis un second lors de l'examen de son bien-fondé (2).

### ***1. Le débat sur l'irrecevabilité nécessitant un examen sommaire du fond***

**686. L'appartenance de la légitimité de l'intérêt au fond du débat.** On a soutenu jusqu'ici l'idée suivant laquelle la question de la légitimité de l'intérêt est un élément du fond du débat. La doctrine semble bien unanime à ce propos. L'appartenance de la légitimité de l'intérêt au fond du débat et son rattachement controversé par le législateur à la question de la recevabilité de l'action emporte une conséquence : le juge doit recourir prématurément au droit substantiel lors de l'appréciation de la recevabilité de l'action. Ce résultat est bien

---

<sup>1261</sup> G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, p. 158

<sup>1262</sup> *Ibid.*

regrettable lorsqu'on sait que MOTULSKY et, à sa suite, la majorité de la doctrine moderne distinguent nettement trois étapes logiques dans le procès : la régularité de la procédure – la recevabilité de l'action – la question du bien-fondé. Ainsi, il faut bien un juge compétent et régulièrement saisi pour statuer sur la recevabilité de l'action. L'irrecevabilité de l'action est soulevée au moyen d'une fin de non-recevoir. Or, M. BLOCK présente la fin de non-recevoir comme un moyen de défense qui, lorsqu'il est accueilli, empêche le juge de statuer au fond<sup>1263</sup>. Cette position correspond bien à ce qui est dit à l'article 122 du Code de procédure civile : « *déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut du droit d'agir* ». L'auteur renseigne ainsi sur l'interdiction de statuer au fond : « *il (le juge) ne peut statuer sur le fond s'il est confronté à une fin de non-recevoir. Il s'agit d'une étape logique dans le raisonnement du juge* »<sup>1264</sup>. De sorte que le juge qui aura admis l'irrecevabilité d'une prétention dont il aura été saisi ne pourra, au cours de la même instance, déclarer cette prétention bien fondée<sup>1265</sup>.

**687.** L'appréciation de l'intérêt légitime consacre un examen au fond du droit lequel doit être banni sous peine de créer des confusions du genre entre les divers moyens de défense<sup>1266</sup>, notamment entre les défenses au fond et les fins de non-recevoir.

## ***2. Le débat sur le bien-fondé réalisant un second examen au fond***

**688. Le rattachement de la légitimité de l'intérêt à la recevabilité de l'action.** Le rattachement de la légitimité de l'intérêt à la question de la recevabilité de l'action apparaît comme la consécration d'un double examen du fond du litige. Ainsi, le juge saisi d'une prétention doit, dans le cadre de la recevabilité de l'action, recourir au droit substantiel afin de vérifier sa recevabilité. Il recourra plus tard au même droit substantiel, cette fois-ci dans le cadre de l'examen du bien-fondé de la prétention. Cette situation apparaît bien contestable. En effet, en tant que condition de l'action en justice, l'intérêt à agir existe indépendamment

---

<sup>1263</sup> G. BLOCK, Les fins de non-recevoir dans la procédure civile, thèse citée, n°43 ; V. aussi H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n°314, p. 291 : « *La fin de non-recevoir se présente toujours comme un obstacle anticipé qui interdit tout débat au fond, un peu à la manière d'une question préalable* ».

<sup>1264</sup> Ibid pour des propos repris chez RODIERE mais rapportés par R. JAPIOT : « *...les fins de non-recevoir se détachent du fond proprement dit : ils ne le soulèvent point. Les tribunaux doivent les examiner avant de se prononcer sur le fond du litige, car ce sont des obstacles qu'un défendeur oppose à l'exercice de l'action et les juges ne peuvent examiner la demande en elle-même qu'après avoir franchi l'obstacle* ».

<sup>1265</sup> X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, LGDJ, 1994, n°73, p. 114.

<sup>1266</sup> P. PARLANGE, obs. sous Cass. ch. Mixte, 27 février 1970, *JCP*, 1970, J. 16305.

de l'existence du droit litigieux ou du préjudice invoqué dont l'appréciation relève du fond du droit, la Cour de cassation ayant décidé à plusieurs reprises que l'intérêt à agir n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action<sup>1267</sup>. Cette règle s'applique tant au demandeur qu'au défendeur<sup>1268</sup>. Le débat préalable qu'instaure la question de la légitimité de l'intérêt est un débat de fond. La doctrine est unanime à ce propos. La moralité du droit ou sa juridicité n'ont aucune incidence à cet égard. Cette double consécration de l'examen du fond offre l'occasion de constater qu'un élément relevant du fond du débat peut être sanctionné à la fois par une fin de non-recevoir (lors du premier examen) et pourra être rattrapé plus tard par une défense au fond (lors du second examen).

**689. Le résultat de la fin de non-recevoir.** La fin de non-recevoir a son siège à l'article 122 du Code de procédure civile et la défense au fond à l'article 71 du Code de procédure civile. Ces deux moyens de défense conduisent à un même résultat : le rejet de la prétention adverse. Il s'agit donc, dans les deux cas, d'une décision de rejet. La différence est que l'échec intervient dans un cas sans examen au fond, donc de manière anticipée, dans l'autre cas après examen au fond.

**690.** Dans tous les cas, l'échec est bien définitif à la différence du résultat auquel pourrait la conduire les exceptions de procédure. Fin de non-recevoir et défense au fond aboutissent à une même finalité, à savoir la mise hors de cause définitive de l'adversaire. Ainsi que le relèvent Gérard Cornu et Jean Foyer, « *défense au fond et fin de non-recevoir quand elles sont accueillies, (...) le résultat est identique, que le juge ait débouté le demandeur de sa prétention ou qu'il ait refusé de le recevoir : le procès est éteint et ne pourra être renouvelé sans s'opposer à la chose jugée* »<sup>1269</sup>.

**691.** Le recours au droit substantiel qu'impose l'appréciation de la légitimité de l'intérêt à agir remet en cause la lettre même de l'article 122 du Code de procédure civile : *déclarer l'adversaire irrecevable sans examen au fond*. Or, on conviendra bien ici que, dans l'hypothèse de l'appréciation de la légitimité de l'intérêt, l'adversaire sera déclaré irrecevable après examen au fond, même s'il peut s'agir d'un examen sommaire. On sort alors de la recevabilité pour entrer sur le terrain du bien-fondé, c'est-à-dire ce qui est prévu à

---

<sup>1267</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 mai 2016, n°14-10.797.

<sup>1268</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 23 juin 2016, n°15-12-158 : *JurisData* n°2016-013004.

<sup>1269</sup> J. FOYER et G. CORNU, *Procédure civile*, op. cit. p. 370.

l'article 71 du Code de procédure civile : une défense au fond, laquelle intervient après un examen au fond du droit. On perçoit difficilement les raisons pour lesquelles le législateur a envisagé ce double recours au droit substantiel, non seulement pour apprécier la recevabilité de la prétention, mais aussi pour examiner son bien-fondé.

**692. Le renouveau de la légitimité de l'intérêt à agir.** La fin de non-recevoir, aux dires de Jacques Héron et Thierry LE BARS constitue un obstacle anticipé qui entraîne le rejet de la prétention sans examen au fond<sup>1270</sup>. Et c'est dans cet examen préalable que réside tout l'intérêt de la fin de non-recevoir<sup>1271</sup>. Et si cet examen préalable s'avère concluant, le reste ne sera pas examiné. Les auteurs s'accordent aujourd'hui sur l'utilité marginale de cet examen préalable mais de là à conclure que cette notion n'est plus prise en compte par la jurisprudence, il n'y a qu'un pas à ne pas franchir<sup>1272</sup>. M. WICKER voit dans l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (estoppel) le renouveau de la légitimité de l'intérêt à agir. Et de souligner que : « *le principe de cohérence ou l'estoppel puissent être rapprochés de l'exigence d'un intérêt légitime se justifie d'autant plus que, pour l'un comme pour l'autre, la sanction préconisée ou de droit positif est l'irrecevabilité de la demande* »<sup>1273</sup>. L'auteur s'étonne que certains auteurs répudient l'exigence de légitimité mais admettent qu'une fin de non-recevoir puisse sanctionner la déloyauté de l'une des parties lors du procès<sup>1274</sup>.

---

<sup>1270</sup> J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 152.

<sup>1271</sup> Ibid.

<sup>1272</sup> L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit n°82 : « *La jurisprudence des deux dernières décennies confirme le rôle tout à fait marginal qui revient au contrôle de légitimité de l'intérêt* » ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, op. cit, n°186 : « *peu à peu, la Cour de cassation a considéré que l'intérêt à agir n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action et, par un contrôle de la légitimité de l'intérêt, elle a limité la portée de l'article 31. Elle est allée jusqu'à reconnaître le droit « à toute personne justifiant d'un intérêt à agir » de demander la nullité d'un syndicat dont l'objet était jugé illicite (syndicat d'ostéopathes) ou contraire au principe de non-discrimination (proche du Front National) ; il n'est plus question de l'intérêt légitime et la généralité de la formule (« toute personne ouvre une action populaire en contestation de la validité d'un syndicat... »).*

<sup>1273</sup> G. WICKER, « La légitimité de l'intérêt à agir », *Mélanges en l'honneur d'Yves SERRA*, Paris, Dalloz, 2006, p. 455, spéc. p. 459.

<sup>1274</sup> Ibid.

## **Paragraphe 2 : La remise en cause des étapes logiques du procès**

**693.** La consécration de l'intérêt légitime à l'article 31 du Code de procédure civile remet sur le tapis l'éternel débat sur la distinction entre le droit substantiel et l'action. Faire de la légitimité de l'intérêt un élément de la recevabilité de l'action apparaît comme une insuffisance de la pensée de MOTULSKY (A). Aussi, permettre un double examen du fond du droit constitue une cause de retardement de l'issue du procès (B).

### **A. L'insuffisance de la pensée de MOTULSKY**

**694. Les critiques de la pensée de MOTULSKY.** On évitera de faire ici écho aux discussions sur la confusion entre le droit substantiel et l'action avant l'avènement du Code de procédure civile de 1975. On s'intéressera plutôt aux critiques de la pensée de MOTULSKY et, plus particulièrement, celles qui ont été formulées contre la théorie de l'action telle que consacrée dans le Code de procédure civile. On ne le dira jamais assez, le Code de procédure civile doit beaucoup à la pensée et aux travaux de MOTULSKY. La doctrine est unanime à ce propos<sup>1275</sup>. La doctrine majoritaire a adhéré à la thèse de MOTULSKY sous réserves de certaines critiques. Ce sont celles-ci qu'il convient de qualifier de modérées (1). La doctrine minoritaire en revanche a elle été assez virulente, rejetant toute distinction entre l'action et droit substantiel (2).

#### ***1. Les critiques modérées contre la pensée de MOTULSKY***

**695. Le non absolutisme de la pensée de MOTULSKY.** La thèse de MOTULSKY n'est pas si aboutie qu'il y paraît. Sans s'intéresser aux préférences des uns et des autres quant à la nature juridique de l'action, on a fait le choix délibéré de n'examiner que les critiques persistantes sur la distinction entre le droit et l'action. Au centre des critiques de la doctrine majoritaire, l'usage du mot « fond » employé à l'article 30 du Code de procédure civile. L'action vue du côté du demandeur y est définie comme le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur « le fond » de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. La doctrine s'est interrogée non sans peine quant au sens à donner au mot « fond » qui apparaît dans cette définition. Est-ce la résurgence du débat sur la confusion du droit

---

<sup>1275</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, op. cit. J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°50, note 23 qui observent que : « *La doctrine du doyen Vizioz et celle de Motulsky ne sont pas identiques. On insistera davantage (...) sur celle de H. Motulsky en raison de son influence sur les textes du Code de procédure civile* »



substantiel et de l'action qu'on croyait enterrée ? La question ne manque pas d'intérêt lorsqu'on sait qu'en droit et, plus particulièrement, en procédure, le fond est opposé à la forme.

#### **696. Les critiques à l'égard de la définition de l'action vue du côté du défendeur.**

Apportant plus d'éclaircissement sur la définition de l'action dans le Code de procédure civile, MM. CADIET et NORMAND et Mme AMRANI-MEKKI, précisent que l'article 30 « ... a vocation à s'appliquer à toute espèce de prétention juridiquement relevante... »<sup>1276</sup>. Et d'ajouter : « le « fond », (...) n'est pas seulement celui de la prétention substantielle, ce peut être aussi celui sur lequel porte une prétention procédurale »<sup>1277</sup>. Ils ajoutent pour illustrer leur propos que :

*« la partie qui, préalablement à l'examen du fond substantiel et, en règle générale, pour éviter ou différer celui-ci soulève une exception ou une fin de non-recevoir (...) exerce une action purement processuelle et « le droit lui sera reconnu ou dénié d'être entendu sur le fond de cette prétention procédurale et dans l'affirmative le juge se prononcera sur le bien ou le mal-fondé de cette dernière »<sup>1278</sup>.*

**697.** Ces auteurs n'ont pas manqué de formuler de critiques à l'égard de la définition de l'action vue du côté du défendeur. S'interrogeant sur le droit d'agir de ce dernier, ils observent en effet, « que s'agissant des fins de non-recevoir et il en irait de même pour les exceptions de procédure, les unes et les autres curieusement passées sous silence par l'article 30, il faut considérer par analogie avec les dispositions de l'article 30 alinéa 1<sup>er</sup>, que le défendeur au fond, demandeur au moyen, est bel et bien l'«auteur d'une prétention» de nature procédurale (prétention à l'irrecevabilité de la demande, à l'incompétence ou à la nullité) »<sup>1279</sup>. Cette doctrine n'est pas isolée. D'autres auteurs appartenant à la doctrine

---

<sup>1276</sup> L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°80.

<sup>1277</sup> *Ibid.*

<sup>1278</sup> *Ibidem.*

<sup>1279</sup> L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°80, p. 341 ; V. S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKER, *Procédure civile*, n°30 : « l'action en justice vise tant la demande que la défense. Cette conception a elle aussi été soumise au feu de la critique en ce qu'il est délicat de tracer une symétrie parfaite entre l'action du demandeur et l'action du défendeur, qui a « le droit discuter le bien-fondé de la prétention » du demandeur selon les termes de l'article 30 du Code de procédure civile. Ainsi présentée, l'action du défendeur est fort amputée puisqu'elle n'est qu'une réaction à une initiative adverse, et semble se confondre avec les droits de la défense. Pourtant, la précision est, en réalité, utile, étant entendu que le mot « défense » ne doit pas être entendu de manière littérale : le défendeur peut demander, à son tour,

moderne ont formulé des critiques contre ce qu'on peut désigner comme la pensée de MOTULSKY.

**698. Les critiques par GUINCHARD, CHAINAIS et FERRAND.** M. GUINCHARD, Mmes CHAINAIS et FERRAND, observent que : « pour achever la critique de la conception (...) affichée par le Code, on soulignera qu'il est singulier de limiter le domaine de l'action, comme le fait le Code, aux cas où les parties veulent être entendues sur le fond, ou alors il ne faut pas entendre dans un cadre trop strict la notion de « fond » de la prétention »<sup>1280</sup>. Ces auteurs trouvent aussi trop restrictive la définition de l'action vue du côté du défendeur : « En effet, contrairement à ce qu'indique l'article 30, la faculté d'agir du défendeur ne s'exerce pas seulement dans le cadre restreint défini par le bien-fondé même de la demande formulée par le demandeur. Elle vaut aussi pour toutes les prétentions que le défendeur lui-même pourrait soulever, en vertu des dispositions légales, lorsqu'il prétend que la demande n'est pas fondée en droit, mais aussi lorsqu'il prétend que le demandeur n'est pas recevable à agir ou qu'il ne respecte pas les règles procédurales qui entourent la demande en justice »<sup>1281</sup>. Ils concluent qu'« au final, on le perçoit aisément, une conception trop rigide de la nature juridique de l'action se plie mal aux réalités procédurales et théoriques »<sup>1282</sup>.

**699. La difficile symétrie entre l'action du demandeur et celle du défendeur.** Pour Mme AMRANI-MEKKI et M. STRICKER, « il est délicat de tracer une symétrie parfaite entre l'action du demandeur et l'action du défendeur, qui a « le droit discuter le bien-fondé de la prétention » du demandeur selon les termes de l'article 30 du Code de procédure civile »<sup>1283</sup>. Ils ajoutent qu'« ainsi présentée, l'action du défendeur est fort amputée puisqu'elle n'est qu'une réaction à une initiative adverse, et semble se confondre avec les droits de la défense »<sup>1284</sup>. Et de préciser : « Pourtant, la précision est, en réalité, utile, étant entendu que le mot « défense » ne doit pas être entendu de manière littérale : le défendeur peut demander, à son tour, davantage que la seule discussion sur le bien-fondé de la prétention du demandeur

---

d'avantage que la seule discussion sur le bien-fondé de la prétention du demandeur initial, en formant par exemple par une demande reconventionnelle ».

<sup>1280</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, op. cit., n°142.

<sup>1281</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, op. cit., n°147.

<sup>1282</sup> *Ibid.*

<sup>1283</sup> S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKER, *Procédure civile*, op. cit., n°30.

<sup>1284</sup> *Ibid.*

initial, en formant par exemple par une demande reconventionnelle »<sup>1285</sup>. Ces auteurs oublient que présenter une demande reconventionnelle est aussi discuter le fond.

**700. La critique de l'expression « fond » prévue à l'article 30 du code civil.** Tout autant critique à l'égard de l'expression « fond » consacrée à l'article 30, M. DESDEVISES relève que : « *le fond d'une prétention soumise à un juge peut aussi être constitué par un problème de procédure. C'est en ce sens que l'article 480 du nouveau code de procédure civile range dans la catégorie des jugements la décision qui (...) statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident* »<sup>1286</sup>. A lui d'ajouter que « *quand une contestation s'est nouée sur un tel objet (question de procédure) on peut parler du fond de l'exception de procédure, ou du fond de la fin de non-recevoir sans erreur de langage* »<sup>1287</sup>.

**701.** D'une façon générale, la doctrine majoritaire défend l'idée suivant laquelle le « fond » ou « le bien-fondé » ne peut se réduire aux prétentions d'ordre substantiel, mais intéresse aussi les prétentions d'ordre procédural.

## ***2. Les critiques radicales à la pensée de MOTULSKY***

**702. Le rejet de la distinction entre l'action et le droit.** La double consécration de l'examen du fond remet sur le tapis le débat classique de la distinction entre action et droit substantiel. Ainsi, l'apparition d'éléments du fond du débat dans l'appréciation de la recevabilité de l'action remet en cause la distinction des étapes logiques du procès si chère à MOTULSKY. La remise en cause de cette distinction, semble bien donner raison à cette doctrine minoritaire ayant formé de vives critiques contre la distinction entre action et droit. On a relevé que le Code de procédure civile de 1975 a consacré l'aboutissement d'une nouvelle théorie de l'action dont le corollaire est la consécration d'une trilogie procédurale.

---

<sup>1285</sup> Ibidem.

<sup>1286</sup> Y. DESDEVISES, « Variation sur le fond en procédure civile », in La terre, la famille, le juge, *Etudes offertes à Henri-Daniel COSNARD*, Paris, Economica, 1990, p. 324, spéc. p. 327 ; V. aussi, E. JEULAND, « Quelques interrogations sur la distinction entre la forme et le fond », *Mélanges G. WIEDERKEHR*, Paris Dalloz, 2009, p. 443.

<sup>1287</sup> Ibid.

**703.** La théorie de MOTULSKY a fait l'objet de vives critiques dont les tenants sont WIEDERKEHR<sup>1288</sup> et Jacques Héron<sup>1289</sup>. Pour ces auteurs de la doctrine moderne, l'action n'est pas distincte du droit substantiel dont elle vise la sanction. Pour ces auteurs, la définition de l'action consacrée à l'article 30 du Code de procédure civile comporterait deux anomalies.

**704.** D'une part, selon l'alinéa premier de l'article 30, « *il n'y a d'action qu'autant qu'une prétention est émise* »<sup>1290</sup>, l'action du côté du demandeur étant définie comme le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci. Ils font valoir qu'ainsi la formation d'une demande devient un élément de l'action et qu'il serait contradictoire d'énoncer en même temps que l'action préexiste à la demande et qu'elle suppose la présentation d'une demande.

**705.** Pour HERON et LE BARS, « l'action vue du côté du demandeur comporte deux définitions : une définition voulue et seule consciente (l'action préexiste à la demande), et une définition latente mais nécessaire (l'action est dans la demande) »<sup>1291</sup>. Ils font remarquer que ces deux définitions sont incompatibles entre elles. Pour ces auteurs, l'action est une façon commode de désigner les demandes et les défenses<sup>1292</sup>. Raymond Martin ira jusqu'à dire qu' : « on a cédé à la tentation de conceptualiser en droit subjectif ce qui n'est que la condition d'un acte, la demande en justice »<sup>1293</sup>. D'autre part, ils dénoncent l'existence de deux définitions de l'action et, surtout, une absence de cohérence entre elles<sup>1294</sup>. Pour ces auteurs la définition de l'action proposée à l'article 30 du Code de procédure civile est incomplète, celle-ci ne tenant pas compte de tous les moyens de défense<sup>1295</sup>.

---

<sup>1288</sup> G. WIEDERKEHR, « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile », *Mélanges offerts à Pierre HEBRAUD*, Toulouse, 1981, p. 949.

<sup>1289</sup> J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 52 et s.

<sup>1290</sup> G. WIEDERKEHR, art. cit., p. 949

<sup>1291</sup> J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 52.

<sup>1292</sup> J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 54.

<sup>1293</sup> R. MARTIN, « Un virus dans le système des défenses du nouveau code de procédure civile : le droit d'action », *RGDP 1998*, p. 419 ; pour une opposition modérée V. G. WIEDERKEHR, « Une notion controversée : l'action en justice », *Etudes Ph. SIMLER*, éd. Dalloz et Litec, 2006, p. 903.

<sup>1294</sup> Ibid.

<sup>1295</sup> J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n° 52

**706.** Cette doctrine, comme on vient de le voir, n'adhère pas à la thèse de la distinction entre l'action et le droit. Elle remet ainsi en cause la thèse de la distinction dont VIZIOZ et MOTULSKY sont les tenants. La pratique semble d'autant plus leur donner raison lorsqu'on sait qu'en raison de l'appréciation de la légitimité de l'intérêt la question de la recevabilité de l'action se trouve subordonnée au recours au droit substantiel. Cette distinction résiste donc moins à la critique lorsqu'on sait que le Code de procédure civile impose au juge d'examiner dans le cadre de la recevabilité de l'action un élément relevant pourtant du fond du débat. L'élément du fond du litige que constitue la question de la légitimité de l'intérêt apporte de l'eau au moulin de cette doctrine qui se fait encore l'écho de la confusion entre le droit substantiel et l'action.

**707.** Au-delà de la confusion sur la distinction entre droit et action, l'apparition d'un élément du fond du débat dans l'appréciation de la recevabilité de l'action entraîne une confusion du genre. La discipline juridique n'a rien à gagner à une confusion des concepts quelle qu'en auraient été les motivations.

#### **B. Le retardement du dénouement du procès provoqué par un double examen au fond**

**708. Les méfaits du double examen au fond.** Le double recours au droit substantiel lors du débat sur la recevabilité et sur celui du bien-fondé apparaît comme un double emploi dont on pourrait comprendre la justesse quand on sait qu'une procédure adaptée et diligente constitue aujourd'hui une exigence du procès équitable (1). Ce double examen du fond constitue, il faut oser le dire, une perte du temps (2).

##### ***1. L'exigence d'une procédure adaptée et diligente***

**709. Le procès dans un délai raisonnable.** Le temps de la justice ne doit être ni trop lent ni trop rapide, il doit être adapté. La qualité de la justice suppose du temps, on le sait, mais là n'est pas une raison suffisante pour entraîner artificiellement la lenteur des procédures. Aussi, la célérité de la procédure est devenue aujourd'hui une exigence du procès équitable consacrée principalement par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le vocabulaire s'est d'ailleurs enrichi ces dernières années du temps utile, du délai

raisonnable, etc. La célérité de la procédure est à la fois un droit subjectif<sup>1296</sup> et un droit fondamental<sup>1297</sup>. Ainsi, l'instance doit s'inscrire dans un délai raisonnable<sup>1298</sup>. La procédure doit être adaptée et diligente. En dépit de la lettre de l'article 2 du Code de procédure civile : « *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 les délais requis* », la conduite de la procédure ne peut être laissée à l'humeur des parties ou de leurs représentants car, bien souvent, ceux-ci poursuivent des intérêts antagonistes s'ils ne sont pas tenus par leur agenda propre<sup>1299</sup>.

**710. Le concours de tous les acteurs du procès.** Une procédure adaptée et diligente appelle le concours de tous les acteurs du procès<sup>1300</sup>. Le juge et les parties doivent ainsi concourir à la réalisation d'un tel objectif. Le juge s'est ainsi vu conférer des pouvoirs en cette matière. Ainsi, aux termes de l'article 3 du Code de procédure civile, « *il a le pouvoir d'impartir des délais...* ». On assiste depuis plusieurs années au développement et l'accroissement des procédures rapides comme une alternative aux procédures au fond. Ces dernières années, le législateur n'a cessé de multiplier les solutions afin d'y remédier, notamment les solutions issues des Rapports dit Magendie et consacrés dans le Code de procédure civile. Depuis lors, la communication des actes de procédure est enfermée dans des délais, les dernières conclusions doivent reprendre les prétentions des parties, on parle de conclusions récapitulatives. Comme devant le tribunal de grande instance, il est institué un calendrier de la procédure sous la supervision d'un magistrat chargé de la mise en état. Ainsi, aux termes de l'art. 912 du Code de procédure civile : « *Le conseiller de la mise en état examine l'affaire dans les quinze jours suivant l'expiration des délais pour conclure et communiquer les pièces. Il fixe la date de la clôture et celle des plaidoiries* ».

---

<sup>1296</sup> D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, Paris, LGDJ, préf. G. GUIDICELLI-DELAGÉ 2006, n°297 et s

<sup>1297</sup> Thèse précitée n°337 et s

<sup>1298</sup> J.-F. KRIEGK, « Le délai raisonnable en droit positif européen ou français », LPA, 6 janv. 2012, n°5, p. 6 ; D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, Paris, LGDJ, 2006, préf. GUIDICELLI-DELAGÉ ; B. HEMERY, « Le délai raisonnable de jugement : naissance d'une notion », *Justice & Cassation, Rev. Des avocats aux conseils*, 2007, 76 ; S. AMRANI-MEKKI, « Le principe de célérité », *R F adm. publ.* 2008/125, p. 43.

<sup>1299</sup> D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, thèse précitée, n°174.

<sup>1300</sup> S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, préf. L. CADIET, Paris, Dalloz, 2002, n°233.

711. En dépit des solutions proposées, la célérité de la procédure demeure au cœur des préoccupations procédurales contemporaines<sup>1301</sup>. Les procédures sont toujours trop longues avec pour corollaire l'engorgement du rôle. Il faut aller plus vite. Il n'est pas excessif de rechercher l'une des causes de la lenteur dans l'un des fondamentaux du Code de procédure civile : le rattachement de la légitimité de l'intérêt à la question de la recevabilité de l'action instaure un double examen du droit substantiel lequel génère une lenteur de procédure.

## ***2. Le temps nécessité par un second examen au fond***

712. **L'appréciation de la légitimité de la prétention *in limine litis*, une source de la lenteur des procédures.** La double consécration de l'examen du fond est de nature à retarder l'issue du procès. Le jeu de couloir que nécessite l'appréciation de la légitimité de l'intérêt à agir, imposant ainsi le recours au droit substantiel avant même l'examen au fond du droit, constitue une perte de temps qui impacte le dénouement rapide de la procédure. Or, la célérité de la procédure, il faut le rappeler, est envisagée aujourd'hui à la fois comme un droit subjectif et un principe directeur du procès<sup>1302</sup>. Les procédures ne doivent souffrir d'aucun retard injustifié. La recherche d'un jugement rapide apparaît comme une excroissance du droit à une décision de justice dans un délai raisonnable consacré tant par les instruments nationaux qu'internationaux<sup>1303</sup>.

713. L'appréciation de la légitimité de la prétention au stade de la recevabilité de l'action constitue une source de lenteur des procédures. Cependant, deux hypothèses doivent être envisagées.

---

<sup>1301</sup> J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice : la gestion du temps du procès*, Documentations française, 2004 ou *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, La documentation française, 2008.

<sup>1302</sup> S. GUINCHARD, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire » in *Clés pour le siècle*, Paris II, Dalloz, 2000, p. 1290 et s. ; S. GUINCHARD, « Quels principes directeurs pour le procès de demain ? », in *Mélanges J. VAN COMPERNOLLE*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 201 ; D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, Paris, LGDJ, préf. G. GUIDICELLI-DELAGE 2006, n°523 et s. ; S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Paris, Dalloz, 2002, préf. L. CADIET ; J.-M. COULON et A.-M. FRISON-ROCHE, *Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996 ; C. CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, Paris, Dalloz, Préf. S. GUINCHARD, 2007. J

<sup>1303</sup> S. AMRANI-MEKKI, et Yves STRICKLER, *Procédure civile*, op. cit., 212, p. 393.

**714.** D'une part, le juge appréciant la légitimité de la prétention qui lui est soumise constate son illégitimité et en ordonne l'irrecevabilité. La décision qui en serait issue a une portée définitive et entraîne un échec définitif du procès. Dans une telle hypothèse, le procès s'arrête et il n'y a pas possibilité d'aller sur le fond du litige. L'argument du retard ne peut prospérer dans une telle hypothèse.

**715.** D'autre part et *a contrario*, lorsque le procès survit à l'appréciation de la légitimité de l'intérêt, l'affaire sera examinée au fond. Or, il arrive souvent que les débats s'enlisent sur des questions de procédure et que les parties s'éloignent de la question substantielle pour laquelle elles ont saisi le juge. Un procès peut être ainsi mené de la première instance jusqu'en cassation sur une question de procédure. Alors, on imagine mal l'intérêt pratique qu'il y a à voir le juge statuer sur la légitimité de l'intérêt au stade de la recevabilité de l'action qui est une question relevant du fond avant d'y revenir à nouveau lors de l'examen du bien-fondé de la prétention. Cette situation, comme il a été déjà souligné, constitue un double emploi et ne dénote aucune utilité pratique.

**716. La sanction du dilatoire.** L'exigence de célérité recommande qu'on ne perde aucun temps injustifié sur les questions d'ordre procédural. On verra dans ce sens que l'article 124 du Code de procédure civile ouvre la possibilité pour le juge de condamner à des dommages et intérêts des personnes qui se seraient abstenues dans une intention dilatoire de soulever plus tôt une fin de non-recevoir. Dans le même sens, l'article 32-1 du Code de procédure civile envisage la condamnation à une amende civile d'un maximum de 3.000 euros à l'encontre de celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive. Bien que la disposition sus-évoquée ne l'envisage pas expressément, cette sanction s'applique tant à l'action abusive qu'à la résistance abusive, le défendeur devant être considéré comme agissant dans ce dernier cas. La légitimité de l'intérêt est une question relevant du bien-fondé de la prétention.

\*\*\*\*\*

**717. Les effets du recours au droit substantiel lors de l'appréciation de la recevabilité de l'action.** La question de la légitimité, comme il vient d'être examiné, n'est pas un élément du débat portant sur la recevabilité de l'action. Elle constitue un élément du débat sur le fond



qui oblige l'interprète qu'est le juge à recourir au droit substantiel lors de l'appréciation de la recevabilité de l'action. Cette situation, contrairement à ce qu'indique la doctrine, n'est pas marginale. Elle conduit à une confusion des étapes du procès qu'on croyait pourtant bien distinguée dans la pensée de MOTULSKY. Cette situation, on l'a indiqué, provoque, par le double emploi qu'il opère, un retardement de l'issue du procès. Il apparaît alors nécessaire de détacher la question de la légitimité de la place que lui ont conférée les rédacteurs du code de procédure civile pour la rattacher au débat portant sur le fond du droit.

## CHAPITRE 2 : L'UTILITÉ DU RATTACHEMENT DU CRITÈRE DE LÉGITIMITÉ À L'EXAMEN DU FOND DU DROIT EN JEU

**718. Les conditions de recevabilité de l'action en justice.** A en croire une formule de G. CORNU et J. FOYER cité par l'auteur M. CAYROL « *N'importe qui n'a pas le droit de demander n'importe quoi, n'importe quand à un juge* »<sup>1304</sup>. Cette opinion vient traduire les conditions de recevabilité de l'action en justice. Il s'agit incontestablement des conditions exigées par l'article 31 du Code de procédure civile. Il existe plusieurs conditions de recevabilité de l'action en justice. La doctrine distingue les conditions objectives et les conditions subjectives de l'action en justice. Les conditions subjectives désignent celles que précise l'article 31 du Code de procédure civile<sup>1305</sup>. Il s'agit de la qualité à agir en justice et de l'intérêt à agir. Les critères d'appréciation de la dernière condition viennent créer une controverse sur la distinction fondamentale entre droit substantiel et droit procédural<sup>1306</sup>.

**719. La distinction entre recevabilité de l'action et son bien-fondé.** Il est certain qu'il existe une différence traditionnelle flagrante entre recevabilité de l'action et son bien-fondé<sup>1307</sup>. L'action en justice, droit substantiel, peut être déclarée recevable et par suite, elle peut être rejetée parce que les prétentions qui la sous-tendent sont mal fondées. C'est ainsi qu'il existe une pratique procédurale qui consiste à examiner les conditions de recevabilité de l'action en justice distincte du bien-fondé des prétentions qui la sous-tendent<sup>1308</sup>. Ce principe revêt une importance capitale en droit de procédure. Malgré son importance, il convient d'emblée de faire remarquer qu'il existe des controverses doctrinales sur cette distinction au regard des conditions de recevabilité de l'action en justice. En effet, la règle selon laquelle il faut distinguer l'examen de la recevabilité de l'action en justice de l'appréciation du bien-

---

<sup>1304</sup> N. CAYROL, *Action en justice*, mars 2013 (actualisation : janvier 2016), *Répertoire de procédure civile*

<sup>1305</sup> Y. DESDEVISES, Actualisé par O. STAES, *Fasc. 500-75 : action en justice. - Recevabilité. - Conditions subjectives. - Intérêt*, *JurisClasseur Proc. civ.*, 7 Août 2016, dernière mise à jour le 7 Août 2016.

<sup>1306</sup> Sur la distinction entre les questions relatives à la forme et celles relatives au fond du droit, V. aussi J-S. BERGE et alii, *Le droit communautaire et les divisions du droit*, Petites affiches - 24/08/2004 - n° 169 - page 3

<sup>1307</sup> Recevabilité et bien-fondé d'une action en justice ne sont ni deux frères ni deux sœurs car ils n'ont rien de commun et ne partagent rien non-plus. Sur cette distinction voire S. Romain, *Intérêt à agir : l'essentiel n'est pas de gagner mais de pouvoir participer*, *Revue générale du droit des assurances* - 01/10/2014 - n° 10 - page 527.

<sup>1308</sup> N. CAYROL, *Action en justice*, mars 2013 (actualisation : janvier 2016), *Répertoire de procédure civile*.

fondé des prétentions qui sous-tendent cette action est sujette à controverses et soulève une question à laquelle il faut impérativement répondre. Concrètement, il convient aujourd'hui de se demander comment est appréciée la légitimité de l'intérêt à agir.

**720.** Pour notre part, on ne saurait apprécier ce critère sans examiner le fond de la question. Cette réponse vient indubitablement occulter le principe énoncé ci-dessus. Il va falloir, pour conserver cette distinction, rattacher l'intérêt légitime à l'examen du fond du droit en jeu.

**721.** Étudier le rattachement de la légitimité de l'intérêt à agir à l'examen au fond du droit revient à démontrer que seul ce critère de légitimité vient occulter la distinction fondamentale précédemment citée. A cet effet, il va falloir réévaluer les critères d'examen de l'intérêt légitime (section 1). Une fois cette réévaluation faite, il faudra ensuite réévaluer la sanction du défaut de cet intérêt (Section 2) car un changement de notion vaut certainement un changement de régime.

### ***Section 1<sup>ère</sup> : La réévaluation des critères d'examen de l'intérêt légitime***

**722. La non-universalité de l'action en justice.** Il n'est pas contestable d'affirmer que, même si l'action en justice est un droit fondamental dans un État de droit, corollaire de l'obligation faite au justiciable de ne pas se faire justice soi-même, elle n'est pas cependant un droit universel. En effet, sa mise en œuvre par l'intermédiaire d'une demande est soumise à des conditions de recevabilité. L'examen de cette recevabilité se fait au regard des critères d'ouverture de l'action en justice. Il relève des questions de forme distincte des moyens de défense au fond dont l'examen relève des questions de fond. Toutefois, cette dernière affirmation devrait, pour notre part être prise avec réserve.

