

# Académie de législation de Toulouse

Académie de législation (Toulouse). Auteur du texte. Académie de législation de Toulouse. 1949.

**1/** Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

- La réutilisation non commerciale de ces contenus ou dans le cadre d'une publication académique ou scientifique est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source des contenus telle que précisée ci-après : « Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France » ou « Source gallica.bnf.fr / BnF ».

- La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service ou toute autre réutilisation des contenus générant directement des revenus : publication vendue (à l'exception des ouvrages académiques ou scientifiques), une exposition, une production audiovisuelle, un service ou un produit payant, un support à vocation promotionnelle etc.

#### CLIQUEZ ICI POUR ACCÉDER AUX TARIFS ET À LA LICENCE

**2/** Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

**3/** Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

- des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

- des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

**4/** Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

**5/** Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

**6/** L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

**7/** Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter [utilisation.commerciale@bnf.fr](mailto:utilisation.commerciale@bnf.fr).

# L'acte juridictionnel et la classification des contentieux

## A propos de la condamnation pénale\*

---

### SOMMAIRE

#### L'acte juridictionnel et la condamnation pénale.

Généralités (1).

#### I. L'acte juridictionnel par nature.

Position du problème et méthode (2-4). — A) *Examen des principales théories.* a) Autonomie de la notion d'acte juridictionnel le normativisme (5). b) Duguit, Jèze, Guillien; la constatation juridictionnelle (6). — Rapports de la constatation et de la décision (7). — Nature spécifique de la constatation : l'autorité de la chose jugée (8), violation de la loi (9). — Question de droit (10-11). c) La cause de l'acte juridictionnel : la prétention (12). — Le doute juridictionnel; Chaumont (13). — B) *Les éléments de l'acte juridictionnel.* a) La contestation, incident de l'ordonnement juridique (14). — La solution de la contestation et l'acte juridictionnel (15). — Le rôle du droit dans l'acte juridictionnel (16). — La vérification du droit (17). — b) L'autorité de la chose jugée (18). — Le criterium de l'acte juridictionnel (19). — c) Utilisation analogique de l'acte juridictionnel (20).

#### II. Les extensions de l'acte juridictionnel.

A) *Le contentieux obligatoire.* Hypothèses diverses (21). — Le contentieux pénal comme contentieux obligatoire (22). — Exceptions; taxe pénale et amendes de composition (23). —

---

\* Cette confrontation de la condamnation pénale avec les théories générales de la juridiction avait été entreprise pour les *Mélanges Magnol*. Il est rapidement apparu que, par ses dimensions comme par son esprit, elle dépasserait le cadre qui lui était originellement offert. L'Académie de Législation a bien voulu recueillir, dans ce volume, les notes qui avaient été rassemblées concernant la nature juridictionnelle de la condamnation pénale. Une autre étude suivra, sur le caractère objectif du contentieux pénal.



B) *Le contentieux unilatéral*. Hypothèses diverses (24). — Le contentieux pénal comme contentieux unilatéral (25).  
 C) *Autres aspects de ces extensions*. Création de contentieux (le conflit d'attribution) (26). — Imperfections formelles des cas de juridictionnalisation (hypothèses de droit pénal) (27). —  
 D) *Remarques générales sur la juridictionnalisation*. Aspect matériel et aspect formel (28). — Les sanctions disciplinaires (29). — But et limites de la juridictionnalisation (30). — La juridictionnalisation et la séparation des pouvoirs (31).

1. — Une tradition ancienne définit l'acte juridictionnel comme celui qui tranche un litige, une contestation. Or, la répression pénale organisée en contemplation d'un individu coupable, et de la juste sanction à lui appliquer, ne comporte, ni litige véritable entre parties, ni contestation inéluctable, par l'inculpé, des faits qui lui sont reprochés. On peut être tenté d'en conclure que la condamnation pénale n'est pas un acte juridictionnel<sup>1</sup>. Mais cette affirmation est trop contraire aux idées couramment admises, et à l'apparence des faits pour qu'on puisse raisonnablement s'y arrêter. Reste donc à modifier la conception de l'acte juridictionnel. L'analyse du contentieux pénal est ainsi devenue, le plus souvent, d'ailleurs, sous forme de simple allusion, — l'un des arguments invoqués par nombre d'auteurs pour écarter l'existence d'une contestation comme caractéristique de l'acte juridictionnel<sup>2</sup>. La recherche de la nature juridique de la condamnation pénale ne peut donc être conduite isolé-

1. — 1. Telle fut l'opinion origininaire de Duguin (*L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 420), rapidement désavouée par lui (*L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, Rev. Dr. Publ. 1906, 413, et s., spéc. 458).

2. Lampué, *La notion d'acte juridictionnel*, R.D.P., 1946, 5 et s., spéc. 20; Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, I, 698; Vizioz, *Observations sur l'enseignement de la procédure*, Rev. gén. prat. de droit, 192 et s., spéc. 1928, 95, note 1; Esmein et Nèzard, *Éléments de droit constitutionnel*, 503. A côté des auteurs qui en traitent directement, la même affirmation se retrouve épisodiquement chez nombre d'autres, attestant de sa généralité, qui tourne à la banalité. V. par ex. Lureau, de *l'interprétation des règlements administratifs*. Th. Bordeaux, 1930, 148; Laurent, *L'indépendance de l'Administration et les décisions du Conseil d'Etat*, Th. Aix, 1941, 15.



ment, elle met en cause toute la théorie de la juridiction.

Le point de départ donné à cette étude n'est peut-être pas, d'ailleurs, sans intérêt, car il invite à l'orienter dans un sens réaliste. La notion d'acte juridictionnel soutient des rapports étroits avec les principes les plus fondamentaux du droit ; aussi peut-on être tenté de l'envisager en elle-même, d'une manière abstraite. M. Waline<sup>3</sup> a justement critiqué les abus de ces raisonnements dogmatiques et a priori, qui aboutissent parfois à un dédain excessif pour le droit positif<sup>4</sup>. Certes, l'élaboration de vastes systèmes philosophiques est indispensable pour élever et éclairer la compréhension des fondements du droit, et, sans doute, faut-il se résigner à ne pouvoir les rendre assez parfaits pour assurer une concordance complète avec la réalité. Du moins, celle-ci doit-elle servir de base aux systèmes. Au reste, c'est par cette voie seulement qu'on peut espérer l'accord sur quelques points ; on ne peut manquer d'être frappé par l'impression que les auteurs sont, à la fois, très près et très loin les uns des autres, très proches par l'observation, très éloignés par la construction.

L'acte juridictionnel doit donc être envisagé à travers les multiples, — on dirait presque, les innombrables, — figures qu'en offre le droit positif ; chacune éclaire un aspect de la théorie générale. La recherche de cette vue d'ensemble doit éviter un danger que présenterait l'application d'une méthode trop étroitement expérimentale. En se bornant à inventorier ce qui est et ce qui n'est

3. Waline, *Du critère des actes juridictionnels*, R.D.P., 1933, 565.

4. Il y a là, à coup sûr, l'une des causes qui ont limité, d'une manière regrettable et injuste, l'audience que les publicistes sont parvenus à s'assurer auprès des civilistes. N'est-on pas, par exemple, tenté de tenir, dès l'abord, pour non avenu tout ce qui suppose et proclame le caractère absolu de l'autorité de la chose jugée ?



pas juridictionnel<sup>5</sup>, on risque de mettre sur le même plan des choses dissemblables, de confondre ce qui est essentiel et ce qui est accidentel, ce qui est naturel et ce qui est artificiel.

Il est, en effet, évident, de prime abord, que la juridiction ne se présente pas comme un bloc homogène, et que ses frontières restent assez floues. Tous les auteurs l'ont senti, et c'est l'une des causes de la difficulté du problème. Elle comprend un domaine central, où elle est parfaitement et incontestablement réalisée, et une marge, d'ailleurs très étendue et très variée, où ses caractères dégénèrent et où le doute peut s'élever sur la véritable nature de l'acte. Il convient donc d'examiner d'abord l'acte juridictionnel par nature, afin de discerner ce qui le caractérise véritablement, puis de rechercher comment les hypothèses moins nettes s'y rattachent.

## I

**2.** — L'acte juridictionnel peut-il vraiment se caractériser par la notion de contestation ? On l'a longtemps admis, d'une manière plus ou moins consciente, aussi bien en droit privé<sup>1</sup> qu'en droit public<sup>2</sup>. Puis, toute une école de publicistes s'est écartée de cette conception<sup>3</sup>, et les civilistes se sont, à leur suite, engagés dans la

5. Waline, *loc. cit.*

**2.** — 1. Japiot, *Traité de proc. civ.*, n° 136 et s.

2. Hauriou, *Les éléments du contentieux*, Rec. de l'Acad. de législ. de Toulouse, 1905, 1 et s., 1907, 149 et s.; Laferrière, *Juridiction administrative*, t. I, 322, 462, t. II, 142. Cfr. Jèze, R.D.P., 1909, 672.

3. Duguit, *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, R.D.P., 1906, 413 et s.; Tr. de dr. const., t. II, § 28 et s.; Jèze, *Principes généraux du droit public; L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux* (notes de jurisprudence), R.D.P., 1909, 667; Guillien, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*. Th. Bordeaux, 1931, 114; Lampué, *La notion d'acte juridictionnel*, R.D.P., 1946, 5 et s., spéc. 14 et s.



même voie<sup>4</sup>. On paraît, aujourd'hui, s'apercevoir que les efforts tentés en ce sens, si intéressants et instructifs qu'ils aient été, n'ont pu parvenir à fournir une théorie complète et satisfaisante, et l'on constate un retour à la notion de contestation<sup>5</sup>. Il faut donc essayer de préciser le rôle que joue cet élément.

Il n'est peut-être pas inutile de souligner deux aspects de l'esprit dans lequel cette recherche se trouve ainsi engagée.