**723. La confusion des questions de fond et de forme dans l'examen des conditions d'ouverture de l'action en justice.** La problématique de la distinction entre les questions de fond et de forme dans l'examen des conditions d'ouverture de l'action en justice est aujourd'hui confuse. Le juge qui est saisi pour statuer sur la recevabilité de l'action en justice examine cette question au regard des critères d'ouverture de l'action en justice. Il devra certainement voir si, par exemple, la personne a un intérêt à agir et si cet intérêt est légitime.

724. L'intérêt légitime est une notion évolutive (paragraphe 1<sup>er</sup>) car, seul le juge essaie de présenter cette notion qui reste toujours confuse. Cette confusion découle certainement du fait que ces critères précédemment présentés ne peuvent être appréciés par le juge que si ce dernier traite le fond du droit. Pour lever toute confusion, étant donné que l'examen de la légitimité de l'intérêt à agir conduit le juge à toucher le fond du droit, il faudra renouveler le régime de l'intérêt légitime. (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1<sup>er</sup> : L'évolution de la notion d'intérêt légitime au regard de la jurisprudence**

725. **Le concept d'« intérêt légitime ».** L'adage « *pas d'intérêt, pas d'action* » soumet l'action en justice à l'existence d'un intérêt, qu'elle soit en pénale ou civile<sup>1309</sup>. L'exigence d'un intérêt à agir en justice relève des questions de recevabilité d'une action en justice. Elle concerne plus précisément les conditions subjectives<sup>1310</sup>. de recevabilité La notion d'intérêt légitime<sup>1311</sup>, évoquée dans les dispositions de l'article 31 du code de procédure civile, n'a pas de définition législative. C'est la jurisprudence et la doctrine qui essaient de dire ce qu'est « l'intérêt légitime ». L'intérêt légitime est d'abord un intérêt conforme à la morale française (A). Ensuite c'est aussi l'intérêt juridique et d'opportunité (B).

#### **A. Appréciation du caractère légitime de l'intérêt à agir au regard des considérations d'ordre morale**

726. L'appréciation du caractère légitime de l'intérêt à agir s'analyse, dans un premier temps, par la conformité de l'intérêt à agir à l'ordre public (1) et, dans un second temps par, cette conformité aux bonnes mœurs (2).

##### ***1. Intérêt légitime, un intérêt conforme à l'ordre public français***

727. **L'interdiction légale de certaines actions.** L'article 31 du Code de procédure civile dispose « *L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention....* ». Cette disposition soumet l'ouverture de l'action en justice à l'existence d'un intérêt légitime. Cette exigence d'intérêt légitime est souvent utilisée par la

---

<sup>1309</sup> M. DANTI-JUAN, *Action civile*, avril 2016 (actualisation : juin 2016)

<sup>1310</sup> J-M. DESPAQUIS, « *synthèse – action en justice* », *JurisClasseur Proc. civ.*, 7 octobre 2016

<sup>1311</sup> On peut admettre que l'intérêt légitime est une des conditions subjectives de recevabilité d'une action en justice. C'est ce que confirme l'article de J-M. DESPAQUIS, art. cit.

jurisprudence pour rejeter certaines demandes contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs françaises.

**728.** L'intérêt légitime s'apparente à l'intérêt conforme à l'ordre public. C'est en quelque sorte l'intérêt digne. C'est en cela qu'en matière de responsabilité civile, la victime indigne est privée de son droit d'agir en réparation du préjudice qu'il aurait subi<sup>1312</sup>. Ceci parce qu'elle n'a pas un intérêt légitime à agir<sup>1313</sup> ou encore, cette victime n'a pas un intérêt digne.

**729. L'ordre public, une notion difficile à cerner.** Qu'entend-on par « ordre public » ?<sup>1314</sup>. L'ordre public procédural français désigne l'ensemble des règles de procédures ou des principes qui sont les fondamentaux pour le procès en France. Le concept de l'ordre public n'est pas pour autant figé. La notion d'ordre public en droit français est une notion difficile à cerner ou à définir. C'est certainement pour cela qu'on considère que la notion d'ordre public et de bonnes mœurs est relative dans le temps et dans l'espace. Toutefois, l'ordre public en question n'est pas que l'ordre public processuel. Il peut désigner les principes et les règles essentielles de procédures auxquelles on ne peut porter aucune dérogation. En conséquence, il convient de souligner que l'intérêt légitime à agir est l'intérêt qui est certainement conforme à l'ordre public processuel français.

**730.** On peut tout de même admettre qu'une prétention contraire à l'ordre public serait une prétention dont l'objet est lui-même contraire à la loi. C'est-à-dire, qu'on retiendra qu'il y a atteinte à l'ordre public dès lors que le fait invoqué est illicite ou contraire à la loi. En l'espèce, la contrariété à l'ordre public de la prétention découle dans ce sens du fait qu'elle soit contraire à la loi. C'est ainsi que par exemple la Cour de cassation a exactement décidé que « *n'ouvrent pas droit à indemnisation les rémunérations provenant d'un travail dissimulé* »<sup>1315</sup>. Concrètement, la Cour semble interdire systématiquement de vouloir tirer un profit d'une situation contraire à la loi. Il en est de même pour le déposant de marques et

---

<sup>1312</sup> Ph. DELEBECQUE, P. JOURDAIN, D. MAZEAUD, *Responsabilité civile : panorama 2004*, D. 2005. 185

<sup>1313</sup> *Ibid*

<sup>1314</sup> Pour comprendre la notion d'ordre public et de bonnes mœurs, l'article de J. HAUSER et J-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, janvier 2015 (actualisation : juin 2016)

<sup>1315</sup> Cour de cassation, 2e civ, *La perte de rémunération illicite n'est pas un préjudice réparable*, 24 janvier 2002 ? D. 2002. 2559

enseignes contraires à l'ordre public et propres à tromper le public. L'action en responsabilité civile fondée sur l'article 1382 du Code civil ne lui est pas reconnue car cette dernière est dépourvue d'intérêt légitime<sup>1316</sup>.

**731.** On remarque encore des difficultés à cerner cette notion d'ordre public. Concrètement, c'est le juge qui, au regard des valeurs auxquelles la République s'attache, détermine que tel ou tel élément est d'ordre public. Ainsi, la notion d'ordre public est aussi variable et une valeur peut être d'ordre public hier et ne plus l'être quelques années plus tard. En conséquence, la notion d'ordre public est une notion évolutive. Cette variabilité n'a pas empêché le législateur qui soumet la recevabilité de l'action en justice à l'existence de l'intérêt dont la légitimité s'apprécie au regard de la conformité de l'intérêt en question à l'ordre public. La jurisprudence ne s'est pas aussi empêchée d'encourager cette pratique.

**732.** Il en est ainsi pour l'ouverture du mariage pour les couples de personnes de même sexe avant la loi sur le mariage pour tous. Toutefois, ce cas rejoint plus les bonnes mœurs et non l'ordre public lui-même. Ici, c'est la décence ou la moralité qui est en cause. Il convient alors d'admettre que l'intérêt légitime est un intérêt conforme aux bonnes mœurs.

## ***2. L'intérêt légitime, un intérêt conforme aux bonnes mœurs françaises***

**733. La notion de bonnes mœurs.** On retrouve, l'expression bonnes mœurs dans de nombreuses dispositions du Code civil. Ainsi, l'article 6 du Code civil<sup>1317</sup>, dispose expressément que « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». On remarque que la disposition précédemment citée fait allusion aux deux concepts. Il est cité dans l'article 'ordre public et bonnes mœurs'. Ainsi, il importe de signaler que, la plupart du temps, ces deux concepts sont plus ou moins associés. Quoi qu'il en soit, les bonnes mœurs sont relatives à la morale. C'est en cela que, pendant un temps, l'homosexualité était rejetée en France.

---

<sup>1316</sup> Cass. com., 28 juin 1976, n° 75-10.193. A travers cette décision, la Cour de cassation décide que : « *Le déposant de marques et enseignes contraires à l'ordre public et propres à tromper le public, ne justifie pas d'un intérêt légitime juridiquement protégé, lui permettant de se prévaloir, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, de l'imitation desdites marques* »

<sup>1317</sup> L'art. 6 du CPC crée par la loi 1803-03-05 promulguée le 15 mars 1803

**734.** En revanche, depuis la loi sur le mariage pour tous, les mœurs et l'ordre public français ont évolué. Ainsi, toute action en justice de ces homosexuels serait certainement recevable. Ainsi, l'exemple « *dans un jugement du 25 juillet 1995, le tribunal de grande instance de Belfort, statuant en matière correctionnelle, a déclaré recevable et bien fondée la demande d'indemnisation d'une homosexuelle en raison de la rupture brutale de son union stable, sérieuse et fidèle avec sa compagne victime d'un homicide involontaire* »<sup>1318</sup>. Au regard de cette avancée de la moralité et, en, conséquence de la notion d'intérêt légitime à agir, la question se pose de savoir si la polygamie, la polyandrie et la prostitution connaîtront un jour le même sort que l'homosexualité ?<sup>1319</sup>.

**735.** On comprend bien la difficulté à laquelle la jurisprudence et la doctrine sont confrontées lorsqu'elles se mettent à définir la notion d'intérêt légitime. Cette dernière dépend incontestablement du fait que l'intérêt de l'action en justice, pour être légitime, ne devrait pas heurter l'ordre public et les bonnes mœurs. C'est certainement ce qui fait de l'intérêt légitime une notion fluctuante car une prétention qui, hier était d'intérêt illégitime, peut, avec le temps, reposer sur un intérêt légitime.

**736.** Ainsi, il semble que l'intérêt légitime soit un intérêt conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs. En d'autres termes, toute prétention fondant une action en justice qui, au visa de l'article 31 du Code de procédure civile, contreviendrait à l'ordre public et aux bonnes mœurs sera rejetée car dépourvue d'intérêt légitime. En conséquence, bonnes mœurs et ordre public deviennent alors un élément de contrôle de la nature même de la prétention qui soutient toute action en justice. Concrètement, ces deux éléments sont des critères d'appréciation de la nature de cette prétention.

**737.** C'est relativement à cette contrariété à « l'ordre public et aux bonnes mœurs » que, pendant longtemps, une concubine n'était pas fondée à demander réparation du fait de la mort de son amant, ce dernier étant en lien de mariage. Ce qui est immoral ici, c'est la relation qu'entretenait la concubine avec son amant puisque ce dernier était en lien de mariage. Au vu de la société, une telle relation est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

---

<sup>1318</sup> Y. DESDEVISES, *Action en justice. – Recevabilité. – Conditions subjectives. – Intérêt*, Fasc. 500-75 *JurisClasseur Proc. civ.*, du 7 Août 2016, Date de la dernière mise à jour : 18 Novembre 2016

<sup>1319</sup> Ibid,

**738. « Ordre public et bonnes mœurs », deux concepts évolutifs.** Depuis l'arrêt Dangereux le regard de la société semble avoir évolué sur ce point. Ainsi, il a été admis par la jurisprudence qu'une concubine peut demander réparation du préjudice causé par, le décès de son amant. C'est pour cela qu'on déduit à bon droit que l'intérêt légitime est une notion évolutive. La jurisprudence a fait évoluer ce concept d'intérêt légitime. Le Conseil d'État a d'ailleurs admis que « *Des enfants qui ont porté le nom de leur mère pendant de nombreuses années ont un intérêt légitime à solliciter la reprise de ce nom qui avait été automatiquement changé à la suite du mariage de leurs parents* »<sup>1320</sup>.

**739. Le caractère évolutif de l'intérêt à agir, une compromission de l'effectivité du droit d'agir.** Ce caractère évolutif de l'intérêt à agir peut-être de nature à compromettre l'effectivité du droit d'agir. En effet, au regard de cette exigence, l'examen de la recevabilité de l'action en justice se trouve incertain car soumis à une prétendue conformité à la morale ou à l'ordre public français, de sorte que l'intime conviction du juge serait la règle. Il lui reviendra de juger si l'intérêt, vecteur directeur du droit d'agir, est conforme à la morale française. Or, nul n'ignore l'importance que le droit interne et même européen accorde au juge.

**740.** La doctrine n'a pas manqué de critiquer cette formule consacrée par le législateur dans l'article 31 du Code de procédure civile. Pour SOLUS et PERROT cités par M. DESDEVISES<sup>1321</sup>, cette exigence « *était inexacte car elle faussait la notion d'intérêt* ». M. GUINCHARD et ses pairs ont d'ailleurs exprimé leur regret sur son existence et son application dans l'examen de la recevabilité de l'action en justice. Ces derniers pensent à bon droit que l'examen de la recevabilité de l'action en justice au regard de l'exigence de l'existence d'un intérêt légitime amène le juge à apprécier le bien-fondé de la demande dont il est saisi<sup>1322</sup>. Le caractère évolutif de l'intérêt légitime à agir n'est pas en réalité un atout pour l'effectivité et l'efficacité du droit d'agir en justice.

---

<sup>1320</sup> CE., 8 juin 2016, Appréciation de l'intérêt légitime à reprendre le nom maternel, *AJDA* 2016. 1816

<sup>1321</sup> Y. DESDEVISES, *ACTION EN JUSTICE. - Recevabilité. - Conditions subjectives. - Intérêt*, Fasc. 500-75 *JurisClasseur Proc. civ.*, mise à jour le 7 Août 2016.

<sup>1322</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile : droit interne et droit de l'Union européenne*, 32<sup>e</sup> éd., Dalloz, octobre 2014, n°137, p. 150



**741.** Toutefois, malgré ces grandes controverses et critiques sur la notion d'intérêt légitime, la jurisprudence n'a pas changé sa position car cette exigence est toujours utilisée par le juge pour rejeter les demandes en justice pour défaut d'intérêt légitime. C'est ainsi que la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel en retenant que « C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain qu'une cour d'appel estime qu'une telle association, qui n'invoque aucun autre intérêt que la défense des intérêts collectifs dont elle se prévaut, ne justifie pas d'un intérêt légitime à intervenir dans cette procédure »<sup>1323</sup>.

**742. La nécessaire fixation de l'intérêt à agir dans le temps.** Il serait souhaitable pour le législateur de donner des critères exacts pouvant permettre de définir cette notion afin que l'intime convient du juge ne deviennent pas un obstacle à l'exercice du droit d'agir en justice. Cela permettra certainement de lever la confusion qui prévaut entre examen de la recevabilité de l'action et l'examen de son bien-fondé par le juge au regard de l'appréciation de l'intérêt légitime.

**743.** Longtemps, l'intérêt légitime se résume à celui qui n'est pas contraire aux bonnes mœurs<sup>1324</sup> et à l'ordre public. Aujourd'hui, il est souvent invoqué pour nier par préterition, le droit du demandeur<sup>1325</sup>. L'intérêt légitime, n'est pas que celui qui est conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs. C'est aussi l'intérêt qui a un minimum de juridicité et d'opportunité.

### **B. La juridicité et l'opportunité de l'intérêt légitime**

**744.** L'intérêt légitime doit être aussi juridique pour être recevable (1). Il peut aussi relever de l'opportunité (2)<sup>1326</sup>.

#### ***1. L'intérêt légitime juridiquement protégé***

**745. L'intérêt légitime juridique, un intérêt tranché en application du droit.** L'exigence d'un intérêt juridique se déduit de l'analyse de l'article 31 du Code de procédure civile.

---

<sup>1323</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mars 2016, N° de pourvoi: 15-10577.

<sup>1324</sup> M. DOUCHY-OUUDOT, *Procédure civile*, 6<sup>e</sup> édition, Gualinol extenso édition, juillet 2014, p.107.

<sup>1325</sup> H. CROZE, *Procédure civile*, 5<sup>e</sup> édition, Lexisnexus, août 2014, p.102.

<sup>1326</sup> S. GUINCHARD et alii, *droit et pratique de la procédure civile 2017/2018*, Dalloz action, Décembre 2016, p.15.

L'intérêt légitime qui est juridique est celui qui peut être tranché en application du droit<sup>1327</sup>. Autrement dit, toutes les prétentions même ayant un intérêt ne sont pas susceptibles d'être tranchées par le juge. L'intérêt légitime qui est juridique est celui qui s'oppose à un intérêt purement économique<sup>1328</sup>.

**746.** L'exigence que l'intérêt légitime juridiquement prouvé découle du fait que le juge ne peut statuer qu'en appliquant une règle de droit<sup>1329</sup>. En conséquence, pour qu'elle soit recevable, il faut, à en croire M. DESDEVISES, qu'elle ne poursuive pas un but économique mais plutôt juridique. C'est sur l'absence de l'intérêt légitime juridiquement justifié que la Cour de cassation a longtemps affirmé que l'enfant né des suites d'une IVG pratiquée sans succès suite à des erreurs médicales ne peut en retour agir en justice. La Cour de cassation avait retenu que « *l'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de la grossesse* »<sup>1330</sup>.

**747. L'admission de l'intérêt légitime hors application du droit.** Cette position de la Cour a changé depuis un arrêt de la Cour de cassation. Les faits sont proches. Ici, l'enfant reprochait au médecin de ne pas avoir expliqué à ses parents qu'ils pouvaient pratiquer l'IVG. Ce faisant, ses parents ayant gardé la grossesse à terme, il survient à son préjudice un handicap. Avec surprise, la Cour de cassation, saisie en son Assemblée plénière de la recevabilité de cette action, s'est exprimée en ces termes « *Dès lors que les fautes commises par un médecin et un laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec une femme enceinte avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues* »<sup>1331</sup>.

**748.** Il semble évident que c'est au regard de l'aspect choquant de la demande en justice ou de sa conséquence que le juge apprécie la légitimité de tel ou de tel intérêt. Les juges

---

<sup>1327</sup> M. BANDRAC sous la direction de S. GUINCHARD, *Chapitre 101 – Vérification de l'intérêt à agir*, Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile, 2014.

<sup>1328</sup> Ibid.

<sup>1329</sup> N. FRICERO, *Procédure civile*, 13<sup>e</sup> édition, Gualino, lextenso édition 2016, aout 2016, p.50.

<sup>1330</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 25 juin 1991, n° de pourvoi: 89-18617

<sup>1331</sup> Cass. ass. plén. 27 novembre 2000, bulletin d'information n°526 du 15/12/2000

d'aujourd'hui seront certainement plus ouverts et réceptifs à l'action en justice pour l'acquisition ou le changement de nom des enfants nés hors mariage, pour l'IVG et pour les conséquences de relation entre homosexuels. Pendant longtemps et, surtout, avant la jurisprudence Dangereux, les relations extra-mariages choquaient l'ordre public français. On admettait mal que de telles unions puissent produire les mêmes effets que le mariage. Aujourd'hui, les choses ont beaucoup changé. Ce qui choquait avant n'émeut plus aujourd'hui.

**749.** En dépit de ce que l'intérêt légitime doit être juridique, GUINCHARD estime que l'intérêt légitime peut relever de l'opportunité.

## *2. L'intérêt légitime au regard des considérations d'opportunité*

**750. L'opportunité d'une action en justice et son rejet.** Le rejet d'une action en justice pour défaut de considérations d'opportunité se rencontre dans les conflits liés au changement de nom. Ainsi, la jurisprudence a rejeté une demande de changement de nom ne faisant état que de convenance personnelle.

**751.** Tout récemment, le Conseil d'État<sup>1332</sup> a admis au visa de l'article 61 du Code civil que les enfants justifiaient d'un intérêt légitime à demander de reprendre le nom de leur mère qu'ils ont gardé depuis leur naissance hors mariage de leurs géniteurs jusqu'au mariage de ces derniers. Les faits remontent en 1984 et 1987, date à laquelle les parents des enfants n'étaient pas mariés. Il faut préciser qu'après leur naissance, ils ont été reconnus par leur mère. Bien évidemment, au visa de l'article 334-1 du Code civil, c'était normal puisque cette disposition permet aux enfants de porter le nom du parent avec lequel leur filiation est établie. Le Conseil d'État a précisé d'abord que les enfants gardaient le nom de leur mère depuis leur naissance conformément à la disposition précédemment citée. Il ajoute ensuite que ces enfants ont porté continûment ce nom même si ces derniers avaient été légitimés par le mariage de leurs parents. Ce mariage a conduit les enfants à porter le nom de leur père par application de l'article 331 du Code civil. Malgré cela, force est de constater que ces derniers ont continué à

---

<sup>1332</sup> CE 8 juin 2016, Recueil Lebon, Recueil des décisions du Conseil d'État 2016, arrêt rendu par le Conseil d'État, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> chambres réunies le 08/06/2016, n° 392393.

garder le nom de leur mère dont ils demandent le rétablissement. Le Conseil admet alors que ces enfants ont un intérêt légitime à porter ce nom.

**752.** Il n'y a certainement pas d'autres solutions possibles dans cette espèce. Les enfants dont il s'agit sont la progéniture du même couple. Ce ne sont pas des enfants de deux familles différentes. Cette position du Conseil d'État n'a rien d'étonnant à ce sujet.

**753.** Toutefois, en considération de l'aspect singulier de la décision, il convient de retenir que pour apprécier la légitimité de l'intérêt des enfants à prendre le nom de leur mère, la juridiction se justifie par le fait que le nom aurait été porté de façon continue. Autrement, on croirait une nouvelle forme d'appréciation de l'intérêt légitime tiré de l'article 61 du Code civil. Dans l'espèce, la contrariété de la demande ou d'une action en justice n'était pas à l'ordre du jour. C'est plutôt, il nous semble, une assimilation de l'examen de la légitimité de l'intérêt à une sorte de continuité de l'avantage tiré de cet intérêt. Autrement serait-il possible de considérer que l'intérêt légitime argué par les dispositions de l'article 61 du Code civil soit apprécié différemment de celui de l'article 31 du Code de procédure civile ?

Une réponse négative nuirait à l'esprit de la décision du Conseil d'État. Quoi qu'il en soit, il convient d'admettre que cette espèce ne vient que traduire l'aspect évolutif de la notion d'intérêt légitime à agir.

**754.** Au regard des critères précédemment présentés il convient de se demander comment on peut apprécier la légitimité de l'intérêt à agir sans examen au fond. En effet, il est possible de se demander si le fait de :

*« prendre en considération la légitimité ou le caractère légitime / juridique de l'intérêt c'est déjà se situer sur le terrain du droit substantiel, donc c'est aborder la question de savoir si la demande exprimant le droit d'agir est fondée et non pas seulement si elle est recevable. Or lorsque le juge vérifie si les conditions d'ouverture de l'action sont remplies, il ne se penche à la vérité que sur un problème de recevabilité »<sup>1333</sup>.*

---

<sup>1333</sup> G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17<sup>e</sup>, Sirey, 2014, p. 172

755. En conséquence, « Il ne s'agit plus d'une condition de recevabilité de l'action mais bien plutôt d'un élément nécessaire au fondement des prétentions ; on ne peut savoir si l'intérêt est légitime qu'après avoir tranché le fond »<sup>1334</sup>. Une appréciation renouvelée de la légitimité de l'intérêt à agir s'impose.

## **Paragraphe 2 : l'appréciation renouvelée de la légitimité de l'intérêt à agir**

756. **L'appréciation de l'intérêt légitime avec l'examen au fond.** L'appréciation de l'intérêt légitime à agir se fait incontestablement avec examen au fond. Au regard du droit de la procédure actuel, elle relève des questions relatives à la recevabilité de l'action en justice. Pour l'avenir, une affectation de l'intérêt légitime aux éléments de défense au fond s'impose d'une part (A). D'autre part, l'adaptation du régime des défenses au fond à celui de l'intérêt légitime semble aujourd'hui inévitable(B).

### **A. L'affectation de l'intérêt légitime aux défenses au fond**

757. **Les différents moyens de défenses.** En droit français, il existe plusieurs moyens de défense<sup>1335</sup>. Parmi ces différents moyens de défense, la défense au fond nous intéressera. La finalité des défenses au fond est non seulement le rejet des prétentions adverses (1), mais aussi un rejet au fond des prétentions adverses (2). Cette dernière est la caractéristique habituelle de la défense au fond<sup>1336</sup>.

#### **1. Le rejet des prétentions adverses**

758. **La notion de défense au fond.** La notion de défense au fond a été définie par le législateur dans les dispositions de l'article 71 du Code de procédure civile. Aux termes de ces dispositions : « *Constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire* ». Une défense au fond est d'abord un moyen dont la finalité serait de rejeter comme non justifié les prétentions de son adversaire. Ainsi, la défense au fond serait un moyen soulevé par le défendeur. C'est la réponse du berger à la bergère. Si la notion de défense au fond paraît simple à comprendre, force est de constater qu'il existe des hypothèses dans lesquelles un doute sérieux s'installe

---

<sup>1334</sup> H. CROZE, C. MOREL et O. FRADIN, *Procédure civile*, 4<sup>e</sup>, Lexisnexis, octobre 2008,112

<sup>1335</sup> J. VOGEL, « Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages-intérêts pour atteinte au droit de la concurrence », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°12, 21 mars 2013, 1172

<sup>1336</sup> J. THERON, « Moyens de défense,- généralités », *fasc.600-30 Jurisclasseur Pro. civ.*, 21 juillet 2016.

entre défense au fond et demande reconventionnelle<sup>1337</sup> d'une part, et entre défense au fond et fin de non-recevoir d'autre part. La bataille actuelle s'installe sur la discussion de la légitimité de l'intérêt comme moyen de défense au fond.

**759. La confusion entre moyen de défense et exception de procédure.** Pour éviter toute confusion, la jurisprudence a, dans certains cas indiqué ce qu'est une défense au fond et, dans d'autres espèces, elle a aussi rejeté certaines hypothèses comme n'étant pas une défense au fond. C'est ainsi que la Cour de cassation a exactement retenu que l'incident de faux invoqué par le défendeur est un moyen de défense et non une exception de procédure. Les juges de la cour s'expriment en ces termes « *L'incident de faux, qui tend à contester une preuve littérale invoquée au soutien d'une prétention, constitue non une exception de procédure mais une défense au fond.* »<sup>1338</sup>. Cette solution n'est pas nouvelle. En effet, la jurisprudence a déjà admis que l'incident de faux était une défense au fond et non une exception de procédure.<sup>1339</sup> Admettre l'incident de faux comme une défense au fond soulève des interrogations qui méritent d'être élucidées. Par ailleurs, le faux est une procédure permettant de contester la preuve littérale d'une pièce. Lorsqu'elle est invoquée à titre principal, elle devient une véritable demande. Elle peut être aussi invoquée à titre incident par l'adversaire du demandeur pour contester la véracité des écrits de ce dernier. L'objectif poursuivi par celui qui invoque le faux à titre incident est d'écarter la preuve du procès afin que le demandeur ne puisse pas justifier en droit ses allégations, de sorte que la demande de ce dernier soit dépourvue de base légale. Lorsqu'il est admis, l'incident de faux vient alors combattre les prétentions de la partie adverse. Présenté sous cet angle, on peut concevoir que l'incident de faux, dans l'espèce du 24 octobre 2006, est incontestablement une défense au fond. Ici, c'est la valeur probante de la preuve elle-même qui est contestée<sup>1340</sup> et non la régularité des mesures d'administration de la preuve<sup>1341</sup>. Or la contestation de la valeur probante d'un écrit

---

<sup>1337</sup> Sur la difficulté de distinguer les différents moyens de défense en général, confère Ph. THERY, « Le désordre des moyens de défense : exception d'incompétence et fin de non-recevoir... », *RTD civ.* 2012. 566.

<sup>1338</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 déc. 2015, n° 14-28.216.

<sup>1339</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 octobre 2006, n° 05-21.282. A travers cette jurisprudence les juges ont d'ores et déjà jugé que « *L'incident de faux, qui tend à contester une preuve littérale invoquée au soutien d'une prétention, constitue non une exception de procédure mais une défense au fond* ».

<sup>1340</sup> D. CHOLET, « Qualification de l'incident de faux : exception de procédure ou défense au fond ? », *D.* 2007. 192

<sup>1341</sup> *Ibid.*

semble relever des éléments de fond en vertu de l'article 1316 du Code civil<sup>1342</sup>. La position de la Cour de cassation est donc justifiée. Il n'est certainement pas aisé de se prononcer en l'espèce sur le but poursuivi par celui qui s'inscrit en incident de faux. Cette jurisprudence à la date d'octobre 2006 devrait être plus précise. Dans cet ordre d'idées on approuve la proposition de M. CHOLET. Ce dernier propose que la Cour puisse reformuler ses motifs en ces termes : « *L'incident de faux est le moyen d'une défense au fond, sauf lorsqu'il est exercé devant une juridiction d'exception et vise un acte authentique* ». Quoiqu'il soit, l'incident de faux, qui tend à contester une preuve littérale invoquée au soutien d'une prétention, demeure et reste une défense au fond<sup>1343</sup>. La Cour de cassation juge que l'incident de faux est un moyen de défense et non une exception de procédure et pouvait donc être proposé en tout état de cause<sup>1344</sup>. L'admission de l'incident de faux comme moyen de défense au fond n'est pas la seule catégorisation jurisprudentielle de défense au fond sujette à controverse. Il a été retenu aussi que, dans certains cas, la nullité peut être qualifiée de défense au fond. C'est ainsi que la haute juridiction retient qu'est moyen de défense au fond et non une exception de procédure « le moyen pris par le défendeur de la nullité de l'acte juridique sur lequel se fonde le demandeur constitue non pas une exception de procédure mais une défense au fond qui peut être proposée en tout état de cause »<sup>1345</sup>. Il s'agit, en l'espèce, de deux époux qui avaient consenti une promesse unilatérale de vente au bénéfice d'une société moyennant le versement d'une indemnité d'immobilisation de deux-cent cinquante-mille euros. La vente n'ayant pas été régularisée, les époux promettant assignèrent la société bénéficiaire en paiement de cette indemnité. Pour se défendre, cette société invoquait la nullité de la vente pour cause d'erreur. La Cour d'appel saisie déclara irrecevable la nullité invoquée au motif que l'exception de nullité devait être soulevée *in limine litis*. Il revenait à la Cour de cassation de trancher. Les juges de la Cour de cassation ont cassé l'arrêt de la cour d'appel. Ils retiennent que la nullité, en l'espèce, devait s'analyser comme une défense au fond et non une exception de nullité.

**760. L'exception de nullité.** En réalité, cette jurisprudence vient restituer l'esprit des dispositions du Code de procédure civile sur l'exception de nullité. Cette forme de moyen de

---

<sup>1342</sup> M. KEBIR, *L'incident d'inscription de faux est une défense au fond*, *Dalloz actualité*, 4 janvier 2016.

<sup>1343</sup> H. CROZE et N. LESOURD, *Exceptions de procédure-exceptions de nullité, fasc.40 Proc. form. JurisClasseur*, date du fascicule : 26 mai 2013, mise à jour 8 août 2016.

<sup>1344</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 déc. 2015, n°14-28.216

<sup>1345</sup> Cour de cassation, Troisième chambre civile, 16 mars 2010, n° 09-13.187.

défense vient sanctionner l'irrégularité touchant les actes de procédure. Autrement dit, la nullité consacrée dans les dispositions du chapitre II du livre 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile ne concerne que les actes de procédure. La nullité dont il s'agit en l'espèce, concerne le fond du litige. Il ne s'agit pas de la nullité d'un acte de procédure. En d'autres termes, était en cause en l'espèce le *negocium* et non *l'instrumentum*<sup>1346</sup>. L'acte dont la nullité est demandée est le titre en vertu duquel le débiteur est tenu par une obligation de faire au profit du créancier. C'est donc la substance même du droit qui est contestée par cette nullité. C'est aussi le cas du moyen tiré de la nullité du congé délivré par acte extrajudiciaire en ce qu'il ne tend pas à entraîner la nullité de l'acte de procédure dont le juge est saisi<sup>1347</sup>. Tel est l'opinion de M.MERLIN<sup>1348</sup>. En conséquence, il convient de distinguer deux formes d'exception de nullité : une première qui concerne l'acte de procédure et une deuxième qui est relative à la substance du droit ou au fond du droit<sup>1349</sup>. Le moyen tiré de la première serait une exception de procédure et le moyen tiré de la deuxième serait une défense au fond lorsqu'il vient contester le droit allégué. C'est donc surtout la contestation du droit qui caractérise les défenses au fond.

**761.** Cette décision de la Cour crée alors une deuxième forme de nullité. On distingue à présent une exception de nullité<sup>1350</sup> et nullité comme défense au fond. C'est la finalité de ces nullités qui les distingue. La nullité comme défense au fond est celle qui détruit l'acte sur lequel est fondée l'obligation. Or l'exception de nullité, quant à elle, sanctionne une irrégularité touchant la procédure.

**762.** Quelle que soit l'espèce en cause, c'est le rejet de la demande qui caractérise les défenses au fond. L'admission d'un moyen comme une défense au fond dépend de la finalité ou du résultat que ce moyen engendre. Il suffirait que ce moyen permette de contester le droit

---

<sup>1346</sup> R. PERROT « Exception de procédure et défense au fond », *RTD civ.* 2010. 374.

<sup>1347</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 juin 2014, N° de pourvoi: 12-28.277.

<sup>1348</sup> F. MELIN, « Exception de nullité du congé et moyen de défense au fond », *Dalloz actualité*, 18 juillet 2014.

<sup>1349</sup> Sur la nullité comme défense au fond, V. aussi Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 déc. 2004, n° 03-12642. La note est issue de *Gaz.Pal.* - 07/09/2006 - n° 250 - page 14.

<sup>1350</sup> . D. LEGEAIS, *L'exception de nullité*, *Defrénois* - 30/11/2000 - n° 22 - page 1265.



allégué par l'adversaire. C'est en cela qu'un simple devoir de mise en garde peut être un moyen de défense au fond<sup>1351</sup>.

Toutefois, la véritable défense au fond conteste les prétentions adverses au fond du droit que ce dernier invoque.

## ***2. Le rejet de la prétention adverse<sup>1352</sup> au fond, seule aptitude des défenses au fond***

**763. Les défenses au fond, des moyens de défense directs.** La défense au fond doit être de nature à faire examiner le fond du droit. En d'autres termes, il s'agira de juger ou d'apprécier le bien-fondé de la demande. C'est en cela que Mme PÉTEL-TEYSSIE<sup>1353</sup> considère que les défenses au fond sont des moyens de défense directs. Le défendeur aura pour but de contredire au fond la prétention de son adversaire. Il s'agira par exemple de faire déclarer la demande de la partie demanderesse mal fondée.

**764.** S'il est évident que la position de la Cour de cassation<sup>1354</sup> nous paraît claire et probable relativement à la notion de défense au fond, il convient de souligner que, dans certains cas, il se peut qu'il subsiste une confusion. C'est l'exemple lorsque la cour qualifie une nullité de demande reconventionnelle<sup>1355</sup> et non de défense au fond au motif, à en croire M. GUINCHARD, « *des conséquences à tirer de ce qui est demandé* »<sup>1356</sup>. C'est l'exemple de la décision de la Cour de cassation en son Assemblée plénière<sup>1357</sup>. La Cour de cassation retient la qualification de défense au fond dès lors que le défendeur en invoquant la nullité du contrat,

---

<sup>1351</sup> Cass. com. 21 oct. 2014, n° 13-21341.

<sup>1352</sup> M. MIGNOT, *La sanction du devoir de mise en garde : action ou moyen de défense ?*, EDBA - 01/12/2014 - n° 11 - page 7. L'auteur commentant une décision de la cour de cassation précédemment citée retient que : « *Les prétentions du débiteur et de la caution tendent seulement au rejet des demandes formées à leur encontre et constituent un simple moyen de défense au fond. Et la prescription est sans incidence sur ce moyen de défense* »

<sup>1353</sup> I. PETEL-TEYSSIE, « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », juin 2013 actualisation : octobre 2014)

<sup>1354</sup> La Cour ne définit pas exactement la défense au fond. Elle se contente de créer ou d'admettre que telle et telle hypothèse est un moyen de défense au fond.

<sup>1355</sup> Il existe une distinction entre demande reconventionnelle et défense au fond. La première « *sont (un peu) plus strictes que celles des défenses au fond* ». C'est ce qu'explique H. CROZE, « Contentieux du cautionnement-responsabilité du banquier : moyen de défense ou demande reconventionnelle ? », Procédure N°5, Mai 2003, comm.118.

<sup>1356</sup> S. GUINCHARD, *Chapitre 191 – Défenses au fond*, Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile, 2014

<sup>1357</sup> Cass. ass. plén., 22 avr. 2011 n° 09-16008, *D. 2011.1870*, obs. X. Delpech, note O. DESHAYES et Y-M. LAITIER, *D. 2012*, p. 244, obs. N. FRICERO ; *Rev. Sociétés 2011.547*, note J. MOURY ; *RTD civ. 2011. 795*, obs. Ph. THERY.

n'a pas invité le juge à en tirer toutes les conséquences, en sens contraire le même moyen constitue une demande reconventionnelle. Sur le plan pratique cette distinction présente deux conséquences. D'une part, alors que la présentation des demandes est enfermée dans le délai de prescription, les moyens de défense peuvent être présentés en tout état de cause sauf pour la première fois en cassation. D'autre part, lorsque le plaideur omet de présenter l'exception de nullité du contrat, il se heurte dans le cadre d'une seconde première demande au principe de concentration des moyens<sup>1358</sup>. Envisagée par contre comme une demande reconventionnelle, la nullité du contrat sera reçue dans le cadre d'une nouvelle première demande si elle ne se heurte pas l'autorité de la chose jugée.