**3.** — Elle permet de surmonter l'opposition entre le point de vue matériel et le point de vue formel. L'existence d'une contestation inhérente à la situation que résout l'acte juridictionnel peut être considérée comme touchant à sa nature, et, par conséquent, comme un élément d'ordre matériel<sup>1</sup>. Mais les caractéristiques de cette situation suscitent naturellement le moyen de solution, c'est-à-dire la procédure contradictoire en laquelle s'exprime et s'organise la contestation, ce qui est un élément d'ordre formel<sup>2</sup>.

La distinction des éléments tirés du fond, de la forme, ou de la qualité de l'agent qui accomplit un acte, est un

4. Morel, *Tr. élém. de proc. civ.*, p. 103 et s.; Vizioz, *Observations sur l'étude de la procédure civile*, Rev. gén. prat. de droit, 1929 et s.

5. Ce retour est souligné avec la plus grande netteté, par Bonnard, *Le criterium matériel de l'acte juridictionnel*, Mélanges Carré de Malberg, 5 et s., spéc. 21, et *Précis de dr. administr.*, p. 70. Cfr. Léonard, *Concl. sous Cons. d'Etat.*, 19 févr. 1943 (Bugnet), Dr. Soc. 1943.173; V. également Scelle, *Man. élém. de dr. int. publ.*, p. 114, et *L'acte juridictionnel* (Cours, 1944-45, p. 73 et s.); M. Jèze (R.D.P., 1909, 667) faisait également une place à l'idée de contestation, en exigeant que la constatation qui, pour lui, caractérise l'acte juridictionnel, porte sur une chose contestée ou contestable. V. encore, Réglade, *Arch. phil. du droit*, 1940, p. 167; Chrétien, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, Th. Lille, 1936, p. 17. Sur la position de M. Vizioz, v. nos observations, Rev. Trm. dr. civ., 1948, 498.

**3.** — 1. Bonnard, *loc. cit.*, p. 17, 21.

2. Carré de Malberg, *Contr.*, I, 713.



moyen commode de description. Mais on risque de stériliser l'analyse, au lieu de l'approfondir, en établissant entre eux une opposition catégorique, et surtout en attribuant à l'un de ces points de vue une valeur prééminente, voire exclusive<sup>3</sup>. Certes, cette attitude, sur une question d'ordre technique, est dominée par des conceptions générales touchant les principes fondamentaux du droit public. Ni l'une, ni l'autre des positions extrêmes n'est pourtant parvenue à donner au principe de la séparation des pouvoirs un sens certain et satisfaisant. L'attachement à l'aspect matériel, qui cherche à définir rigoureusement la nature des actes relevant de chaque pouvoir, aboutit à démontrer l'impraticabilité d'une séparation absolue. La considération du seul point de vue formel laisse toute latitude de remplir à volonté chaque pouvoir, défini seulement par le degré de sa puissance juridique. Aussi comprend-on que l'on s'abstienne d'une telle prise de position<sup>4</sup> sans être, pour autant, dispensé de tenir compte des perspectives que la définition de l'acte juridictionnel peut ouvrir sur la conception de la séparation des pouvoirs. Le recours à la notion de contestation permet aussi de s'évader de la pure analyse abstraite de l'acte. La recherche des éléments de fond qui constituent un acte juridique conduit à conférer une grande importance à sa structure logique<sup>5</sup>. Il serait

3. « La valeur des classifications matérielles, en lesquelles, par postulat, nous avons foi... » (Guillien, *loc. cit.*, 244).

4. Cfr. Hauriou, *Rec. acad. légis.*, *loc. cit. Préc. dr. admin.* p. 384-385 ; M. Vizioz considère expressément le criterium proposé par Hauriou de l'acte juridictionnel comme étant, à la fois, matériel et formel (Vizioz, *Rev. gén. prat.*, 1929, 185-186). Quant à Carré de Malberg, que l'on qualifie couramment de formaliste, M. R. Capitant lui fait, au contraire, honneur d'avoir proscrit ces notions fausses (R. Capitant, *L'œuvre juridique de Carré de Malberg*, *Arch. phil. du droit.*, 1937, 81 et s., spéc. 91).

5. Ce point de vue peut même devenir exclusif. Récemment encore, M. Lampué (*loc. cit.*, p. 23, 27, 37), récuse, pour ce seul motif, la prise



dangereux, cependant, de considérer qu'elle résume en elle-même toute la substance de l'acte<sup>6</sup>. L'impression de nécessité et d'universalité que donne la description du mécanisme logique de l'acte n'est, peut-être, qu'une illusion<sup>7</sup>, et, s'agissant d'une pièce fondamentale des institutions juridiques, la définition de sa nature doit être dominée par sa fonction sociale. Aussi peut-on relever dans les études récentes une tendance à tenir compte d'éléments extérieurs à l'acte lui-même, puisés dans son but ou ses antécédents, dans la situation qui le provoque, et qui, seule, peut en rendre complètement compte; la définition de l'acte juridictionnel tend à devenir complexe<sup>8</sup>.

4. — Ces remarques font pressentir l'intérêt que présenterait la définition de l'acte juridictionnel comme solution d'une contestation. Avant de l'examiner en elle-

en considération des précédents de l'acte (existence d'une contestation), de son but, ou de sa force juridique (autorité de la chose jugée). Il reconnaît que l'existence d'une contestation est la base de l'acte juridictionnel et en détermine la forme, mais ne pourrait, d'après lui, en déterminer la nature. N'est-ce pas plutôt le contraire, et le but de l'acte n'est-il pas indispensable pour en expliquer l'essence?

6. L'impropriété du terme de « matière », auquel a malencontreusement conduit l'opposition avec la forme, — pour désigner cette structure abstraite de l'acte, souligne l'étroitesse de ce point de vue.

7. Bonnard (*loc. cit.*) insiste sur le caractère essentiel du criterium matériel qui se retrouve toujours identique, parce qu'il est de la nature même du droit. En réalité, on ne découvre de valeur générale qu'à quelques notions abstraites, catégories de notre esprit, instrument du raisonnement, sans relations avec la réalité sociale qu'il s'agit d'exprimer. Le danger d'arbitraire apparaît dans le choix des éléments, puisés dans la réalité, sur lesquels on fait reposer le raisonnement, comme un calcul dont le déroulement est exact, mais dont la mise en équation est douteuse. Ainsi, Bonnard rattache lui-même expressément sa conception de l'acte juridictionnel à la théorie de la formation du droit par degrés, à laquelle il est permis de ne pas adhérer. L'analyse matérielle repose sur un postulat idéologique qui en compromet la valeur.

8. Bonnard lui-même aboutit à une définition composite (*loc. cit.*). V. aussi Chaumont, *L'acte juridictionnel*, R.D.P., 1942, 93 et s., Les définitions de M. Jèze, (R.D.P., 1909, 667) et Scelle (*Man. élém. de Dr. Int. Publ.*, 17, 314) prennent aussi un caractère complexe par le rôle qu'ils assignent à l'existence d'une contestation ou d'un litige.



même, il est expédient, puisqu'elle s'est, en fait, heurtée à des objections, d'éprouver d'abord la valeur des conceptions qu'on a proposé de lui substituer. Leur insuffisance créerait, éventuellement, un préjugé favorable à la définition traditionnelle. Il ne s'agit d'ailleurs pas de les suivre toutes dans la multiplicité de leurs nuances variées<sup>1</sup>, mais plutôt d'essayer d'en dégager les thèmes généraux. La tâche est facilitée par le fait qu'elles procèdent plus ou moins directement des systèmes objectivistes et normativistes, et forment ainsi un courant relativement homogène.

5. — Dans cette perspective, on découvre un problème préjudiciel, celui de l'existence même de l'acte juridictionnel, à titre de notion autonome et distincte. Duguit exprime sa perplexité, et, tout en s'efforçant, ensuite, de la surmonter, avoue sa tentation première de nier le caractère propre de l'acte juridictionnel<sup>1</sup>. L'importance primordiale attribuée à l'effet des actes sur l'ordonnement juridique rapproche l'acte juridictionnel de l'acte administratif, et en voile les particularités. Le normativisme autrichien rend plus claires encore les raisons de cette assimilation. Dans l'étagement des normes, chacune constituant une exécution de la norme précédente, tout en apportant, par sa concrétisation croissante, un élément nouveau de création, tous les actes d'où naissent les normes juridiques se comportent de la même manière, procèdent logiquement par le même mécanisme<sup>2</sup>.

4. — 1. Lampué (*La notion d'acte juridictionnel*, R.D.P., 1946, 5 et s.) en a récemment donné une revue très complète.

5. — 1. Duguit (*Tr. Dr. Const.*, t. II, § 28, p. 418 et 420).

2. La tradition française comporte aussi un courant révolutionnaire qui proclame le règne de la loi. L'administration et la juridiction se réunissent en une fonction unique d'exécution de la loi (V. Carré de



Aussi, pour établir une distinction dont la nécessité semble pourtant s'imposer, ne trouve-t-on rien d'autre que l'indépendance dont jouit le juge dans l'accomplissement de sa mission, opposée à la subordination hiérarchique de l'administrateur<sup>3</sup>, idée qui contient une grande part de vérité, mais qui paraît d'importance secondaire, et de portée très relative<sup>4</sup>.

On peut même se demander s'il demeure quelque utilité à distinguer les deux catégories d'actes, car leur identité fondamentale tend à en assimiler les effets juridiques, en

Malberg, *Th. de l'Et.*, I, 719 et s.); Bonnard, *Les attributions et les fonctions de l'Etat*, R.D.P., 1925, 5 et s., spéc. 38. Le légalisme de Berthélémy se rattache à cette conception lorsqu'il affirme que « la fonction de juger, comme celle d'administrer se ramène à l'exécution des lois ». (*Préc. de dr. administr.*, p. 12). Aussi Carré de Malberg critique moins, dans le normativisme, l'aspect d'exécution de la loi qu'il attribue aux actes juridiques, que l'aspect créateur de normes juridiques (Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation, spéc. p. 101 et s., 155 et s.). Il conteste principalement le caractère de norme juridique de ce que chaque acte apporte de nouveau. (V. Waline, *Observations sur la gradation des normes juridiques établies par Carré de Malberg*, R.D.P., 1934, 47). Carré de Malberg réserve seulement un certain pouvoir de création qu'il attribue au juge, et dans lequel il comprend à la fois la création d'une situation concrète nouvelle par le jugement de divorce, et le complément apporté par la jurisprudence à la règle générale, en cas de silence de la loi. L'aspect créateur de l'acte juridictionnel est, au point de vue où nous nous plaçons ici, secondaire, et il suffit de s'en tenir à l'aspect d'exécution.