#### **765. La différence entre un moyen de défense au fond et les autres moyens de défense.**

Une jurisprudence constante a retenu que le fait de demander un renvoi afin d'appeler un tiers en garanti est un moyen de fond et non une exception d'incompétence de l'article 74 du Code de procédure civile<sup>1359</sup>. Toutefois, une simple demande de renvoi ne saurait être qualifiée de moyen de défense au fond. La Cour de cassation a décidé que « *Une demande de renvoi d'une affaire à une audience ultérieure ne constitue pas une défense au fond* »<sup>1360</sup>.

**766.** Concrètement, c'est certainement la finalité du renvoi qui détermine la nature de ce dernier. Si le renvoi est fait dans l'intention de faire intervenir un tiers en garantie il sera certainement considéré comme un moyen de défense au fond.

**767.** Il a été aussi admis comme défense au fond le fait de se rapporter à la justice<sup>1361</sup>. C'est dans ce sens que la Cour de cassation a récemment retenu que « *Le fait, pour une partie, de s'en rapporter à justice sur le mérite d'une demande n'implique pas de sa part un acquiescement à cette demande, mais la contestation de celle-ci,* »<sup>1362</sup>. Se rapporter à la justice s'apparente alors à une confiance aveugle en la décision que le juge rendra. La

---

<sup>1358</sup> Cass. ass. plén. 7 juil. 2006, Césaréo : *Bull. civ. 2006*, ass. plén., n°8 ; *JCP G 2007*, II, 10070, note G. WIEDERKEHR ; *Procédures 2006*, repère 9, obs. H. CROZE et n°201, obs. R. PERROT ; *Dr. et patrimoine 2007*, 113, obs. AMRANI-MEKKI ; *D. 2006*, 2135 note WEILLER, *RTD Civ. 2006*, 825, obs. R. PERROT ; *Rev. Huissiers 2006*, 348, obs. FRICERO.

<sup>1359</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 décembre 1973, N° de pourvoi: 72-13899.

<sup>1360</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 janvier 1993, n° 91-14.395.

<sup>1361</sup> S. GUINCHARD, *Chapitre 191 – Défenses au fond*, Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile, 2014.

<sup>1362</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juillet 2014, N° de pourvoi: 13-15709

personne qui se rapporte à la justice ne consent pas alors aux prétentions du demandeur<sup>1363</sup>. On croirait que celui qui se rapporte à la justice abandonne la procédure tout comme s'il se déclare perdant. Il en ressort autrement.

En conclusion, se rapporter à la justice sur le mérite de la demande n'est pas se rapporter à la demande sur le mérite de la justice. C'est à la décision du juge que les parties se rapportent et non à la demande en justice. Il n'y a pas lieu alors de retenir un quelconque désistement de la personne qui le fait. Quand bien même la Cour insiste sur le fait que la défense au fond vient contester le droit allégué au fond, il convient de souligner que l'admission d'un moyen comme étant une défense au fond par la Cour n'est pas toujours exempt d'ambiguïté<sup>1364</sup>. En effet, il existe des cas dans lesquels les solutions données par la Cour de cassation soulèvent des hésitations quant à l'admission de tel ou de tel moyen comme étant une défense au fond. C'est l'exemple de la demande en nullité invoquée par le défendeur dont la finalité est d'obtenir un avantage extérieur à celui de contester la demande du demandeur. Cette demande de nullité est une demande reconventionnelle et non une défense au fond<sup>1365</sup>. Entre demande reconventionnelle et défense au fond, la doctrine<sup>1366</sup> majoritaire retient qu'il existe une différence fondamentale. En conséquence, toute demande reconventionnelle doit respecter le régime imposé par l'article 64 du Code de procédure civile.

**768.** C'est dans ce sens que la Cour de cassation aurait rejeté la qualification de moyen de défense au fond d'une nullité invoquée au motif que le défendeur entendait tirer des conséquences de la nullité demandée. Il s'agit de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la cour de cassation du 22 avril 2011 précédemment cité<sup>1367</sup>. Par cet arrêt, les sages réunis au sein de la

---

<sup>1363</sup> R. PERROT, Rapport à justice : sa portée, RTD civ. 1994. 676.

<sup>1364</sup> L'auteur N. AUCLAIR, commentant un arrêt de la cour de cassation affirme que «*qu'une demande d'intervention forcée qui vise à éviter un double paiement constituait une défense au fond*» Sur point, voire N. AUCLAIR, *Une défense au fond rend l'exception d'incompétence irrecevable*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 15, 12 Avril 2000, II 10291. Ceci traduit toute la difficulté quant à l'appréhension de la notion de défense au fond car une demande en intervention forcée n'est pas en réalité une défense au fond.

<sup>1365</sup> Sur la distinction entre demande reconventionnelle et défense au fond, cf. l'article de O. DESHAYES et Y-M. LAITHIER, *L'exception de nullité du contrat est-elle une défense au fond ou une demande reconventionnelle ?* D. 2011. 1870.

<sup>1366</sup> R. ROUTIER, « Une défense au fond n'est pas une demande reconventionnelle », EDBA - 01/12/2014 - n° 11 - page 7.

<sup>1367</sup> Cass. ass. plén. 7 juil. 2006, Césaréo : *Bull. civ. 2006*, ass. plén., n°8 ; *JCP G 2007*, II, 10070, note G. WIEDERKEHR ; *Procédures 2006*, repère 9, obs. H. CROZE et n°201, obs. R. PERROT ; *Dr. et patrimoine 2007*,

haute juridiction s'expriment en ces termes : la demande en nullité du contrat invoquée par le défendeur à l'action en exécution de ce contrat constitue non pas une défense au fond mais une demande reconventionnelle dès lors que « *ce défendeur ne se bornait pas à invoquer cette nullité, mais entendait voir tirer les conséquences de cette nullité* »<sup>1368</sup>.

**769.** Cette décision peut sembler contradictoire au regard d'une jurisprudence de la dite Cour. Dans une autre espèce, la Cour avait décidé en effet, que le moyen tiré de la nullité de l'acte juridique sur lequel se fonde un demandeur est un moyen de défense au fond et non une exception de procédure.<sup>1369</sup> L'invocation de la nullité peut être alors un moyen de défense au fond. Dans ce cas, on pourrait imaginer une contradiction entre les deux décisions. Il n'en est rien. En effet, ce que reprochent la Cour de cassation, ce n'est pas l'invocation de la nullité par le défendeur. Les juges critiquaient surtout le fait que le défendeur voulait tirer profit des conséquences de cette nullité<sup>1370</sup>. La Cour de cassation, par cette jurisprudence, ne vient qu'encadrer l'article 64 du Code de procédure civile qui définit expressément la demande reconventionnelle. Elle vient aussi opérer une distinction nette entre nullité qualifiée de demande reconventionnelle et celle qualifiée de moyen de défense au fond<sup>1371</sup>. La première est celle par laquelle le défendeur originaire prétend à un autre avantage autre que le simple rejet de la demande de son adversaire. C'est-à-dire dans ce cas le but visé n'est pas de contester ou de contre attaquer l'adversaire. C'est plutôt de tirer profit des conséquences qu'aurait engendrées la nullité demandée. Quant à la seconde, une analyse de la même jurisprudence nous permet de déduire qu'elle serait certainement celle invoquée par le défendeur dans le but de faire rejeter la demande de l'adversaire sans que le défendeur n'entende tirer profit des conséquences de ladite nullité.

**770.** On peut toutefois faire remarquer que ces nouvelles positions de la jurisprudence de la cour sur le concept « des conséquences à tirer de la sanction qui est demandée » ne vont « guère dans le sens d'une simplification et d'une lisibilité et de simplification pour le

---

113, obs. AMRANI-MEKKI ; *D. 2006, 2135* note WEILLER, *RTD Civ. 2006, 825*, obs. R. PERROT ; *Rev. Huissiers 2006, 348*, obs. FRICERO.

<sup>1368</sup> Cass. ass. plén., 22 avril 2011, n° 09-16008.

<sup>1369</sup> Il s'agit de l'arrêt du 16 mars 2010 cité ci-dessus.

<sup>1370</sup> C'est ce qu'explique l'auteur G. GUERLIN, « L'exception de nullité accompagnée d'une demande en restitution constitue une demande reconventionnelle », *EDCO - 01/06/2011 - n° 06 - page 3*.

<sup>1371</sup> Sur la nullité comme demande reconventionnelle et non défense au fond, voire la note de l'arrêt de la Cour de Cass. 2<sup>e</sup> civ., mars 2007, n° 05-21685 parue sur *Gaz. Pal. 02/02/2008 - n° 33 - page 24*.

justiciable puisque la qualification du moyen va finalement dépendre de l'étendue de ce qui est demandé »<sup>1372</sup>. Concrètement, on se demande, comme M. GUINCHARD<sup>1373</sup>, si le fait de demander à la juridiction saisie de tirer les conséquences de la nullité obtenue « constitue bien un avantage autre que le simple rejet de la prétention adverse ? » Pour le professeur GUINCHARD Serge, une « lecture moins littérale de l'article 71 du Code de procédure civile permet de considérer que ces conséquences, ces restitutions, sont incluses dans la demande en nullité, font corps avec elle, puisque la finalité d'une nullité est de tout remettre en l'état »<sup>1374</sup>.

**771.** Concrètement, il semble certain que la demande en nullité du défendeur qui est admis en espèce comme défense au fond produira une conséquence qui profitera à celui qui l'invoque. C'est en cela qu'on considère que cette forme de moyen de défense au fond est confuse.

**772.** La défense au fond étant un moyen direct permettant d'examiner le bien-fondé d'une prétention, il convient de considérer que l'examen de l'intérêt légitime relève incontestablement du fond du droit. Si l'on admet que l'appréciation de la légitimité de l'intérêt à agir relèvera d'un examen au fond du litige, le défendeur aura à soulever, pour contre-attaquer la demanderesse, que les prétentions de cette dernière sont illicites par exemple. Cette idée n'est pas nouvelle puisque les exigences de l'article 31 du Code de procédure civile donnent deux possibilités au juge. Dans un premier temps, il pourra apprécier la légitimité de l'intérêt au regard des conditions de recevabilité. Dans ce cas, le défaut d'intérêt légitime sera rejeté avant même que ne soient examinées au fond les prétentions de la partie demanderesse. Dans le second temps, il peut déclarer les prétentions mal fondées car illicites ou contraires à l'ordre public. Ce faisant, l'intérêt légitime est apprécié comme une défense au fond. C'est cette dernière analyse qui est conforme à l'admission de l'intérêt légitime comme un élément de défense au fond.

**773.** Cette confusion entre droit substantiel et droit procédural dans l'exercice du droit d'agir en justice est restée longtemps au cœur des controverses doctrinales. La crainte de remettre en cause cette distinction semble avoir fait disparaître le sujet. Hormis l'idée de rattacher la légitimité de l'intérêt au fond du droit, la jurisprudence a connu une évolution. A la suite à

---

<sup>1372</sup> S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz 2014/2015, 8<sup>e</sup> éd., p. 632.

<sup>1373</sup> S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 633.

<sup>1374</sup> *Ibid.*

cette évolution jurisprudentielle sur la confusion entre l'appréciation du bien-fondé de l'action en justice et sa recevabilité, tout porte à croire que le droit français a apporté une solution à cette difficulté. A en croire certains auteurs, c'est « *un arrêt de la deuxième chambre civile qui a explicitement mis un terme à la confusion entre la recevabilité et le bien-fondé, l'appréciation morale et l'appréciation juridique* »<sup>1375</sup>.

**774.** Pour notre part, il n'en est rien. En effet, ce dont il est question ici est en réalité l'appréciation même du caractère légitime de l'intérêt à agir au regard des critères de la moralité et de l'ordre public. Or, l'espèce ne se borne qu'à confirmer la distinction entre recevabilité et bien-fondé de l'action en justice.

**775.** Toutefois, il convient de rappeler que sur ce point aussi, le droit français a connu une évolution. Pour M. GUINCHARD<sup>1376</sup>, la moralisation de l'action s'apprécie désormais sur le fond du droit et non plus sur celui de la recevabilité de l'action. L'idée de rattacher le critère de légitimité à l'examen au fond du droit n'est donc pas nouvelle. Ces auteurs viennent confirmer ce point de vue.

**776.** Dans cet ordre d'idées, l'appréciation de l'intérêt légitime se fera au regard du régime de défense au fond. L'étude de ce régime nous intéressera en l'espèce.

## **B. La nécessité d'adapter le régime de la défense au fond à celui de l'intérêt légitime**

**777. La jonction de l'intérêt légitime au régime de la défense au fond.** Les défenses au fond étant un moyen de se faire entendre par le juge, le législateur a voulu permettre qu'elles ne fassent l'objet d'aucune restriction. C'est la raison pour laquelle elles peuvent être soulevées en tout état de cause. Or, l'intérêt légitime est une défense au fond. Classiquement, l'intérêt légitime est apprécié au seuil de la procédure. Une problématique survient. C'est pour cela que nous allons tout d'abord examiner l'applicabilité du régime de la défense au fond à l'intérêt légitime (1). Ceci nous permettra de savoir si le régime classique des défenses au fond peut être transposé à celui de l'intérêt légitime. Enfin, nous allons envisager un régime spécial à l'intérêt légitime, car l'intérêt légitime est une défense au fond spéciale en ce

---

<sup>1375</sup> G. DEHARO, JCl. *Procédure civile*, fasc. 126-2

<sup>1376</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, 33<sup>e</sup> édit., Dalloz 2016, p.151

qu'il agite toute la doctrine et même la jurisprudence (2). Toutefois, cette dernière solution ne résout pas toutes les problématiques sur le sujet. C'est pour cela qu'elle est contestable.

### ***1. L'applicabilité du régime de la défense au fond à l'intérêt légitime***

**778. Le régime juridique des défenses au fond.** C'est l'article 72 du Code de procédure civile qui précise expressément le régime juridique des défenses au fond. Aux termes de ces dispositions « *Les défenses au fond peuvent être proposées en tout état de cause.* La défense au fond s'apparente à un véritable moyen d'expression de la demande en justice pour le défendeur. Il fallait alors permettre que sa mise en œuvre soit assurée et sans limite. C'est ainsi que le droit français permet à ce que les moyens de défense au fond soient soulevés à toute hauteur de la procédure.<sup>1377</sup>

**779.** En conséquence, ils peuvent être soulevés en appel et même en cassation pourvu qu'ils ne constituent pas un moyen nouveau. Ils peuvent être soulevés à toute hauteur de la procédure pourvu que le principe du contradictoire soit respecté. Ainsi, la décision d'admission ou de rejet d'un moyen de défense au fond tranchant une partie du principal peut être immédiatement frappée d'appel en vertu de l'article 544 du Code de procédure civile. Elle peut aussi être frappée de cassation comme le jugement tranchant tout le principal en vertu de l'article 606 du même Code.

**780. L'auteur d'une défense au fond.** Ces moyens peuvent être soulevés par les parties aux procès.<sup>1378</sup> Dans ce cas, il peut s'agir du demandeur et défendeur. En pratique, on retiendra que le défendeur est plus habilité à soulever une défense au fond puisque, nous l'avions expliqué, la défense au fond est une réponse du berger à la bergère. Toutefois, un demandeur peut bien formuler une défense au fond. C'est certainement l'hypothèse dans laquelle ce dernier veut riposter à la défense de son adversaire. Dans tous les cas, le demandeur à l'action peut changer de casquette et devenir défendeur. En conséquence il peut alors soulever un moyen de défense au fond. En admettant que l'invocabilité d'une défense au fond appartient aux parties, la question est de savoir si le demandeur est fondé à invoquer le défaut d'intérêt légitime comme moyen de défense au fond. Autrement dit, un demandeur peut-il arguer que

---

<sup>1377</sup> Cass. civ., 6 janvier 1976, n°74-13.448

<sup>1378</sup> I. PETEL-TEYSSIE, « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », juin 2013 (actualisation : octobre 2014)

sa demande est dépourvue d'un intérêt légitime à agir et en conséquence doit être mal-fondée ? Nous pensons que cela n'est pas possible. Il n'a aucun intérêt à invoquer ce moyen.

**781.** S'il est reconnu aux parties un droit naturel de soulever une défense au fond, rien n'interdit au juge saisi de le soulever.

Ainsi, à en croire Mme PETEL-TEYSSIE<sup>1379</sup> le juge peut relever d'office une défense au fond pour deux moyens. D'une part, dans l'hypothèse d'un moyen de droit qui, « *impliquant l'appréciation de circonstance de fait, se trouvent, en réalité, mélangés de fait et de droit. Il s'agit d'une simple faculté de le faire ou de ne pas le faire* ». Ainsi, il a été jugé par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation que :

*« Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, ayant constaté qu'elle était saisie d'une demande fondée sur l'existence d'un vice caché dont la preuve n'était pas rapportée, déboute l'acquéreur d'un véhicule d'occasion de sa demande en réduction du prix de vente, dès lors qu'elle n'était pas tenue de rechercher si l'action pouvait être fondée sur un manquement du vendeur à son obligation de délivrance d'un véhicule conforme aux stipulations contractuelles »<sup>1380</sup>.*

**782.** Cet arrêt est d'une importance capitale. Cette décision vient incontestablement délimiter l'office du juge. Elle vient enfin fixer « *la doctrine de la Cour dans l'épineux débat du relevé d'office des moyens de droit par les juges du fond* »<sup>1381</sup>. Toutefois, il s'agit certes d'une faculté qui est reconnue mais limitée. Cette faculté tombe si, sauf dispositions contraires, la règle méconnue n'est pas destinée à protéger une partie. Ainsi, la Cour de cassation a censuré le juge de la cour d'appel pour violation de l'article 1.311-9 du Code de la consommation, parce que le juge pour débouter un prêteur, de sa demande dirigée contre l'emprunteur à la suite de l'ouverture d'un crédit relève « *d'office la régularité du renouvellement du crédit au terme de chaque période annuelle et retient ensuite que le prêteur ne justifie pas avoir avisé l'emprunteur des conditions de renouvellement de l'ouverture de crédit* »<sup>1382</sup>. D'autre part, le juge a la faculté de soulever d'office les moyens de pur fait. C'est l'hypothèse dans laquelle le fait dont il s'agit figure dans le débat même s'il n'est pas spécialement invoqué par les parties

---

<sup>1379</sup> *Ibid.*

<sup>1380</sup> Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343.

<sup>1381</sup> O. DESHAYES, *L'office du juge à la recherche de sens*, Recueil Dalloz. 2008, p.1102.

<sup>1382</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mars 2004, n° 99-17.955.



au soutien de leurs prétentions<sup>1383</sup>. C'est dans ce sens que la Cour de cassation a censuré la décision des juges de la cour d'appel qui, pour constater « *que les parties à une promesse de vente ont transigé et pour condamner en conséquence les vendeurs à régulariser la vente, relèvent que si ces derniers produisent une attestation selon laquelle la signature de la transaction avait été provoquée par la peur que leur avaient inspirée les menaces proférées par le bénéficiaire de la promesse, les vendeurs ne prétendaient pas faire rescinder cette convention pour dol ou violence et qu'à supposer un tel vice du consentement établi, il était sans pouvoir de le relever d'office* »<sup>1384</sup>.

**783. Le relevé d'office par le juge des moyens de défense au fond.** En revanche, il existe aussi les hypothèses dans lesquelles le juge est tenu de soulever d'office le moyen de défense. En espèce, il ne s'agit pas d'une possibilité ou d'une faculté. C'est bien une obligation pour le juge de soulever d'office, ce moyen de défense au fond. C'est le cas en droit de la consommation en matière de clause abusive. Dans ces hypothèses, le juge est tenu de soulever d'office, le moyen de défense au fond tiré du caractère abusif d'une clause insérée dans un contrat entre professionnel et consommateur. Telle est d'ailleurs la position adoptée par la CJCE dans un arrêt du 4 juin 2009<sup>1385</sup>. Reconnaître au juge une obligation de soulever d'office un moyen au fond en matière de droit de la consommation nous semble normale. En effet, les relations entre consommateurs et professionnels sont strictement encadrées en droit français. Le consommateur étant le plus faible de la chaîne, le droit français lui offre une protection particulière. C'est certainement au regard de cette protection que le juge sera tenu de relever d'office les moyens de défense au fond, lorsqu'est en cause une clause abusive dans les relations entre professionnels et consommateurs.

**784.** La doctrine n'a pas manqué de souligner qu'en matière de consommation, la protection procédurale du consommateur justifie que le juge soulève d'office le moyen de défense au

---

<sup>1383</sup> I. PETEL-TEYSSIE, *Défenses, exceptions, fins de non-recevoir*, juin 2013 (actualisation : octobre 2014).

<sup>1384</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 nov. 1985, n° 84-13.353.

<sup>1385</sup> CJCE, 4 juin 2009, n° C-243/08. A travers cette décision la cour s'exprime en ces termes « *Le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet* ».

fond tiré du caractère abusif d'une clause insérée dans les contrats entre professionnel et consommateur<sup>1386</sup>.

**785.** A l'instar de cette hypothèse, les juges et, tout au moins, ceux de la Cour de cassation doivent soulever d'office les moyens de fond lorsque les parties n'en soulèvent aucun<sup>1387</sup>. Toutefois, il doit s'agir des moyens de pur droit. En conséquence, cette obligation tombera certainement lorsque serait en cause les moyens de pur fait.

**786.** Cette obligation mise à la charge du juge de soulever d'office les moyens de défense est primordiale. Elle permet d'assurer l'effectivité du contradictoire. Le procès étant un lieu de débat et de contradiction, une absence de moyen de défense serait certainement de nature à vider le procès de son importance. L'intérêt de la défense au fond est de faire échouer les prétentions adverses. Elle provoque le rejet de la demande de l'adversaire. Toutefois, elle se distingue des autres moyens de défense par son caractère direct. En effet, les moyens de défenses au fond permettent de faire déclarer mal fondée la demande de l'adversaire. C'est, par exemple, invoquer que le droit allégué par la personne n'existe pas.<sup>1388</sup> Ainsi, on ne saurait imaginer un procès dans lequel il n'y aurait aucun moyen de défense. Reconnaître au juge l'obligation de soulever d'office un moyen de défense lorsque les parties n'en soulèvent aucun permet alors d'assurer le principe du contradictoire. Toutefois, entre office du juge et applicabilité du régime de l'article 71 du Code de procédure civile à la défense au fond tirée du défaut d'un intérêt légitime, il existe d'innombrables inquiétudes qu'il faudra éclaircir. Si, en vertu de l'article 71 du Code de procédure civile, il est possible de soulever les moyens de défense au fond à toute hauteur de la procédure, la question est de savoir si le défaut d'un intérêt légitime peut être admis comme moyen de défense au fond à toute hauteur de la procédure.

---

<sup>1386</sup> G. POISSONNIER, « La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur », *D.* 2009. 2312

<sup>1387</sup> I. PETEL-TEYSSIE, « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », juin 2013 (actualisation : octobre 2014)

<sup>1388</sup> *Ibid.*

## *2. Vers un régime spécial de défense au fond tiré du défaut d'un intérêt légitime contestable*

**787. L'invocation du défaut d'intérêt légitime à toute hauteur de la procédure.** Tout d'abord, nous avons démontré ci-dessus qu'il faudra à l'avenir admettre que l'argument tiré du défaut d'un intérêt légitime soit considéré comme un moyen de défense au fond. Dans cette hypothèse, il convient, par déduction, de conclure que, pour l'avenir, il sera certainement mieux de considérer que le défaut d'intérêt légitime peut être soulevé à toute hauteur de la procédure. Ceci étant, une telle analyse soulève d'autres problèmes graves. En réalité, il est de l'habitude de la défense d'avoir connaissance d'un moyen de défense au fond et de ne pas le soulever à temps. De plus, admettons qu'on puisse permettre à ce que le défaut d'intérêt légitime soit soulevé à toute hauteur de la procédure. Un défendeur soulève devant la Cour de cassation comme défense ce défaut d'intérêt légitime. Que doit faire de la Cour de cassation ? Arguer que le défaut d'intérêt légitime peut être soulevé en tout état de cause n'augmenterait-il pas le risque d'une utilisation à des fins dilatoires ?

**788. L'applicabilité du régime de l'article 72 du Code de procédure civile en cas de défaut de l'intérêt légitime.** Pour notre part, il peut sembler risqué d'appliquer le régime de l'article 72 du Code de procédure civile au défaut d'intérêt légitime. Dans ce cas, il convient d'emblée de souligner qu'une telle analyse créerait une incohérence dans le régime de moyen de défense au fond tiré du défaut d'intérêt légitime. Le droit de la procédure étant une discipline de cohérence et de raisonnement, il convient d'emblée de réaffirmer qu'il est évident qu'on peut bien appliquer le régime de l'article 72 du Code de procédure civile en cas de défaut de l'intérêt légitime. Pour cela, nous proposons deux analyses de cette disposition.

**789.** D'une part, il convient de mettre à la charge du juge une obligation de soulever d'office les moyens de défense au fond tiré du défaut de l'intérêt légitime lorsqu'ils sont d'ordre public. Il s'agirait des cas dans lesquels l'intérêt légitime est apprécié au regard des considérations d'ordre moral<sup>1389</sup> par exemple.

---

<sup>1389</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, 33<sup>e</sup> édit., Dalloz, octobre 2016, n°137, p. 150

**790.** Toutefois, le juge ne pourra le faire que si l'une des parties ne le soulève pas. Il convient d'apporter quelques précisions. Il s'agit des cas dans lesquels le défaut de la légitimité de l'intérêt contrevient à l'ordre public et aux bonnes mœurs françaises, le juge français étant garant du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs en France. Dans ce cas, il lui revient de soulever d'office et obligatoirement le moyen de défense au fond permettant de protéger cet ordre public. Ceci limiterait certainement les risques d'intentions dilatoires qu'auraient les parties aux procès.

**791.** D'autre part, dans tous les autres cas dans lesquels l'intérêt légitime fera défaut, il faudra reconnaître au juge la faculté de soulever d'office ce défaut comme moyen de défense au fond. Il s'agit bien des cas dans lesquels ce défaut de la légitimité de l'intérêt ne relève pas des cas d'ordre public et de bonnes mœurs. Concrètement, il sera reconnu au juge une simple faculté et non une obligation de le soulever.

**792.** Enfin, il sera possible d'assortir les termes de l'article 72 du Code de procédure civile d'une exception. En règle générale, les défenses au fond peuvent être soulevées en tout état de cause, tel que la disposition le précise. Toutefois, on admet exceptionnellement que la défense au fond tirée du défaut d'un l'intérêt légitime doit être soulevée avant les autres défenses au fond. En conséquence, il convient indubitablement d'établir un régime spécial au défaut d'intérêt légitime. Dans ce cas, il sera établi une hiérarchie entre l'invocation des défenses au fond. Elle obligera les parties à invoquer celles qui sont spéciales avant celles qui sont générales. Autrement dit, on doit d'abord statuer sur la défense au fond tirée du défaut d'un intérêt légitime avant de statuer sur toute autre défense au fond par exemple.

**793.** Quoi qu'il en soit, la tâche ne sera pas aisée. C'est pour cela que la jurisprudence elle-même n'a pas cessé d'apporter des éclaircissements sur le régime des défenses au fond. Cette applicabilité du régime de la défense au fond à l'intérêt légitime soulève d'autres problématiques qu'il faut évoquer et analyser. Les moyens de défense au fond peuvent être soulevés à toute hauteur de la procédure et en tout temps pendant l'instance. Or, le défaut d'intérêt légitime est soulevé à l'ouverture de l'action et ceux avant tout défense au fond. La sanction classique du défaut d'intérêt à agir est l'irrecevabilité soulevée au moyen d'une fin de non-recevoir. Or, cette dernière suppose sans examen au fond droit. Si le régime de la défense au fond s'applique à l'intérêt légitime, une réévaluation de la sanction de son défaut

s'impose. Dans ce cas, on assisterait à un déclin de la fin de non-recevoir comme sanction du défaut d'intérêt légitime.

## ***SECTION 2 : Le déclin de la fin de non-recevoir comme sanction du défaut d'intérêt légitime***

**794. La réécriture de l'article 122 du Code de procédure civile.** La sanction du défaut d'intérêt est la fin de non-recevoir. Toutefois, cette fin de non-recevoir ne peut être appréciée sans examen au fond. La difficulté est que l'intérêt légitime est, par hypothèse, une défense au fond. En conséquence, admettre la fin de non-recevoir comme une sanction du défaut d'intérêt légitime à agir serait problématique car elle est examinée sans examen au fond. Il conviendra alors de réécrire les dispositions de l'article 122 CPC. Ou encore, il serait plus judicieux de créer un régime de sanction spécial au défaut d'intérêt légitime. C'est pour cela que nous allons, dans un premier temps, réévaluer la sanction du défaut de l'intérêt légitime (paragraphe 1<sup>er</sup>), avant d'encadrer son régime (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1<sup>er</sup> : La réévaluation de la sanction du défaut de l'intérêt légitime**<sup>1390</sup>

**795. La confusion entre les fins de non-recevoir et les autres moyens de défense.** Les fins de non-recevoir constituent la troisième catégorie de moyens de défense en droit français. Elles entraînent le rejet de la demande sans examen au fond.

**796.** Les fins de non-recevoir seraient alors une sanction qui vise à faire déclarer irrecevable la demande de la partie demanderesse en invoquant le défaut de droit d'agir. Rien qu'en se limitant à la définition du législateur dans l'article 122 du Code de procédure civile ; on croirait que la notion de fin de non-recevoir est cernée et comprise de tous. Il en est autrement car, dans certains cas, les fins de non-recevoir semblent se confondre avec les autres moyens de défense. Raison pour laquelle, nous essayerons d'explicitier la notion de fins de non-recevoir comme une forme de moyen de défense mixte (A), avant de proposer une réévaluation partielle de son régime (B). Cette réévaluation permettra d'adapter le régime général des fins de non-recevoir au régime spécial d'une fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt légitime.

---

<sup>1390</sup> G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17<sup>e</sup> édit., SIREY 2014, P.185

## A. La mixité de la nature des fins de non-recevoir

**797. La nature plurielle des fins de non-recevoir.** La mixité de la nature des fins de non-recevoir relève de la notion même de fin de non-recevoir. Nous essayerons, dans un premier temps, de clarifier la notion de fin de non-recevoir (1). Ensuite, nous expliquerons qu'elle ne pourra plus sanctionner le défaut d'intérêt légitime. Le défaut d'intérêt légitime, élément de fond, est toujours sanctionné par une fin de non-recevoir. Étant donné que l'appréciation de la fin de non-recevoir se fait sans examen au fond, si la fin de non-recevoir sanctionne le défaut de l'intérêt légitime, une fin de non-recevoir spéciale devrait être consacrée pour sanctionner l'absence de la légitimité de l'intérêt à agir (2).

### 1. La notion de fin de non-recevoir

**798. Définition des fins de non-recevoir.** Les fins de non-recevoir sont légalement définies aux dispositions de l'article 122 du Code de procédure civile. Aux termes de cet article « *Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* »<sup>1391</sup>. La fin de non-recevoir sanctionne alors le défaut de droit d'agir<sup>1392</sup>, en général.

**799. La finalité de la fin de non-recevoir.** Les fins de non-recevoir se rapprochent des défenses au fond et des exceptions de procédure sans toutefois se confondre avec ces dernières. En reprenant les termes de l'article 122 du Code de procédure civile, la fin de non-recevoir a une finalité qui est de faire rejeter la demande adverse sans examen au fond. C'est en cela qu'elle se distingue des moyens de défense au fond qui, quant à eux, ne concernent que le fond du droit. La partie qui oppose la fin de non-recevoir conteste alors le droit d'action de la partie adverse.

**800.** Cette spécificité des fins de non-recevoir ne les distinguent pas pour autant des défenses au fond. Les fins de non-recevoir se rapprochent des défenses au fond en ce qu'elles sont de nature à faire obstacle définitivement à l'action engagée par la partie adverse<sup>1393</sup>. Toutefois en

---

<sup>1391</sup> Décret n°75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau Code de procédure civile

<sup>1392</sup> R. PERROT, « Fin de non-recevoir et défense au fond », *RTD civ.* 2001. 653

<sup>1393</sup> N. FRICERO et P. JULIEN, *Procédure civile*, 5<sup>e</sup> édition, LGDJ, Lextenso édition, octobre 2014, p.60

matière de divorce, en raison de son caractère provisoire, l'ordonnance qui statue sur la recevabilité de la demande en divorce à laquelle est opposée une fin de non-recevoir ne lie pas le juge du fond saisi de ce moyen de défense<sup>1394</sup>.

**801.** Par ailleurs, les fins de non-recevoir se distinguent, en outre, des exceptions de procédure parce qu'elles ne font pas différer l'issue de la procédure. Toutefois, elles se rapprochent de ces dernières parce qu'elles n'impliquent pas un examen au fond du droit. Entre fin de non-recevoir et exception de procédure, il semblerait qu'il n'existe pas de différence de nature, il existe plutôt une différence d'effet<sup>1395</sup>.

**802.** Concrètement, les fins de non-recevoir s'analysent comme un moyen de défense mixte. Elles se rapprochent des exceptions de procédures et des défenses au fond. Cette nature mixte de fin de non-recevoir crée une sorte de confusion de sorte qu'aujourd'hui il n'est pas exclu « *d'hésiter lorsqu'il s'agit de fixer le régime juridique de la fin de non-recevoir et l'évolution des solutions qui ont été successivement applicables en la matière témoigne au demeurant de l'embarras du législateur* »<sup>1396</sup>. Si les fins de non-recevoir présentent un caractère mixte, il convient de souligner que cette mixité ne signifie pas que le droit français n'a pas déterminé le domaine de ces moyens de défense.

**803. L'opposition entre les fins de non-recevoir légales à celles qui sont jurisprudentielles.** L'appréhension de la notion de fin de non-recevoir n'est pas, pour autant, exempte de confusion au regard des évolutions des bonnes mœurs. On peut opposer les fins de non-recevoir légales à celles qui sont jurisprudentielles. Les fins de non-recevoir jurisprudentielles sont celles qualifiées de fins de non-recevoir par assimilation. Les fins de non-recevoir légales sont celles expressément citées par les dispositions de l'article 122 du Code de procédure civile. A en croire Jacques HERON<sup>1397</sup> on distingue les fins de non-recevoir qualifiées de vraies et celles qui sont qualifiées de fausses. A comprendre cet auteur, on entend par fins de non-recevoir fausse les hypothèses d'admission de certains moyens de

---

<sup>1394</sup> E. FORTIS, *Divorce (Cas de divorce)*, septembre 2011 (actualisation : janvier 2016)

<sup>1395</sup> J. THERON, « Le défaut de convocation assimilé à une fin de non-recevoir », *Gaz. Pal.* - 17/05/2016 - n° 18 - page 61.

<sup>1396</sup> G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17° SIREY 2014, janvier 2014, p.185.

<sup>1397</sup> J. THERON, « Moyens de défense,- généralités », *fasc.600-30 Jurisclasseur Pro. civ.*, 21 juillet 2016.

défense comme des fins de non-recevoir alors que ces moyens, par leur nature, sont soit des exceptions de procédure, soit des défenses au fond. En d'autres termes, cet auteur reste fidèle à l'esprit de l'article 122 du Code de procédure civile qui retient comme finalité naturelle de la fin de non-recevoir les moyens tirés du défaut de droit d'agir. L'auteur considère qu' « *Il y a fausse fin de non-recevoir dès lors que le moyen de défense ne consiste pas à critiquer le droit d'agir du demandeur* »<sup>1398</sup>.

**804.** Admettre que la fin de non-recevoir tirée d'un moyen de défense qui ne consiste pas à critiquer le droit d'agir du demandeur est fausse semble être conforme à une analyse purement limitée de l'article 122 du Code de procédure civile. Or, la liste de cette disposition n'est pas exhaustive. En d'autres termes une compréhension plus large de cet article<sup>1399</sup> serait sûrement conforme à cette idée. Quoi qu'il en soit, cela n'est même plus à démontrer car la jurisprudence ne s'abstient pas de consacrer de nouvelles fins de non-recevoir qui n'étaient pas prévues par la disposition précédemment citée. Telle est l'exemple du non-respect de certaines clauses insérées dans des contrats.

**805.** Ainsi, il convient de rappeler qu'il se développe depuis l'avènement des modes alternatifs de règlement de conflit une nouvelle forme de fin de non-recevoir qui est qualifiée de fin de non-recevoir conventionnelle. C'est la fin de non-recevoir tirée du défaut ou du non-respect d'une clause de médiation ou de conciliation préalable à l'action en justice.

**806.** Les fins de non-recevoir légalement prévues par l'article 122 du Code de procédure civile sont : les fins de non-recevoir tirées du défaut de qualité, le défaut d'intérêt, de la prescription, le délai préfix, la chose jugée. Tous ces éléments concourent au rejet de la demande pour défaut du droit d'agir. Les fins de non-recevoir légales sont celles qui sont les « vraies » lorsqu'on reprend les termes de Jacques HERON<sup>1400</sup>.