3. Les anciens auteurs allemands, comme Lafand, opposaient le pouvoir discrétionnaire de l'administrateur au pouvoir lié du juge. Sur le plan théorique de l'agencement de l'ordonnement juridique, ils distendaient le lien de subordination de l'acte à la loi. Mais sur le plan pratique de l'aménagement des organes étatiques, cette constatation, qui semble en contradiction avec celle de l'école autrichienne, se combine, en réalité, avec elle, et la prépare : l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administrateur doit être contrôlé par la hiérarchie, tandis que la soumission totale du juge à la loi suppose et requiert son indépendance.

4. Bonnard (*La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'A. Merkl*, R.D.P., 1928, 668 et s., spéc. 695) a montré que le caporalisme de l'administration allemande, qui attache à l'instruction administrative un devoir strict d'obéissance, pour l'agent subordonné, donne seul, au criterium proposé par l'école autrichienne, sa pleine valeur; la théorie à laquelle on prétend attribuer une portée dogmatique absolue n'est que la généralisation d'un droit positif particulier, ce qui en compromet la valeur pour tout autre système juridique, et notamment pour le droit français.



compromettant l'autonomie de la notion d'autorité de chose jugée<sup>5</sup>. Le problème de l'efficacité juridique de l'acte est ramené à celui de son immutabilité ; or, tout acte étant un degré dans l'échelle des normes, et la vocation à la perpétuité étant inhérente à la notion de norme, tout acte devient également, par nature, immuable<sup>6</sup>.

5. Le courant légaliste français (V. *supra*, n° 5, note 2), incline à une conception de l'autorité de la chose jugée qui tendrait à lui enlever toute valeur propre, et qui, à la vérité, sans s'exprimer toujours nettement, demeure généralement latente (V. Carré de Malberg, *Confrontation*, 44, 50, 99 et s. ; Morel, *Proc. civ.*, p. 104 ; Duguít, *Tr. Dr. Const.* II, 680). Moins attaché à l'aspect de création de normes nouvelles qu'à celui d'exécution de la loi, il fait reposer toute la force du jugement sur celle de la loi qu'il applique, et qui agit à travers lui. Il devrait en résulter, logiquement, que, si la loi vient à défaillir pour une raison quelconque, le jugement perd, *ipso facto*, toute valeur. V. nos obs., sous Crim. 20 juin 1946, J.-Cl. 1947.II.3391. D'autre part, l'autorité de la chose jugée couvre les erreurs d'application de la loi que peut commettre le juge ; dans la mesure où il est possible de les déceler, on ne peut alors faire reposer sur la loi l'effet du jugement, qui ne peut provenir que de lui et de sa valeur juridique propre.

6. Bonnard, R.D.P., 1928, 690-692 ; Lampué, R.D.P., 1946.51 ; Langrod, *Remarques sur l'autorité des décisions administratives*, R.D.P., 1948, 19 et s. L'idée d'immutabilité de la norme est susceptible d'acceptions multiples, qui lui donnent une portée variable. L'identité de nature des actes ne serait pas incompatible avec une réglementation positive qui différencierait leur stabilité pratique en restreignant plus ou moins étroitement leur révocabilité (Lampué, *loc. cit.*, p. 51, 53) ; elle incite, cependant, en tenant ces restrictions pour exceptionnelles, à conférer l'irrévocabilité à tous les actes, même purement administratif, ce qui, selon M. Langrod (*loc. cit.* p. 25) serait nécessaire pour que le droit administratif ne demeure pas un « parent pauvre ». En réalité, l'immutabilité de la norme, envisagée sous la forme de sa permanence dans la durée, ou même à l'encontre des actes de même ordre qui peuvent être contraires (Langrod, *loc. cit.* p. 19), est sans rapports avec la notion de norme, n'est nullement indispensable à l'intégration d'une norme dans l'ordonnement juridique. S'il en était autrement, ce serait une raison, parmi d'autres, de ne pas ramener simplement à des normes les situations particulières, telles qu'un droit de créance, qui s'épuisent par leur exécution. La seule espèce d'immutabilité qui soit liée à l'existence même de la norme, en tant que règle gouvernant l'activité humaine, c'est qu'elle ne soit pas atteinte par les actes, matériels ou juridiques, qu'elle est destinée à régir, même lorsqu'ils lui sont contraires ; la violation de la règle ne la détruit pas ; ainsi, l'auteur d'un règlement doit le respecter dans ses actes particuliers tant qu'il ne l'a pas modifié par voie générale. Mais il s'agit, à proprement parler, de l'efficacité de l'acte, et non de son immutabilité. S'agissant du jugement, on englobe parfois cette efficacité dans la notion d'autorité de chose jugée, qualifiée alors de matérielle, par opposition à l'autorité formelle ; cette terminologie a justement l'inconvénient d'inclure, dans l'autorité de la chose jugée, des éléments qui ne lui sont pas propres, et de susciter la confusion avec



L'acte juridictionnel achève ainsi de perdre tout caractère propre<sup>7</sup>.

De telles propositions se heurtent à la constatation du fait même, devant lequel il faut s'incliner, de l'existence de l'acte juridictionnel et du pouvoir judiciaire<sup>8</sup>. Remarquons seulement combien est contraire à la réalité cette dégradation du pouvoir du juge, qui est peut-être le premier et le plus indispensable de tous les pouvoirs que requiert l'organisation sociale, et qui, comme l'a montré Ed. Lambert<sup>9</sup> est à l'origine de la formation de la coutume, et par là, du droit objectif. Ce renversement est bien dans la nature du normativisme, qui exprime et tend à couronner cette absorption progressive par l'Etat des activités spontanées, et à faire découler désormais de la puissance validifiante de la norme d'origine l'efficacité de tout ce qui trouvait autrefois en soi-même sa valeur. Mais tout l'effort des juristes français,

les autres actes. Lorsqu'on envisage le jugement, aussi bien que l'acte administratif, comme un élément de l'ordonnement juridique, lorsqu'on le considère comme un titre nouveau (Langrod, *loc. cit.*, p. 22), — ce qui est, en partie, incompatible avec son effet purement déclaratif, — on pense à la décision qu'il contient. Or, l'autorité de la chose jugée s'applique, dans son principe, non à la décision ordonnant l'exécution du droit, mais aux causes de ce droit, vérifiées par le jugement, et qu'il est interdit de remettre en discussion (V. nos observations, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1948, 500-501). Là est la véritable immutabilité, élément spécifique de la chose jugée, sans relations avec l'idée de norme.

7. Sur ce point encore, le point de vue de Pécole autrichienne procède d'une particularité du droit administratif allemand, d'après lequel l'acte administratif est en principe immuable, et ne peut être rétracté, comme l'admet, quelques limitées qu'en soient les conditions, le droit français (V. *R.D.P.*, 1948, 384). L'allure plus administrative de la procédure judiciaire dans les pays germaniques n'a peut-être pas été, non plus, sans créer un climat favorable à ce rapprochement. De même, réciproquement, l'organisation d'une procédure administrative rapprochée de la procédure juridictionnelle (V. Langrod, *R.D.P.*, 1948, 549 et s. spéc. 555).

8. Hauriou, *Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes*, *Rev. Métaph. et Morale*, 1927, 193 et s., spéc. 205) a finement noté cette défiance instinctive du normativisme pour le juge, son incapacité d'en comprendre pleinement la mission.

9. Ed. Lambert, *La fonction du droit comparé*.



partisans ou adversaires du normativisme, s'applique justement à desserrer, autant que possible, cette étreinte, à réintroduire dans le cadre légal la spontanéité des activités humaines et, en particulier, le pouvoir propre du juge<sup>10</sup>.

6. — La logique du normativisme permet, du moins, de se convaincre que l'acte juridictionnel ne peut se singulariser par la décision qui agit sur l'ordonnancement juridique. C'est ce qu'avaient pressenti les juristes français, qui, sauf à accepter l'incommodité de toute position qui ne va pas au bout de ses principes, s'étaient efforcés de déceler un élément particulier permettant de le caractériser. Il était aisé de le découvrir, il réside dans la constatation du droit qui précède et commande la décision. Cette dualité d'éléments est, en effet, incontestable<sup>1</sup> et une compréhension plus large et plus com-

10. V. p. ex. Maury, *Observations sur les idées du prof. Kelsen*, Rev. Crit. Législ. et Jurispr. 1929, 533 et s., spéc. 558 ; Dupeyroux, *Les grands problèmes du droit*, Arch. Phil. du droit, 1938, 7 ; Hauriou, *Mélanges Carré de Malberg*, p. 231 ; Vedel, *La cause en droit administratif français*, Th. Toulouse, 1934, p. 329 et s. ; Héraud, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Th. Toulouse, 1946, 51 ; Cfr., pour le cas particulier du juge, Ladreit de la Charrière, *Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle*, Th. Paris, 1937, 41.