---

<sup>1398</sup> Ibid.

<sup>1399</sup> Il a été d'ailleurs admis que les fins de non-recevoir de l'article 122 du Code de procédure civile peuvent être appliquées aux contentieux en matière de sécurité sociale et à tout moment. Sur ce point, voir l'opinion de O. BARRAT, dans son article intitulé, « Contentieux général de la Sécurité sociale : une fin de non-recevoir peut être soulevée à tout moment », Gaz. Pal. 01/08/2006 - n° 213 - page 9. Cela traduit la généralité des fins de non-recevoir.

<sup>1400</sup> Ibid.



**807.** Les fins de non-recevoir par assimilation concernent des cas non prévus par l'article 122 du Code de procédure civile mais que la jurisprudence a analysés comme étant une fin de non-recevoir. C'est en cela qu'on déduit à bon droit que la liste de l'article 122 du Code de procédure civile n'est pas exhaustive<sup>1401</sup>. Dans cet ordre d'idées, est considérée comme fin de non-recevoir l'omission de convocation de dirigeant en cas d'action en responsabilité pour insuffisance d'actif<sup>1402</sup>. C'est ce qu'on peut retenir de l'article de Mme SORDINO<sup>1403</sup>, commentant l'arrêt précédemment cité.

**808.** Quant aux fins de non-recevoir conventionnelles, elles découlent du non-respect d'une clause de médiation ou de conciliation préalable à l'action en justice. C'est dans ce sens que la Cour de cassation a valablement retenu que : « *Constitue une fin de non-recevoir, le moyen tiré du défaut de mise en œuvre de la clause instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge.* »<sup>1404</sup>.

**809.** Relativement l'exigence du respect de la clause de règlement amiable contractuelle, certains auteurs ont manifesté un regret. Ils pensent que, en imposant aux parties de respecter cette clause, la jurisprudence ne fait que créer une perte de temps à ces dernières<sup>1405</sup>. Quoiqu'il en soit il convient de rappeler sans faire un développement que le recours préalable obligatoire à la procédure de règlement amiable est prévu par le contrat. Cette jurisprudence ne vient qu'inviter les parties à honorer leur engagement contractuel. De plus, recourir à une procédure amiable n'empêche en rien l'effectivité du droit d'agir.

**810.** Au regard de ce développement, il convient de se demander dans quelle catégorie de fin de non-recevoir on peut classer celle tirée du défaut d'un intérêt légitime ? La réponse nous semble facile. Sans doute, la fin de non-recevoir tirée du défaut d'un intérêt légitime est une fin de non-recevoir légale. Elle est prévue par l'article 122 du Code de procédure civile. Le

---

<sup>1401</sup> *Ibid.*

<sup>1402</sup> C.Ss. Com. 12 janvier 2016 n° de pourvoi: 13-21673, 13-21674, 13-24211, 13-24212, 13-24287, 13-26461, 13-27108.

<sup>1403</sup> M-C. SORDINO, « L'omission de convocation du dirigeant, encore et toujours une fin de non-recevoir en cas d'action en responsabilité pour insuffisance d'actif », Bulletin Joly Entreprises en difficulté - 01/05/2016 - n° 03 - page 188 ».

<sup>1404</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 mai 2016, n°15-14.464, *JurisData* : 2016-009404

<sup>1405</sup> N. DESHAYES, « Justice négociée v. Justice imposée : une conciliation douteuse », JCP G n°5, 2 février 2015, 115

défaut d'un intérêt légitime aura pour conséquence le défaut d'intérêt à agir. C'est pour cela qu'on déduit à bon droit que le moyen tiré du défaut d'intérêt légitime à agir serait une fin de non-recevoir légale. La notion de fin de non-recevoir n'est pas figée. Elle est fluctuante. Qu'elle ne soit pas figée ou qu'elle soit fluctuante, force est de constater que les fins de non-recevoir constituent de véritables moyens de défense. La jurisprudence les distingue de la demande reconventionnelle.

**811. La démarcation des fins de non-recevoir des demandes reconventionnelles.** Les fins de non-recevoir sont distinctes des demandes reconventionnelles. En effet, la jurisprudence n'a pas cessé d'apporter des éclaircissements sur ce dernier point. Cette distinction apparaît d'emblée dans la lecture de l'article 64 du Code de procédure civile. Il ressort de cette disposition que : « *Constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire* ». La demande reconventionnelle a pour finalité d'obtenir au profit du défendeur un avantage extérieur à celui du simple rejet de la prétention de l'adversaire.

**812.** C'est ainsi que la Cour de cassation a considéré que la nullité d'une association syndicale relevait des questions de fond et ne peut en aucun cas être assimilée aux fins de non-recevoir. Elle s'exprime en ces termes : « *cour d'appel qui, après avoir relevé que, devant le premier juge, la nullité de la création d'une association syndicale libre a été expressément demandée, laquelle demande touche au fond du droit et n'est pas une contestation de la qualité pour agir de cette association, retient exactement que cette prétention constituait, non une fin de non-recevoir, mais une demande reconventionnelle, dont le caractère indéterminé rendait l'appel recevable* »<sup>1406</sup>.

**813.** Cette décision de la cour vient éclairer la distinction entre fin de non-recevoir et les demandes reconventionnelles. On peut déduire de cette jurisprudence que l'examen des fins de non-recevoir ne relève pas des questions de fond. Or, l'examen d'une demande reconventionnelle relève du fond du droit. Concrètement cette jurisprudence ne vient qu'appliquer la lettre de l'article 122 du Code de procédure auxquelles elle reste fidèle. Si la fin de non-recevoir doit être appréciée par le juge sans examen au fond tel que l'exige l'article

---

<sup>1406</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 18 décembre 1991, n° 90-11.048

122 du Code de procédure civile, pourrions nous toujours considérer que cette dernière serait la sanction du défaut d'intérêt légitime ? L'institution d'une fin de non-recevoir spéciale apporterait certainement une solution à cette question.

## *2. Vers une fin de non-recevoir spéciale*

**814. Le déclin de la fin de non-recevoir comme sanction du défaut d'intérêt légitime.** La consécration d'une fin de non-recevoir spéciale fait rejaillir le débat de l'admissibilité de l'intérêt légitime à agir comme critère de fond du droit. Elle concerne évidemment le déclin probable de la fin de non-recevoir comme la sanction du défaut d'un intérêt légitime.

**815.** La jurisprudence précédemment évoquée en apporte une preuve. la nullité de la création d'une association est une question de fond et, dans cette hypothèse, on entrevoit mal la fin de non-recevoir comme sanction du défaut d'intérêt légitime à agir. En effet, l'examen de l'intérêt légitime à agir relève des questions de fond. Comment alors sanctionner le défaut de cet intérêt par la fin de non-recevoir dont la finalité naturelle est contraire à l'idée d'examen au fond du droit<sup>1407</sup> ?

**816. L'inadéquation de la fin de non-recevoir consacrée dans l'article 122 du Code de procédure civile.** Nous pensons que la fin de non-recevoir telle que consacrée dans l'article 122 du Code de procédure civile ne saurait être une sanction adéquate du défaut d'intérêt légitime à lui seul. L'intérêt légitime relève du fond du droit, son défaut ne peut être sanctionné que si l'on examine le fond du droit aussi.

**817.** Cette hypothèse sous-entend qu'on imagine alors en droit français deux façons de faire déclarer une personne irrecevable. Une première solution serait de faire déclarer la personne irrecevable sans examen au fond. C'est l'exemple du défaut d'intérêt à agir en général. On exclut de cette hypothèse l'appréciation du défaut d'un intérêt légitime qui sera soumis à un régime spécial. L'appréciation du défaut d'intérêt légitime sera un moyen de faire rejeter la demande pour irrecevabilité avec examen au fond. Ainsi, l'appréciation de ce défaut d'intérêt légitime serait faite au moyen d'une défense au fond. Cela peut se comprendre puisqu'il

---

<sup>1407</sup> Qui dit fin de non-recevoir s'éloigne incontestablement de l'examen au fond du droit. C'est d'ailleurs l'idée que véhicule l'article de Mme BLERY, « *Qui dit fin de non-recevoir, dit absence d'examen au fond* », Gaz. Pal., n°29, page 64), Note sous arrêt Cass. 2<sup>e</sup> civ. 12 mai 2016, n° 15-18019

semblerait que le « *législateur choisit parfois de qualifier de fins de non-recevoir des causes de rejet de l'action en justice ne reflétant pas par essence l'inexistence du droit d'agir, mais relevant soit du bien-fondé de l'action, soit de la régularité de la procédure* »<sup>1408</sup>.

**818.** De plus, l'application de l'article 122 du Code de procédure civile par la Cour de cassation laisse penser que la liste édictée par cette disposition n'est pas exhaustive. Une appréciation renouvelée de l'article 122 du Code de procédure civile serait la bienvenue.

**819.** En revanche, la lecture des dispositions de l'article 122 du Code de procédure civile laisserait croire que la liste de cette disposition est exhaustive. La jurisprudence a d'ailleurs posé la règle selon laquelle il existerait des fins de non-recevoir sans texte. En effet, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel pour avoir retenu que « *Le juge ne peut pas opposer des fins de non-recevoir qui ne résultent pas des textes ; Ainsi doit être cassé un arrêt qui déclare un appel irrecevable faute pour l'appelant de n'avoir pas fait connaître sa nouvelle adresse en dépit d'une mise en demeure de l'intimé* »<sup>1409</sup>. Cette décision semblerait confirmer que la liste de l'article 122 serait limitée. Il en est autrement car il existe d'autres fins de non-recevoir conventionnelles. L'exemple palpable est le non-respect de la procédure de conciliation préalable obligatoire avant toute action en justice. En effet, avec l'avènement des modes alternatifs de règlement des différends, le législateur français a voulu inciter les parties en conflit à recourir au préalable à une procédure de règlement amiable avant toute saisine du juge. Le non-respect de cette procédure est sanctionné par une fin de non-recevoir. C'est ainsi que la Cour de cassation, rappelant que la liste de l'article 122 du Code de procédure civile n'est pas limitée, a exactement déduit que le non-respect d'une clause de conciliation préalable licite est sanctionné par une fin de non-recevoir. Elle s'exprime en ces termes : « *mais attendu que ... licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge..., constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent ; qu'ayant retenu que l'acte de cession d'actifs prévoyait le recours à une procédure de conciliation préalable à toute instance judiciaire pour les contestations relatives à l'exécution de la convention, la cour d'appel en a exactement déduit*

---

<sup>1408</sup> L. USINIER, *Action en justice*, Juin 2014 (actualisation : janvier 2016)

<sup>1409</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 février 1988, n<sup>o</sup> 86-18.190

*l'irrecevabilité du cédant à agir sur le fondement du contrat avant que la procédure de conciliation ait été mise en œuvre ; »<sup>1410</sup>.*

**820. La conception d'une forme spéciale de fin de non-recevoir.** Au regard de cette analyse, il est possible de concevoir une forme spéciale de fin de non-recevoir qui sanctionnera le défaut d'intérêt légitime. Quoi qu'il en soit, en droit français, l'irrecevabilité et le mal-fondé ne sont ni deux frères ni deux sœurs.

**821.** Par ailleurs, si entre l'examen au fond et la fin de non-recevoir il existe une distinction, il convient de rappeler qu'un même juge, après avoir déclaré irrecevable une demande, peut bien se prononcer sur le bien-fondé de ladite demande sans pour autant excéder dans ses pouvoirs. Ainsi, il a été retenu par la Cour de cassation que « *La fin de non-recevoir opposée à la demande sur le terrain de la responsabilité contractuelle n'interdit pas au juge de constater parallèlement que la demande était mal fondée sur celui de la responsabilité délictuelle* »<sup>1411</sup>. Toutefois, il convient de ne limiter cette hypothèse qu'à la matière contractuelle car la cour de cassation a censuré une cour d'appel pour avoir statué sur le fond alors que cette dernière avait déclaré l'action irrecevable. Elle s'exprime en ces termes : « *Excède ses pouvoirs le Tribunal qui statue sur le fond alors qu'il a dit l'action irrecevable* »<sup>1412</sup>

**822.** Concrètement, admettre que le défaut de l'intérêt légitime entraînerait une irrecevabilité soulevée par une fin de non-recevoir vient dénier l'idée selon laquelle l'intérêt légitime à agir est rattaché à un moyen de défense au fond. Ce dernier est examiné comme si on l'avait présenté au juge après examen au fond. Or, les fins de non-recevoir sont examinées sans examen au fond. C'est pour cela qu'il serait plus judicieux que le législateur précise que le défaut de l'intérêt légitime à agir n'entraînerait plus une irrecevabilité sanctionnée par une fin de non-recevoir générale. Le défaut de cet intérêt devra fonder une défense au fond. En d'autres termes, elle est contraire au minimum à respecter qui est la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Cette opinion soulève une autre question, celle de savoir le

---

<sup>1410</sup> Cass. Mixte, du 14 février 2003, 00-19.423 00-19.424

<sup>1411</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 janvier 1997, n° 94-19.747

<sup>1412</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 octobre 1995, n° 94-10.299

moment où il faudra invoquer ce défaut d'intérêt légitime. Cette question relève du régime des fins de non-recevoir.

## **B. La réévaluation partielle du régime des fins de non-recevoir**

**823.** Le défaut d'intérêt légitime ne s'analysant qu'à l'ouverture de l'action en justice, il ne saurait être invoqué en tout état de cause. Le régime de l'article 123 du Code de procédure civile est inadapté à la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt légitime (1). Par ce fait, l'institution d'un régime spécial s'impose (2).

### *1. L'inadaptation du régime de l'article 123 du Code de procédure civile à la fin de non-recevoir tirée du défaut d'un intérêt légitime à agir*

**824. Le régime général des fins de non-recevoir.** Le régime général des fins de non-recevoir est prévu aux dispositions de l'article 123 du Code de procédure civile. Les fins de non-recevoir peuvent être proposées à toute hauteur de la procédure. Elles peuvent donc être soulevées en tout état de cause<sup>1413</sup> et même à hauteur de l'appel. Ainsi, il a été jugé que le non-respect de la clause préalable de conciliation instituée dans un contrat entraîne une fin de non-recevoir qui peut être soulevée à toute hauteur de la procédure<sup>1414</sup>. Il en est de même pour la prescription qui peut aussi être soulevée à toute hauteur de la procédure<sup>1415</sup>. L'invocation d'une fin de non-recevoir est l'expression d'une défense et donc d'une contradiction de la demande. Il est évident qu'il fallait en assurer sa pleine effectivité afin de garantir le principe du contradictoire. Telles sont certainement les intentions du législateur qui permet à ce que les fins de non-recevoir soient admises en toute état de cause. En conséquence, il convient de se demander si la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt légitime peut être soulevée en tout état de cause ? Quand pourra-t-on invoquer une fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt légitime ? Pour répondre à ces questions, il convient d'examiner l'institution d'un régime spécial d'invocabilité de l'intérêt légitime.

---

<sup>1413</sup> R. PERROT, « Fin de non-recevoir-En tout état de cause », *Procédures* n°1, Janvier 2014

<sup>1414</sup> C. PELLETIER, « Invocabilité en tout état de cause de la fin de non-recevoir tirée du non-respect de la clause de conciliation », *Revue des contrats*, 15/06/2015, n°02, page 311.

<sup>1415</sup> Cass. com., 22 février 2005, n° 02-11.519 ; et Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 octobre 1992, n° 89-19.425.

## *2. L'institution d'un régime spécial pour le défaut de l'intérêt légitime à agir*

**825. Le rejet des fins de non-recevoir soulevées pour la première fois devant la Cour de cassation.** Le défaut d'intérêt légitime entraîne l'absence de l'intérêt à agir en justice. Son appréciation se fait à l'ouverture de la demande. C'est-à-dire la date d'introduction de l'instance<sup>1416</sup>. Si le défaut d'intérêt s'apprécie à l'ouverture de l'instance, on peut par déduction admettre que le défaut d'un intérêt légitime s'apprécie aussi à l'ouverture de l'instance. Toutefois, il ne faut pas confondre appréciation du défaut d'intérêt légitime et celle de la fin de non-recevoir. Le défaut d'intérêt légitime est une cause de la fin de non-recevoir. Cette dernière est la sanction de ce défaut et est invoquée en tout état de cause. Quant au défaut d'intérêt légitime, il est apprécié par le juge à la date de l'introduction de l'instance.

**826.** Toutefois, quand bien même la fin de non-recevoir peut être invoquée en tout état de cause, il convient de rappeler qu'en aucun cas, une fin de non-recevoir ne peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation. C'est ainsi que par décision, la Cour de cassation retient que « *L'article L. 621-48, alinéa 2, du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, édicte, dans le seul intérêt de la caution, une fin de non-recevoir dont celle-ci ne peut se prévaloir pour la première fois devant la Cour de cassation* »<sup>1417</sup>. Les juges par cette décision viennent limiter l'étendu de l'article 123 du Code procédure civile. Il convient de retenir que les fins de non-recevoir peuvent être soulevées en tout état de cause jusqu'à la Cour de cassation. Devant cette juridiction, les juges rejettent généralement les fins de non-recevoir soulevées pour la première fois devant eux. Cela semble logique en ce sens que l'intérêt de ce moyen de défense est de paralyser sans examen au fond la demande en justice. En admettant qu'on atteigne la cassation avant de soulever une fin de non-recevoir, cela serait peut être de nature à retarder la justice. Or une bonne justice est certainement celle qui respecte le principe de célérité. C'est certainement pour cela que la Cour de cassation n'a point changé sa position sur ce sujet. En effet la Cour de cassation semble avoir adopté la même position dans un arrêt du 13 octobre 1998<sup>1418</sup>.

---

<sup>1416</sup> S. GUINCHARD et Alii, *Droit et pratique de la procédure civile 2017/2018*, Dalloz action, 2016, P. 16

<sup>1417</sup> Cass. Mixte, 16 novembre 2007, n° 03-14.409.

<sup>1418</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 octobre 1998, n° 96-18.881.

**827.** S'il ne sert à rien d'invoquer pour la première fois une fin de non-recevoir devant la Cour de cassation, il semble aussi que cette dernière n'admet pas les fins de non-recevoir soulevées après une décision définitive. C'est ainsi que la Cour de cassation retient que :

*« Une fin de non-recevoir ne peut plus être opposée par une partie après une décision au fond passée en force de chose jugée tranchant dans son dispositif la contestation prétendument irrecevable, même dans le cas d'une poursuite d'instance, et la révélation d'un moyen propre à fonder la fin de non-recevoir n'est pas de nature à permettre la remise en cause de la chose ainsi jugée sur le fond »<sup>1419</sup>.*

**828.** Il nous paraît normal de rejeter cette fin de non-recevoir. En effet, la décision devenue définitive est celle qui vide les prétentions de leur objet, c'est-à-dire qu'il n'y a plus de contentieux ni de contestation.

**829. L'admission des fins de non-recevoir en dehors de l'existence d'un grief.** Quoiqu'il en soit, les fins de non-recevoir peuvent être accueillies sans que celui qui les invoque « ait à justifier d'un grief et alors même que l'irrecevabilité ne résulterait d'aucune disposition expresse ». C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 124 du Code de procédure civile. Concrètement, à l'instar des hypothèses dans lesquelles la Cour de cassation rejette les fins de non-recevoir<sup>1420</sup>, l'article 124 du Code de procédure civile accorde une marge de manœuvre large à la partie qui invoque les moyens tirés de l'article 122 du Code de procédure civile. En effet, l'admission des fins de non-recevoir ne dépend en rien d'un grief prouvé de son auteur<sup>1421</sup>. Cette règle est réaffirmée par une jurisprudence récente de la Cour de cassation<sup>1422</sup>. Cette disposition permet l'effectivité du contradictoire car la partie qui soulève une fin de non-recevoir n'a pas à prouver l'existence d'un grief au soutien de ses prétentions.

**830.** L'invocation des fins de non-recevoir n'est pas subordonnée non plus à l'existence d'un texte qui consacre l'hypothèse de l'irrecevabilité invoquée au moyen de cette fin de non-

---

<sup>1419</sup> Cass. com., 17 juillet 2001, n° 98-18.751.

<sup>1420</sup> C'est l'hypothèse dans laquelle la fin de non-recevoir est invoquée pour la première devant la Cour de cassation. Aussi, il convient d'ajouter les cas dans lesquels la fin de non-recevoir est invoquée pour des intentions dilatoires et également, le cas dans lequel elle est invoquée après une décision définitive.

<sup>1421</sup> C. BLERY, Rappel de procédure : la fin de non-recevoir ne suppose pas de grief, Gaz. Pal. - 22/12/2015 - n° 356 - page 16.

<sup>1422</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 sept. 2015, n° 14-23169.



recevoir. En d'autres termes, le moyen tiré des fins de non-recevoir doit être accueilli quand bien même que l'irrecevabilité ne résulte d'aucun texte. La Cour de cassation n'a pas manqué de le préciser. Elle s'exprime en ces termes « *Selon l'article 124 du nouveau Code de procédure civile, les fins de non-recevoir doivent être accueillies alors même que l'irrecevabilité ne résulte d'aucune disposition expresse. Dès lors, fait une exacte application du texte précité une cour d'appel, qui, pour déclarer irrecevable une demande tendant à la récusation d'un expert, sur le fondement de l'article 234, alinéa 2 dudit Code, relève que les parties n'ont saisi que tardivement le juge chargé du contrôle de l'exécution des mesures d'instruction* »<sup>1423</sup>.

### **831. Le rapprochement du régime des fins de non-recevoir de celui des défenses au fond.**

Bien évidemment, le régime des fins de non-recevoir se rapproche de celui des défenses au fond. Elles peuvent être invoquées à toute hauteur de la procédure. Les fins de non-recevoir sont admises sans restriction majeure. Ce partage de régime commun entre la fin de non-recevoir et les défenses fortifie l'argument selon lequel, le défaut de l'intérêt légitime à agir en justice devrait être analysé comme une défense au fond. Étant donné que le défaut d'intérêt légitime est un élément de défense au fond, il sera accepté qu'il soit examiné à toute hauteur de la procédure. De plus, si l'on conçoit par hypothèse que ce défaut est sanctionné par une fin de non-recevoir, le résultat est le même car les fins de non-recevoir aussi sont soulevées à toute hauteur de la procédure.

**832.** Toutefois, cette ressemblance de régime ne voudrait pas dire que les fins de non-recevoir sont assimilables aux défenses au fond. Le fait qu'elles soient invoquées en tout état de cause découle certainement du fait que ces deux moyens de défense sont les canaux par lesquels les parties au procès s'expriment. C'est en quelque sorte ce qui permet au demandeur de présenter ses prétentions et au défendeur de contester la demande de son adversaire. C'est certainement la raison pour laquelle le droit français a voulu permettre qu'ils soient invoqués en tout état de cause.

---

<sup>1423</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 déc. 2002, n° 01-00.791.

**833.** Quoiqu'il en soit, force est de constater que les fins de non-recevoir sont un peu plus radicales que les moyens au fond par leur effet. Lorsqu'elles sont admises, les fins de non-recevoir paralysent directement le procès et mettent fin à l'instance.

**834.** S'il est exigé qu'il n'existerait pas de fin de non-recevoir sans texte de loi, rien n'interdit que l'irrecevabilité, même non prévu par un texte, invoqué au moyen d'une fin de non-recevoir soit accueilli. Elle assure l'effectivité du contradictoire car l'invocation d'irrecevabilité au moyen des fins de non-recevoir est largement admise.

**835.** S'il est admis que les fins de non-recevoir peuvent être soulevées à toute hauteur de la procédure, il est apparu des pratiques en vertu desquelles les plaideurs s'abstiennent de soulever au début de l'instance une fin de non-recevoir dont ils ont connaissance, pour retarder la procédure. Le législateur est intervenu et, aujourd'hui, le régime des fins de non-recevoir est bien encadré.

## **Paragraphe 2 : L'encadrement de la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt légitime**

**836. La limitation de l'invocabilité des fins de non-recevoir.** Le droit d'agir est un droit, à ce titre il est susceptible d'abus comme les autres droits. C'est ainsi que le législateur a encadré l'invocation des fins de non-recevoir. Cependant, une analyse critique nous amène à remettre en cause certaines limites qu'on a qualifiées d'inopportunes (A). Dans un souci de respecter l'esprit du législateur, qui est d'encadrer au mieux le régime des fins de non-recevoir tirées du défaut d'intérêt à agir, nous avons proposé des cas d'encadrements spéciaux des fins de non-recevoir tirées du défaut d'un intérêt légitime à agir (B).

### **A. L'inopportunité de certains encadrements**

**837.** Envisager le défaut d'intérêt légitime comme défense au fond engendre des conséquences sérieuses sur le régime de la fin de non-recevoir. Au nombre de ces conséquences, nous examinerons successivement la possibilité d'un usage à des fins dilatoires (1), avant d'envisager l'inadaptation du régime de la régularisation (2).

#### ***1. La possibilité d'une invocation du défaut d'intérêt à des fins dilatoires***

**838. Les dommages-intérêts comme sanction de l'invocation dilatoire et prématurée des fins de non-recevoir.** La sanction des intentions dilatoires dans l'invocation des fins de non-recevoir est prévue par les dispositions de l'article 123 du Code de procédure civile. Aux termes de cette disposition « *Les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt* ». Cette disposition pose la règle selon laquelle les fins de non-recevoir sont invoquées en tout état de cause. En outre, la seule possibilité qu'a le juge est de condamner « *à verser des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt* »<sup>1424</sup>.

**839.** L'article 123 précédemment cité réserve l'hypothèse dans laquelle une fin de non-recevoir a été invoquée dans une intention dilatoire. Comme le législateur a admis que les fins de non-recevoir peuvent être présentées en tout état de cause, force est de constater que les parties usent de ce privilège pour retarder la procédure. En effet, au lieu de soulever toutes les fins de non-recevoir dont elles ont connaissance, les parties préfèrent réserver certaines en appel. Ceci retarde la procédure au fond car il faudra indubitablement examiner les questions de formes avant celles relevant du fond. Cette intention dilatoire est sanctionnée par le paiement de dommages et intérêts. Il résulte en quelque sorte d'un abus de droit d'agir<sup>1425</sup>. En conséquence, invoquer une fin-de non-recevoir avec une intention dilatoire relève d'un abus de droit.

**840. L'appréciation souveraine de l'intention dilatoire par le juge.** Les juges apprécient souverainement l'intention dilatoire. La Cour de cassation a retenu que : « *C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation qu'une cour d'appel, faisant l'exacte application de l'article 123 du nouveau Code de procédure civile, fait ressortir l'intention dilatoire* »<sup>1426</sup>. Concrètement, on peut bien comprendre le but poursuivi par le législateur à travers l'institution de cette sanction. C'est de limiter l'abus du droit d'agir en justice.

---

<sup>1424</sup> M. KEBIR, « Fin de non-recevoir pour défaut de qualité : opposabilité en tout état de cause », Dalloz actualité 27 novembre 2013

<sup>1425</sup> L. CADIET, et Ph. LE TOURNEAU, « Abus de droit, juin 2015 » (actualisation : octobre 2016)

<sup>1426</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 février 2003, n° 01-11.975

**841.** Toutefois, on peut tout de même s'interroger sur l'utilité de cette sanction en cas de défaut d'intérêt légitime. Cette disposition est problématique au sens que les intentions dilatoires dont il s'agit viennent encadrer une fin de non-recevoir. Or cette fin de non-recevoir est examinée sans que le juge examine le fond du droit. La seconde conséquence concerne l'inopportunité du régime de la régularisation.

## ***2. L'inadaptation du régime de la régularisation des fins de non recevoir***

**842. Les hypothèses légales de régularisation des fins de non-recevoir.** Les hypothèses de régularisation des fins de non-recevoir sont prévues par l'article 126 du Code de procédure civile. Aux termes de cette disposition : « *Dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue. Il en est de même lorsque, avant toute forclusion, la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance.* ».

**843.** Cette disposition prévoit la possibilité de régulariser une fin de non-recevoir. Les cas de régularisation ont été expressément cités par la disposition. Il s'agit de l'irrecevabilité dont la cause a disparu au moment où le juge statue. A comprendre cette hypothèse, cela suppose qu'au moment où le juge est saisi, la cause entraînant l'irrecevabilité de l'action existait. De la saisine au jour où le juge statue, la cause a disparu. D'une part, cette disposition permet la régularisation d'une fin de non-recevoir. Hormis cela, il convient de préciser que la même disposition prévoit le moment où cette régularisation doit intervenir. Cette régularisation doit intervenir jusqu'au jour où le juge statue. En outre, elle est aussi possible avant toute forclusion.

**844.** Il a été d'ailleurs retenu par M. GUINCHARD et ses coauteurs cités par Jacques HERON que « *la régularisation ne pouvait intervenir jusqu'au moment où le juge statue. L'affaire est en effet en délibéré et il n'est plus possible de conclure ou de communiquer de nouvelles pièces* »<sup>1427</sup>.

Cette régularisation permettant d'écarter la possibilité d'invoquer une fin de non-recevoir n'est-elle pas de nature à dénier l'intérêt de ce moyen de défense ? Pour notre part, il est normal que ce cas soit prévu. En réalité, le juge ne statue sur une fin de non-recevoir que si sa

---

<sup>1427</sup> J. THERON, « Moyens de défense,- généralités », *Jurisclasseur fasc.600-30 Proc. Cass. civ.*, 21 juillet 2016

cause n'a pas disparu au moment où il se prononce. Concrètement, la demande est dépourvue d'intérêt puisque la fin de non-recevoir invoquée n'a plus lieu. Sa cause ayant disparu, il ne servirait à rien que le juge statue. De plus, le fait de permettre à ce que cette cause soit régularisée permettra au juge de transposer le débat au fond s'il n'y a plus de fins de non-recevoir à invoquer par les parties.

**845.** Par ailleurs, la disposition prévoit une deuxième possibilité par laquelle il est possible de régulariser la fin de non-recevoir. Il s'agit du cas dans lequel, « *avant toute forclusion*<sup>1428</sup>, la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance. ».

**846.** Concrètement, il convient de conclure, après lecture de l'article 125 que la législation française a consacré une sorte de hiérarchie entre les fins de non-recevoir. On distingue, d'une part, les fins de recevoir d'ordre public et celles qui ne sont pas d'ordre public. On peut aussi opposer les fins de non-recevoir régularisables à celles qui sont régularisables. Les fins de non-recevoir régularisables seront certainement celles qui ne sont pas d'ordre public. Les fins de non-recevoir d'ordre public sont celles qui ne sont pas régularisables. Toutefois, la question se pose de savoir si la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt légitime à agir est régularisable ? Le droit français, n'a pas répondu à cette question. Le législateur n'a rien dit à ce sujet. Toutefois, une compréhension stricte de l'article 126 du Code de procédure civile nous permet de répondre par la négative. En effet, ladite disposition a cité expressément les types de défaut dont la régularisation serait possible. Il s'agit du défaut de qualité à agir constaté avant toute forclusion.

**847.** Pour notre part, qu'il s'agisse d'une compréhension restrictive ou pas, il convient de considérer que le défaut d'intérêt légitime ne devrait pas être régularisable. En effet, l'appréciation de la légitimité de l'intérêt à agir en justice étant subordonnée à l'ordre public et aux bonnes mœurs, on conçoit mal que la fin de non-recevoir sanctionnant un défaut d'intérêt légitime soit susceptible d'être régularisée. L'ordre public et les bonnes mœurs étant pour le juge des moyens de préservation des valeurs françaises de la morale, on ne peut certainement pas admettre que le défaut des critères assurant le respect de cet ordre public soit

---

<sup>1428</sup> P. STEPHANE, *Crédit à la consommation*, septembre 2011 (actualisation : janvier 2016).

régularisable. Dans la positive, à quoi servirait l'examen du critère de la légitimité de l'intérêt à agir ? Une réponse négative est certainement admissible.

**848.** Quoiqu'il en soit, il convient de retenir que la fin de non-recevoir sanctionnant le défaut d'intérêt légitime ne devrait pas être susceptible de régularisation. Ainsi, on peut ajouter comme exemple l'inobservation de la clause contractuelle instituant un recours préalable et obligatoire avant toute saisine du juge. La fin de non-recevoir tiré de la méconnaissance d'un recours préalable et obligatoire à la conciliation avant la saisine du juge n'est pas régularisable<sup>1429</sup>. N'est pas non plus régularisable le défaut de pouvoir du liquidateur pour non-renouvellement de son mandat. Telle a été la décision de la Cour de cassation<sup>1430</sup>, à en croire M. HALLOUIN<sup>1431</sup>.

**849.** Relativement au défaut d'un intérêt légitime à agir, il nous paraît que l'article 126 du Code de procédure civile n'a pas une utilité sur ce point. Pour résoudre ces problématiques, il convient d'instituer une action pour intention dilatoire spéciale et un office du juge spécial.

## **B. L'institution d'un encadrement spécial**

**850.** Tout d'abord, il est souhaitable d'instaurer une intention dilatoire spéciale (1). Une consécration d'un office spécial du juge nous paraît aussi opportune (2).

### ***1. L'institution d'une action pour intention dilatoire spéciale***

**851. La possibilité pour le juge de soulever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt à agir.** L'intérêt légitime, tel qu'on le conçoit échapperait alors à la sanction prévue aux dispositions de l'article 123 du Code de procédure civile. A cet effet, il est évident que les termes de l'article 123 précédent cités n'ont pas d'utilité lorsqu'en espèce il s'agira d'apprécier une fin de non-recevoir tirée d'un défaut d'intérêt légitime, invoquée de façon dilatoire. Cela est d'autant plus vrai, lorsqu'on se réfère à la lettre de l'article 125 du Code de procédure civile. En effet, l'article 125 du code de procédure civile donne une possibilité au

---

<sup>1429</sup> S. AMRANI-MEKKI, « L'impossible régularisation de la fin de non-recevoir tirée du non-respect d'une clause de conciliation préalable », Gaz. Pal. 10/03/2015 - n° 069 - page 9

<sup>1430</sup> Cass. com., nov. 2005, n° 03-14531,

<sup>1431</sup> J.C HALLOUIN., « Le défaut de pouvoir du liquidateur pour non-renouvellement de son mandat constitue une fin de non-recevoir non régularisable », *Bulletin Joly Sociétés* - 01/03/2006 - n° 3 - page 386

juge de soulever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt à agir. Tel est le cas du défaut d'intérêt légitime. En d'autres termes, cette sanction est sans effet puisque le juge peut soulever d'office ce manquement. En conséquence, il n'est plus besoin d'imaginer cette hypothèse. Cette disposition est inadaptée pour encadrer le défaut d'intérêt légitime soulevé au moyen d'une fin de non-recevoir tardive. En revanche, il convient de souligner qu'une telle analyse est radicale et n'est certainement pas conforme à l'esprit de ces dispositions. Il s'agit, à la lecture des dispositions de l'article 125 du Code de procédure civile cité précédemment, d'une simple faculté. En conséquence, si le juge ne soulève pas cette fin de non-recevoir, l'article 123 demeurera utile pour encadrer l'intention dilatoire des parties. Dans ce cas, les dispositions de l'article 123 viennent suppléer l'absence de l'office obligatoire du juge dans l'encadrement de l'invocation du défaut d'intérêt légitime. Quoiqu'il en soit, nous proposons un régime spécial pour sanctionner le défaut d'intérêt légitime. Nous pensons qu'il y a deux possibilités. Une première serait de mettre à la charge du juge une obligation de soulever d'office les fins de non-recevoir d'ordre public tirées du défaut d'intérêt légitime à agir. Dans ce cas, le législateur assortira les dispositions de l'article 123 d'une exception spécifique au défaut d'intérêt légitime, de sorte que, lorsqu'on serait dans cette hypothèse, l'article 123 ne pourra plus s'appliquer. Une deuxième serait de reconnaître au juge la faculté de soulever d'office cette fin de non-recevoir spéciale. Dans ce cas, le régime prévu par l'article 123 du Code de procédure civile s'appliquera à bon droit. L'office du juge devient en espèce un élément spécial d'encadrement qu'il convient d'explicitier.

## ***2. L'institution d'un office spécial du juge***

**852. L'obligation faite au juge de soulever d'office les fins de non-recevoir d'ordre public.** En ce qui concerne l'office du juge relativement à la fin de non-recevoir tiré du défaut d'intérêt, l'article 125 du Code de procédure civile prévoit que « *Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours* ». Il s'agit ici d'une obligation imposée au juge de soulever d'office les fins de non-recevoir d'ordre public<sup>1432</sup>.

---

<sup>1432</sup> R. PERROT, « Fin de non-recevoir », *Procédure* n°5, Mai 2007, comm. 112

**853.** Cette disposition invoque le premier cas dans lequel le juge est tenu de soulever d'office l'existence d'une fin de non-recevoir. Il s'agit de l'inobservation des délais d'exercice des voies de recours.