6. — 1. Duguit, *Tr. Dr. Const.*, II, 431, présente comme réalisant<sup>1</sup> la séparation de la constatation et de la décision la procédure de la Cour d'assises, avec la succession du verdict et de l'arrêt. Certes, Duguit fait entrer dans la constatation aussi bien l'affirmation de la situation juridique subjective que celle de la règle objective. Mais la procédure de la Cour d'assises est dominée par la séparation du fait et du droit, le premier appartenant au jury, le second étant justement réservé à la Cour. Les questions posées au jury, rédigées en fait, peuvent reproduire la description que la loi donne de l'infraction, afin de permettre la confrontation avec celle-ci des faits affirmés par le verdict. Du moins, le verdict ne constate-t-il, ni la règle objective, ni la situation juridique subjective de l'accusé. La qualification ne peut être faite que par la Cour. Seule, la question générale de culpabilité peut être théoriquement considérée comme une question de droit ; encore le législateur a-t-il consciemment laissé au jury, qui ne s'est pas fait faute d'en user, le pouvoir de la traiter comme une question d'opportunité, un instrument de sa politique. D'autre part, en considérant que l'acte juridictionnel résulte de l'union indissoluble du verdict et de l'arrêt, Duguit soulève une très



plète de sa portée aurait peut-être permis de trouver une heureuse solution à bien des problèmes techniques que posent l'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée. Mais il s'agit, ici, de rechercher comment elle peut servir à définir l'acte juridictionnel et à éclairer sa nature juridique.

Combinée avec l'esprit général des systèmes objectivistes, la mise en vedette de la constatation du droit aboutit à la faire considérer comme l'élément essentiel, le but de l'acte juridictionnel. Il n'est pas inutile de prendre conscience des rapports qui relient cette définition de l'acte juridictionnel avec la conception générale qui fait, du droit objectif, l'élément originaire de tout le système juridique ; l'acte juridictionnel se résume alors en une application de la loi, dont la constatation est le support logique et naturel. Cette définition perd, au contraire, ses assises profondes si l'on pense que le but du droit est l'organisation de la vie sociale, la légalité n'en étant qu'un moyen<sup>2</sup>. Mais il faut, ici l'envisager en elle-même. Bien que la constatation de la loi puisse

embarrassante question : à quel élément s'attache l'autorité de la chose jugée ? La décision est certainement revêtue de l'autorité de la chose jugée ; d'un autre côté, notamment dans le règlement des intérêts civils, il s'établit, entre le verdict et l'arrêt des relations de subordination qui participent de l'autorité de la chose jugée. Le défaut de pertinence de l'exemple invoqué par Duguit ne suffirait pas, à lui seul, à démontrer l'inexactitude de sa thèse, car il peut y avoir, entre la constatation et la décision, une distinction intellectuelle qui ne se traduise pas dans l'organisation pratique. Mais on peut y trouver une indication qui va directement à l'encontre de la conception de Duguit : l'élément essentiel de l'opération juridictionnelle, représenté par le verdict, peut porter, non sur la constatation et la proclamation du droit, mais sur la vérification des faits.

2. Chaumont, *Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel*, R.D.P., 1942, 93 et s., spéc. 106, 119 et s. « Que la légalité soit nécessaire dans la procédure juridictionnelle, c'est un fait d'observation ; mais elle s'y trouve présente comme un moyen, et non comme une fin ; la fonction juridictionnelle est une fonction pratique, et non pas esthétique ; son but est d'atteindre un certain résultat, de portée individuelle ou sociale ; il n'est pas de réaliser la perfection logique de l'ordre juridique ; il est bien plutôt d'en rétablir la santé, la régularité ». V. Lampué, *loc. cit.*, 27.



s'entendre de l'application de la règle au cas particulier, elle incline l'acte juridictionnel vers un aspect purement abstrait, peu compatible avec le but essentiellement pratique qu'il a dans la réalité. Le plaideur vise toujours un résultat pratique, le créancier poursuit son paiement, qu'il exerce d'emblée les saisies, ou que, démuné de titre exécutoire, il soit obligé d'agir préalablement en justice<sup>3</sup>.

7. — Si pourtant on examine en elle-même cette position et ses conséquences, on se heurte d'abord à la question de la place que tiennent, dans l'acte juridictionnel ces deux éléments ; elle ne paraît pas susceptible, quel que soit le sens dans lequel on l'envisage, de solution satisfaisante<sup>1</sup>.

Le manque d'originalité de la décision, envisagée comme un élément de l'ordonnement juridique, a vivement frappé M. Jèze ; elle n'est qu'un acte administratif, semblable à tous autres<sup>2</sup> ; elle ne fait donc pas

3. Le cas du jugement déclaratoire, que l'on définit comme la proclamation du droit sans déduction de conséquences pratiques, est particulièrement significatif. Il est, en effet, prohibé. A la vérité, ce principe ne doit pas être entendu d'une manière trop absolue, et doit être ramené à l'exigence de l'intérêt pour l'action en justice ; l'action déclaratoire sera admise quand elle présentera, pour le demandeur, un intérêt, quand la proclamation du droit lui assurera, par elle-même, des avantages pratiques.

7. — 1. Bonnard, *Mélanges Carré de Malberg*, 23) a cherché une conciliation entre les positions opposées et bien connues de Dugué et de Jèze (V. aussi Lureau, *De l'interprétation des règlements administratifs et de l'appréciation de leur légalité par les tribunaux judiciaires*. Th. Bordeaux, 1930, et Guillien, *loc. cit.*). Ces tentatives, qui n'apportent pas de principe nouveau et se bornent à des compromis encourent les objections qui s'adressent à l'une et à l'autre des opinions extrêmes.

2. Il n'est d'ailleurs pas inutile de préciser la portée de cette qualification, car l'objet de la décision peut être extrêmement varié. En pensant aux exemples que fournit le droit public, tous les auteurs constatent qu'elle peut être un acte-règle, un acte-condition, un acte subjectif (Jèze, *loc. cit.*), un acte législatif ou un acte administratif (Lampué, *loc. cit.*, p. 11). En se référant au droit privé, on constatera qu'elle peut remplir un rôle qui lui est propre et n'appartient qu'à elle, comme



partie intégrante de l'acte juridictionnel, qui se réduit à la constatation elle y est seulement ajoutée<sup>3</sup>.

La transformation en deux actes différents des deux éléments d'un acte qui conserve manifestement son unité peut, à bon droit, paraître artificielle, et procéder d'un abus de l'analyse abstraite. Elle oblige à admettre que la constatation peut, à elle seule, être un acte juridique, ce qui suppose qu'elle peut produire, par elle-même, des effets de droit<sup>4</sup>. Mais surtout, elle contraint à une iné-

une condamnation à dommages-intérêts ou une annulation de contrat ou équivaloir à un acte unilatéral, comme une reconnaissance de filiation naturelle, ou remplacer un acte bilatéral, comme le jugement décidant qu'il tiendra lieu du contrat qu'une partie se refuse à passer en forme régulière. Ce qui est propre à l'acte juridictionnel, dans toutes ces hypothèses, et l'apparente à un acte administratif, c'est qu'au lieu de puiser sa force dans la volonté des intéressés eux-mêmes, manifestée dans des conditions variées, il procède toujours de l'autorité d'un agent public, agissant dans l'exercice de sa compétence. Mais on ne peut, justement, oublier que cet agent est, et ne peut être, qu'un juge, que le pouvoir d'agir ainsi sur les droits privés ne peut être que l'exercice d'une fonction juridictionnelle, distincte de la fonction administrative proprement dite.

3. Jèze, R.D.P., 1909, 677.

4. M. Jèze semble faire résider dans l'autorité de la chose jugée, l'efficacité juridique de la constatation; la nature juridique de celle-ci est ainsi mise en cause, et on peut se demander si elle est un effet particulier, distinct de tous les autres, de l'acte juridictionnel, ou si elle n'est pas plutôt une modalité, une qualité particulière de ces effets. Mais la prééminence attribuée au droit objectif, que M. Jèze cherche dans son affirmation abstraite, peut aussi être envisagée dans l'expression concrète que lui donne l'ordonnancement juridique, et c'est dans cet ordre d'idées que l'on s'est efforcé de démontrer l'existence d'effets juridiques attachés à la constatation. Celle-ci apparaît à l'état isolé lorsque le jugement déboute le demandeur. M. Lampué (*loc. cit.*, 34) remarque qu'elle commande la charge des dépens; mais ce n'est là qu'un élément accessoire, qui ne touche pas au fond des choses. Plus décisive est l'observation de Bonnard (*loc. cit.*, 24) que la constatation, a, à tout le moins, pour effet, de mettre fin à la contestation; on pourrait dire, d'une manière techniquement plus précise, que, si l'on considère le droit d'agir en justice comme une prérogative distincte du droit invoqué dans l'instance, elle épuise l'action, ce qui est bien un effet juridique. Mais on aperçoit alors l'équivoque qui plane sur toutes ces conceptions: le débouté de l'action, prononcé par le juge, n'est-il pas, par lui-même, une décision consécutive à la constatation, et n'y a-t-il pas une restriction abusive et injustifiée à n'entendre, par décision, que ce qui modifie le fond du droit, l'ordonnancement juridique? On s'oriente ainsi vers une conception de l'acte juridictionnel et de la fonction juridictionnelle qui la met en dehors de l'ordonnancement juridique, sur un plan différent, comme un incident qui s'y surajoute (*V. infra*, n° 14).



légance dont Bonnard a souligné l'inadmissibilité : la décision consécutive, détachée de l'acte juridictionnel, ne serait qu'un acte législatif ou administratif ordinaire, et, comme elle est prise par le juge lui-même, elle constituerait un empiètement de celui-ci sur la fonction administrative<sup>5</sup>.

Loin de briser l'unité de l'acte juridictionnel, Duguit en cherche, au contraire, la caractéristique dans la complexité<sup>6</sup> ; elle réside dans le lien entre la constatation du droit et la décision consécutive, celle-ci étant essentiellement commandée par celle-là. Mais alors, c'est l'autonomie de l'acte juridictionnel, par rapport à tous autres actes, et spécialement aux actes administratifs, qui se trouve compromise. Tous les actes juridiques sont, en effet, dominés par le droit, auquel ils doivent être conformes, et, en cas de compétence liée, le rapport entre la constatation du droit et la décision est aussi déterminant que dans l'acte juridictionnel<sup>7</sup>.

5. Bonnard, *loc. cit.*, 24-25 ; Ici encore, il faut, pour bien mesurer la portée de l'objection, éviter une confusion terminologique. Le juge, notamment le juge administratif, ne peut lui-même ordonner des mesures administratives ; il renvoie les parties devant l'administration pour tirer les conséquences de sa décision, ce qui pose le problème difficile du respect de la chose jugée par l'administration active, ou, plus exactement, des moyens de soumettre l'administration, malgré son indépendance, à la force exécutoire de la décision (V. Laurent, *L'indépendance de l'administration et les décisions du Conseil d'Etat*, Th. Aix, 1941). Mais, lorsque, dans l'analyse de l'acte juridictionnel, on parle de l'élément de décision, il s'agit moins des mesures pratiques d'exécution que des conséquences de droit que le juge peut dégager (Laurent, 68). Dans cet ordre d'idées, le juge prononce lui-même la nullité des actes attaqués. Mais il est peut-être excessif d'assimiler, comme le fait Bonnard, l'annulation à un acte contraire, et de lui conférer la même nature. C'est en se plaçant au point de vue de l'analyse abstraite, matérielle, des fonctions, que l'on peut dire que la décision consécutive constitue un acte administratif. L'objection ne vaut que si l'on se rattache à la méthode des auteurs objectivistes ; mais elle ne prend, alors, que plus de portée.

6. Duguit, *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, R.D.P., 1906 ; Tr. Dr. Const., t. II, § 28 et s. ; *Leçons de droit public général* p. 177 et s.

7. Il y a aussi des hypothèses exceptionnelles où le juge demeure libre de sa décision, qui, une fois constatée l'existence de la situation prévue par la loi, sera commandée par l'opportunité : telles les nullités



Aussi, pour restituer à l'acte juridictionnel son originalité, faut-il marquer la place principale qu'y prend la constatation du droit ; on le fait souvent en disant qu'elle devient une fin et non un moyen<sup>8</sup>. En tant qu'elle prétend exprimer le but de l'acte, cette formule, qui répond à l'esprit général inspirant tous les systèmes objectivistes, encourt la même objection de méconnaître le but pratique du droit<sup>9</sup>. Mais on peut l'entendre aussi — et c'est l'aspect sous lequel nous l'envisageons ici — comme décrivant la structure de l'acte ; la constatation devient l'objet direct et immédiat de l'acte juridictionnel ; elle n'est plus implicite, elle s'exprime ouvertement et principalement. Il est alors évident qu'on s'éloigne du terrain de l'analyse de l'acte pour s'avancer sur celui des formes ; le processus psychologique de l'acte, sa structure interne, sont toujours identiques ; seules ses formes se diversifient ; on ne peut voiler que par une équivoque l'infidélité au but que l'on se proposait<sup>10</sup>.

**8.** — Les relations de la constatation et de la décision ne pouvant servir à caractériser l'acte juridictionnel, et puisque la décision est, par elle-même, semblable à tous

facultatives de la période suspecte de la faillite (art. 447-448 C. Com. V. Bruillard, Proc. civ., 107).

8. Duguit, Tr. Dr. Const., t. II, p. 424.

9. De ce point de vue, on relève une très significative contradiction entre deux passages de Duguit, dans ses Leçons de droit public général, l'un sur le caractère de fin de la constatation (p. 179), l'autre sur le but de l'acte pratique juridictionnel (184).

10. Sous réserve de l'étroitesse excessive de la notion courante de « constatation du droit », l'idée qu'elle devient un élément principal de l'acte juridictionnel contient une grande part de vérité. Ce qu'il s'agit de souligner ici, c'est que tout criterium matériel tend à se résoudre en critère formel ; on n'obtient des résultats exacts que dans la mesure où l'on est infidèle à son point de départ ; comme précédemment (*supra*, note 5), l'objection n'est vraiment sensible que sous condition d'une adhésion préalable aux postulats des systèmes objectivistes ; mais, étant donné le lien entre leur esprit, leurs principes généraux et le problème particulier, elle n'en a que plus de force.



autres actes administratifs, il reste à rechercher si la constatation ne présente pas certains éléments intrinsèques qui lui soient propres.

On songe d'abord à son effet essentiel, l'autorité de la chose jugée : l'acte juridictionnel est, pour M. Jèze<sup>1</sup>, une constatation douée de force de vérité légale<sup>2</sup>. Il rejoint ainsi Carré de Malberg, qui, pour asseoir sa conception de la séparation des pouvoirs, s'attache à la forme et au degré de la puissance juridique dont chacun dispose<sup>3</sup>.

C'est peut-être donner à la règle de l'autorité de la chose jugée une valeur qui ne lui appartient pas. A coup sûr, on ne saurait sous-estimer son importance, ni méconnaître qu'elle soit normalement attachée à tout acte juridictionnel ; mais elle repose sur des considérations d'ordre pratique, que M. Jèze développe, d'ailleurs excellemment, et non, comme sa conception générale tend, serait-ce malgré lui, à le faire croire, sur une néces-

8. — 1. Jèze, *De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel*, R.D.P., 1913, 437.

2. La conception générale de M. Jèze entraîne, comme conséquence, que l'autorité de la chose jugée n'appartient, à proprement parler, qu'à la constatation. Il n'est pourtant pas douteux que l'autorité de la chose jugée confère à la décision une stabilité particulière. On ne pourra la justifier que comme une répercussion de l'immutabilité de la constatation sur laquelle elle repose ; mais on souligne ainsi le lien étroit qui unit la décision à la constatation, et que la théorie de M. Jèze tend précisément à rompre. Quant à Duguit, il considère bien certainement que les deux éléments de l'acte juridictionnel participent à l'autorité de la chose jugée ; mais il ne semble pas s'être attaché à définir le rôle de chacun d'eux, et prend l'un ou l'autre selon les circonstances, sans justification (V., pour la constatation, § 28, p. 425-426, 428, 429 ; pour la décision, § 29, p. 437, § 30, 462, 463, 465, 467, § 31, 488). V. Vizioz, *Rev. gén. prat.*, 1929, 20.

3. On a souvent remarqué, parfois pour lui en faire un grief (Lampué, *loc. cit.*, 37) que cet élément ne tient pas à la structure de l'acte, mais lui est surajouté comme les éléments formels (Waline, R.D.P., 1933, 571, note 1), qui doivent seuls, aux yeux de Carré de Malberg, être pris en considération. La ressemblance est, en réalité, plus profonde, sans aller cependant jusqu'à l'identité. Si Carré de Malberg, par la suprématie qu'il accorde à la loi, tend à faire, du jugement, un acte d'exécution, il donne au pouvoir juridictionnel une physionomie propre, qui lui permet de n'attribuer à ses décisions qu'une autorité relative.



sité logique ; aussi peut-elle être influencée par l'appréciation de ces convenances pratiques ; elle n'est pas inéluçablement liée à l'acte juridictionnel, et il existe des systèmes juridiques qui l'écartent, bien qu'aucune ne puisse ignorer la fonction juridictionnelle<sup>4</sup>. L'inconvénient de ce point de vue est surtout d'incliner ses partisans à proclamer la portée absolue de l'autorité de la chose jugée : la constatation, douée de force de vérité légale, doit s'imposer à tous, comme la loi elle-même<sup>5</sup>. Cette affirmation est tellement contraire à la vérité positive — et, il est permis de le dire, à la nature des choses et aux nécessités pratiques — qu'on lui apporte des atténuations. Les unes consistant en des limitations

4. La mise à l'écart de l'autorité de la chose jugée résulte aussi bien de certains aspects du droit commun que de diverses théories particulières. La décision judiciaire peut être rendue « en l'état », ce qui réserve le droit de reprendre les débats, et de revenir sur la décision en présence d'éléments nouveaux ; notre regretté collègue M. Ricol, ancien Juge aux Tribunaux mixtes d'Égypte, nous signalait le très large usage que ces juridictions faisaient de cette faculté, peut-être par contagion des principes du droit musulman, qui ignore l'autorité de la chose jugée ; la jurisprudence française est beaucoup plus discrète ; bien qu'il ne soit pas théoriquement impossible de l'analyser comme une simple modalité de l'autorité de la chose jugée, la décision en l'état opère, en réalité, une véritable mise à l'écart de ce principe (V. Vizios, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1947, 81). On peut aussi mentionner l'exemple que fournit le droit canonique en matière de mariage. Non seulement la nullité du mariage n'ouvre aux parties la faculté de contracter un second mariage que si elle est reconnue par deux sentences concordantes, obtenues par voie d'appel ou directement, mais la nullité n'est jamais définitivement acquise, et peut toujours être remise en question : par dérogation aux principes généraux, la sentence reconnaissant la nullité du mariage n'a pas et n'acquiert jamais l'autorité de la chose jugée (Esmein, *Le mariage canonique*, 2<sup>e</sup> édit., par Génestal et Dauvillier, t. II, p. 327). En droit international, on pourrait également signaler les entraves que subit l'autorité de chose jugée des jugements étrangers. Mais on pensera surtout aux avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale, qui sont dénués de toute force juridique, et par conséquent, *a fortiori*, de l'autorité de la chose jugée ; aussi n'y voit-on pas de véritables actes juridictionnels (Scelle, *Man. Dr. Int. Public*, p. 556) ; mais il faut bien comprendre qu'ils ne sauraient être, non plus, des actes législatifs ou administratifs ; ce qui est douteux, c'est leur qualité d'actes juridiques, mais non la catégorie dont ils relèvent ; ils sont incontestablement de la nature des actes juridictionnels.

5. Jèze, *R.D.P.*, 1913, 440 ; Guillien, *loc. cit.*, p. 277 et s.



au domaine d'application de la règle, ne sont que des exceptions, aussi restreintes que possible, qui ne renversent pas le principe<sup>6</sup>; les autres, touchant au mécanisme de l'autorité de la chose jugée, en réduisent la substance, jusqu'à presque l'anéantir, et ne font ainsi que révéler l'impraticabilité du principe de l'autorité absolue<sup>7</sup>.