**854.** Concrètement, le législateur a voulu, d'une part, réserver au juge une possibilité de limiter la portée de l'article 123 du même Code qui permet à ce que les parties invoquent les fins de non-recevoir en tout état de cause. En effet, il est reconnu au juge de soulever lui-même les fins de non-recevoir. Il s'agit, à comprendre l'article 125, d'une obligation pour le juge de soulever d'office ces fins de non-recevoir. Ce faisant, le législateur substitue le juge aux parties. En réalité, il revenait aux parties de soulever une fin de non-recevoir. Cela y va de leurs intérêts. La pratique démontrant que les parties intentionnellement ne soulèvent pas la fin de non-recevoir dont ils ont connaissance à temps, le législateur a voulu suppléer cela en reconnaissant au juge le pouvoir de soulever d'office cette fin de non-recevoir.

**855.** Toutefois, cette obligation est limitée. Le juge doit soulever les fins de non-recevoir qui sont d'ordre public. Tel est le cas selon l'article 125 aliéna 1<sup>er</sup> de la fin de non-recevoir tirée de l'inobservation des délais d'exercice des voies de recours et donc l'absence d'ouverture d'une voie de recours. Il en sera ainsi certainement pour les matières qui touchent l'état et la capacité des personnes<sup>1433</sup>. C'est ce que confirme un arrêt de la Cour de cassation en date du 13 novembre 2014<sup>1434</sup>. En matière d'état des personnes, est d'ordre public, à en croire Mme DOUCHY-OUDOT, « *L'action tendant à la reconnaissance d'une ascendance génétique par voie d'expertise, lorsque celle-ci nécessite une exhumation* »<sup>1435</sup>.

**856. L'élargissement des domaines d'invocation d'office des fins de non-recevoir par le juge.** On peut aussi, dans le même sens, estimer que le juge aurait le devoir de soulever d'office tout moyen de défense tiré des dispositions du Code de la consommation.

---

<sup>1433</sup> C. BERLAUD, « Fin de non-recevoir d'ordre public en matière de reconnaissance d'ascendant », Gaz. Pal. 27/11/2014 - n° 331 - page 25

<sup>1434</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 nov. 2014, n° 13-21018

<sup>1435</sup> M. DOUCHY-OUDOT, « Ajout d'une fin de non-recevoir en matière d'état des personnes », JCP G n° 3, 19 Janvier 2015, 49



**857.** Quoi qu'il en soit, les cas de fins de non-recevoir d'ordre public sont cités par l'article 125 alinéa 1 du Code de procédure civile. Une telle obligation tombe dès lors qu'il s'agit d'un défaut d'intérêt à agir. En espèce il s'agit d'une simple faculté<sup>1436</sup>.

**858. Les limites du pouvoir du juge à soulever d'office des fins de non-recevoir.** Toutefois, une telle analyse contrevient à la réalité d'un procès. Le procès est un lieu de débat. En conséquence, inclure cette hypothèse dans le cas prévu à l'alinéa premier de l'article 125 du Code de procédure civile évitera certainement le jeu de la contradiction. Tout se passera comme si c'était le juge qui remplaçait les parties. Il revient à ces dernières d'invoquer cette fin de non-recevoir issue du défaut d'intérêt légitime et de le prouver. On ne saurait permettre au juge de travailler à la place des parties. Pour autant, rien ne lui interdit de soulever d'office cette fin de non-recevoir, puisqu'il lui est reconnue une faculté de le faire ou de ne pas le faire. Quoi qu'il en soit, force est de constater que cet office du juge dans l'invocation des fins de non-recevoir est aussi encadré par la jurisprudence elle-même. Un arrêt de 1990 abonde dans ce sens. La cour décide clairement : « *Les juges ne peuvent, hormis pour défaut d'intérêt, soulever d'office une fin de non-recevoir qui n'est pas d'ordre public* »<sup>1437</sup>. Sur cet argument, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel parce qu'elle avait soulevé d'office une fin de non-recevoir tirée d'un défaut de qualité à agir.

**859.** Concrètement, cet arrêt est certainement d'une importance majeure dans l'office du juge relativement à l'invocation de la fin de non-recevoir. Il fixe le pouvoir ou la faculté reconnu par le législateur au juge pour soulever d'office les fins de non-recevoir. Pour autant, hormis cette règle générale à retenir, cette décision n'a guère d'importance aujourd'hui. Ce qui était reproché à la cour d'appel est d'avoir soulevé d'office une fin de non-recevoir alors qu'elle n'avait ni le pouvoir ni la faculté de le faire à cette époque. Le législateur n'interdisait pas, mais ne permettait pas expressément au juge du fond de soulever d'office une fin de non-recevoir tirée d'un défaut de qualité à agir à l'époque. Aujourd'hui, depuis le décret n°2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile, les choses semblent avoir évolué. Ce décret offre la faculté au juge de soulever une fin de non-recevoir d'office une fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité à agir et de la chose jugée. L'article 3 de ce décret

---

<sup>1436</sup> J. JUNILLON, « Le juge doit relever d'office la fin de non-recevoir lorsqu'elle a un caractère d'ordre public », *Procédures* n°1, Janvier 2001, comm .10.

<sup>1437</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 janvier 1990, n° 88-10.406

modifiait les dispositions de l'article 125 du Code de procédure civile. Après cette réforme, on conçoit mal qu'une cour d'appel puisse être censurée sur le fait qu'elle a soulevé d'office une fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité à agir. Le législateur a, depuis cette date, permis aux juges de soulever eux-mêmes cette fin de non-recevoir en cas de défaut de qualité à agir.

**860.** Après cette réforme, subsiste toujours la question de savoir si cette interdiction consacrée en règle générale dans l'arrêt de 1990 précédemment citée demeure. En l'état de la jurisprudence française, nous pensons qu'elle subsiste toujours. La Cour de cassation a réaffirmé cette interdiction en censurant un tribunal qui a soulevé d'office une fin de non-recevoir tirée de l'article 70 du nouveau code de procédure civile résultant de l'absence de lien suffisant entre la demande reconventionnelle et la prétention originaire. La cour décide et s'exprime en ces termes :

*« les juges ne peuvent, hormis dans les cas prévus par l'article 125 du nouveau code de procédure civile, soulever d'office une fin de non-recevoir qui n'est pas d'ordre public. Il en résulte qu'un tribunal ne peut soulever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'article 70 du nouveau code de procédure civile résultant de l'absence de lien suffisant entre la demande reconventionnelle et la prétention originaire »*<sup>1438</sup>.

**861. Le respect strict des textes législatifs par l'office du juge dans l'invocation des fins de non-recevoir.** En conclusion, il convient de retenir que l'office du juge dans l'invocation des fins de non-recevoir doit respecter strictement les textes législatifs. En d'autres termes, si le juge peut ou doit soulever d'office les fins de non-recevoir, il revient au législateur de déterminer les cas dans lesquels les juges du fond seront fondés à le faire. Cette jurisprudence rappelle aussi que le juge ne se substitue par aux parties. Il leur revient de toute manière d'invoquer cette fin de non-recevoir et de la prouver. Aussi, l'office du juge doit respecter le principe du contradictoire<sup>1439</sup>. Ainsi, commentant l'arrêt<sup>1440</sup>M. HERMAN rejoint ce point de vue. Il s'exprime en ces termes : *« La décision rendue par la deuxième chambre civile de la*

---

<sup>1438</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 février 2006, n° 04-15.983.

<sup>1439</sup> Sur l'obligation faite au juge de respecter et de faire respecter le principe du contradictoire, voire aussi M. KEBIR, « Moyen relevé d'office : obligation d'inviter les parties à présenter leurs observations », 1 novembre 2016, Dalloz actualité, 01 novembre 2016.

<sup>1440</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 juin 2014, n° 13-19920.

*Cour de cassation le 5 juin 2014 permet d'évaluer l'intensité de l'obligation faite au juge d'observer lui-même le principe de la contradiction, prévue à l'article 16, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile* »<sup>1441</sup>. Dans ce sens, le juge doit, non seulement respecter ce principe ; il est aussi tenu de le faire respecter<sup>1442</sup>.

**862.** Si l'on admet qu'il est possible que le défaut de l'intérêt légitime soit sanctionné par une fin de non-recevoir spéciale tel que nous l'avons proposé ci-dessus, reconnaître au juge la possibilité de soulever d'office cette fin de non-recevoir nous paraît normal. En effet, la légitimité de l'intérêt permet de soumettre la demande en justice à un minimum de décence au regard des mœurs et de l'ordre public français. Par respect de cette décence, il est digne de donner au juge la possibilité de relever d'office cette fin de non-recevoir tirée de la contrariété de la demande à l'ordre public. Par ailleurs, cette faculté reconnue au juge n'est limitée qu'à certaines fins de non-recevoir. Cette faculté est conforme au régime applicable à la fin de non-recevoir spéciale sanctionnant le défaut d'intérêt légitime.

**863.** En dépit de cette observation, cette possibilité réservée au juge de soulever d'office et obligatoirement les fins de non-recevoir d'ordre public présente un grand intérêt. En effet les fins de non-recevoir ayant pour effet de paralyser l'instance, si les parties ne les soulèvent pas, les débats vont être poursuivis. Or, qu'on se souvienne que le juge est pressé par le temps et qu'il doit en conséquence rendre la justice en temps utile.

**864.** D'autre part, il semble, à en croire Mme PETEL-TEYSSIE<sup>1443</sup> que le législateur a souhaité consacrer une sorte de fin de non-recevoir légale. La fin de non-recevoir dont il s'agit est l'absence d'ouverture de voies de recours. En considération de cette fin de non-recevoir, la Cour de cassation a retenu que « *L'absence d'ouverture d'une voie de recours, à l'origine du défaut de pouvoir juridictionnel du tribunal, constitue une fin de non-recevoir et*

---

<sup>1441</sup> H. HERMAN, « Le respect du contradictoire dans le relevé d'office d'une fin de non-recevoir d'appel », Gaz. Pal., 09/09/2014.

<sup>1442</sup> C. BERLAUD, « Fin de non-recevoir relevée d'office et principe du contradictoire », Gaz. Pal. 07/03/2013, n° 066.

<sup>1443</sup> I. PETEL-TEYSSIE, « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », juin 2013 (actualisation : octobre 2014)

*non une exception d'incompétence* »<sup>1444</sup>. Qu'elle soit légale ou jurisprudentielle, la fin de non-recevoir est un obstacle quasiment opaque à la poursuite de l'examen du litige au fond.

**865. Le rattachement de l'intérêt légitime au critère d'examen au fond.** La recevabilité du droit d'agir suscitait quelques préoccupations quant à l'examen de la légitimité de l'intérêt à agir. Ces préoccupations créaient une confusion entre examen de la recevabilité de l'action en justice et l'examen du bien-fondé de cette action. Cette problématique est perçue par l'ensemble de la doctrine et soulève des controverses.

\*\*\*\*\*

**866.** Le rattachement de l'intérêt légitime au critère d'examen au fond nous a permis de conclure que les critères d'appréciation de l'intérêt légitime doivent être réévalués ainsi que le régime de la fin de non-recevoir. Plusieurs propositions ont été faites. Dès lors, une intervention législative ou une avancée de la jurisprudence pourra certainement combler les lacunes soulevées. Toutefois, force est de constater que le droit français et le droit béninois restent sensibles à toutes ces préoccupations car « *aucune œuvre humaine n'est parfaite* ». Néanmoins, on souhaiterait que ces points soient élucidés afin que le droit au juge soit garanti et plus effectif qu'aujourd'hui.

---

<sup>1444</sup> Cass. com., 22 octobre 1996, n° 94-20.372.

## Conclusion du titre

**867. La légitimité du droit, plutôt que la légitimité de l'intérêt.** La légitimité du droit, plutôt que la légitimité de l'intérêt : telle est la conclusion à laquelle nous avons abouti à l'issue de ce titre. Cette réadaptation du mécanisme de la recevabilité de l'action restaure la question de la légitimité à sa place dans les étapes logiques du procès. La légitimité de l'intérêt est un élément du débat au fond, générateur d'une confusion qui provoque encore la réticence des juges, lorsqu'il est question de l'examiner lors de l'étude de la recevabilité de la prétention. Apprécier la légitimité de la prétention dans la troisième phase du procès, c'est-à-dire lors du débat au fond, permet d'insuffler à la procédure une certaine célérité. La présence de la légitimité de la prétention dans le débat sur la recevabilité a pour inconvénient de provoquer un double recours au droit substantiel dans deux phases distinctes du procès. Cette situation n'est pas acceptable. La discipline juridique ne tire aucun avantage de la confusion des genres. Aussi, il convient de bien distinguer les différentes phases du procès : la régularité de la procédure, la recevabilité de l'action et le bien-fondé de la demande, à chacune de ces étapes correspond une catégorie de moyens de défense.

## *Conclusion de la deuxième partie*

---

**868.** Cette partie a été pour nous l'occasion de réaffirmer que la question de la légitimité de l'intérêt est un élément du débat au fond même si le législateur en a fait un élément de la recevabilité de l'action : « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention ».

**869.** Il faut oser le dire la légitimité de l'intérêt ne peut être détaché du fond du droit. A travers la lettre de l'article 31 du Code de procédure civile, la volonté du législateur de restreindre la titularité de l'action est manifeste. Une volonté fondée non seulement sur la légitimité de l'intérêt mais aussi sur la qualité à agir : deux notions qui renvoient au droit substantiel. On voit ainsi que pour satisfaire cette volonté<sup>1445</sup>, le législateur n'a pas hésité à recourir à l'intérêt légitime, tantôt en se plaçant sur le terrain de la moralité, tantôt en se plaçant sur le terrain de la légalité. L'article 31 du Code de procédure civile consacre une seconde exclusion toujours sur le terrain du droit substantiel, précisément lorsque la loi ouvre l'action aux seules personnes qu'elle qualifie. L'intérêt absorbe la qualité. Ainsi ne sont en principe admises à agir en justice que les personnes disposant d'un intérêt légitime. La doctrine utilise l'expression actions banales pour désigner cette catégorie d'action. Les actions banales s'opposent aux actions attitrées. Là aussi la discrimination a lieu sur le terrain du droit substantiel en cela qu'on l'on retrouve les actions attitrées dans des matières particulières telles : le droit de la famille, le droit de la personne, le droit des contrats. La légitimité de l'intérêt et la qualité à agir ne désigneraient elles pas une même réalité ? Il arrive bien souvent que ce soit la légitimité de l'intérêt qui confère qualité à agir. Sans confondre les deux notions, il faut cependant admettre qu'elles sont intimement liées au droit substantiel. Une partie de la doctrine a d'ailleurs relevé à cet effet que le défaut d'intérêt légitime et le défaut de qualité à agir sont sanctionnés par des fausses fins de non recevoir, ce qui conduit à dire qu'elles sont manifestement des éléments du débat au fond.

**870.** Il faut oser le dire c'est toute la doctrine de Henri Motulsky qui est ainsi remise en cause. On sait que la réforme du Code de procédure civile doit beaucoup aux idées d'Henri

---

<sup>1445</sup> L. CADIET, « La sanction et le procès civil » in Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Paris, LGDJ, 2008, p. 125, spéc. p. 130., qui parle de d'instrument de politique législative lorsque le législateur prévoit une fin de non recevoir organisé dans les dispositions de droit substantiel.

Motulsky. Cet auteur distingue, il faut le rappeler, trois étapes dans le procès : la procédure-l'action-le fond du droit. A chacune d'elle correspond un moyen de défense et un régime spécifique. L'examen de la légitimité de l'intérêt et la qualité à agir n'a rien de procédure, en cela qu'il ne crée pas un débat nouveau pour emprunter une formule d'auteurs. L'utilisation de la fin de non recevoir n'est alors pas justifiée. On doit bien l'admettre, l'examen de la question de la légitimité de l'intérêt et la qualité à agir lors de l'examen de la recevabilité de l'action consacre un double examen du fond du droit ce qui est de nature à retarder le dénouement du procès. C'est pour on a proposé que la question de la légitimité de l'intérêt soit rattachée au droit substantiel et donc sanctionnée au moyen d'une défense au fond.

## CONCLUSION GENERALE

---

« *La vie sociale nous apparaît comme un système d'habitudes* », disait  
BERGSON<sup>1446</sup>.

Et toute innovation paraît suspecte.

---

<sup>1446</sup> H. BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, Coll. *Bibliothèque de philosophie contemporaine*, 58<sup>e</sup> éd. PUF, Paris, 1948, p. 2.



**871. Entre conservatisme et innovation.** On a souvent dit que le juriste est un conservateur. Néanmoins, il a été montré que « Le droit évolue par la conjonction qui s'établit entre les forces conservatrices qui veulent le maintenir tel qu'il est et les forces réformatrices qui tendent à le modifier ou le transformer »<sup>1447</sup>. Tel que l'a si bien montré Georges RIPERT, l'ordre juridique imposé aujourd'hui par le progrès remet en cause le droit classique et sera lui-même rejeté demain par un nouveau progrès<sup>1448</sup>. Et il en sera certainement de même pour celui proposé ici au cas où il rencontrerait la conviction des juristes les mieux avertis et porté par les plumes les mieux connues.

**872.** M. BERGEL a montré comment le code civil inspiré en 1804 du « *Corpus juris civilis* » et de la coutume de Paris peut paraître inadapté au monde actuel dans lequel un droit surveillant et dirigeant toutes les actions humaines dans l'intérêt supérieur de la société s'est substitué à un droit fondé sur l'initiative individuelle, la liberté des conventions, la responsabilité pour faute<sup>1449</sup>.

**873.** Hier, ce fut l'arrêt dit « des engrais » de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 15 juin 1892 BOUDIER c. PATUREAU-MIRAND qui consacra un revirement de jurisprudence<sup>1450</sup>, créant ainsi *ex nihilo* une nouvelle catégorie de quasi-contrats<sup>1451</sup> : l'enrichissement sans cause.

Aujourd'hui, c'est l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016<sup>1452</sup> qui réforme le droit des obligations (en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016) par la codification du régime jurisprudentiel de l'enrichissement sans cause sous l'appellation "*enrichissement injustifié* " aux articles 1303 à 1303-4 du Code civil. Il s'agit de la première consécration par les textes d'une création prétorienne de quasi-contrat.

---

<sup>1447</sup> G. RIPERT, *les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 1955, n° 31.

<sup>1448</sup> Cl.- A. COLLIARD, *La machine et le droit privé contemporain*, Etudes Georges RIPERT, T. 1, p. 115.

<sup>1449</sup> Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, Coll. *Méthode du droit*, Philippe JESTAZ, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2012, p. 185.

<sup>1450</sup> V. D. 1892. 1. 596. S. 1893. 1. 381.

<sup>1451</sup> Encore que le droit romain connaissait déjà cette forme d'action par l'admission des actions en restitution exprimées au Digeste par Pomponius au II<sup>e</sup> siècle après J.- C., 206 D., de *regulis juris*, 50, 17.

<sup>1452</sup> V. art. 2 de l'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, modifiant l'article 1303, remplacé par 1303 à 1303, al. 1,2,3 et 4 du code civil, in « Code civil », *Legifrance*, Archive, sur [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), consulté le 8 juillet 2016.

Mais, entre temps, c'est la doctrine qui, parallèlement à la jurisprudence, s'était intéressé à cette procédure<sup>1453</sup>.

**874.** Nous voudrions dès lors espérer que la présente réflexion retiendra l'attention d'autres plumes qui portent beaucoup mieux afin que ce soit l'action, dans ses attributs à travers sa conception actuelle, ou le droit d'agir, dans ses conditions à travers la légitimité de l'intérêt, portent moins les germes des difficultés dans la pratique procédurale. Nombre d'auteurs proposent d'écarter la référence au caractère légitime de l'intérêt à agir. Caractère équivoque ! Certes, mais pour autant, l'écarter ? Non. La légitimité de l'intérêt à agir semble devoir être requise du moment où l'intérêt illégitime ne peut qu'être inopérant<sup>1454</sup>.

**875.** Comme il a été indiqué, le problème ne se situe pas intrinsèquement dans l'examen du caractère légitime de ce critère de recevabilité de la demande en justice qu'est l'intérêt à agir. Il s'agit plutôt d'un problème de structuration technique dans le processus d'adjudication juridictionnelle des différents droits et situations juridiques au plaideur. Continuer d'examiner le fond au seuil du procès à travers celui de la légitimité de l'intérêt semble être une hypocrisie juridique contre nature sous le prisme de la trilogie des moyens de défense développée par MOTULSKY.

**876.** Il serait certainement convenable de replacer le caractère légitime de l'intérêt à agir dans son contexte, naturel, nous semble-t-il, qui est l'examen du bien-fondé de la prétention, seule étape où il faudrait l'invoquer et l'étudier sans porter atteinte au cours normal du processus judiciaire de l'introduction de la demande jusqu'à la reddition d'un jugement, toutes choses égales par ailleurs. Ce qui impose une réorganisation procédurale, voire processuelle, au travers de deux mécanismes à savoir, un processus de *détachement*, puis un autre consistant en un *rattachement*.

---

<sup>1453</sup> AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4<sup>e</sup> éd. 1869-1876, T. VI, n° 578 ; P. ROUBIER, *La position française en matière d'enrichissement sans cause*, Rapport à l'Association CAPITANT, Travaux 1948, T. IV, p. 38 et s., surtout, p. 44 ; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, T. II, n° 348 et s. ; G. BONET, « L'enrichissement sans cause en droit privé et en droit administratif », *Jurisclasseur civil*, annexes, 1979, n° 41 et s. en particulier ; ROUAST, « L'enrichissement sans cause », *RTD civ.*, 1922, n° 14 et s. ; aussi, n° 23 ; MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence*, Thèse, T. II, Toulouse, 1920, p. 449 ; RIPERT et BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, 1952, n° 1280.

<sup>1454</sup> V. G. WIEDERKEHR, *La légitimité de l'intérêt pour agir*, in Mél. Serge GUINCHARD, *Justices et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz 2010, pp. 877- 883 (précisément, p. 877 *in limine*). « L'action n'est pas ouverte à celui qui prétend la fonder sur un intérêt illégitime. Qui songerait à contester... la légitimité d'un tel principe ? Se demandait-il ».

**877.** En effet, le détachement pourra s'opérer à l'intérieur du processus de la recevabilité qui sera amputée de l'examen du caractère légitime de l'intérêt à agir. Il aura pour objet, en ce qui concerne les caractères de l'intérêt à agir, les caractères **né et actuel, personnel et direct** de celui-ci. Cela faisant, cette étape de la procédure se trouverait exorcisée des vieux démons, reliques historiques des procédures antiques, tant romaines que des traditions africaines. De plus, ce détachement opéré est de nature à apaiser le débat doctrinal de plus de quatre décennies sur cette confusion, confusion alimentée par un mélange d'examen de bien-fondé et de recevabilité des prétentions, tel ce double regard de Janus, un regard porté à distance sur le fond, un autre rapproché, porté sur l'examen de la recevabilité au seuil du procès. Mais ainsi détaché, l'examen de la légitimité de l'intérêt à agir, ne sera ni abandonné ni laissé. Bien au contraire, un autre mécanisme permettrait de la replacer, cette fois-ci, à l'étape processuelle, nous semble-t-il, convenable. Il s'agit de l'examen du bien-fondé de la demande. Le mécanisme de rattachement consisterait en un réaménagement processuel selon lequel l'examen de la légitimité de l'intérêt se ferait désormais à l'étape de l'examen au fond, le bien-fondé de la prétention. Il y aura des implications sérieuses, certainement au-delà de celles qui ont été évoquées à travers cette thèse.

**878.** D'abord, l'intérêt à agir ne sera plus une condition pour la seule recevabilité de la demande. Il aura une double facette et se trouvera ainsi à cheval entre la recevabilité et le bien-fondé de la demande. Au premier niveau, son étude se focaliserait sur ses caractères né et actuel, personnel et direct, en même temps que les autres conditions de recevabilité à savoir, la prescription, la chose jugée, le délai préfix et, surtout, la qualité qui aura ainsi moins d'interférence, voire moins d'influence sur l'intérêt à agir. La qualité, ayant été examinée au seul seuil du procès, la légitimité de l'intérêt échapperait ainsi à *l'envahissement* tant conceptuel que processuel de la notion et de l'examen de la qualité à agir.

**879.** Ensuite, viennent des implications procédurales assez techniques. Il s'agit de distinguer les caractères de l'intérêt, susceptibles d'être invoqués lors de la recevabilité et ceux ne pouvant être soulevés que lors de l'examen au fond. Le caractère technique se trouve en effet au niveau du risque de confusion entre **fin de non-recevoir** et **défense au fond**. Mais la difficulté ne devrait pas se poser ici. La séparation des fins de non-recevoir et des défenses au fond tenant à l'intérêt est assez nette. Elle est d'ailleurs même d'usage dans les prétoires, du moins en partie, certains juges écartant depuis un moment l'examen de la légitimité de

l'intérêt lors de l'étude de la recevabilité de la demande, ainsi qu'il est précisé dans le développement.

**880.** Enfin, selon l'article 204 du Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes (Code béninois), « Constitue une fin de non-recevoir, tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, **le défaut d'intérêt**, la prescription, le délai préfix, la chose jugée. ... ». Avec le rattachement désormais opéré, le défaut d'intérêt serait ni totalement une fin de non-recevoir, ni totalement une défense au fond. Il y a fin de non-recevoir relativement à l'intérêt à agir, seulement pour l'absence de l'un des caractères né et actuel ou personnel et direct de l'intérêt, le caractère illégitime étant dès lors une défense au fond. Il serait ainsi indispensable de retoucher cet article comme suit : « ..., **le défaut d'intérêt né et actuel, personnel et direct...** ». Il en serait de même pour l'article 122 du Code de procédure civile français.

**881.** Au-delà des implications sus évoquées, des préalables. En effet, la confusion créée par l'examen de la légitimité de l'intérêt à agir ne pourra se dissiper véritablement par le seul mécanisme de détachement/ rattachement. Il faut, au préalable, une véritable purge quant à la notion d'action qui recèle des liens trop étroits avec plusieurs (sinon, trop d') éléments du droit substantiel, tels que le droit, la prétention, le fond, bien ou mal-fondé. Et, au même moment, ceux de la notion de recevabilité en sont totalement absents. Définissant l'action, la rédaction de l'article 30 du Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes, s'il exprime, du moins au fond, sa signification, a péché pour avoir écarté tout ce qui pourrait permettre d'identifier son caractère procédural qui, pourtant, lui est intrinsèque. On peut ainsi remarquer que le substantiel a envahi une notion, celle de l'action, qui n'est pourtant qu'un moyen, un maillon du système du droit sanctionnateur, donc essentiellement procédural. Il semble nécessaire de lui épargner, autant que faire se peut, ce libellé trompeur qui n'est pas de nature à apaiser la confusion. Dans ce but, il nous a semblé nécessaire de procéder à un réajustement de cette définition en proposant une définition, plus proche de son caractère procédural comme suit : article 30 « ***L'action est une voie de droit offerte à toute personne d'obtenir ou de combattre auprès du juge l'existence, la reconnaissance, la protection d'un droit ou d'un intérêt*** ».

Ainsi réformé, c'est retenir une fois pour toute que : « Vaincre le substantiel et en jouir, c'est convaincre le processuel et en déduire ».

## BIBLIOGRAPHIE GENERALE

---

### I- OUVRAGES GENERAUX, TRAITES ET MANUELS

- AIACUB (Marcel), *L'Empire du ventre : Pour une autre histoire de la maternité*, Coll. « Histoire de la pensée », Ed. Fayard, Paris, 2004, 359 pages.
- ALLAND (Dénis) et RIALS (Stéphane), *Dictionnaire de la culture juridique*, Ouvrage publié avec le concours du centre National du livre, 1<sup>re</sup> éd., 3<sup>e</sup> tirage, 2010.
- AMRANI MEKKI (Soraya) et STRICKLER (Yves), *Procédure civile*, Coll. Thémis droit, 1<sup>re</sup> éd. PUF, Paris, 2014, 910 pages.
- ARISTOTE, *Métaphysique*, Version janvier 2014, (1003a-1005a), « La Métaphysique, science de la Substance, de l'Un et du Multiple, et des contraires qui en dérivent », Trad. Tricot (édition de 1953), Éd. Les Échos du Maquis, Paris, 2014, 298 pages.
- ARNSPERGER (Christian), VAN PARIJS (Philippe), *Éthique économique et sociale*, Coll. *La Découverte*, Ed. Repères, Paris, 2003, 128 pages.
- BARTHELEMY (Joseph), *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, 1899, Trad. Cixous, Déborah, Rééd. Kessinger, Paris, 1990, Parution 2010, 212 pages.
- BASDEVANT-GAUDEMET (Brigitte) et GAUDEMET (Jean), *Introduction Historique au Droit*, Manuel, 4<sup>e</sup> éd. 2016, Paris. 450 pages.
- BATIFFOL (Henri), *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, Paris, 1979, 519 pages.
- BATIFFOL (Henri), *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, Paris, 1949, 850 pages.
- BERGEL (Jean-Louis), *Théorie générale du droit*, Coll. *Méthode du droit*, Philippe JESTAZ, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2012, 399 pages.
- BERGER (Vincent), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 13<sup>e</sup> éd. Sirey, Préfaces de Louis-Edmond PETTITI, Paris, 2014, 953 pages.
- BERGSON (Henri), *Les deux sources de la morale et de la religion*, Coll. *Bibliothèque de philosophie contemporaine*, 58<sup>e</sup> éd. PUF, Paris, 1948, 340 pages.

- BOBBIO (Norberto), *Essais de théorie du droit*, Préface de Riccardo Guastini, trad. François-Michel Gueret, Coll. *La pensée juridique*, Ed. L.G.D.J., Paris, 1998, 296 pages.
- BOISTEL (Alphonse Barthélemy Martin), *Cours de philosophie du droit*, Cours professé à la Faculté de droit de Paris, Ed. A. FONTEMOING, T. II, Paris, 1899, 454 pages.
- BONNARD (Roger), *Précis de droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd. L.G.D.J., Paris, 1943, 786 pages.
- CABRILLAC (Rémy), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2016*, LexisNexis, 7<sup>ème</sup> édition, juin 2015, 543 pages.
- CADIET (Loïc), NORMAND (Jacques), AMRANI-MEKKI (Soraya), *Théorie générale du procès*, Coll. Thémis Droit privé, 2<sup>e</sup> éd. Paris 2013, 1024 pages.
- CADIET (Loïc) et JEULAND (Emmanuel), *Droit judiciaire privé*, Coll. Manuel, 10<sup>e</sup> éd. LexisNexis, 2017, 974 pages.
- CAGNOLI (Pierre) et Alii, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, Université de Paris I, LGDJ, Juin, Paris, 2002, 504 pages.
- CAPITANT (Henri), TERRE (François) et LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, obligations, Contrats spéciaux-sûretés, 13<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris, 2015, 892 pages.
- CARBONNIER (Jean), *Droit civil*, coll. Thémis (DUVERGER), Tome 1, (Introduction à l'étude du Droit Civil, 6<sup>e</sup> éd., PUF, Paris, 1965, 799 pages.
- CARBONNIER (Jean), *Droit civil, introduction*, Coll. Thémis, Droit privé, 2<sup>e</sup> éd. PUF, Paris, 1996, 334 pages.
- CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, PUF, 12<sup>e</sup> éd. Paris, 2017, 1103 pages.
- CASTAN (Nicole), *Les criminels du Languedoc. Les exigences d'ordre et les voies du ressentiment dans une société prérévolutionnaire*, Le Mirail, Toulouse, 1980, 363 pages.
- CHAINAIS (Cécile), FERRAND (Frédérique), GUINCHARD (Serge), *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, 33<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2016, 1770 pages.
- CHARPENEL (Yves), *L'ordre public judiciaire. La laque et le vernis*, Coll. Ordre public, Economica, Paris, 2014, 128 pages.

- CHOLET (Didier), *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ-E.J.A., Paris, 2006, 713 pages.
- CHOUQUER (Gérard), *Le monde romain de 70 av. à 73 apr. J.-C. Etude juridique et historique du dominium et de la propriété foncière dans le monde romain (Ier s. av. - Ier s. ap. J.-C.)*, Document commenté, Observatoire des formes du foncier dans le monde, France International Expertise Foncière (FIEF), Paris, 2014, 172 pages.
- COHEN–JONATHAN (Gérard), FLAUSS (Jean-François) et LAMBERT ABDELGAWAD (Elisabeth) (dir), *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la convention Européenne des droits de l'homme*, Coll. Droit et justice, Ed. Bruylant, Bruxelles 2006, 314 pages.
- COLLIARD (Claude-Albert), *La machine et le droit privé contemporain, Etudes de Georges RIPERT*, T. 1, LGDJ, Paris, 1950,
- COUCHEZ (Gérard), LAGARDE (Xavier), *Procédure civile*, Coll. Université, 17<sup>ème</sup> édition, Sirey Paris, 2014, 514 pages.
- COURREGES (Fabienne), *La loyauté dans la recherche des preuves pénales*, Droit privé, Limoges, 1990, Microfiche, dact., 114 f°.
- COUSIN (Victor), *Cours de l'histoire de la philosophie*, Ed. Pichon Et Didier, Quai des Augustins, 1829, Vol. 1, Coll. Bibliothèque nationale de France, Gallica, Paris, 1829, 510 pages.
- COZIAN (Maurice), VIANDIER (Alain) et DEBOISSY (Florence), *Droit des sociétés*, Litec, 30<sup>e</sup> éd. Paris, 2017, 900 pages.
- CROZE (Hervé), *Procédure civile*, Coll. Objectif droit, 5<sup>e</sup> édition, LexisNexis, Août 2014, 374 pages.
- CROZE (Hervé), *Guide pratique de procédure civile*, 5<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Paris, 2017, 414 pages.
- DABIN (Jean), *le droit subjectifs et situations juridiques*, préface de Christian Atias, éd. Dalloz, Paris 2008, 313 pages.
- DALBIGNAT-DEHARO (Gaëlle), *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, Préface de Loïc Cadiet, Coll. : Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2004, Ed. LGDJ, 497 pages.



- DARWIN (Charles), *L'origine des espèces au moyen de la sélection naturelle ou La lutte pour l'existence dans la nature*, Traduit sur l'édition anglaise définitive par Edmond BARBIER, éd. A. COSTES, Paris, 1921, 602 pages.
- DE LEVAL (Georges) et GEORGES (Frédéric), *Les institutions judiciaires : organisation et éléments de compétence*, Précis de droit judiciaire, Tome 1, coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, éd. Larcier, Bruxelles, 2014, 518 pages.
- DECOCQ (André), *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, préface de George Levasseur, coll. Bibliothèque de Droit privé (SOLUS Henri), Tome XXI, éd. LGDJ, Paris, 1960. 460 pages.
- DELVOLVE (Pierre) et MODERNE (Franck), *Précis de droit administratif et de droit public*, Edition revue et mise à jour par André HAURIOU 12<sup>e</sup> éd. 2010, DALLOZ, 1150 pages.
- DESTUTT de TRACY (Antoine-Louis-Claude), *Éléments d'idéologie : logique*, Ed. Courcier, Quai des Augustins, Paris, 1805, 671 pages.
- DOUCHY-OUDOT (Mélina), *Procédure civile*, Gualino, Lextenso édition, 6<sup>e</sup> éd. Paris, 2014, 427 pages.
- DURANTON (Alexandre), *Cours de droit français suivant le code civil*, Catalogue des livres de fonds de la librairie de jurisprudence, Tome six, 3<sup>e</sup> éd., Alex-GOBELET, Paris, 1834, 628 pages.
- DUTERTRE (Gilles), *Extraits clés de jurisprudence, Cour Européenne des Droits de l'Homme, Council of Europe Publishing* (Editions du Conseil de l'Europe), Préface de Pierre – Henri LIMBERT, 2003, 410 pages.
- ESMEIN (Adhémar), *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 14<sup>e</sup> éd. entièrement revue et augmentée, Sirey, Paris, 1921, 784 pages.
- FOERSTER (Maxime), *Elle ou lui ? Histoire des transsexuels en France, Collection, L'attrape-corps, Broché*, Ed. La Musardine, 2012, 222 pages.
- FOUCAULT (Michel), *Le courage du parrhésiate*, You tube, Livre Audio –
- FOUCAULT (Michel) - *Cours au Collège de France 01-02-84. - 04 -*  
<https://www.youtube.com/watch?v=wYT0w48Htmk>.
- FRICERO (Natalie) et JULIEN (Pierre), *Procédure civile*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, lextenso édition, Paris, Oct. 2014, 490 pages.

- FRICERO (Natalie), *Procédure civile : le droit au procès, le droit du procès, le droit au renouvellement du procès*, 14<sup>e</sup> éd., Gualino, Lextenso édition 2017, 248 pages.
- FRICERO (Natalie), *Procédure civile*, Memento LMD, 7<sup>e</sup> éd. Lextenso, Galino, Paris 2011, 261 pages.
- GAUCHET (Marcel), *La démocratie contre elle-même*, Coll. Tel. 317, Gallimard, Paris, 2002, 385 pages.
- GENY (François), *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Vol. I, Coll. University of Ottawa, Cdl, Americana, Toronto, Ed. Sirey, Paris, 1913, 236 pages.
- GERARD (Philippe), *Philosophie des droits de l'homme*, Cours de D.E.S. 2006-2007, Université de St-Louis (FUSL-Faculté Universitaire de St Louis Bruxelles 2007, 97 pages.
- GIERKE (Otto von), *Deutsches Privatrecht (Le droit privé allemand)*, Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft (Manuel systématique du droit allemand), T. I, Ed. Duncker et Humblot, Université de Harvard, Leipzig, 1895.
- GLASSON (Ernest-Désiré), TISSIER (Albert), MOREL (René), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1925-1936, 5 vol : tome 1, 1925, VIII, 851 pages ; - tome 2, 1926, 904 pages ; - Tome 3, 1929, 587 pages ; - tome 4, 1932, 1047 pages.
- GUINCHARD (Serge) et Ferrand (Frédérique), *Procédure civile Droit interne et Droit communautaire*, 29<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris, 2008, 1382 pages.
- GUINCHARD (Serge) (Dir), CHAINAIS (Cécile), FERRAND (Frédérique), *Procédure civile : droit interne et droit de l'Union européenne*, 33<sup>e</sup> éd., n° 137, Dalloz, 2016, Paris, 1770 pages.
- GUINCHARD (Serge), *Droit et pratique de la procédure civile : droit interne et droit de l'Union européenne*, 9<sup>e</sup> éd. Dalloz 2016, Paris, 2124 pages.
- GUINCHARD (Serge), FERRAND (Frédérique), CHAINAIS (Cécile), *Procédure civile*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd. Paris, 2017, 865 pages.
- GUIZOT (François), *Histoire de la civilisation en Europe*, Coll. Bibliothèque nationale de France, Gallica, Paris, 1870, 415 pages.

- HOBBS (Thomas), *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir ecclésiastique et civile*, Introduction, traduction et notes de François TRICAUD, Ed. Sirey, 1971, Rééd. Dalloz, 2012, 780 pages.
- HOURQUEBIE (Fabrice), *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, Lexitenso éd., Paris, 2010, 212 pages.
- HUVELIN (Paul), *La notion de l'iniuria (l'injuria) dans le très ancien droit romain*, Ed. Nabu Press, France, 2010, 136 pages.
- JESTAZ (Philippe) et JAMIN (Christophe), *La doctrine*, Droit privé, Histoire et philosophie du droit, Coll. *Méthodes du droit*, 1<sup>re</sup> éd. DALLOZ, Paris, 2004, 336 pages.
- JOSSERAND (Louis), *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Préface de David DEROUSSIN, 2<sup>e</sup> éd. Dalloz, 1939, Rééd. Dalloz, Paris, 2006, 454 pages.
- KANT (Emmanuel), *Critique de la raison pure, Préface à la seconde édition de 1787*, nouvelle traduction française, Ed. Félix ALCAN, avec notes, par A. TREMESAYGUES et B. PACAUD, préface de A. HANNEQUIN, Paris, 1905, 356 pages.
- KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, Trad. Charles EISENMANN, 2<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris 1962.
- KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, trad. de la 2<sup>e</sup> éd. allemande par Charles EISENMANN, Coll. *La pensée juridique*, Dalloz, Paris, 1962, Rééd. L.G.D.J., 1999, 367 pages.
- KERNALEGUEN (Francis), *Institutions judiciaires*, 6<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Paris, 2015, 285 pages.
- LABBEE (Pascal), *Introduction au droit processuel*, PUL (Presse Universitaire de LILLE), Paris, 1995, 155 pages.
- LE TOURNEAU (Philippe) et CADIET (Loïc), *Droit de la responsabilité*, Coll. Dalloz Action, Ed. 2002/2003 Dalloz, Paris, 2002, 1540 pages.
- LEFORT (Christophe), *Procédure civile*, 5<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris 2014, 567 pages.
- LEVY-BRUHL (Lucien), *La morale et la science des mœurs*, Alcan, Nouvelle édition, Collection *Bibliothèque de philosophie contemporaine*. 1<sup>re</sup> éd. 1903 à 776 pages, PUF, Paris 1971, 300 pages.

- MARCEAU (Long) et alii, *Les grands arrêts de la Jurisprudence administrative*, 18<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris, 2017, 1018 pages.
- MAS (Denys), *Le vice de procédure. Réflexions désordonnées d'un artisan du droit sur l'article 2241 alinéa 2 du Code civil*, Droit privé et sciences criminelles, éd. L'Harmattan, Paris 2014, 137 pages.
- MOREAU (Félix), *Le règlement administratif : étude théorique et pratique de droit public français*, Ed. Albert Fontemoing, Paris, 1902, 524 pages.
- MOREAU (Félix), *Manuel de droit administratif*, Coll. Manuel de droit public français, Ed. Albert Fontemoing, Paris, 1909, 1268 pages.
- MOTULSKY (Henri), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préfaces de Paul Roubier, éd. Dalloz, Paris, 2002, 183 pages.
- MOUNIER (Emmanuel), *Traité du caractère*, coll. *esprits*, Editions du Seuil, 1946, 795 pages.
- NDOYE (Doudou), *Le pouvoir judiciaire au Sénégal face aux autres pouvoirs. Doctrine politique et réalités*, Coll. Droit de savoir, N°08, les éditions du CAFORD, Dakar, 171 pages.
- OPPETIT (Bruno), *Philosophie de droit*, préface de François Terré, 1<sup>re</sup> éd. Dalloz, Paris 1999, réimpression. 2010, 156 pages.
- PERROT (Roger), *Institutions Judiciaires*, 16<sup>e</sup> éd. Bernard, 2017, Coll. Domat, Droit privé, Beignier et Lionel Miniato, 516 pages.
- PICARD (Edmond), *Le droit pur, Cours d'Encyclopédie du droit, les permanences juridiques abstraites*, éd. Fernand Larcier (Bruxelles) et Félix Alcan (Paris), 1899, 546 pages.
- PUIGELIER (Catherine), *Dictionnaire juridique*, Préface de Jean-Louis HERIN, Edition Larcier, Paris, 2015, 1068 pages.
- RABAGNY (Agnès), *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, vol. 1 et 2, ANRT, 2011, 1436 pages.
- REGLADE (Marc), *Valeur sociale et concepts juridiques, Norme Et Technique : Étude de Philosophie du Droit Et de Théorie Générale du Droit*, Recueil Sirey, Paris, 1950, 118 pages.

- RENOUVIER (Charles), *Les principes de la nature : essais de critique général*, 3<sup>e</sup>essai, Ed. Librairie philosophique Ladrance, Paris, 1864, 795 pages.
- RIALS (Stéphane), *Le juge administratif français et la technique des standards, essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Coll. Thèses, Sous-collection : Bibliothèque de droit public, Tome 135, Paris, L.G.D.J. 1980, 564 pages.
- RICHARD (Gaston), *Essai sur l'origine de l'idée de droit*, Paris, 1892, 263 pages.
- RIPERT (Georges), *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, L.G.D.J. Paris, 1936, 463 pages.
- ROGUIN (Ernest), *La régie de droit : analyse générale, spécialités, souveraineté des états, assiette de l'impôt, théorie des statuts, système des rapports de droit privé*, précédé d'une introduction sur la classification des disciplines, Lausanne, Ed. F. Rouge, 1889. 431 pages.
- ROSS (Alf), *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. Eric MILLARD et Elsa MATZNER, Coll. *La pensée juridique*, L.G.D.J., Paris, 2004, 240 pages.
- ROUBIER (Paul), *Le droit subjectifs et situations juridiques*, préface de David Deroussin, éd. Dalloz, Paris, 2005, 451 pages.
- ROUBIER (Paul), *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Coll. Bibliothèque Dalloz, 1<sup>re</sup> éd. Sirey, 1945, Réimp. 2<sup>e</sup> éd. 1951, Paris, 2005, 334 pages.
- RUYER (Raymond), *Esquisse d'une philosophie de la structure*, Série de la bibliothèque de philosophie contemporaine-FA, Ed. Félix Alcan, Paris, 1930, 370 pages.
- SALEILLES (Raymond), *De la personnalité juridique*, Colle. *Références*, 1910, Ed. La Mémoire du droit, Paris, 2003, 678 pages.
- SAVIGNY (Friedrich Carl Von), *Traité de droit romain*, Trad. de l'allemand par M. Ch. GUENOUX, T. I, Firmin DIDOT, Paris, 1855, 413 pages.
- SAVIGNY (Friedrich Carl von), *Traité de droit romain*, Trad. GUENOUX, T. 8, 2<sup>e</sup> éd., Firmin DIDOT, Paris, 1860, 532 pages.
- SCHIAVONE (Aldo), *L'invenzione del diritto in Occidente (ou L'invention du droit en Occident)*, trad. Geneviève et Jean Bouffartigue, préface de Aldo Schiavone, Belin, coll. « L'Antiquité au présent », Paris, 2008, 539 pages.

- SENEQUE, le philosophe (en latin, Lucius Annaeus Seneca), « De La Colère, traduction nouvelle par M. Élias RECNAULT », in *Œuvres complètes*, trad. M. NISARD (dir.), Ed. J.-J. DUBAUCHET, Paris, 1844, pp. 1-64, 874 pages.
- STEFANI (Gaston) et LEVASSEUR (Georges), *Droit pénal général et procédure pénale*, 11<sup>e</sup> éd., Sirey, Paris, 1994, 371 pages.
- STRICKLER (Yves), *Procédure civile*, 7<sup>e</sup> éd. Paradigme, Bruylant, Bruxelles, 2017, 369 pages.
- TAHRI (Cédric), *Procédure civile*, Coll. Lexifac droit, 3<sup>e</sup> éd. Bréal, 2010, 255 pages.
- TARDE (Gabriel), *Les transformations du droit, étude sociologique*, Ed. Félix ALCAN, Paris, 1893, 212 pages.
- TIMSIT (Gérard), *Archipel de la norme*, coll. Les voies du droit, PUF, Paris, 1997, 264 pages.
- TROPER (Michel), *La philosophie du droit*, coll. *Que sais-je ?*, P.U.F., Tome 857, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 2018, 126 pages.
- VOUGLANS (Muyart de), *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Dédiées au Roi SIRE, MERIGOT, CRAPART, MORIN, I, Paris, 1780, 883 pages.
- WEBB (Clément Charles Julian), André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*, Vol. II 4<sup>e</sup> éd., Alcan, Paris, 1932.
- WITZ (Claude), *Le droit allemand*, 2<sup>e</sup> éd., Coll. Connaissance du droit, Ed. Dalloz, Paris, 2013, 216 pages.

## II- **OUVRAGES SPECIAUX, THESES ET MONOGRAPHIES**

- ABDELKADER (Mrabti), *Contribution à l'étude critique de la notion de lésion*, thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 1986, 334 pages.
- ALLAND (Dénis), *Justice privée et ordre juridique international. Étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Coll. Publication de la Revue générale de droit international public, préf. Pierre-Marie DUPUY, Ed. A. Pédone, Paris, 1994, 503 pages.

- AMRANI-MEKKI (Soraya), *le temps et le procès civil*, Coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, Ed. Dalloz, Paris, 2002, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris1), Paris, 589 pages.
- ANNAN, Kofi, « Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit », Rapport du Secrétaire général des Nations Unies, *Nations Unies, S/2004/616, Conseil de sécurité*, Distr. 23 août 2004, Original: anglais 04-39530 du 11-08-2004, Français 0439530 du 23-08-2004, 30 pages.
- ANCEL (Bertrand), *Droit international privé comparé*, Thèse, université Panthéon-Assas (Paris II), 2007-2008.
- BANDRAC (Monique), sous la direction de GUINCHARD Serge, « Chapitre 101 – Vérification de l'intérêt à agir », Dalloz action, *Droit et pratique de la procédure civile*, 2014.
- BATIFFOL (Henri), *La capacité civile des étrangers en France. Influence de la loi française*, préface de L. Julliot de la Morandière, Paris, Sirey, 1929, 320 pages.
- BATIFFOL (Henri), *Les conflits de lois en matière de contrats. Étude de droit international privé comparé*, Paris, Recueil Sirey, 1938, 500 pages.
- BERREVILLE (Jean-Claude), *Le particularisme de la preuve en droit pénal douanier*, Thèse de doctorat, Droit, Lille, 1966, dact., 462 f°.
- BESSON (Antoine), Heuyer (Georges), Levasseur (Georges.) et Ceccaldi (Pierre-Fernand), *Les enfants et adolescents socialement inadaptés. Problèmes juridiques et médico-psychologiques*, Paris, Cujas, 1958, 312 pages.
- BEUDANT (Charles), *Cours de droit civil français*, Coll. Rousseau, 2<sup>e</sup> éd., II, (Nationalité, Condition des étrangers, État civil, Mariage), Paris, 1936, 660 pages.
- BLOCK (Guy), *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Thèse, Bruylant, Bruxelles, 2002, 437 pages.
- BORE (Louis), *La Défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions actives et judiciaires*, Préface de Genève Viney, Tome 278, Université Paris1 Panthéon Sorbonne, LGDG, Paris, 1997, 449 pages.
- BOYER (Alain), *Introduction à la lecture de Karl Popper*, V. chapitre 6 : « L'essentialisme », Presses de l'École Normale Supérieure, Ed. Rue d'Ulm, Paris, 1994, 292 pages.

- CADENE (Jean), *La preuve en matière pénale, essai d'une théorie générale*, Thèse de doctorat, *Droit*, Montpellier, 1963, dact., III-228 f°.
- CADIET (Loïc) et Alii, *Itinéraire d'histoire de la procédure civile*, Regards français (1), Coll. Bibliothèque de l'IRJS-André TUNC, Tome 52, IRJS éditions, Paris 2017, 229 pages.
- CAIRE (Anne-Blanche), *Relecture du droit européen des droits de l'homme*, Thèse Université de Limoge, 2010.
- CHABAS (Jean), *La justice indigène en Afrique occidentale française*, *Annales africaines*, Ed. de la Société des journaux et publications du Centre, Institut des Hautes Etudes de Dakar, Paris, 1954, 64 pages.
- CHARPENEL (Yves), *L'ordre public judiciaire, la laque et le vernis*, Coll. Ordre public, Economica, Paris, 2014, 128 pages.
- CHARPENTIER (Paul-Louis-Henri), *Étude sur le caractère des preuves en matière criminelle*, Ed. Cosson, Paris, 1862, 52 pages.
- CLAY (Thomas) (dir), JOXER (Pierre) et Alli, *Manifeste pour la justice*, Le club « Droit, justice et Sécurité », Ed. Le Cherche midi, Paris, 2012, 229 pages.
- COMBRET-VATIER (Sylvie de), *Le déplacement du fardeau de la preuve dans le procès pénal*, Paris, 1975, dact., 115 f°.
- CORNU (Gérard) et FOYER (Jean), *Procédure Civile*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, Paris 1996, 779 pages.
- COUCHEZ (Gérard) et LAGARDE (Xavier), *Procédure civile*, 17<sup>e</sup> éd. Sirey, Paris, 2014, 514 pages.
- CROZE (Hervé), *Le procès civil*, Coll. Connaissance du droit, 2<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris, 2004, 137 pages.
- DABIN (Jean), *Le droit subjectif*, préface de Christian ATIAS, Ed. Dalloz, 1952, réimp. Dalloz, Paris. 2008, 313 pages.
- DAVID (René) et CAPPELLETTI (Mauro), *Accès à la justice et Etat-providence*, Collection Publications de l'institut universitaire européen, Ed. Economica, Paris, 1984, 361 pages.
- DEJARDIN (Denis), *L'influence des nouvelles technologies sur le droit de la preuve, Droit privé général et européen*, Limoges, 2002, dact., 107 f°.



- DE MALLON (Pierre), *L'intérêt moral dans les obligations légales*, Thèse, Université de CAEN, 1911, 389 pages.
- DEJEAN (Etienne), *Les théories françaises sur l'origine de l'intérêt*, Thèse, Université de Paris, éd. Arthur Rousseau, LNDJ, Pars 1906, 106 pages.
- DENIZART (Jean), *La charge de la preuve en matière pénale*, Thèse de doctorat, *Droit*, Lille, 1956, dact., VI-314 f°.
- DESDEVISES (Yves), *Le contrôle de l'intérêt légitime (Essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action)*, Thèse, Université de Nantes, Déc. 1973, 377 pages.
- DIDIER (Philippe), *De la représentation en droit privé*, Thèse, Université Panthéon ASSAS (Paris II), Droit-économie-Sciences Sociales, Paris, 1992, 474 pages.
- DIJON, (Xavier), « Le sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif », Dissertation présentée pour l'obtention du grade d'agrégé de l'enseignement supérieur, Université Catholique de Louvain, Faculté de droit, Promotion RIGAUX François, Louvain-la-Neuve, 1981-1982, 789 pages.
- DJOGBENOU (Joseph), *Les privations de la liberté individuelle de mouvement non consécutives à une décision pénale de condamnation*, Thèse, Droit privé, Université d'Abomey-Calavi, 2007, 321 pages.
- DJOGBENOU (Joseph), *L'exécution forcée, droit OHADA*, 2<sup>e</sup> éd. CREDIJ, Cotonou, 2011, 338 pages.
- DJUVARA (Mircea), *Le fondement du phénomène juridique, quelques réflexions sur les principes logiques de la connaissance juridique*, Recueil Sirey, thèse, Paris, 1913, 216 pages.
- DU CHASTEL DE LA HOWARDERIE (Antoine), *Les class actions et la procédure civile française*, Thèse Paris 1- Panthéon Sorbonne, Institut André Tunc, Paris 2006, 312 pages.
- DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Tome premier, La règle de droit - le problème de l'Etat, 3<sup>e</sup> éd. Boccard en cinq volumes, ancienne librairie Fontemoing et Compagnie, Paris, 1927, 763 pages.
- EGEA (Vincent), *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Préface A. LEBORGNE, Coll. Doctorat & Notariat, Ed. Defrénois, (Premier prix de thèse de l'Université Paul CEZANNE (Aix-Marseille III) et Prix de l'association des docteurs en droit, Prix de la chambre régionale des huissiers de justice, Prix de la fondation Jules et Louis JEANBERNAT), Tome 43, Paris, 2010, 552 pages.

- FAURE (Fernand), *Histoire de la préture, Droit français de l'institution contractuelle*, Thèse, Faculté de droit de Bordeaux, 1878, 218 pages.
- FOURNEAU (Adrien), *A la recherche d'une notion centrale du droit judiciaire pour une conception objective de l'action en justice*, thèse de doctorat, Droit, Aix-en-Provence, 1951, dact., 328 f°.
- FOURROUTANI (Djavad), *Le fardeau de la preuve en matière pénale : essai d'une théorie générale*, Thèse de doctorat, Droit, Paris, 1977, dact., 783 f°.
- FREMERY (A.), *Etudes de droit commercial : du droit fondé par la coutume universelle des commerçants, Alex-Gobelet*, Paris, 1833, 562 pages.
- GARRAUD (Pierre), *La preuve par indices dans le procès pénal. Évolution de cette preuve au point de vue juridique et au point de vue technique*, thèse de doctorat, Droit, Lyon; Paris, Larose et Tenin, 1913, 358 pages.
- GIRARD (Paul Frédéric), *Manuel élémentaire de droit romain*, 8<sup>e</sup> éd., Arthur Rousseau, 1929, Rééd. Dalloz, 2003, 1223 pages.
- GISBERT (Hippolyte), *Des moyens de preuve devant les juridictions répressives en droit français*, Thèse de doctorat, Droit, G. Pedone-Lauriel, VI, n° 57, Paris, 1893, 202 pages.
- GISBERT (Hippolyte), *Des moyens de preuve devant les juridictions répressives en droit français*, Thèse de doctorat, Droit, G. Pedone-Lauriel, VI, Paris, 1893, 202 pages.
- GORPHE (François), *L'appréciation des preuves en justice. Essai d'une méthode technique*, Sirey, Paris, 1947, 488 pages.
- GRZEGORCZYK (Christophe), MICHAUT (Françoise) et TROPER (Michel) dir., *Le Positivisme juridique*, avec la collaboration de JEAN-PIERRE MORELOU, PHILIPPE KRAUTTER et l'équipe de recherche du Centre de Théorie du Droit de l'Université de Paris-X-Nanterre 1993, Paris, LGDJ ; Bruxelles, Story-Scientia, 1993, 536 pages.
- GUINCHARD (Serge) et alii, *Droit processuel : droit fondamentaux du procès*, 9<sup>e</sup> éd. Droit privé, Précis, Dalloz, Paris, 2017, 1515 pages.
- GUINERET-BROBBEL (Anne), DORSMAN (dir.), *Le Temps et le droit*, Colloque organisé par le Centre de recherches sur la Protection Juridique de la personne de l'Université de Franche-Comté le 24 novembre 2000, Besançon, Presses universitaires Franc-Comtoises, 2003, 133 pages.

- GUZEL (Ali), *La défense des intérêts collectifs de la profession par l'action en justice du syndicat*, Thèse, Université des SCsociales de Grenoble, 1976, 293 pages.
- HEIDEGGER (Martin), *Lettre sur l'humanisme*, (lettre à Jean BEAUFRET), Coll. *bilingue*, 1<sup>re</sup> éd. 1946 (version allemande : « *über den humanismus* », *vittorio klostermann, francfort-sur-le-main*, 1946), Trad. Roger MUNIER, éd. Aubier, 1970, 189 pages.
- HENNION (Patricia), *Preuve pénale et droits de l'homme*, Thèse de doctorat, *Droit privé*, Nice, 1999, dact., 558 f°.
- HERIOT (René), *Les difficultés de preuve en matière d'homicide*, Thèse de doctorat, *Droit*, Impr. de H. Jouve, Paris, 1908, 110 pages.
- HERON (Jacques) et LE BARS (Thierry), *Droit judiciaire privé*, Domat, droit privé, 6<sup>e</sup> éd. Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso, Paris, 2015, 998 pages.
- IONESCOU (Octavian), *La Notion de droit subjectif dans le droit privé*, Collection Thèses françaises, Ed. Recueil Sirey, Paris, 1931, 202 pages.
- JEULAND (Emmanuel), *Droit processuel général*, Domat, Droit privé, 3<sup>e</sup> éd. LGDJ, Lextenso, Paris, 2014, 734 pages.
- KANT (Emmanuel), *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Coll. Les classiques des sciences sociales, Trad. de l'Allemand en français par Victor DELBOS à partir de l'édition de 1792, 73 pages.
- KANT (Emmanuel), *Logique*, trad. L. Guillermit, 1<sup>re</sup> éd. 1724-1804, Coll. *Bibliothèque des textes philosophiques*, Ed. J. Vrin, Limoge impr. A. Bontemps, Paris 1966, 167 pages.
- LAKHOUA (Mohamed-Henri), *La loyauté dans la recherche des preuves en matière pénale*, Thèse de doctorat, *Droit*, Paris 2, 1973, dact., 413 f°.
- LANGUIN (Noëlle), Kellerhals (Jean), ROBERT Christian Nils, *L'art de punir : les représentations sociales d'une « juste » peine*, Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, Collection genevoise, Genève, 2006, 137 pages.
- LASSERRE (Valérie), Préface à H. KELSEN, *Qu'est-ce que la justice ?*, Traduit de l'allemand par Pauline le MORE et J. PLOURDE, suivi de « *Droit et morale* », Traduit de l'allemand par Charles EISENMANN, Ed. Markus Haller, 141 pages.
- LEFORT (Christophe), *Procédure civile*, 5<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris, 2014, 547 pages.

- LEONARD (Thierry), *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Coll. de thèses, Éd. Larcier, Bruxelles, 2005, 894 pages.
- LEVY (Jean-Philippe) et CASTALDO (André), *Histoire du droit civil*, Droit privé, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2010, 1619 pages.
- LUCAS (Olivier), *Pour un droit processuel de la consommation*, Thèse Université de Rennes, 2000, 720 pages.
- MELIS-MAAS (Stéphanie), *Pour un renouvellement de la notion d'action en justice* », Thèse, Université de Metz, 2004, 363 pages.
- MERLE (Philippe), « Les présomptions légales en droit pénal », Thèse de doctorat, Droit, Ed. LGDJ, Paris, 1970, 213 pages.
- MILL (John Stuart), *La liberté*, 1859, trad. française de Dupont-White, *Guillaumin*, Bibliothèque des Sciences Morales et Politiques, 2<sup>e</sup> éd. Paris, 1864, 303 pages.
- MOHAMED (Abdel-Khalek Omar), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, thèse, Université de Paris, LGDJ, Paris, 1965, 232 pages.
- MOLINA (Emmanuel), *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, thèse, droit, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, 620 pages.
- MONTCHO-AGBASSA (Eric Codjo), *Contribution à l'étude d'une notion à contenu variable: le délai raisonnable en droit privé*, Thèse de Doctorat de droit privé, Université d'Abomey-Calavi, 2009, 337 pages.
- MOTULSKY (Henri), *La nature juridique de l'arbitrage*, *Écrits*, Tome 2 : Études et notes sur l'arbitrage, préf. Berthold GOLDMAN et Philippe FOUCHARD, Dalloz, Paris, 1974, 541 pages.
- ORTOLANI (Marc) et VERNIER (Olivier) (dir.), *Le temps et le droit*, Journées internationales de la Société d'histoire du droit, mai 2000, Nice, Serre, 2002, 257 pages.
- OST (François) et VAN HOECKE (Mark), *Temps et droit : le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 469 pages ;
- OST (François), *Le temps du droit*, Paris, *Odile Jacob*, 1999, 376 pages.
- PAUTRAT (René), *La justice locale et la justice musulmane en AOF*, Préface de I. Renauld, Dakar, 1957, 267 pages.

- PENA (Marc) et alli, *Qu'est-ce qu'une société juste ?*, coll. Centre d'éthique économique (Jean-Yves) NAUDET), acte du sixième colloque d'éthique économique, Aix-en Provence, 25 et 26 juin 2009, ed. PUAM, 2010, 350 pages.
- PERCEROU (Jean), *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, Coll. Thaller, Tome premier, 2<sup>e</sup> éd. Arthur Rousseau, Paris 1935, 1070 pages.
- PERNEL (Christine), *Les libertés et droits fondamentaux dans la recherche de la preuve pénale en médecine légale*, Thèse de doctorat, *Droit privé*, Université de Nantes, 1999, dact., 464 f°.
- PLANIOL (Marcel), *La très ancienne coutume de Bretagne : avec les assises, constitutions de parlement et ordonnances ducales, suivies d'un recueil de textes divers antérieurs à 1491*, Ed. critique, accompagnée de notices historiques et bibliographiques, Rennes, J. Plihon et L. Hervé, 1896, 566 pages.
- POPPER (Karl Raimund), *La Connaissance objective*, 1<sup>re</sup> éd. anglaise 1972, Coll. Bibliothèque philosophique. Traduction de l'anglais et préface par Jean-Jacques Rosat. Traduction de « Objective knowledge ». Ed. Aubier, Paris, 1991, 578 pages.
- RASCHEL (Loïs), *Le droit processuel de la responsabilité civile, Préface de Loïc CADIET*, IRJS éditions, Institut André TUNC, Paris 2010, 465 Pages.
- RIVIER (Marie-Claire) (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits : Un objet nouveau dans le discours des juristes français ?*, CERCRID., Université Jean Monnet, Saint-Etienne, Mai 2001, 70 pages,
- ROOSEVELT, Theodore (ex Président des Etats-Unis d'Amérique de 1901 à 1909), Extrait du message qu'il a envoyé au Congrès des Etats-Unis le 8 décembre 1908, « *Papers relating to the foreign relations of the United States : with the annual message of the President transmitted to Congress, December 8, 1908* », in *Foreign relations of the United States*, 1908, Ed. Washington : Government Printing Office , 1912 [814].
- ROTHE (Tancrede), *Traité de droit naturel théorique et appliqué*, En 2 vol., Tome IV, 1885, Ed. L. Larose, Paris, 1904, 792 pages.
- SOHM (Rudoph), *The institutes of roman law, Trad. James Crawford Ledlie, Bernhard Erwin Grueber*, Gorgias Press LLC, 2002 - 560 pages.
- SOLUS (Henri) et PERROT (Roger), *Droit judiciaire privé : Introduction Notion fondamentales Action en justice, acte juridictionnel- Organisation judiciaire*, Ed. Sirey, Paris 1961, 114 pages.

- SOLUS (Henry), *Traité de la condition des indigènes en droit privé : colonies et pays de protectorat (non compris l'Afrique du Nord) et pays sous mandat*, Paris, Sirey, 1927, 590 pages.
- STAES (Olivier), *Droit judiciaire privé*, Ed. Elipses, Paris 2006, 256 pages.
- STRAUSS (Leo), *La philosophie politique et l'histoire, Qu'est-ce que la philosophie politique ?* Version originale de 1959, Trad. De l'anglais par Olivier SEDEYN (1992), Paris, PUF, 1992, 298 pages.
- TASLIM OLAWALE (Elias), *La nature du droit coutumier africain*, Traduit de l'anglais par Découflé et Dessau, éd. Présence africaine, Dakar, 1961, 325 pages.
- TRIBES (Annick), *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, Thèse, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris II, Paris 1975, 470 pages.
- TUTU (Desmond), « *No Future Without Forgiveness* », Rider, London, 1999 – trad. Albin Michel sous le titre « *Il n'y a pas d'avenir sans pardon* », Paris, 2000.
- VILLEY (Michel), *Le droit romain, Que sais-je ?* 1<sup>re</sup> éd. PUF, 1945, Coll. Quadrige, Paris, 2012, 143 pages.
- VUITTON (Xavier) et AYNES (Augustin), *Droit de la preuve, Principes et mise en œuvre processuelles*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Paris, 2017, 361 pages.
- WEBER (Max), *Sociologie du droit*, Préf. Philippe RAYNAUD, Trad. et introd. Jacques GROSCLAUDE, Coll. Quadrige, Discipline : Droit et Science politique, PUF, Ed. 1986, Rééd. Paris, 2013, 324 pages.
- WILLIAMS (Glanville Llewelyn), *Crown Proceedings: an account of civil proceedings by and against the Crown as affected by the Crown proceedings act*, 1947, Ed. Stevens, 1948, 157 pages.

### III- ARTICLES, JURISCLASSEURS, RAPPORTS ET CHRONIQUES

- ABOUKRAT (Hélène), « Doute scientifique et vérité judiciaire », Jean-Claude Bossard (dir.), *Droit pénal et sciences pénales de Yves Mayaud*, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2010, 230 pages.
- ALLIX (Dominique), « La preuve en matière pénale à l'épreuve du procès pénal équitable », *Justices*. In *Revue générale de droit processuel*, 1998, avril-juin, n° 10, Paris, pp. 35-51.
- AMRANI-MEKKI (Soraya), « Le droit processuel de la responsabilité civile », in *Mélanges en l'honneur du Professeur G. Viney*, LGDJ, Paris, 2008, pp. 1 et s.

- ANCEL (Marc), « La défense sociale nouvelle », in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 6 N°4, Octobre- décembre 1954. pp. 842-847.
- AUCLAIR (Nicolas), « Une défense au fond rend l'exception d'incompétence irrecevable », in *La Semaine Juridique*, Edition Générale, n° 15, 12 Avril 2000, II 10291.
- AUTRIC (Jean-Baptiste), « Action en justice, intérêt à agir, intérêts collectifs et valeurs partagées », *Juris associations*, 1<sup>er</sup> Déc. 2015, n° 529, pp 37-39.
- BAINES (Erin K.), « The Haunting of Alice: Local Approaches to Justice and Reconciliation in Northern Uganda » (La chasse d'Alice : approches locales de justice et de réconciliation dans le nord de l'Ouganda), *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, 2007, pp. 91-114.
- BARBIER (Maurice), « Pouvoir et propriété chez Thomas D'aquin : la notion de *dominium* », in *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, Tome 94, Ed. Vrin, *Varia*, 2010/4, pp. 655-670, Spéc. 655 et s.
- BARRAT (Olivier), « Contentieux général de la Sécurité sociale : une fin de non-recevoir peut être soulevée à tout moment », *Gazette du Palais - 01/08/2006 - n° 213*, page 9.
- BASEDOW (Jürge), « L'accès à la justice pour les créances modestes : le médiateur de l'assurance en Allemagne », in *Mélanges Serge GUINCHARD*, « Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, éd. Dalloz, 2010, pp. 67-83.
- BEAUCHARD (Jean), « La tendance au refoulement du fait dans le procès civil », in *Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, Paris, 2010, pp. 587-596.
- BEAUCHARD (Jean), « Nullité des Actes de Procédure – Généralités », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 136, 5 juin 2009, Mise à jour le 30 avril 2014, 20 pages.
- BEAUCHARD (Jean), « Nullité des Actes de Procédure - Vices de forme », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 137, 5 juin 2009, Mise à jour le 29 mai 2012, 32 pages.
- BEAUCHARD (Jean), « Nullité des Actes de Procédure.- Irrégularités de fond », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 138, 5 juin 2009, Mise à jour le 21 janvier 2014, 19 pages.
- BERGE (Jean-Sylvestre) et alii, « Le droit communautaire et les divisions du droit », *Petites affiches*, 24/08/2004, n° 169, page 3.

- BERGER (Denis) et RIGNOL (Loïc), « Communismes », Notices, in Michèle Riot-Sarcey, Thomas Bouchet et Antoine Picon (dir.), Dictionnaire des utopies, Larousse, Paris, 2002, pp. 53-58.
- BERLAUD (Catherine), « Fin de non-recevoir d'ordre public en matière de reconnaissance d'ascendant », Gazette du Palais, 27/11/2014, n° 331, page 25.
- BERLAUD (Catherine), « Fin de non-recevoir relevée d'office et principe du contradictoire », Gazette du Palais, 07/03/2013, n° 066.
- BLERY (Corinne), « Rappel de procédure : la fin de non-recevoir ne suppose pas de grief », Gazette du Palais, 22/12/2015, n° 356, page 16.
- BOLARD (Georges), « Notre belle action en justice », in *De code en code*, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, DALLOZ, 2009, pp. 17-25.
- BOLARD (Georges), « Qualité ou intérêt pour agir ? », in *Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, Paris, 2010, pp. 597-606.
- BONNIER (Édouard), « De la preuve légale devant les tribunaux criminels, Revue de législation et de jurisprudence, nouvelle série, tome 1, vol. XVII, janvier-juin 1843, p. 330-354.
- BORE (Louis), « L'obscurité de la loi », in *Création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, Dalloz, Paris, 2007, pp. 27-38.
- BORRICAND (Jacques), « Progrès scientifique et droit de la preuve pénale », in Problèmes actuels de science criminelle, volume XVII, Institut de sciences pénales et de criminologie, Laboratoire de recherche sur la délinquance et les déviances, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, pp. 43-53.
- BOUGLÉ (Célestin Charles Alfred), « Les sciences sociales en Allemagne, les méthodes actuelles », (*IV- R. Von JHERING : La philosophie du droit*), Université de Michigan, Coll. *Americana*, Éd. Félix Alcan, Paris, 1896, pp. 103-141.
- BOULOC (Bernard), « La preuve en matière pénale », in PUIGELIER (Catherine) (dir.). La preuve. Actes du colloque organisé au Sénat les 13 et 14 février 2004 par l'Institut des Études judiciaires de la Faculté de droit de l'Université de Paris 13, *Économica*, Paris, 2004, pp. 43-56.
- BOUZAT (Pierre), « La loyauté dans la recherche des preuves », in Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à Louis HUGUENEY, Sirey Paris, 1964, pp. 155-177.



- BUCHER (Andreas), « L'intérêt de l'enfant pénètre la convention sur l'enlèvement », in *Vers de nouveau équilibre entre ordres juridiques*, Mélanges Gaudemet-Tallon, Dalloz, Paris, 2008, pp. 683-701.
- BUISSON (Jacques). « La légalité dans l'administration de la preuve pénale », *Procédures*, 4<sup>e</sup> année, n° 12, décembre 1998, p. 3-6.
- BULLIER (Antoine J.) et PANSIER (Frédéric-Jérôme), « Proof and evidence : la preuve pénale en droit français et anglais », *Gazette du Palais*, 8 juillet 1993, pp. 886-890.
- CADIET (Loïc), « Compte rendu de l'ouvrage de C. Samson et J. Mc Bride (dir.), Solutions de rechange au règlement des conflits - Alternative Dispute Resolution », *Sainte-Foy*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1993, in *Revue internationale de droit comparé* 1994, n° 4, pp. 1213-1217.
- CADIET (Loïc), « Introduction à la théorie générale du procès (Leçon n° 1) », in *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et administratives : Leçons béninoises de théorie générale du procès*, N° spécial de l'année 2014, Ed. CHRISTON, Ecole Nationale d'Administration et de Magistrature (ENAM) et la Faculté de Droit et de Sciences Politiques (FADESP) des Universités publiques du Bénin, Cotonou, 2014, pp. 11-42.
- CADIET (Loïc), « L'accès au juge de cassation », Rapport de synthèse sur le premier sous-thème, In *Le juge de cassation à l'aube du 21ème siècle*, Actes du premier Congrès de l'Association des Hautes Juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), Marrakech - 17 au 19 mai 2004, pp. 197-205.
- CADIET (Loïc), « Carbonnier processualiste », in *Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, Paris, 2010, pp. 189-204.
- CADIET (Loïc), « Des tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *De code en Code*, Mélanges en l'honneur de Gorges WIEDERKEHR ? Dalloz, 2009 pp. 65-87.
- CADIET (Loïc), « Les conflits de légalité procédurale dans le procès civil », in *Création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, Dalloz, Paris, 2007, pp. 57-78.
- CADIET (Loïc), « Les sources internationales de la procédure civile Française », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon, Dalloz, Paris, 2008, pp. 209-227.