9. — On a également cherché à spécifier par son objet la constatation que contient l'acte juridictionnel : constatation d'une violation de la loi<sup>1</sup>, violation passée, ajoute-t-on parfois, violation commise par un autre que celui qui fait l'acte juridictionnel<sup>2</sup>. On paraît bien ici atteindre le point culminant de la méthode d'analyse matérielle. Malheureusement, sous l'un comme sous l'autre de ses deux aspects principaux, l'existence d'une

6. Jèze, *loc. cit.*, p. 441 ; M. Guillien fait des réserves, de portée fort indéterminée, pour le contentieux subjectif, dont il a, d'ailleurs, une notion extrêmement étroite ; il esquisse (p. 327) un raisonnement, qui tient quelque peu du sophisme, d'où pourrait découler un principe de relativité pour le contentieux subjectif : le changement de personnes crée une différence dans le rapport de droit en jeu, donc, dans l'objet même de l'acte juridictionnel ; mais les hypothèses pratiques qu'il envisage ensuite, et où il délaisse cet expédient, montrent qu'il reste fidèle, en fait, au principe de l'autorité absolue. (Cfr. p. 450 et s.)

7. Guillien, *loc. cit.*, p. 379-380) croit que la survenance d'éléments de fait ou de moyens de preuve nouveaux permet de reprendre le débat sans se heurter à l'autorité de la chose jugée. Cela retentit sur la nature de la révision, — recours ouvert aux parties en cas de survenance d'un pareil élément nouveau, — et de la tierce opposition, qu'il conçoit comme la révision exercée par les tiers (437, 444), et qu'il subordonne, contrairement au droit positif, à la survenance d'un fait nouveau. Elles restent, pour M. Guillien, en marge de la chose jugée ; ce sont des voies de recours qui ne s'attaquent pas à l'autorité de la chose jugée, notion qui est peut-être acceptable, mais qui soulève de graves problèmes théoriques. En tout cas, du point de vue pratique, il peut sembler contradictoire et inopportun de proclamer le caractère absolu de l'autorité de la chose jugée, et de souhaiter ensuite un très large développement des voies de recours.

9. — 1. Guillien, *loc. cit.*, 59 et s., spéc. 71-72 ; Duguit, *Tr. Dr. Const.*, t. II, § 28, p. 424-425 ; Vizioz, *Rev. gén. prat.*, 1929, p. 22-24.

2. M. Waline (*R.D.P.*, 1933, p. 568-569) a spécialement fait porter sa critique sur ces caractères.



question de droit, et sa position sous la forme d'une violation de la loi, elle suggère de sérieuses objections.

La question soumise au juge se présente bien, d'ordinaire, sous la forme d'une violation du droit, parce que le demandeur est obligé d'attaquer une situation de fait qu'il prétend contraire à la loi, alors que le défendeur en soutient la régularité. C'est un procédé de liaison du contentieux, et une conséquence des règles conférant le bénéfice de la qualité de défendeur. Mais il n'en est pas nécessairement ainsi, et l'organisation du contentieux connaît des formes plus complexes qui voient ce caractère<sup>3</sup>. On peut voir, dans un partage qui soulève contestation, les parties s'adresser au juge, avant qu'aucune violation de la loi n'ait été commise, puisque la situation est encore en suspens<sup>4</sup>; parfois aussi, le défendeur n'a commis aucune violation de la loi, tel

3. Si l'on nous permet un raisonnement qui pourra paraître très scolastique, mais qui reste bien dans l'esprit de la méthode d'analyse envisagée, nous supposerons que celui qui veut reprendre un immeuble obtient d'abord gain de cause au possessoire, obligeant ainsi son adversaire à agir lui-même au pétitoire; le demandeur au pétitoire ne peut alléguer aucune violation de la loi, car, faute de possession caractérisée, il a légalement succombé au possessoire, sans qu'il puisse voir là aucune violation de son droit de propriété prétendu, puisque la décision possessoire ne touche pas au fond du droit; quant au défendeur à la revendication, il n'a à invoquer aucune violation de la loi, puisqu'il est en possession, situation conforme au droit qu'il allègue, et qu'il pourra seulement avoir à faire la preuve de ce droit. Tout cela traduit bien l'esprit dans lequel la jurisprudence débat les questions relatives à la preuve de la propriété immobilière. Si la possession confère des avantages au point de vue de l'organisation de la contestation, le débat se déroule, au fond, au moyen des preuves admises par les tribunaux, sur un pied d'égalité; des deux droits en présence, on recherche quel est le plus vraisemblable, sans qu'apparaisse aucun élément de différenciation, comme celui qu'apporterait la notion de violation de la loi.

4. Une fois l'action en partage introduite, il se peut que le juge charge un notaire de préparer un travail liquidatif, qui sera ensuite homologué; les critiques que l'une des parties dirigerait contre le travail du notaire, dans la mesure où il porte préjudice à ses intérêts, pourraient être considérées comme se fondant sur une violation de la loi commise par le notaire. Mais le tribunal peut trancher les questions de principe débattues dès la première étape du litige, justement afin d'indiquer au notaire les directives dont il devra s'inspirer dans son travail; on ne peut alors découvrir aucune violation de la loi.



celui que l'on recherche en déclaration de paternité naturelle, car, s'il lui incombe bien un devoir moral de ne pas abandonner l'enfant, ce devoir n'engendre certainement aucune obligation juridique et, en s'abstenant de le reconnaître volontairement, il ne commet aucune violation de la loi<sup>5</sup>.

**10.** — Indépendamment même de sa spécification sous forme d'une question de violation de la loi, la notion de constatation à laquelle on se réfère, pour caractériser l'acte juridictionnel exige que cette constatation porte sur une question de droit. Cette condition peut être entendue de diverses manières. On l'interprète généralement d'une façon étroite, qui aboutit à refuser à de nombreux actes le caractère juridictionnel<sup>1</sup>. Il en est ainsi, tout d'abord, de tous les jugements rendus à l'occasion d'un procès, qui en préparent la solution, mais ne la donnent pas encore définitivement, ne prononcent pas sur le fond des droits des parties. Seul, en effet, le jugement définitif a une action sur l'ordonnancement juridique. Tels sont les jugements sur la compétence<sup>2</sup>,

5. Guillien (*loc. cit.*, p. 167) est contraint d'admettre que le père est obligé de reconnaître l'enfant naturel. La Cour de cassation a eu l'occasion de nier l'existence de cette obligation, pour rejeter la demande de dommages-intérêts que l'on fonderait sur l'absence de reconnaissance et de participation du père à l'entretien de l'enfant, pour réparer le préjudice subi par celui-ci du fait de la condition sociale inférieure dans laquelle il est demeuré (Civ., 28 oct. 1935 D.H. 1935, 547). La déclaration judiciaire de paternité ne se fonde donc pas sur une violation de la loi (Aj. sur cet arrêt, les observations de M. Lagarde, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1936, 157).

**10.** — 1. V. pour les jugements sur la compétence, Guillien, p. 104 et s.; pour les jugements d'avant dire droit, Guillien, p. 95; Lampué, *loc. cit.*, p. 53. Cfr. Ricou, *Essai d'une théorie générale des jugements d'avant dire droit*. Th. Montpellier, 1945, p. 25 et s. V. Vizioz, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1947, 79, 457. Pour les référés, Guillien, p. 10, 250.

2. M. Guillien (*loc. cit.*, 104) attribue la même nature au jugement statuant sur l'exception d'incompétence soulevée par un plaideur, et à l'affirmation de sa compétence que fait un tribunal, même implicitement, en l'exerçant; la différence entre les deux hypothèses est..



ou sur la recevabilité<sup>3</sup>, les jugements avant dire droit<sup>4</sup>, et les ordonnances de référé.

pour lui, purement formelle. Mais qu'importe que l'on reconnaisse au jugement de compétence le caractère formellement juridictionnel, si l'on a d'abord refusé à l'objet de la décision la possibilité d'être juridictionnelle au point de vue matériel : le criterium n'est, pour M. Guillien, qu'une source de limitations du domaine juridictionnel, et non un principe propre d'attribution de cette qualité. M. Chaumont (*loc. cit.*, p. 116-117) a, au contraire, très bien vu la différence de nature des deux situations, et il reconnaît au jugement statuant sur la compétence la nature d'un acte juridictionnel. En réalité, la compétence du juge, qu'elle soit ou non discutée et expressément affirmée, constitue l'une des conditions de validité du jugement, envisagé en lui-même, comme acte juridique ; les vices qui, de ce chef, infecteraient le jugement, ne peuvent être invoqués que par les voies de recours, et non par une action principale en nullité ; ces conditions de validité sont donc couvertes par l'autorité de la chose jugée, sous l'aspect que l'on qualifie parfois de formel, et qui réside en une présomption de régularité. Si la compétence a été spécialement débattue, la question est juridictionnellement résolue par le juge, comme toutes autres questions litigieuses ; la solution a autorité de chose jugée, en ce que la question de compétence ne peut plus être discutée à nouveau. Le droit qui appartient à toute juridiction de statuer sur sa propre compétence différencie nettement le juge de tout autre fonctionnaire accomplissant un acte administratif, et montre bien que son pouvoir de juridiction s'applique éventuellement à la question de compétence comme à toute autre. L'hypothèse, qui a paru singulière, où le juge soulève d'office son incompetence est, en réalité, identique à celle où il invoque, également d'office, un moyen d'ordre public touchant au fond du droit ; il y a, en quelque sorte, un contentieux obligatoire, en ce que, dans le cadre du litige élevé par les parties, le juge introduit un point sur lequel elles auraient dû faire porter la contestation. Si le refus de l'administrateur de faire l'acte sollicité reste un acte administratif, tandis que la déclaration par le juge de son incompetence est un acte juridictionnel, c'est précisément parce que la compétence est matière à juridiction.

3. M. Guillien assimile la question de recevabilité à la question de compétence (*loc. cit.*, p. 107), ce qui, en effet, s'impose logiquement. La négation de l'autorité de la chose jugée devient ici plus choquante encore, que l'on pense aux conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir (Guillien, p. 113), ou aux fins de non-recevoir du droit privé, si proche des défenses au fond (Béguet, *La notion de fin de non-recevoir*, Rev. Trim. Dr. Civ., 1947, 133 et s.). En tant que condition de validité du jugement, leur situation est la même que pour la compétence.

4. Les jugements avant dire droit, et spécialement les décisions relatives à l'instruction pénale, ont été présentées comme de simples actes administratifs, tendant à l'accomplissement d'un acte ultérieur, le jugement sur le fond (Guillien, *loc. cit.*, p. 94). Mais le jugement sur le fond n'est-il pas aussi l'acte qui permet l'accomplissement de mesures d'exécution ? Si la décision d'instruction crée le statut d'accusé (Guillien, *loc. cit.*) le jugement pénal crée le statut de condamné. Ces observations tendent à exprimer le fait que ces décisions sont une étape d'une opération d'ensemble, opération à procédure, qui a pour but et pour terme le jugement sur le fond. Mais cela ne justifierait-il pas, au contraire, l'extension à tous ces éléments du caractère juridictionnel



Cette restriction du domaine de l'acte juridictionnel est l'un des aspects les plus critiquables des conséquences auxquelles aboutit le criterium matériel, aggravées encore par les difficultés qu'elle suscite pour l'explication de la nature de ces actes. Aussi la plupart des auteurs maintiennent-ils, conformément à la tradition, à ces diverses décisions judiciaires, le caractère d'actes juridictionnels. Celui-ci reste compatible avec la psychionomie particulière qu'y revêt l'autorité de la chose jugée ; si en effet, la jurisprudence exprime parfois ces particularités en leur déniait l'autorité de la chose jugée, il faut éviter de se laisser abuser par cette formule ; la limitation des effets de ces décisions s'explique, soit par leur caractère provisoire, soit parce qu'elles ne font pas préjudice au principal ; mais, tout comme la décision possessoire, qui, sans lier en rien le juge du pétitoire, a autorité de chose jugée dans son domaine propre, ces jugements ont, eux aussi, autorité de chose jugée quant à leur objet propre.

qui marque l'acte final ? Non seulement ils participent à ce caractère parce qu'ils font partie du procès, s'insèrent dans la contestation qui divise les parties et sont également issus d'un débat contradictoire, mais encore le fond du droit n'est, quoiqu'on en dise, nullement absent ; sous l'apparence d'une décision de pure procédure, le droit des parties est consolidé ou compromis, et la décision définitive, agissant sur l'ordonnement juridique, est préparée. C'est ce qu'exprime la notion de préjugé, qui caractérisait le jugement interlocutoire, dont on sait que la jurisprudence avait fait la catégorie ordinaire, par rapport à celle de préparatoire, avant que la loi du 23 mai 1942 en ait généralisé le régime, et la fréquence des jugements partiellement définitifs, partiellement avant dire droit, souligne encore cette efficacité.

En matière pénale, les décisions d'instruction, avec le caractère juridictionnel qu'on leur a volontairement donné, ont la valeur d'une protection avancée de l'innocence. V. nos observations J.-cl. 1947, II.3391. Le juge d'instruction ne se borne pas à un rôle d'agent administratif, il a bien pour mission de porter un jugement sur la culpabilité, jugement non définitif, certes, qui ne vaut qu'à titre de première approximation, mais qui n'en porte pas moins sur le fond. Contrairement à ce que croit M. Guillien (*loc. cit.*, p. 94), le juge d'instruction qui constate la légitime défense en tire lui-même les conséquences, et ne renvoie pas à la juridiction de jugement (Garçon, C. Pén. ann. art. 328, n° 107) ; c'est une des caractéristiques de la notion de fait justificatif.



Pour les jugements définitifs eux-mêmes, l'existence d'une question de droit ne s'impose pas toujours avec une évidente nécessité. On ne s'arrêtera pas à cette vérité bien connue et couramment affirmée qu'un grand nombre de procès posent au juge des questions de fait plus que de droit<sup>5</sup> ; il y a bien là une discordance inélégante entre la réalité pratique, révélée par le bon sens, et la réalité abstraite du droit, qu'il vaudrait mieux éviter, dans toute la mesure du possible, du moins n'est-elle pas absolument inacceptable, et l'on fera remarquer qu'il est toujours logiquement nécessaire, pour y confronter les faits, de procéder à une constatation du droit, même si elle demeure secondaire et implicite. Pourtant, cette qualification juridique donnée aux questions que le litige propose au juge, soulève, dans les domaines les plus vastes du droit privé, les problèmes les plus ardues. Un geste maladroit, causant préjudice à un tiers, est-il une violation, sinon de l'article 1382 lui-même, du moins d'une règle de conduite informulée, que ce texte sous-entendrait, et qui aurait peut-être, du fait même de la référence implicite qu'y ferait l'article 1382, un caractère de règle de droit ? Quant à l'interprétation d'un contrat, même si on admettait, à l'encontre de la conception traditionnelle, que la loi est, sous les espèces de l'article 1134, la source directe de sa force obligatoire, elle peut, très légitimement, être considérée comme une simple question de fait ; elle ne fait même pas corps avec la loi, comme la question de qualification des faits qui

5. Carré de Malberg, *Th. gén. de l'Etat*, I, n° 263, p. 785, — et, pour la critique, Vizioz, *Rev. gén. prat.*, 1928, p. 99. Cela est particulièrement vrai en matière pénale, où la plupart des procès criminels ne soulèvent que des questions de fait, la définition de l'infraction, dans son principe moral et même dans la configuration précise que lui donne la loi, ne prêtant, le plus souvent, à aucune incertitude.



donnent à une loi l'occasion de s'appliquer ; le choix entre les diverses manières possibles d'entendre une convention se présente sous un tout autre aspect qu'une question de violation de la loi <sup>6</sup>.

**11.** — Mais le critérium tiré de la violation de la loi aboutit inversement, — et c'est son vice le plus grave, — à attribuer le caractère juridictionnel à des actes qui en sont certainement dépourvus<sup>1</sup>. Il suffit de penser à l'annulation d'un acte juridique. La nullité pose bien, avant tout, une question de violation de la loi. Or, si, en droit civil, la nullité doit, en principe, être demandée et prononcée judiciairement, elle peut faire, pour les actes administratifs, l'objet d'un recours hiérarchique.

6. M. Lureau, qui insiste sur la différence entre l'interprétation d'un acte juridique et l'appréciation de sa validité, refuse à l'opération d'interprétation le caractère d'acte juridictionnel (Lureau, *De l'interprétation des règlements administratifs et de l'appréciation de leur légalité par les tribunaux judiciaires*, Th. Bordeaux, 1930, p. 177-178. V. aussi Chaumont, *loc. cit.*, p. 115).

**11.** — 1. Il est indispensable de dissiper une confusion qui n'a pas été toujours clairement aperçue, et qui risque de peser sur l'interprétation de la notion de violation de la loi. L'idée de violation de la loi appelle, tout d'abord, celle d'une conséquence pratique particulière, l'idée de sanction, opposée, par exemple, à celle d'exécution ou de réparation. Il est certain que ce n'est pas sur ce plan qu'il faut se placer ici, car toute sanction, pénale, civile, administrative, fiscale, n'est pas nécessairement juridictionnelle ; il n'y a, ainsi, rien de juridictionnel, dans le double droit que perçoit le receveur de l'enregistrement comme sanction d'une irrégularité ou d'un retard. Et pourtant, on ne saurait affirmer que cette idée ait été entièrement étrangère à tous les auteurs, et qu'elle n'ait pas, par exemple, contribué, à faire considérer comme juridictionnelle par nature toute condamnation pénale (Lampué, p. 37 ; V., pour les sanctions disciplinaires, Guillien, *loc. cit.*, p. 193. Il ne faudra donc pas oublier que l'idée de violation de la loi n'est utilisée que pour caractériser la constatation du droit que contient l'acte. Mais le prononcé de toute sanction ne requiert-il pas nécessairement, à titre d'antécédent logique, la constatation de la violation du droit ? De telle sorte que, si l'on veut éviter de retomber dans la confusion que nous signalons, il faut faire appel à des éléments extérieurs, et notamment au rôle principal, au rôle de fin et non de moyen que joue la constatation ; on est ainsi ramené à apprécier les relations de la constatation et de la décision, point de vue auquel il s'agissait précisément d'échapper, en y substituant une analyse de l'objet de la constatation.



Certains auteurs en ont conclu au caractère juridictionnel du recours hiérarchique, dans cette hypothèse, ou, plus largement, toutes les fois que la cause sur laquelle il se fonde donnerait également ouverture à un recours pour excès de pouvoir<sup>2</sup>. Une telle opinion, en contradiction complète avec les idées couramment reçues et la technique de notre droit positif, est manifestement inacceptable<sup>3</sup>. Le recours hiérarchique a bien certains liens avec le recours juridictionnel, notamment en ce qu'il conserve le délai; mais il n'a d'existence propre et de raison d'être qu'en tant qu'il s'oppose au recours juridictionnel, qui statue sur la validité de l'acte lorsque la question donne lieu à une contestation ouverte.

**12.** — La constatation juridictionnelle ne présentant donc pas des caractères intrinsèques qui permettent de la définir, on peut chercher à la spécifier en se référant

2. Guillien (*loc. cit.*, p. 195); Bonnard, *Mélanges Carré de Malberg*, p. 12; Lampué, *loc. cit.*, p. 35. Tous les auteurs précisent bien qu'ils se placent seulement au point de vue matériel; cela ne fait que souligner les inconvénients de la dissociation des deux points de vue: ou bien, accusant leur indépendance, et les plaçant à un même niveau d'importance, on introduit dans la technique juridique une complication gratuite, ou bien, insistant sur la prééminence du point de vue matériel, on est contraint d'admettre des solutions contraires à la réalité positive. M. Lampué s'en excuse (*loc. cit.*, p. 36) en estimant que « l'application de la définition matérielle ne heurte pas trop vivement les solutions reçues dans le droit positif »; c'est être vraiment bien peu exigeant.