- CADIET (Loïc), « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », Document produit pour *les études sur l'économie et des finances avec le soutien de la Fondation Zengin*, Ed. *Ritsumeikan Law Review*, n° 28, 2011, Kyoto, pp. 147-167.
- CARBONNIER (Jean), « De minimis... », in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Dalloz, 1987, pp 29-37.
- CAROTENUTO (Sylvie) et MENDES (Constant), « L'inscription de la justice dans la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Les Petites Affiches*, la Loi, Archives commerciales de France, 39<sup>e</sup> année, n°134, Juillet 2002, pp. 4-17.
- CASORLA (Francis), « La preuve en procédure pénale comparée », *Le droit français*, Revue internationale de droit pénal, 1992, 63<sup>e</sup> année, pp. 183-204.
- CAYROL (Nicolas), « Action en justice », *Répertoire de procédure civile*. Paris, mars 2013, Actualisation : janvier 2016.
- CAYROL (Nicolas), « La saisine du juge », in *De code en Code*, Mélanges en l'honneur de Gorges Wiederkehr, Dalloz, 2009, pp. 99-110.
- CHARPENEL (Yves), « Prospective et police judiciaire : l'exemple de la preuve pénale », *Revue de la Gendarmerie nationale*, 2003, Hors série n° 4, pp. 96-98.
- CHAUVAUD (Frédéric), « Le sacre de la preuve indiciale. De la preuve orale à la preuve Scientifique, (XIXe siècle-milieu du XXe siècle) », in LEMESLE (Bruno) (dir.), *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, Rennes, P.U.R., 2003, pp. 221-239.
- CHAZAL (Jean-Pascal), « Léon DUGUIT et François GENY, Controverse sur la rénovation de la science juridique », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 65<sup>e</sup> vol. Edition de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2010, pp. 85- 133.
- CHOLET (Didier), *Qualification de l'incident de faux : exception de procédure ou défense au fond ?*, D. 2007. 192.
- CHRISTOL (Gérard), « La légitimité ne se proclame plus, elle se démontre », in *les Petites Affiches*, 388<sup>e</sup> année, 8 janvier 1999, N°6, 3 pages.
- CLAM (Jean), « La doctrine kantienne du droit, introduction à sa lecture et discussion de ses enjeux », in *La Revue de la Recherche Juridique*, 64<sup>e</sup> année, n° XXI, Paris, 1996, I, pp. 266-279.
- COHEN (Daniel), « Justice publique et justice privée », *Arch. phil. droit*, n° 41, Paris, 1997, pp. 149-161.

- COMBALDIEU (Raoul), « Le juge et la vérité. Aspect du droit pénal », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, tome XXVI, 1978, pp. 315-324.
- CORNEVIN (Robert), « L'évolution des chefferies dans l'Afrique noire d'expression française », *Recueil Penant*, n° 686 à 688, Paris, 1961, pp. 379-388.
- COULON (Jean-Marie), FRISON-ROCHE (Marie-Anne) (dir.), *Le temps dans la procédure* : Colloque organisé par le Tribunal de Nanterre et l'Association française de philosophie du droit le 5 décembre 1995, Paris, Dalloz, 1996, 78 pages.
- CRETIN (Thierry), « La preuve impossible ? De la difficulté d'administrer la preuve des infractions dont sont victimes les mineurs : attentats à la pudeur, violences et mauvais traitements », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, 1992, n° 1, pp. 53-58.
- CROZE (Hervé), « Action de Groupe – Qualité », *J.-Cl. Procédure formulaire*, Fasc. 10, Mai 2015, Mise à jour le 11er mai 2015, 17 pages.
- CROZE (Hervé), « Contentieux du cautionnement-responsabilité du banquier : moyen de défense ou demande reconventionnelle ? », *Procédure N° 5*, Mai 2003, comm. 118.
- CROZE (Hervé), « Le Juge doit-il dire le droit ? », in *Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, Paris, 2010, pp. 225-232.
- DAMAREY (Stéphanie), « Action en justice-Recevabilité-appréciation différenciée de l'intérêt à agir », *Juris associations 2016*, n°532, p. 13.
- DANET (Jean) et GRUNVALD (Sylvie), « Le droit à la sécurité et le risque au coeur d'un nouveau droit pénal », in *Mélanges offerts à Jean-Claude HELIN, Perspectives du droit public*, Litec, Paris, 2004, p. 197.
- DANIEL (Elise), « Irrecevabilité », *Europe n°3*, Mars 2015, comm. 105, *Recours en annulation*, 2 pages.
- DANJAUME (Géraldine), « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale », *Recueil Dalloz*, 1996, *Chronique*, pp. 153-156.
- DANTI-JUAN (Michel), « Action civile », avril 2016 (actualisation : juin 2016).
- DAUCHY (Serge), « La conception du procès civil dans le Code de procédure de 1806 », in *Loïc CADIET et G. Canivet, 1806 - 1976 – 2006, de la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Litec, Paris, 2006, pp. 77-89.

- DAY (John), « Banditisme social et société pastorale en Sardaigne », in les marginaux et les exclus dans l'histoire, Cahiers Jussieu, n° 5, Université Paris 7. Collection : 10/18, N° 1290, Paris, 1979, pp. 178-214
- De LAFORCADE (Agata), « L'évolution du droit d'agir des associations de consommateurs : vers un détachement du droit pénal de leur action en justice », RTD Com. 2011, p. 711.
- DEDESSUS-LE-MOUSTIER (Gilles), « La saisie-vente des droits d'associé et des valeurs mobilières », In Revue juridique de l'Ouest, , Volume 7 Numéro 4, 1994, pp. 425-450.
- DELEBECQUE (Philippe), JOURDAIN (Patrice), MAZEAUD (Denis), « Responsabilité civile : panorama 2004 », D. 2005. p. 185.
- DELICOSTOPOULOS (Joannis et Constantin), « L'autorité de la chose jugée et les faits », in *Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, Paris, 2010, pp. 681-692.
- DELMAS-MARTY (Mireille), « La preuve pénale », *Droits*, in Revue française de théorie juridique, 1996, n° 23, pp. 53-65.
- DENOIX DE SAINT MARC (Renaud), « Les considérations de fait devant le Conseil d'Etat, juge de cassations », in *La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, Dalloz, Paris, 2007, pp. 136-140.
- DESDEVISE (Yvon), « Action en justice – Condition de régularité de l'instance », J.-Cl. *Procédure civile*, Fasc. 126-4, 04 novembre 2011, Mise à jour le 04 novembre 2011, 16 pages.
- DESDEVISE (Yvon), « Action en justice – Conditions de régularité de l'instance – Capacité - Pouvoir », J.-Cl. *Procédure civile*, Fasc. 126-4, 2011, Mise à jour le 04 nov. 2011 par, 16 pages.
- DESDEVISE (Yvon), « Action en justice – Recevabilité - condition subjectives », J.-Cl. *Procédure civile*, Fasc. 126-2, février 2012, Mise à jour le 27 mars 2013 par, 32 pages.
- DESDEVISE (Yvon), « Action en justice - Recevabilité - conditions subjectives », Juris-classeur. *Procédure civile*, Fasc. 126-3, février 2012, Mise à jour le 08 juillet 2015 par, 16 pages.

- DESDEVISE (Yvon), « Action en justice – Recevabilité - conditions objectives », J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 126-1, juillet 2011, Mise à jour le 20 mars 2014 par, 21 pages.
- DESDEVISE (Yvon), « Demande en Justice - Demande incidentes », J.-Cl. *Procédure civile*, Fasc. 126-7, 21 janvier 2011, Mise à jour le 21 janvier 2011, 11 pages.
- DESDEVISE (Yvon), « Demande en Justice.- Demande initiale », J.-Cl. *Procédure civile*, Fasc. 126-6, 25 janvier 2011, Mise à jour le 28 avril 2015, 36 pages.
- DESDEVISES (Yvon), « Action en justice : recevabilité - Conditions subjectives – Qualité », J.-Cl. *Procédure civile*, fasc. 126-3, 2012, Mise à jour le 19 mars 2014, 32 pages.
- DESDEVISES (Yvon), « Action en justice. - Recevabilité. - Conditions subjectives. – Intérêt », J.-Cl. Procédure civile, *Fasc. 500-75*, 7 Août 2016, Date de la dernière mise à jour : 7 Août 2016.
- DESDEVISES (Yvon), « Variations sur le fond en procédure civile », in *La Terre, la famille, le juge*. Études offertes à Henri-Daniel COSNARD, *Économica*, Paris, 1990, p. pp. 325-330.
- DESHAYES (Olivier) et LAITHIER (Yves-Marie), « L'exception de nullité du contrat est-elle une défense au fond ou une demande reconventionnelle ? », D. 2011. 1870.
- DESHAYES (Olivier), « L'office du juge à la recherche de sens », Recueil Dalloz. 2008, p. 1102.
- DESPAQUIS (Jean-Marc), « Synthèse – action en justice », J.-Cl. procédure civile, 7 octobre 2016.
- DETRAZ (Stéphane), « Action publique - Action Civile – Action – publique – Qualité », J.-Cl. *Procédure formulaire*, Fasc.10, 2009, Mise à jour le 25 Mars 2009, 30 pages.
- DINDO (Sarah), « Radicalisation en prison : une question prise à l'envers ? », *Dedans Dehors*, N°87, Avril 2015, pp. 1-4.
- DINTIILHAC (Jean-Pierre), « L'incidence du droit européen sur la procédure civile française », in *La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, Dalloz, Paris, 2007, pp.141-153.
- DISSAUX (Nicolas), « Justice négociée v. Justice imposée : une conciliation douteuse », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 5, 2 février 2015, 115.

- DJOGBENOU (Joseph), « A la recherche des principes directeurs spécifiques au procès devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) », in *Revu Penant* n° 890, janvier-février 2015, pp. 5 et s.
- DJOGBENOU (Joseph), « L'ambiguïté statutaire du pouvoir judiciaire dans les constitutions des Etats africains de tradition juridique française », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990, un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLELE, l'Harmattan, 2014, pp. 481-496.
- DJOGBENOU (Joseph), « La cause dans les contrats conclus sur le fondement des actes uniformes de l'OHADA »,
- DJOGBENOU (Joseph), « *La réforme du Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes du Bénin : une légistique impossible ?* », in *L'esprit du droit africain*, Mélanges en l'honneur de Paul Gérard Pougoué, Ed. CREDIJ, Wolters Kluwer, pp. 245-268.
- DJOGBENOU (Joseph), « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une fantaisie de plus ? Le cas du Bénin », *Afrilex*, avril 2014, pp. 1 à 27.
- DJOGBENOU (Joseph) (dir), *Code de procédure pénale ; Guide pratique à l'usage des officiers de police judiciaires*, coll. *Les cahiers du CREDJ*, N°1, les éd du CREDIJ, Cotonou, 2013, 225 pages.
- DJOGBENOU (Joseph) (dir), *Rapport d'étude du code foncier et domanial, rapport de relecture du projet de code pénal*, Coll. *Les cahiers du CREDIJ*, N°0., Ed. du CREDJ, Cotonou, 2013, 206 pages.
- DOUCHY-LOUDOT (Mélina), « Ajout d'une fin de non-recevoir en matière d'état des personnes », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 3, 19 Janvier 2015, 49.
- DOUCHY-LOUDOT (Mélina), « Audition du Mineur en Justice », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 127-2, 05 janvier 2010, Mise à jour le 18 mars 2015, 14 pages.
- DURKHEIM (Émile), « Éléments d'une théorie sociale », *Revue philosophique*, XVIII<sup>e</sup> année, juillet-décembre 1893, 35, Textes. 1, Coll. *Le sens commun*, Ed. de Minuit, Paris, 1975, pp. 233 à 241.
- FIEVET (Rudi), « A la une-Intérêt à agir- Une exception pleine de promesses ! », *Juris associations*, 2015, N° 530, p. 9.
- FIEVET (Rudi), « Statuts obsolètes vaut perte du droit à ester en justice », *Juris associations* 2015, n°511, p.13.
- FLEURY-LE GROS (Pierre) (dir.), « Le temps et le droit », *Actes du colloque organisé par le Groupe de recherche en droit fondamental, international et comparé*,

GREDFIC à la Faculté des affaires internationales du Havre, les 14 et 15 mai 2008, Paris, Litec, 2010, 112 pages.

- FLORES (Philippe), « Question Prioritaire de Constitutionnalité », J.-Cl. *Procédure civile*, Fasc. 156, 14 mars 2012, Mise à jour le 14 mars 2012, 39 pages.
- FOULQUIER (Norbert), « L'analyse du discours juridique : le concept de droit subjectif en droit administratif », in CURAPP (Centre Universitaire de Recherches sur l'Action Publique et le Politique), *Sur la portée sociale du droit, Usages et légitimité du registre juridique*, PUF, 2005, pp. 43-59,
- FRAISSE (Wolfgang), « CHSCT : le mandat pour agir en justice », *Dalloz actualité*, Paris, 12 juin 2015.
- FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « Le droit d'accès à la justice et au droit », in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE et Thierry REVET (dir.) « *Libertés et droit fondamentaux* », CRFPA grand oral, 18<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2012, pp. 535-555.
- GAILLOT-MERCIER (Valérie), « Le Bâtonnier, le Conseil de l'Ordre, le Juge et le contrat de travail de l'avocat salarié », In *Revue juridique de l'Ouest*, Volume 7, Numéro 4, 1994, pp. 451-475.
- GAMBIER (Thérèse), « La défense des droits de la personne dans la recherche moderne des preuves en procédure pénale française », *Droit pénal*, 4<sup>e</sup> année, n<sup>o</sup> 66, Paris, décembre 1992, pp. 1-4.
- GNAHOUI DAVID (Rock), « Intérêt de l'entreprise et des droits des salariés », in *Ohadata D – 04 – 31*, pp. 1 – 33.
- GOBERT (Michelle) « Réflexions sur les sources du droit et les “principes” d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes : À propos des maternités de substitution », *Revue trimestrielle de droit civil*, vol. 91, n<sup>o</sup> 3, 1992, pp. 489-528.
- GORCHS (Béatrice), « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », *Recueil Dalloz* 2010, p. 1300.
- GORPHE (François), « La méthode générale d'examen critique des preuves », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1947, n<sup>o</sup> 1, pp. 69-79.
- GOUBEAU (Gilles), « La carence du débiteur, condition de l'action oblique : questions de fond et questions de preuves », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges offerts à Jean-Luc-Aubert, Dalloz, Paris 2005, pp. 147-160.
- GUERIN de La GRASSERIE (Raoul-Robert-Marie), « Des preuves du crime, *Rivista di diritto penale* », 1901, pp. 449-496.

- GUERLIN (Gaëtan), « L'exception de nullité accompagnée d'une demande en restitution constitue une demande reconventionnelle », EDCO - 01/06/2011 - n° 06 - page 3.
- GUINCHARD (Serge), « Entre identité nationale et universalisme du droit : l'idée et le processus d'introduction d'un recours collectif en droit français », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Mélanges Gaudemet-Tallon, Dalloz, Paris, 2008, pp. 295-380.
- GUINCHARD (Serge), « 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 », in *De code en Code*, Mélanges en l'honneur de Gorges Wiederkehr, Dalloz, 2009, pp. 379-395.
- GUINCHARD (Serge), « Petit à petit, l'effectivité du droit à un juge s'effrite », in *La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, Dalloz, Paris, 2007, pp. 275-287.
- HALLOUIN (Jean-Claude), « Le défaut de pouvoir du liquidateur pour non-renouvellement de son mandat constitue une fin de non-recevoir non régularisable », Bulletin Joly Sociétés - 01/03/2006 - n° 3 - page 386.
- HAMOU (Sarajoan), « Le non-respect des principes fondamentaux de la procédure est contraire à l'ordre public international français », Gazette du Palais, 24/08/2013, n°-236.
- HAURIOU (Maurice), « L'assimilation de la violation de la chose jugée à la violation de la loi », Note sous Conseil d'Etat, 8 juillet 1904, Botta, S. 1905.3.81, in *Revue générale du droit*, 2014, numéro 13932.
- HELIE (Faustin), « De la preuve en matière criminelle », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 3<sup>e</sup> année, tome 3, Paris, 1853, pp. 396-417.
- HEMERT (Bernard), « Pour un contrôle de la dénaturation des faits par la cour de cassation », in *La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, Dalloz, Paris, 2007, pp. 289-294.
- HERAIL (Edmond), « De la preuve judiciaire en matière criminelle », discours de rentrée à l'audience solennelle de la Cour d'appel de Montpellier, 3 novembre 1871, Montpellier, Impr. de J. Martel aîné, 1871, 72 pages.
- HERMAN (Harold), « Le respect du contradictoire dans le relevé d'office d'une fin de non-recevoir d'appel », Gazette du palais, 09/09/2014.



- HERVE (Antoine), « Du respect de la légalité dans l'administration de la preuve pénale (À propos de l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 12 décembre 2000) », *Revue pénitentiaire et de droit pénal. Bulletin de la Société générale des prisons et de législation criminelle*, 125<sup>e</sup> année, n° 3, Paris, 2001, pp. 590-606.
- HOLDSWORTH (William Searle), « *A history of English law* », en 12 volumes, Coll. Robarts, Toronto, Vol. XII, London, Methuen, First published in 1938, 784 Pages (version anglaise du douzième volume en 1938).
- HUGON (Christine), « L'exécution des décisions de justice », in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.), *Liberté et droits fondamentaux, CRFPA grand oral*, 18<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2012, pp. 721-735.
- HUYSE (Luc), « Les approches fondées sur les traditions dans les politiques d'apaisement, de justice transitionnelle et de réconciliation », in *Justice traditionnelle et réconciliation après un conflit violent La richesse des expériences africaines*, Stockholm, 2009, pp. 1-25
- HUYSE (Luc), « les approches fondées sur les traditions dans les politiques d'apaisement, de justice transitionnelle et de réconciliation », in Mark SALTER et Luc HUYSE (dir.), « *Justice traditionnelle et réconciliation après un conflit violent : La richesse des expériences africaines* », Préf. Vidar HELGESEN, IDEA, (Édition anglaise 2008), Trad. Française de Santángelo DISEÑO (*Strategic Agenda*), Ed. Strömsborg, Stockholm (Suède), 2009, pp. 1- 25.
- HUYSE, Luc et Mark SALTER, « Justice traditionnelle et réconciliation après un conflit violent. La richesse des expériences africaines », International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), , Préf. Vidar HELGESEN, Édition anglaise 2008, Trad. *Strategic Agenda*, Conception graphique de l'édition française : Santángelo DISEÑO, Stockholm (Suède), 2009, 228 pages.
- JAHEL (Sélim), « Fin de non-recevoir et ordre processuel », in *Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, Paris, 2010, pp. 723-730.
- JARROSSON (Charles), « La médiation », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique, Quadrige, Lamy, PUF*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, 2003, pp. 1009-1012.
- JARROSSON (Charles), « les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 49, n° 2, Avril-juin 1997, pp. 325-345,

- JARROSSON (Charles), *Le Législateur peut-il avoir tort ?*, in Mélanges Bruno OPPETIT, LexisNexis, Litec, Paris 2009, pp. 349-377.
- JAUME (Lucien). « Léo STRAUSS - Qu'est-ce que la philosophie politique ? », Trad. de l'anglais par Olivier SEDEYN, in *Revue française de science politique*, 42<sup>e</sup> année, n°4, 1992. pp. 659-660.
- JEULAND (Emmanuel), « Autour de la forme et le fond, problème de procédure », in *De code en Code*, Mélanges en l'honneur de Gorges Wiederkehr, Dalloz, 2009, pp. 443-453.
- JOHN-NAMBO (Joseph), « Quelques héritages de la Justice coloniale en Afrique noire », In *Droit et société*, Ed. juridiques associées | *Droit et société*, 2002/2, n° 51-52, pp. 325-343.
- JULIEN (Pierre), « Procédure civile et voies d'exécution », Recueil de Dalloz, Sirey, Paris, 1988, pp. 122-123.
- JUNILLON (Jacques), « le juge doit relever d'office la fin de non-recevoir lorsqu'elle a un caractère d'ordre public », *Procédures* n°1, Janvier 2001, comm. 10.
- KANAYAMA (Noaki), « Vérités, droits substantiels et autorité de la chose jugée », in *Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, Paris, 2010, pp. 759-770.
- KANT (Emmanuel), « Métaphysique des mœurs, Première partie : Doctrine du droit », Préf. Michel VILLEY, Introduction et traduction par Alexis PHILONENKO, in *Revue Philosophique de Louvain*, Coll. *Bibliothèque des textes philosophiques*, Jean-François COURTINE, Quatrième série, 5<sup>e</sup> éd., tome 71, n° 10, J. VRIN, Paris, 1993, 279 pages.
- KEBIR (Mehdi), « L'incident d'inscription de faux est une défense au fond », *Dalloz actualité*, 4 janvier 2016.
- KEBIR (Medhi), « Fin de non-recevoir pour défaut de qualité : opposabilité en tout état de cause », *Dalloz actualité* 27 novembre 2013.
- KEBIR (Mehdi), « Moyen relevé d'office : obligation d'inviter les parties à présenter leurs observations », 1<sup>er</sup> novembre 2016.
- KELSALL (Tim), « Truth, Lies, Ritual: Preliminary Reflections on the Truth and Reconciliation Commission in Sierra Leone » (Vérité, mensonges, rituels : réflexions préliminaires sur la Commission Vérité et Réconciliation en Sierra Leone, *Human Rights Quarterly*, n° 27, 2005, pp. 361-391.

- KELSEN (Hans), « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », Trad. Eisenmann, in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Gaston GEZE, T. 43, Ed. Marcel GIARD, Paris, 1926, pp. 561-646.
- KERNALEGUEN (Francis), « Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ? », in *Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, Paris, 2010, PP. 771.
- KINSCH (Patrick), « Entre certitude et vraisemblance, le critère de la preuve en matière civile », in *De code en Code*, Mélanges en l'honneur de Gorges Wiederkehr, Dalloz, 2009, pp. 455-470.
- KOUIGNIAZONDE (Christophe Codjo), « Etude sur la justice coutumière au Bénin », in *Revue de la justice criminelle (troisième partie), L'initiative Africaine pour la Sécurité Humaine (Human Security Initiative)*, première publication par l'Institut d'Etudes de Sécurité, Pretoria (Afrique du Sud), 2009, pp. 91-140.
- LAGARDE (Xavier), « Nul ne peut se faire justice à soi-même, principe fondateur du procès civil », in *Mél. Serge GUINCHARD, Justice et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 795-806.
- LAGARDE (Xavier), « Nul ne peut se faire justice à soi-même. Principe fondateur du procès civil », in *Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, Paris, 2010, pp. 795-806.
- LANCRENON (Thibault), « La Notion d'intérêt à agir en déchéance des droits sur une marque », in *les Petites Affiches*, 396<sup>e</sup> année, 5 janv. 2007- N°5 pp. 4-12.
- LANGELIER (Elise), « De l'intérêt à agir et du REP : attention à la fermeture des portes ! », *La semaine juridique administration et collectivités territoriales*, n° 23, 8 juin 2015, 503, 2 pages.
- LANGELIER (Elise), « De l'intérêt à agir et REP : attention à la fermeture des portes ! », *La Semaine Juridique* éd. Gle n° 23, 8 juin 2015, 660, Recours pour excès de pouvoir, 2 pages.
- LANGELIER (Elise), « Une nouvelle restriction de l'intérêt à agir ?! », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n°35, 31 Août 2015, act. 718, 1 pages.
- LANGUIN (Noëlle), WIDMER (Eric), KELLERHALS (Jean), ROBERT (Christian-Nils), « Des représentations sociales de la peine favorables à un nouvel art de sanctionner », in Parmentier S., Vervaeke G., Doutrelepont R., Kellens G., *Public Opinion and the Administration of Justice* (Opinion public et administration de la

justice), *Popular perceptions and their implications for policy-making in Western countries (Perceptions populaires et leurs implications pour l'élaboration des politiques dans les pays occidentaux)*, Politeia Press, Bruxelles, 2004, pp. 91-108.

- LECLERC (Olivier), « Le juge et l'expert - Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science », (note bibliographique), Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 58 n°3, Année 2006, pp. 1012-1014.
- LESOURD Noëlle et CROZE Hervé, « Exceptions de procédure-exceptions de nullité », *fasc. 40*, J.-Cl. Procédures Formulaire, 26 mai 2013, mise à jour le 8 août 2016.
- LESSOURD (Noëlle), « Fins de non-recevoir en matière civile », J.-Cl. *Procédure formulaire*, fasc. 10 juin 2006, Mise à jour le 24 février 2014, 22 pages.
- LEVASSEUR (Georges), « La charge de la preuve en procédure pénale française », *Revue juridique et politique. Indépendance et coopération*, 1985, n° 1-2, pp. 686-699.
- LEVY (Denis), « La responsabilité contractuelle de la Couronne en droit anglais », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 7, n° 1, Janvier-mars 1955, pp. 55-73.
- LOBIN (Y.) et DESDEVISE (Yvon), « Action en justice – Classification des actions en justice », J.-Cl. *Procédure civile*, Fasc. 126-5, octobre 2011, Mise à jour le 03 octobre 2011, 11 pages.
- MARAIS (Astrid), « Le temps, la loi et la jurisprudence, le Bon, la Brute et le Tribunal », in *Au-delà des codes*, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane PAYET, Dalloz 2011, pp. 383-437.
- MARCHAND (Xavier), « Demande Reconventionnelle - Droit à la demande reconventionnelle – Droit de la demande reconventionnelle », J.-Cl. *Procédure civile*, Fascicule 132, 13 Juillet 2011, Mise à jour le 28 Mai 2015, 25 pages.
- MARCHAND (Xavier), « Moyens de Défendre - Règles générales », J.-Cl. *Procédure civile*, Fascicule 128, 21 janvier 2011, Mise à jour le 10 septembre 2014, 25 pages.
- MARTIN (Raymond), « L'action en justice : petite histoire d'un concept inutile », in *La Revue des Huissiers de justice, la Revue des idées*, Droits et procédures, n°1/55<sup>e</sup> année, Janv.-fév. 2002, Paris, pp. 14-16.
- MARTINEZ (Jean-Claude), « La légitimité de la fraude fiscale », in *Mélanges en l'honneur de Paul Marie Gaudemet*, Etudes de finances publiques, Economica, Paris, 1994, pp. 921-942.

- MAZEAUD (Denis), « Le juge et le contrat : variations optimistes sur un couple « illégitime » » in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges offerts à Jean-Luc-Aubert, Dalloz, Paris 2005, pp. 235-259.
- MERLAN (Philip), « *Beitme zur Geschichte des anhknen Platonismus* (Contributions à l'histoire de l'ancienne platonisme) », in *Philologus*, Vol. 1, 89, Leipzig, 1934, pp. 35-53.
- METHY (Catherine), « Le Juge entre prise à partie et récusation : résistance et compromis dans l'ordonnance civile de 1667 », actes du colloque intitulé : *juger les juges*, Association Française pour l'histoire de la justice, Paris 1997, pp 90-103.
- MIGNOT (Marc), « La sanction du devoir de mise en garde : action ou moyen de défense ? », EDBA - 01/12/2014 - n° 11 - page 7.
- MIGUET (Jacques), « Demande en Justice - Demande additionnelle », J.-Cl. *Procédure civile*, Fasc. 127, 25 janvier 2011, mise à jour le 23 août 2011, 25 pages.
- MOLINA (Emmanuel), « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 2, avril-juin, Paris, 2002, pp. 263-282.
- MOTULSKY (Henri), « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, 1964, p.215-230, repris in *Ecrits*, tome 1, Etudes et notes de procédure civile, Dalloz, Paris, 1973, pp. 85-100.
- ODOT (Raymond), « Le destin des fins de non-recevoir », in Mélanges offerts à Marcel Waline. *Le Juge et le droit public*, Paris, L. G. D. J., 1974, pp. 653-664.
- OUDOT (Julien), « Conscience et science du devoir : introduction a une explication nouvelle du Code Napoléon », en 2 vol., (Version originale en par Auguste Durand, 1855-56), T. I, Paris, 1858, 397 pages.
- PANACCIO (Claude), « Nominalisme ockhamiste et nominalisme contemporain », in *Dialogue*, *Revue Canadien de Philosophie*, *Association canadienne de philosophie*, vol. 26, 1987, pp. 281-298.
- PEIGNOT (Bernard), « De l'intérêt à agir pour contester une décision de rétrocession prise par une SA-FER », *Droit rural* n°432, Avril 2015, comm. 60, 4 pages.
- PELLETIER (Caroline), « Invocabilité en tout état de cause de la fin de non-recevoir tirée du non-respect de la clause de conciliation », *Revue des contrats*, 15/06/2015, n°02, page 311.

- PERROT (Roger), « Procédure civile ; conditions de recevabilité », in *Revue Procédure*, LexisNexis, J.-Cl. mars 2011, note sous Cass. Com. 14 déc. 2010, n° 10-17, 235, pp. 38-41.
- PERROT (Roger), « Fin de non-recevoir et défense au fond », *RTD civ.* 2001. 653.
- PERROT (Roger), « fin de non-recevoir », *Procédure* n°5, Mai 2007, comm. 112.
- PERROT (Roger), « Fin de non-recevoir-En tout état de cause », *Procédures* n°1, Janvier 2014.
- PERROT (Roger), « Rapport à justice : sa portée », *RTD civ.* 1994. 676.
- PETEL-TEYSSIE (Isabelle), « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », juin 2013 (actualisation : octobre 2014).
- PIEDELIEVRE (Stéphane), « Crédit à la consommation », septembre 2011 (actualisation : janvier 2016).
- PIERRE (Éric) et NIGET (David), « La preuve selon les tribunaux des enfants et des adolescents », in LEMESLE (Bruno) (dir.), *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, Rennes, P.U.R., 2003, pp. 241-263.
- POISSONNIER (Ghislain), « La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur », *D.* 2009. 2312.
- POUMARÈDE (Jacques), « Exploitation coloniale et droits traditionnels », in *Pouvoirs publics et développement en Afrique*, Toulouse, éd. de l'Université des sciences sociales, 1992, p. 141-147.
- RENAUT (Marie-Hélène), « Le droit à l'accès à la justice et au droit dans le sillage de l'histoire », in *La Revue des Huissiers de justice, la revue des idées*, n° 6, 53<sup>e</sup> année, Nov. 2000, Paris, pp. 321-331.
- RICCEUR (Paul), « Aristote : de la colère à la justice et à l'amitié politique », *Ed. Esprit*, n° 289 (11), 2002, pp.19-31.
- ROUTIER (Richard), « Une défense au fond n'est pas une demande reconventionnelle ! », *EDBA - 01/12/2014 - n° 11 - page 7*.
- SANCHEZ DE LA TORRE (Angel), *Qu'en est-il de la réalité du droit ?*, Archives de philosophie du droit, n° 43, 1999, pp. 13-25.
- SANTONI (Laetitia), « L'intérêt à agir se dévoile », *Construction Urbanisme* n° 9, Septembre 2015, comm. 119, *Contentieux administratif de la légalité*, 4 pages.

- SAVAUX (Eric) et SCHÜTZ (Rose-Noëlle), « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs. Réflexions à partir du contrat de bail », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges offerts à Jean-Luc-Aubert, Dalloz, Paris 2005, pp.271-293.
- SCHULZ (Romain), « Intérêt à agir : l'essentiel n'est pas de gagner mais de pouvoir participer », *Revue générale du droit des assurances* - 01/10/2014 - n° 10 - page 527.
- SCHULTZ (Hans), « Message portant Projet de modification du code pénal suisse et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs », in *Feuille fédérale, Archives fédérales suisses*, Publications officielles numérisées, 21 septembre 1998, pp. 1787-2221.
- SEGUR (Philippe), « La dimension historique des libertés et droits fondamentaux », in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Coll. CRFPA grand oral, 18<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris, 2012, pp. 7-27.
- SERRAND (Pierre), « Voie de droit », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique* Quadrige, 1<sup>re</sup> éd., Lamy, PUF, Paris, 2003, pp. 1521-1523.
- SORDINO (Marie-Christine), « L'omission de convocation du dirigeant, encore et toujours une fin de non-recevoir en cas d'action en responsabilité pour insuffisance d'actif », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté* - 01/05/2016 - n° 03 - page 188.
- STILLMUNKES (Henri), « Combien peut coûter l'abus du droit d'ester en justice ? », *AJDA* 2016, p. 914.
- STIRN (Bernard), « Le filtrage des recours devant le juge administratif : expériences et perspectives », in *La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, Dalloz, Paris, 2007, pp. 437-445.
- STORA-LAMARRE (Annie), « La guerre au nom du droit », in *Revue d'histoire du XIXe siècle*, n° 30 (2005), Pour une histoire culturelle de la guerre au XIX<sup>e</sup> siècle, Ed. Société d'histoire de la révolution de 1848, Paris, 2005, 11 pages.
- STRICKLER (Yves), « Action en justice : la condition d'intérêt », *Procédure*, n° 4, Avril 2015, comm.11, 1 page.
- TAISNE (Jean-Jacques), « Intervention », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 127-1, 13 février 2014, Mise à jour le 12 février 2014, 38 pages.
- THERON (Julien), « moyens de défense », fasc.600-30, généralités, *J.-Cl. procédure civile*, 21 juillet 2016.

- THERON (Julien), « Le défaut de convocation assimilé à une fin de non-recevoir », *Gazette du Palais* - 17/05/2016 - n° 18, page 61.
- THERY (Philippe), « Le désordre des moyens de défense : exception d'incompétence et fin de non-recevoir... », *RTD civ.* 2012. 566.
- THERY (Philippe), « Le litige en droit judiciaire privé. Petits exercices de procédure élémentaire », in *Justices et droit du procès : Du légalisme en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 853-868.
- THOMAS (Didier), BOSCH (Valérie), GAVALDA (Christine), RAMON (Philippe), VAISSIERE (Aude), « Les transformations de l'administration de la preuve pénale », *Archives de politique criminelle*, n° 26, Paris, 2004, pp. 113-124.
- UBAUD-BERGERON (Marion), « Intérêt à agir d'une association contre une délibération autorisant la signature d'un contrat », *Contrats et Marchés publics* n°1, Janvier 2015, comm. 18, 1 page.
- USUNIER (Laurence), « Action en justice », Juin 2014 (actualisation : janvier 2016).
- VERDIER (Raymond), « La vindicte publique, justice privée, justice d'État », in Raymond Verdier, *Vengeance*, Coll. *Mutations*, Ed. Autrement, Paris, 2004, p. 141-143.
- VICH-Y-LLADO (Dominique), « L'exception de nullité », *Defrénois* - 30/11/2000 - n° 22 - page 1265.
- VOGEL (Joseph), « Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages-intérêts pour atteinte au droit de la concurrence », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°12, 21 mars 2013, 1172.
- WALDORF (Lars), « Mass Justice for Mass Atrocity: Rethinking Local Justice as Transitional Justice » [Une justice de masse pour des atrocités de masse : repenser la justice locale comme une justice transitionnelle], *Temple Law Review*, vol. 79, n° 1, 2006, pp. 1-88.
- WIDMAIER (Carole), « Leo STRAUSS : sens historique et pensée de la tradition », *Edit. Esprit*, n° 289, (11), 2002, pp. 32-48.
- WIEDERKEHR (Georges), « La légitimité de l'intérêt pour agir », in *Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, Paris, 2010, pp. 877-883. CARBONNER (Jean), « Notes sur la prescription extinctive », *RTD. Civil. Tome5, Recueil Sirey*, Paris 1952, pp. 171-181.



- WIEDERKEHR (Georges), « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile », in Mél. Pierre HEBRAUD, 1981, pp. 949-958.
- WIEDERKEHR (Georges), « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile », in Mél. Pierre HEBRAUD, 1981, pp. 949-958.
- XAVIER (Charles), « La qualification des faits est-elle une question de fait ou de droit ? », in *La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, Dalloz, Paris, 2007, pp. 511-531.
- ZILLER (Jacques), « Les instruments juridiques de la protection des intérêts diffus et des biens collectifs : Le rôle des pouvoirs privés et la rentrée des pouvoirs publics », RIDE, 3/2003 (t. XVII), pp. 495-510.
- ZILLER (Jacques), « *Les instruments juridiques de la protection des intérêts diffus et des biens collectifs : Le rôle des pouvoirs privés et la rentrée des pouvoirs publics* », Revue internationale de droit économique, 3/2003 (t. XVII), p. 495-510.

#### **IV- WEBOGRAPHIE**

- <http://bibliotheque.uqac.quebec.ca/index.htm>
- <http://rh19.revues.org/1017> (Voir Annie Stora-Lamarre « La guerre au nom du droit »).
- [http://www.ohchr.org/english/docs/northern\\_Uganda\\_august2007.pdf](http://www.ohchr.org/english/docs/northern_Uganda_august2007.pdf)>
- [http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques\\_des\\_sciences\\_sociales/index.html](http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/index.html)
- <https://www.youtube.com/watch?v=wYT0w48Htmk>
- [www.revuegeneraledudroit.eu/?p=13932](http://www.revuegeneraledudroit.eu/?p=13932) (Voir commentaire Maurice HAURIOU « L'assimilation de la violation de la chose jugée à la violation de la loi », Note sous Conseil d'Etat, 8 juillet 1904)

## INDEX ALPHABETIQUE

---

### A

**abrogation · 25, 185, 237**

**acquiescement · 12, 183, 184, 429, 522**

### Action

action en justice · 4, 5, 11, 13, 15, 25,  
39, 42, 43, 46, 57, 59, 71, 75, 76, 78,  
80, 82, 89, 106, 109, 110, 111, 115,  
120, 125, 131, 132, 134, 146, 168,  
202, 225, 241, 242, 243, 246, 248,  
249, 250, 253, 259, 260, 262, 265,  
266, 268, 271, 273, 277, 279, 280,  
282, 284, 285, 287, 288, 289, 290,  
301, 302, 303, 304, 306, 307, 308,  
309, 310, 311, 312, 313, 315, 316,  
317, 318, 323, 326, 328, 329, 330,  
331, 332, 334, 335, 338, 339, 341,  
343, 350, 351, 357, 358, 359, 366,  
367, 368, 369, 370, 371, 372, 373,  
374, 375, 376, 378, 379, 381, 382,  
383, 384, 385, 386, 387, 388, 391,  
396, 400, 402, 414, 423, 424, 425,  
426, 427, 428, 430, 431, 432, 433,  
434, 435, 436, 438, 443, 444, 445,  
446, 449, 450, 456, 461, 468, 473,  
476, 477, 489, 493, 496, 502, 503,  
504, 505, 507, 508, 509, 510, 513,  
514, 515, 525, 526, 537, 538, 541,  
542, 544, 561

action pétitoire · 21

actions déclaratoires · 16, 120, 133, 139,  
141, 142, 143

actions immobilières · 24, 147, 149, 150

existence de l'action · 5

recevabilité de l'action · 4, 5, 6, 7, 24,  
26, 50, 70, 71, 78, 89, 91, 106, 151,  
154, 178, 179, 204, 218, 219, 225,  
238, 302, 454, 455, 458, 473, 476,  
480, 481, 482, 484, 485, 487, 488,  
489, 491, 495, 497, 500, 501, 502,  
503, 504, 507, 509, 510, 511, 515,  
526, 561, 562

aboutissement de l'action · 289

action de groupe · 92, 169

action de in rem verso · 118, 153, 156,  
157, 158, 159, 230, 458

action en partage · 80, 81

action interrogatoire · 130, 131, 134,  
135, 136, 137, 138

action provocatoire · 130, 131, 132,  
133, 134, 135, 137, 139

actions attitrées · 17, 79, 82, 94, 95, 97, 98, 99, 101, 102, 103, 112, 460, 462, 463, 464, 465

approche téléologique de l'action · 100

défaut d'intérêt dans l'appréciation de l'action · 3, 14, 65, 66, 67, 80, 83, 106, 217, 269, 457, 461, 469, 474, 478, 479, 480, 510, 512, 525, 527, 531, 533, 534, 539, 540, 541, 542, 544, 545, 548, 549, 550, 552, 553, 554, 555, 557, 558, 560

défaut de qualité dans l'appréciation de l'action · 66

fondement de l'action paulienne · 151

action directe · 154, 155, 156

action en revendication · 62

action réelle · 148, 149

**action publique · 77, 78, 126, 168, 206, 264, 282, 284, 285**

**adjudication judiciaire · 7, 44, 48, 67, 169, 224, 302**

**administrateur provisoire · 113, 115, 260**

**Agir en justice**

intérêt à agir · 3, 6, 7, 8, 12, 13, 14, 15, 16, 23, 25, 26, 27, 30, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 47, 49, 50, 56, 58, 59, 65, 67, 72, 73, 76, 77, 81, 82, 85, 91, 95, 98, 100, 104, 105, 107, 111, 116, 117, 118, 121, 123, 125, 126, 127, 128, 130, 140, 141, 144, 146, 153, 159, 160, 162, 164, 167, 170, 172, 175, 192, 198, 213, 228, 233, 238, 250, 301, 302, 333, 435, 436, 454, 455, 456, 457, 458, 462, 463, 464, 469, 470, 472, 474, 484, 485, 489, 490, 491, 499, 502, 503, 504, 505, 506, 509, 510, 511, 515, 525, 533, 535, 539, 541, 545, 549, 553, 554, 557, 558, 561

légitimité · 7-18

qualité · 6

**amiable composition · 423**

**annulation · 21, 44, 57, 88, 98, 111, 123, 125, 151, 164, 166, 186, 260, 283, 333, 392, 443, 458**

**appel incident · 166**

**avantages fiscaux · 55**

**axiomatisation · 342**

---

**B**

**biens successoraux · 79**

**bonne justice · 3, 198, 327, 546**

---

## C

**capitalisme** · 256, 314

**Chose jugée**

**chose jugée** · 6, 14, 61, 62, 63, 64, 70, 71, 83, 90, 91, 106, 117, 125, 145, 151, 160, 164, 169, 198, 219, 220, 223, 236, 269, 408, 430, 434, 439, 440, 441, 490, 535, 537, 546, 557, 558

conditions de la chose jugée · 63

effet négatif · 64

effet positif · 64

**Commission africaine des droits de l'homme et des peuples** · 88

**communauté de biens** · 80

**communauté de droit** · 80

**communauté universelle** · 79, 80, 104, 162

**communautés traditionnelles** · 399, 413, 433, 434

**connexité** · 154, 166, 269, 429

**Conseil constitutionnel** · 54, 55

**Conseil d'Etat** · 54, 55, 56, 57, 58, 71, 106, 127, 229, 440, 441, 509, 513, 514

**constitution de partie civile** · 78, 87, 126, 259

**contentieux administratif** · 13, 14, 38, 45, 105, 123, 230, 282, 284, 311, 372, 393, 443, 462

**coupables** · 29

**Cour africaine des droits de l'homme et des peuples** · 89

**Cour constitutionnelle** · 15, 58, 89, 324, 325

**Cour internationale de Justice** · 43

**Cour Internationale de Justice** · 59

---

## D

**déjudiciarisation** · 33, 409

**dépens** · 12, 156, 158, 163, 166

**détention préventive** · 29

**déterminismes** · 29

**dissymétrie d'information** · 32

**divinités** · 4, 72, 413

**domicile conjugal** · 99, 113

**Droit**

droit béninois · 14, 21, 25, 45, 47, 50, 54, 86, 162, 175, 436, 561

droit canonique · 18, 19, 206, 216, 278, 339

droit communautaire OHADA · 12

droit coutumier africain · 3, 34, 35, 196, 198, 226, 227, 229, 230, 417, 433, 438

droit international privé · 19, 24, 52

droit naturel · 10, 247, 288, 307, 313, 314, 315, 528

droit processuel droit processuel · 4, 8, 9, 10, 15, 21, 23, 27, 33, 37, 38, 42, 45, 49, 61, 71, 98, 116, 178, 179, 293, 332, 384, 403, 498, 500

droit romain · 34, 36, 37, 48, 49, 118, 121, 147, 152, 156, 172, 176, 177, 178, 179, 180, 182, 183, 184, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 199, 201, 204, 205, 206, 207, 208, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 219, 221, 222, 225, 231, 235, 236, 237, 248, 259, 263, 265, 268, 273, 274, 278, 281, 282, 289, 296, 297, 298, 311, 312, 314, 329, 342, 349, 350, 353, 359, 360, 364, 365, 371, 379, 386, 401, 404, 405, 406, 416, 424, 430, 431, 432, 462

droit substantiel · 1, 3, 7, 18, 21, 24, 40, 42, 49, 52, 56, 60, 61, 62, 63, 64, 67, 68, 83, 85, 86, 96, 112, 117, 118, 120, 124, 140, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 158, 159, 160, 161, 162, 169, 170, 172, 175, 178, 179, 182, 184, 195, 196, 199, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 212, 213, 224, 232, 233, 235, 238, 241, 242, 247, 248, 250, 251, 254, 256, 259, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 271, 272, 277, 278, 282, 288, 290, 295, 296, 301, 305, 313, 318, 328, 354, 370, 371, 422, 426, 451, 454, 455, 456, 460, 467, 468, 470, 471, 472, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 482, 483, 485, 486, 487, 489, 490, 491, 492, 495, 496, 497, 499, 501, 502, 515, 525, 562

réalisation du droit · 30

droit communautaire · 12, 15, 19, 27, 33, 42, 53, 54, 56, 63, 96, 100, 104, 150, 173, 174, 186, 333, 443, 502

droit international · 19, 24, 33, 43, 52, 59, 402

droit paulien · 150, 151

droit primitif · 228

droit procédural · 10, 52, 53, 422, 502, 525

droit réel accessoire · 148

droit réel principal · 148

droit traditionnel africain · 176, 194, 225, 439

droits extrapatrimoniaux · 261, 357

finalités du droit · 54

l'interprétation du droit · 292

prévisibilité des droits · 54

protection juridique d'un droit · 85

théorie générale du droit · 52, 53, 288, 314, 344

droit substantiel · 172

**droit constitutionnel béninois · 58**

---

***E***

**Edit du Préteur · 48**

***égalité* · 19, 28, 124, 327, 397**

**état des personnes · 125, 128, 129, 201, 225, 556**

**examen au fond · 14, 25, 27, 40, 45, 47, 56, 70, 83, 90, 175, 181, 212, 222, 429, 430, 478, 485, 488, 489, 490, 497, 499, 503, 515, 516, 525, 526, 533, 534, 535, 536, 540, 541, 543, 546, 561**

**exceptions de procédure · 21, 22, 40, 62, 63, 67, 90, 189, 231, 269, 309, 429, 432, 475, 486, 489, 493, 535, 536**

**expertise · 66**

**extrémisme religieux · 276**

---

***F***

***filiation* · 25, 42, 110, 128, 150, 260, 514**

**fin de non-recevoir · 14**

**fins de non-recevoir · 71**

**forclusion · 6, 61, 137, 138, 198, 551, 552**

---

***H***

**héliocentrisme · 54**

**herméneutique · 293**

**humanisme processuel · 4, 14, 41, 43, 324, 331, 427**

---

***I***

**idéalisme · 243, 246, 255, 314**

**inaliénabilité · 99, 112, 259**

**incompétence du juge judiciaire · 21**

**individualisme · 250, 252, 253, 343, 351**

**injonction de payer · 33**

**injustice · 29**

**inopposabilité · 87, 88, 382**

**insécurité juridique · 56**

## **Instance**

causes d'extinction de l'instance · 12

## **instrumentum**

l'instrumentum · 263, 297, 519

## **intégrisme · 276**

## **intérêt**

intérêt le plus légitime · 27

## **Intérêt**

notion d'intérêt · 53

## **intérêt général · 16**

## **intérêt illégitime · 43, 458, 508**

## **intérêt légitime · 41, 118, 456, 473, 481, 504, 505, 539, 540, 545**

## **intérêt légitime juridiquement protégé · 14**

---

## ***J***

## **Janus · 3, 4**

## **judiciarisation · 23, 37**

## **juge des référés · 65, 66, 142, 143, 393**

## **juge d'instruction · 78, 126**

## **juridicisation · 23**

## **juridicité · 10, 42, 247, 320, 344, 473, 489, 511, 512**

## **justice**

accès à la justice · 33

déni de justice · 5, 39

## **Justice**

contractualisation de la justice · 33, 409

désaffectation des justiciables · 52

désaffectation des justiciables envers la justice · 52

---

## ***L***

## **légalité · 4, 5, 28, 29, 39, 43, 49, 56, 59, 94, 101, 117, 123, 170, 190, 192, 196, 235, 282, 283, 284, 303, 309, 319, 358, 359, 360, 373, 387, 393, 443, 456, 459, 468, 469, 481, 482, 483**

## **libéralisme · 32, 240, 241, 244, 252**

## **libéralisme processuel · 32**

## **liberté individuelle · 29, 360, 393**

## **liquidateur · 114**

## **litispendance · 269, 429**

## **Loi**

accessibilité · 55

intelligibilité · 55

qualité de la loi · 56

loi des XII Tables · 48, 193, 200, 212,  
215, 235, 236, 424

---

*M*

machinisme · 314

magistrature · 184, 190, 192, 392

*Mandat* · 44, 59, 145

mandataire liquidateur · 99, 113

massification · 421

mesures provisoires · 66

métaphysique · 20, 72, 243, 244, 246,  
247, 248, 254, 257, 266, 271, 285, 288,  
307, 314, 442

ministère public · 16, 78, 95, 109, 110,  
111, 116, 125, 126, 391, 466

moralisation des comportements  
processuels · 340

moyens de défense · 40, 269, 308, 339,  
429, 430, 432, 435, 475, 486, 488, 489,  
497, 504, 516, 521, 527, 529, 530, 531,  
532, 533, 534, 535, 536, 539, 548, 551,  
562

---

*N*

negotium · 263, 283, 297, 426

nominalisme · 266, 347, 386

non épuisement des voies de recours  
internes · 89

normativité juridique · 29

nullité · 21, 44, 65, 99, 107, 109, 110, 112,  
113, 114, 115, 127, 133, 134, 135, 137,  
138, 161, 202, 203, 218, 269, 354, 429,  
457, 459, 464, 471, 491, 493, 518, 519,  
520, 521, 522, 523, 524, 539, 540

---

*O*

opposabilité · 88, 133, 155, 319, 324, 363,  
364, 366, 378, 380, 381, 382, 550

opposition à mariage · 16, 112

ordre public · 5, 13, 16, 42, 66, 111, 150,  
156, 330, 415, 457, 458, 473, 505, 506,  
507, 508, 509, 510, 511, 513, 525, 532,  
543, 552, 553, 555, 556, 557, 558, 559,  
560

organisation judiciaire · 36, 38, 68, 145,  
147, 148, 201, 217, 218, 221, 262, 269,  
278, 281, 300, 424

---

*P*

partage des biens indivis · 80, 99, 113



**phénoménisme · 25**

**philosophie positive · 72, 247**

**plaidoirie · 65, 67**

**positivisme · 243, 245, 246, 247, 248, 272,  
281, 285, 314, 349, 359, 398, 424**

**possession · 6, 31, 37, 66, 132, 141, 149,  
181, 197, 213, 247, 269, 356, 360, 361,  
371**

**pouvoir exécutif · 16**

**pouvoir interprétatif du magistrat · 5**

**préjudice · 3, 26, 31, 42, 57, 76, 77, 85,  
91, 92, 97, 125, 126, 127, 133, 138, 140,  
143, 159, 167, 168, 169, 170, 187, 259,  
357, 409, 459, 462, 472, 479, 489, 506,  
507, 509, 512**

**prescription · 6, 14, 24, 31, 61, 62, 70, 71,  
83, 90, 103, 106, 117, 118, 138, 140,  
143, 145, 170, 189, 198, 223, 269, 270,  
299, 380, 429, 430, 479, 520, 535, 537,  
544**

**prescription acquisitive · 6, 31, 61**

**prescription extinctive · 6, 61, 62, 270,  
429, 479**

**preuve des obligations · 134, 135, 155,  
159**

**principe**

principe du contradictoire · 10, 92, 327,  
339, 527, 530, 544, 559, 560

**procéduralisation du droit substantiel ·  
21**

**procès**

procès civil · 4, 16, 35, 53, 63, 64, 67,  
77, 110, 168, 227, 262, 317, 323,  
324, 327, 331, 339, 477, 498, 500,  
526

**Procès**

coût et durée du procès · 52

fonction du procès · 11

initiative du procès · 67

l'avantage escompté du procès · 67

la marche du procès · 56, 116

**publicité foncière · 87**

---

*Q*

**Qualité**

qualité donnant intérêt · 58

**question préjudicielle · 21**

---

*R*

**raisonnabilité · 203**

**recevabilité**

recevabilité des recours · 13

**Recevabilité**

définition · 13

**recevabilité de l'action**

confusion entre recevabilité de l'action  
et examen du bien fondé de l'action ·  
50

**Recours**

recours en contentieux de la légalité · 59

**réformation · 163, 166, 263**

**règles matérielles · 24**

**Révolution républicaine · 194**

---

*S*

*sacramentum* · 182, 183, 209, 210, 211,  
212, 213, 232

sécurité juridique · 52, 54, 55, 56, 135,  
137, 139, 311

socialisme · 253

sociétés commerciales · 113, 260

stabilité juridique · 54, 63

**substantialisation du droit processuel ·  
21**

successeur · 81

succombance · 161, 165

surenchère processuelle · 4

---

*T*

Thémis · 3, 4, 5, 6, 11, 15, 27, 38, 41, 45,  
53, 117, 151, 196, 249, 252, 257, 345

théologie · 72, 100, 247

théorie des actions · 68

tierce opposition · 6, 79, 80, 81, 111, 113,  
114, 127, 163, 477

titrisation · 79, 81, 82, 102

---

*U*

usufruit · 148, 356, 360

utilitarisme · 243, 245, 248, 249, 250,  
251, 254

---

*V*

vérité judiciaire · 39, 181, 437, 438, 441, 445



## TABLE DES MATIERES

---

RÉSUMÉ .....	II
DÉDICACE .....	III
REMERCIEMENTS .....	V
SIGLES ET ABRÉVIATIONS .....	VI
SOMMAIRE .....	XI
INTRODUCTION .....	1
<b>PREMIERE PARTIE : L'INFLUENCE DU SUBSTANTIEL DANS L'APPRECIATION PROCEDURALE DU DROIT D'AGIR.....</b>	<b>33</b>
TITRE 1 <sup>ER</sup> : L'INFLUENCE DU SUBSTANTIEL SUR LA RECEVABILITE DE L'ACTION.....	37
<i>CHAPITRE 1<sup>ER</sup> : L'INSTABILITE DE L'INTERET ET DE LA QUALITE POUR AGIR</i>	<i>41</i>
SECTION 1 <sup>ERE</sup> : Des notions débordantes dans leur considération solitaire .....	42
Paragraphe 1 <sup>ER</sup> : Les constats de mutations conceptuelles .....	42
A. L'intérêt à agir, une substantialité croissante.....	42
1. Du déni de la notion d'avantage dans l'intérêt à agir .....	43
2. A la reconnaissance de l'intérêt comme un profit .....	45
B. La qualité à agir, une substantialité bipolaire .....	48
1. Une conception interprétative dynamique.....	48
2. La difficulté résultant de la titrisation légale.....	50
Paragraphe 2 : Les risques d'élargissement .....	52
A. La variabilité des conditions ordinaires .....	52
1. L'intérêt légitime, une qualité déguisée .....	53
2. Les frontières discutables entre l'intérêt juridiquement protégé et la qualité .....	54
B. La diversité des conditions supplémentaires.....	56
1. Des prévisions légales .....	56
2. Des extensions jurisprudentielles .....	58
SECTION 2 : Des concepts restreints dans leur évolution solidaire.....	60
Paragraphe 1 <sup>ER</sup> : La qualité tributaire de l'intérêt, les interférences .....	61
A. Les actions banales, le principe .....	61
1. La présence de l'intérêt : une exigence légale.....	61
2. L'absence de la qualité : une convenance doctrinale .....	63

B.	Les actions attitrées, l'exception.....	65
1.	Des actions limitativement diversifiées.....	65
2.	Des actions téléologiquement justifiées .....	66
Paragraphe 2 :	La qualité indépendante de l'intérêt.....	70
A.	La qualité sans l'intérêt.....	72
1.	La qualité sans l'intérêt : une attribution controversée .....	72
2.	La qualité sans l'intérêt : une attribution consacrée.....	75
B.	L'intérêt sans la qualité.....	76
1.	L'intérêt sans la qualité : le cadre général.....	76
2.	L'intérêt sans la qualité : le cadre spécifique .....	78
<i>CHAPITRE 2 : LE CARACTÈRE EXCESSIF DU RECOURS A L'INTÉRÊT</i> .....		83
SECTION 1 <sup>ère</sup> :	L'exigence d'un intérêt substantiel, un préalable prétorien.....	84
Paragraphe 1 <sup>er</sup> :	La considération de l'effet juridique au détriment du présumé de la règle de droit .....	84
A.	L'intérêt comme une faculté de mise en œuvre de l'impératif de la règle .....	85
1.	L'effet juridique comme un intérêt, un droit protégé.....	86
2.	Le contentieux objectif, action sans droit protégé.....	88
B.	L'intérêt comme une jouissance du droit à la réparation.....	90
1.	L'intérêt à agir en réparation d'un préjudice réel.....	90
2.	Les droits relatifs à l'état et à la capacité des personnes .....	93
Paragraphe 2 :	Le rejet par principe des actions préventives.....	93
A.	L'admission de l'irrecevabilité des actions interrogatoires et provocatoires .....	94
1.	La difficile recevabilité des actions provocatoires.....	95
2.	L'admission prétorienne progressivement légalisée des actions interrogatoires.....	96
B.	La timide recevabilité des actions déclaratoires .....	100
1.	L'existence d'une menace grave et sérieuse .....	101
2.	La mise à l'écart de la menace : objectif de l'action.....	103
SECTION 2 :	Le recours au droit substantiel, une commodité pratique.....	105
Paragraphe 1 <sup>er</sup> :	L'identification des actions aux droits substantiels .....	106
A.	La classification traditionnelle des actions .....	107

1. La substance du droit au service de l'identification des actions mobilières et personnelles .....	107
2. La réalité des droits au service des actions immobilières : l'exception des actions mixtes .....	109
B. Les extensions prétoriennes .....	111
1. Les actions directes .....	112
2. Les actions « de in rem verso » .....	114
Paragraphe 2 : L'identification de l'intérêt au droit substantiel en appel .....	117
A. Le recours au grief « fait » par la décision attaquée .....	118
1. La partie succombante comme la plus diligente dans les recours en appel et en cassation .....	118
2. L'exigence du grief dans les recours accessoires .....	121
B. Le recours au grief éprouvé .....	123
1. De la part de la jurisprudence .....	124
2. De la part de la doctrine .....	125
TITRE 2 : LES CAUSES DE L'INFLUENCE DU SUBSTANTIEL DANS L'APPRECIATION DU DROIT D'AGIR .....	129
<i>CHAPITRE 1<sup>ER</sup> : UNE CAUSE ORIGINELLE</i> .....	133
SECTION 1 <sup>ERE</sup> : Les origines légales de la prééminence du droit substantiel .....	136
Paragraphe 1 <sup>ER</sup> : Une prépondérance issue des règles de procédure romaine .....	137
A. L'attribution de la chose objet du litige par le préteur au mépris de la séparation de l'in iure et de l'apud iudicem .....	137
1. Une attribution provisoire en présence de contestation .....	137
2. Une adjudication définitive en absence de contestation .....	139
B. Le renforcement de la prééminence du fond dans les lois aebutia et licinienne .....	141
1. Un renforcement par le contenu de la loi aebutia .....	141
2. Un renforcement par le flou entretenu dans la loi licinienne instituant la préture .....	146
Paragraphe 2 : Une prépondérance connue d'autres règles de procédure .....	152
A. Dans les traditions « éwé », « kamba », « ibo », ... de l'ancien droit africain .....	152

1. La présence exigée de la chose litigieuse, condition essentielle de recevabilité .....	152
2. L'absence tolérée de l'objet de discussion, une situation exceptionnelle de recevabilité.....	154
B. Les prémisses de la prééminence à l'origine de certains systèmes spécifiques .....	155
1. La concentration de toutes les procédures par le droit musulman. ....	156
2. La procédure anglaise dans son évolution historique.....	159
SECTION 2 : Les origines décelées des anciennes pratiques procédurales .....	163
Paragraphe 1 <sup>er</sup> : La chose litigieuse dans la procédure .....	164
A. Le sacramentum de l'ancien droit romain .....	164
1. La présence d'éléments substantiels dans le sacramentum in rem.....	164
2. L'exigence de la justification de la cause du droit dans le sacramentum in personam. ....	167
B. L'influence probable des éléments de différenciation .....	170
1. Le constat du rattachement de la procédure de in iure de celle de l'apud iudicem .....	170
2. Le confinement de toute exception dans la procédure in iure.....	174
Paragraphe 2 : La personne humaine objet de litige au seuil du procès .....	178
A. Une présentation abjecte en droit africain .....	178
1. De la chosification de la personne humaine.....	178
2. De la confusion entre délits civils et délits pénaux .....	179
B. Une exposition sacrée en droit romain.....	183
1. La personne humaine comme objet de droit en discussion.....	184
2. La personne humaine comme objet d'exécution de jugement .....	186
<i>CHAPITRE 2 : UN FONDEMENT CONTEXTUEL</i> .....	193
SECTION 1 <sup>ère</sup> : La contextualisation de la confusion prétendue du droit et de l'action par DEMOLOMBE .....	195
Paragraphe 1 <sup>er</sup> : Les facteurs favorables à l'identification en pratique de l'action au droit .....	196
A. Le contexte philosophique du XIXe siècle .....	197
1. L'influence du positivisme dans la pensée occidentale du XIXe siècle ..	197
2. La conception utilitariste de l'action en justice au XIXe siècle.....	200

B.	Les motivations politico-économiques .....	202
1.	La lutte pour le libéralisme.....	203
2.	La propension matérialiste .....	204
Paragraphe 2 :	Les fondements de la critique des prétendues confusions entre droit et action.....	206
A.	L'environnement légal offert aux justiciables .....	207
1.	La distinction de l'action et du droit dans la lettre du code civil de 1804	207
2.	La séparation de l'action du droit dans l'esprit du code de procédure civile de 1806 .....	209
B.	L'environnement juridique à la disposition des juristes .....	210
1.	Une instabilité doctrinale continue.....	211
2.	La manifestation d'un manque d'intérêt à la procédure.....	213
SECTION 2 :	Le caractère incompris des idées de DEMOLOMBE .....	216
Paragraphe 1 <sup>er</sup> :	Une interprétation erronée de la théorie de DEMOLOMBE.....	217
A.	Le caractère superficiel des interprétations.....	217
1.	Une présentation littérale des idées .....	217
2.	L'apparente présence d'aspects substantiels .....	221
B.	L'amplification erronée des interprétations .....	223
1.	Les relais de la théorie de DEMOLOMBE .....	223
2.	Les critiques contre la théorie de DEMOLOMBE.....	227
Paragraphe 2 :	Une interprétation renouvelée de la théorie de DEMOLOMBE ..	230
A.	L'absence de confusion entre l'action et le droit.....	231
1.	L'expression d'une anomalie alors actuelle .....	231
2.	La nostalgie d'une conception ancienne .....	235
B.	La présence d'injonctions dans la théorie de l'action.....	236
1.	La distinction entre action et demande.....	236
2.	La distinction entre action et procès.....	238
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE .....		241
<b>DEUXIÈME PARTIE : LA LIMITATION DU SUBSTANTIEL DANS L'APPRÉCIATION PROCÉDURALE DU DROIT D'AGIR.....</b>		<b>243</b>
TITRE 1 <sup>ER</sup> : VERS UNE REDEFINITION DE L'ACTION EN JUSTICE.....		247
<i>CHAPITRE 1<sup>er</sup> : LA NÉGATION D'UN DROIT EN L'ACTION EN JUSTICE.....</i>		<i>253</i>



SECTION 1ère : L'action en justice et le droit d'être entendu sur le fond en particulier .....	256
Paragraphe 1er : Les véritables droits au seuil du procès .....	257
A. Les droits du demandeur au seuil du procès .....	257
1. Le droit d'agir ou droit d'être entendu sur le fond.....	258
2. Le droit d'accès à la justice .....	261
B. Le droit d'agir au profit du défendeur.....	265
1. L'absence de symétrie entre le droit d'agir du défendeur et de celui du demandeur .....	265
2. La présence d'une opposition de luttes .....	267
Paragraphe 2 : L'autonomie du droit d'être entendu sur le fond vis-à-vis de l'action .....	269
A. Absence de lien entre les droits au seuil du procès et l'action.....	270
1. La distinction entre le droit d'agir et l'action en justice .....	270
2. La distinction entre le droit d'accès à la justice et l'action en justice .....	273
B. Présence de lien entre l'action et la seule faculté du sujet.....	276
1. Le caractère libre du choix de la voie de droit .....	276
2. Le principe dispositif, prolongement du libre choix de la voie d'action..	277
SECTION 2 : L'action en justice et le droit subjectif en général .....	279
Paragraphe 1 <sup>er</sup> : Le sens du droit subjectif.....	280
A. Présentation du droit subjectif .....	281
1. Le concept de droit subjectif .....	282
2. La substance du droit subjectif.....	288
B. L'identification du droit subjectif.....	293
1. Les critères essentiels du droit subjectif.....	293
2. Les critères supplémentaires du droit subjectif.....	298
Paragraphe 2 : L'action et les critères du droit subjectif .....	300
A. La confrontation de l'action au critère du lien juridique d'appartenance	300
1. L'impossibilité de lien d'appartenance au plan technique entre l'action et le justiciable .....	300
2. La vérification en pratique de la légalité du lien d'appartenance .....	306
B. L'absence de maîtrise et d'opposabilité de l'action en justice, voie de droit	

1. La vaine recherche d'une maîtrise dans l'action en justice.....	310
2. L'inconcevable opposabilité de l'action .....	312
<i>CHAPITRE 2 : LA CONFIRMATION D'UNE SIMPLE VOIE DE DROIT.....</i>	<i>317</i>
SECTION 1 <sup>ère</sup> : Les généralités sur les voies de droit .....	319
Paragraphe 1 <sup>er</sup> : La diversité des voies de droit .....	319
A. La notion de voie de droit .....	320
1. Définition de voie de droit .....	320
2. Caractéristiques des voies de droit.....	322
B. La nomenclature des voies de droit .....	326
1. Les voies de droit .....	326
2. Les autres voies de justice.....	331
Paragraphe 2 : Le sort des autres voies de justice.....	333
A. Les voies délaissées .....	333
1. Une voie abandonnée avec raison .....	333
2. Des voies négligées à tort.....	337
B. Les voies récupérées .....	343
1. Les voies à récupération timide.....	343
2. Les voies définitivement récupérées : les MARC.....	348
SECTION 2 : Les spécificités de l'action en justice.....	351
Paragraphe 1 <sup>er</sup> : L'action en justice, une voie organisée.....	352
A. Une consécration légale, le processus pour la sécurité .....	352
1. L'organisation de l'action au profit du demandeur.....	352
2. L'organisation de l'action au profit du défendeur.....	355
B. Une pratique mieux connue, l'attirance pour la modernité.....	357
1. L'action comme une pratique de tous les temps .....	357
2. L'action comme une pratique de tous les espaces.....	359
Paragraphe 2 : L'action en justice, une voie rassurante.....	362
A. La garantie de la sûreté .....	362
1. Une sûreté forcée.....	362
2. Une sûreté renforcée.....	364
B. La relativité de la sûreté.....	369
1. Une relativité conceptuelle.....	369

2. Une relativité substantielle.....	370
TITRE 2 : UNE NECESSAIRE READAPTATION DU MECANISME DE LA RECEVABILITE DE L'ACTION .....	377
<i>CHAPITRE 1<sup>ER</sup> : LE NÉCESSAIRE ISOLEMENT DE LA QUESTION DE LA LÉGITIMITÉ DE L'INTÉRÊT DE L'APPRÉCIATION DE LA RECEVABILITÉ DE L'ACTION</i> .....	379
Section 1 <sup>ère</sup> : Les liens flous entre la légitimité de l'intérêt et le droit substantiel ....	379
Paragraphe 1 <sup>er</sup> : Une volonté de restreindre la titularité du droit d'agir .....	380
A. Une restriction de la titularité de l'action fondée sur la légitimité de l'intérêt.....	380
1. Une restriction de la titularité de l'action fondée sur la moralité du droit	380
2. Une restriction de la titularité de l'action fondée sur la légalité du droit.	382
B. Une restriction de la titularité de l'action fondée sur la qualité à agir .....	383
1. Une restriction souple de la titularité de l'action tirée des actions banales .....	384
2. Une restriction radicale de la titularité de l'action tirée des actions attitrées .....	386
Paragraphe 2 : L'absence de distinction entre la légitimité de l'intérêt et la qualité à agir .....	390
A. Le rattachement de la qualité à agir et de la légitimité de l'intérêt au droit substantiel .....	390
1. La détermination de la qualité à agir par la légitimité de l'intérêt .....	391
2. La détermination de la qualité à agir et de la légitimité de l'intérêt par le droit substantiel .....	392
B. Le recours controversé à de fausses fins de non-recevoir.....	396
1. La sanction du défaut de qualité par une fausse fin de non-recevoir .....	396
2. La fausse fin de non-recevoir tirée du défaut de légitimité de l'intérêt ...	399
SECTION 2 : Le dévoiement des étapes logiques du procès.....	401
Paragraphe 1 <sup>er</sup> : L'obligation d'examiner la légitimité de l'intérêt préalablement au fond .....	402
A. Le caractère préalable de l'examen de la légitimité de l'intérêt .....	402
1. A la recherche du sens de l'intérêt légitime .....	402
2. Un élément à examiner préalablement au fond ? .....	404

B.	La consécration d'un double examen du fond .....	407
1.	Le débat sur l'irrecevabilité nécessitant un examen sommaire du fond ..	407
2.	Le débat sur le bien-fondé réalisant un second examen au fond.....	408
Paragraphe 2 :	La remise en cause des étapes logiques du procès.....	411
A.	L'insuffisance de la pensée de MOTULSKY .....	411
1.	Les critiques modérées contre la pensée de MOTULSKY .....	411
2.	Les critiques radicales à la pensée de MOTULSKY .....	414
B.	Le retardement du dénouement du procès provoqué par un double examen au fond .....	416
1.	L'exigence d'une procédure adaptée et diligente.....	416
2.	Le temps nécessité par un second examen au fond.....	418
<i>CHAPITRE 2 : L'UTILITÉ DU RATTACHEMENT DU CRITÈRE DE LÉGITIMITÉ À L'EXAMEN DU FOND DU DROIT EN JEU .....</i>		<i>421</i>
Section 1 <sup>ère</sup> :	La réévaluation des critères d'examen de l'intérêt légitime .....	422
Paragraphe 1 <sup>er</sup> :	L'évolution de la notion d'intérêt légitime au regard de la jurisprudence.....	423
A.	Appréciation du caractère légitime de l'intérêt à agir au regard des considérations d'ordre morale .....	423
1.	Intérêt légitime, un intérêt conforme à l'ordre public français .....	423
2.	L'intérêt légitime, un intérêt conforme aux bonnes mœurs françaises ....	425
B.	La juridicité et l'opportunité de l'intérêt légitime.....	428
1.	L'intérêt légitime juridiquement protégé .....	428
2.	L'intérêt légitime au regard des considérations d'opportunité.....	430
Paragraphe 2 :	l'appréciation renouvelée de la légitimité de l'intérêt à agir .....	432
A.	L'affectation de l'intérêt légitime aux défenses au fond .....	432
1.	Le rejet des prétentions adverses.....	432
2.	Le rejet de la prétention adverse au fond, seule aptitude des défenses au fond.....	436
B.	La nécessité d'adapter le régime de la défense au fond à celui de l'intérêt légitime .....	441
1.	L'applicabilité du régime de la défense au fond à l'intérêt légitime.....	442
2.	Vers un régime spécial de défense au fond tiré du défaut d'un intérêt légitime contestable.....	446

SECTION 2 : Le déclin de la fin de non-recevoir comme sanction du défaut d'intérêt légitime.....	448
Paragraphe 1 <sup>er</sup> : La réévaluation de la sanction du défaut de l'intérêt légitime ....	448
A. La mixité de la nature des fins de non-recevoir .....	449
1. La notion de fin de non-recevoir .....	449
2. Vers une fin de non-recevoir spéciale .....	454
B. La réévaluation partielle du régime des fins de non-recevoir .....	457
1. L'inadaptation du régime de l'article 123 du Code de procédure civile à la fin de non-recevoir tirée du défaut d'un intérêt légitime à agir .....	457
2. L'institution d'un régime spécial pour le défaut de l'intérêt légitime à agir .....	458
Paragraphe 2 : L'encadrement de la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt légitime .....	461
A. L'inopportunité de certains encadrements .....	461
1. La possibilité d'une invocation du défaut d'intérêt à des fins dilatoires..	461
2. L'inadaptation du régime de la régularisation des fins de non recevoir ..	463
B. L'institution d'un encadrement spécial.....	465
1. L'institution d'une action pour intention dilatoire spéciale .....	465
2. L'institution d'un office spécial du juge .....	466
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE .....	473
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>475</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE GENERALE.....</b>	<b>481</b>
<b>INDEX ALPHABETIQUE.....</b>	<b>517</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>527</b>