3. Bonnard paraît avoir, lui-même, abandonné cette opinion, puisque, dans son *Précis de Droit administratif* (p. 323) il affirme, sans aucune nuance ni réserve, le caractère non juridictionnel du recours hiérarchique: V. aussi De Soto, *Contribution à la théorie de la nullité des actes administratifs unilatéraux*, Th., Paris, 1941, 208), qui se réfère, d'ailleurs, à un criterium formel de l'acte juridictionnel (p. 31 et s.). Le recours hiérarchique a bien été considéré, autrefois, comme ayant un certain caractère contentieux, favorisé, au temps de la doctrine du ministre-juge, par l'équivoque qui pouvait planer sur la nature de la réclamation, et il y en a peut-être encore quelque trace dans le fait qu'il doit être formé dans le délai du recours contentieux pour conserver celui-ci, ce qui fait apparaître les deux recours comme liés, et faisant partie d'une procédure d'ensemble. Il n'en est pas moins certain que l'évolution du droit administratif tend à les distinguer de plus en plus nettement, et à marquer le caractère non contentieux du recours hiérarchique.



à l'acte qui la provoque, la prétention<sup>1</sup>. A l'envisager simplement comme le procédé de déclenchement de l'acte juridictionnel, elle se caractérise en ce qu'elle y est, en principe, nécessaire, tandis que l'acte administratif, s'il répond parfois également à une requête, peut aussi, normalement, être pris sur l'initiative spontanée de l'agent ; ce n'est pourtant pas là un élément discriminatoire suffisant<sup>2</sup>, et c'est dans son objet qu'il faut chercher son originalité : la prétention juridictionnelle est fondée sur le droit, et tend à une constatation de droit. Il apparaît alors que les caractères de la prétention ne sont que le reflet de ceux de la constatation ; la définition est donc également illusoire.

Pourtant, l'introduction de cet élément donne à l'acte juridictionnel une physionomie nouvelle ; elle tend à en déplacer l'élément essentiel, de l'activité du juge et de son objet, à la situation du sujet qui le provoque. Elle souligne ainsi un vice caché de tous les systèmes qui se restreignent volontairement à l'analyse de l'acte : en ne précisant pas les conditions qui donnent ouverture à l'acte juridictionnel, ils ne résolvent pas le problème du choix entre l'acte administratif et l'acte juridictionnel, et laissent croire qu'il existe une totale liberté de recourir à ce dernier. La notion de prétention elle-même ne résout pas la question ; elle apparaît toujours comme une faculté arbitrairement exercée mais ; la lacune devient, de ce point de vue plus sensible. Aussi est-on amené à remarquer qu'une prétention n'est recevable que si

12. — 1. Duguit, *Tr. Dr. Const.*, II, 423. M. Guillien (*loc. cit.*, 114), tout en constatant qu'une prétention est indispensable pour qu'il y ait lieu à acte juridictionnel, refuse d'en tenir compte pour définir celui-ci, parce qu'elle y demeure antérieure et extérieure.

2. Duguit, *R.D.P.*, 1.906, 454.



celui qui l'élève y a intérêt<sup>3</sup>. Plus ou moins involontairement, on met ainsi en lumière le but pratique de l'acte juridictionnel, c'est-à-dire, en définitive, l'existence d'une contestation à résoudre, puisqu'il n'y aura intérêt à agir qu'en présence d'une résistance.

Cette inclinaison de la théorie de l'acte juridictionnel et ses prolongements, deviennent nettement perceptibles dans la théorie, fort originale, et, à bien des égards, très séduisante, de M. Chaumont.

**13.** — La théorie de M. Chaumont prend pour base l'obligation que contient la règle de droit à l'égard du sujet<sup>1</sup>. Le lien d'obligation qui soumet le sujet à la règle peut être troublé par un doute sur le contenu de celle-ci ; ce doute sera résolu par l'acte juridictionnel, qui, en déclarant le sens de la règle, rétablira le lien d'obligation dans toute sa force et son efficacité<sup>2</sup>.

3. Duguit, *Leçons de droit public général*, p. 180.

**13.** — 1. Cet impératif juridique, qui constitue la charnière entre le droit objectif et le droit subjectif a été mis en vedette par les systèmes normativistes, pour lesquels il présente une grande importance. La théorie de M. Chaumont, qui ne retient l'existence de cette obligation que comme fait affecté par l'incertitude de son contenu, est indifférente aux diverses conceptions que l'on peut en donner. Peu importe que ce soit un impératif hypothétique, exprimant le caractère purement sanctionnateur du système juridique, comme le veut le normativisme classique, ou, selon la thèse de M. R. Capitant (*L'illicite ; l'impératif juridique*, Th. Paris, 1928), un impératif catégorique, né dans la conscience du sujet, et donnant un fondement subjectif à l'ordonnement juridique (Cpr. Maury, *Observations sur les idées du professeur Kelsen*, Rev. Crit., 1929, 537 et s., spéc. 560 ; Dupeyroux, *Les grands problèmes du droit*, Arch. Phil. du droit, 1938, 7 et s., spéc. 40 et s. ; Héraud, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Th. Toulouse, 1946, spéc. p. 441 et s.). On n'en doit pas moins remarquer que, par sa position même, qui concorde avec le sens dans lequel la doctrine française a incliné le normativisme, il constitue une transition de l'objectivisme vers le subjectivisme, et esquisse un retour aux conceptions traditionnelles : il ne considère plus la légalité comme une fin en soi, et met au premier plan le but pratique du droit (Chaumont, *Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel*, R.D.P., 1942, 93 et s., spéc. 119).

2. Les vues de M. Chaumont procèdent ainsi des doctrines qui assignaient à l'acte juridictionnel, comme fonction, le contrôle de l'appli-



Malgré le progrès que réalise, par rapport aux autres doctrines, l'introduction de la notion de doute, elle ne paraît pas fournir une explication pleinement satisfaisante de l'acte juridictionnel. Le doute peut exister sans qu'il y ait lieu à acte juridictionnel ; toute personne, agent public ou personne privée, qui a à faire un acte, peut, en fait, douter du sens de la loi à laquelle il est subordonné ; si pourtant, il a le pouvoir légal d'agir, il le fera ; il ne peut même agir autrement, et il ne peut, sous forme de jugement déclaratoire, provoquer préventivement une décision juridictionnelle, car cette action est irrecevable<sup>3</sup>.

D'autre part, le doute ne se rencontre pas nécessairement, comme le dit M. Chaumont, chez le demandeur<sup>4</sup>.

cation du droit (Guillien, *loc. cit.*, p. 59). Nous n'objecterons pas, avec M. Lampué (*loc. cit.*, p. 28-29) que contrôle et exécution de la norme se confondent. Certes, les auteurs normativistes ont eux-mêmes provoqué cette critique (V. Guillien, *loc. cit.*, p. 71), et nous avons vu que, dans leur système, toute norme étant, au moins pour partie, l'exécution d'une norme supérieure, ils sont, en effet, conduits à identifier l'acte juridictionnel à tout autre acte, quant à son mécanisme ; mais c'est justement l'un des excès d'abstraction les plus visibles du système. Seulement, dans une doctrine objectiviste, on voit mal l'utilité de cette fonction de contrôle, à moins qu'on ne double obligatoirement tout acte d'exécution d'un acte de contrôle, ce qui ne peut être qu'exceptionnel. La doctrine de M. Chaumont a le mérite de chercher à préciser le fait accidentel qui donne matière à l'acte juridictionnel, et de le faire très ingénieusement en liaison avec une théorie d'ensemble du droit.

3. Il est symptomatique que le jugement déclaratoire, qu'invoque M. Chaumont pour appuyer sa thèse (*loc. cit.*, p. 95), soit justement repoussé par notre droit. M. Vizioz insiste, au contraire, sur la recevabilité de principe du jugement déclaratoire (*Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1942, 309, 1946, 331). L'incertitude sur la compréhension du terme peut favoriser les divergences à cet égard ; ainsi, l'action en nullité d'un contrat ne semble pas, quoi qu'on en dise (V. Vizioz, *Rev. Trim.* 1946, 331), pouvoir être considérée comme une action déclaratoire. Il est certain, en tout cas, que l'admission de l'action déclaratoire est, en fait, en droit français, exceptionnelle, et son domaine limité. La question de l'admissibilité du jugement déclaratoire est placée sous le signe de l'intérêt que le demandeur a à agir ; cela suffit pour que le but de l'acte juridictionnel reste toujours un but d'ordre pratique. V. nos observations, *Rev. Trim.*, 1949, p. 113 et s.

4. Sur le principe, V. Chaumont, p. 97. Si l'on suppose le règlement d'une succession, qui a peut-être fait l'objet de mesures conservatoires, et dont on demande le partage judiciaire, le doute peut exister, en fait, chez tous les intéressés. En matière pénale, M. Chaumont est amené à placer le doute juridictionnel en la personne du ministère public (*loc.*



Le défendeur est celui qui bénéficie de la possession, ou, plus largement, d'une situation de fait que le demandeur veut modifier, sans avoir le pouvoir légal de le faire lui-même. Elle est indépendante de la certitude que chacun peut avoir de son droit. Enfin, il se peut qu'il n'y ait, en réalité, de part ni d'autre, aucun doute, et qu'un acte juridictionnel soit pourtant nécessaire : le débiteur aux abois qui, pour gagner du temps, se laisse poursuivre en justice, sait qu'il doit, et le créancier n'éprouve aucun doute sur son droit.

De ces observations se dégage sans peine le déplacement de point de vue qui vicie la doctrine de M. Chaumont : ce n'est pas le fait psychologique d'un doute qui appelle et explique l'acte juridictionnel, mais le fait social d'une résistance extérieurement rencontrée dans l'exercice d'un droit, c'est-à-dire l'existence d'un conflit, d'une contestation<sup>5</sup>. Le droit ne se préoccupe pas de la quiétude de conscience de ses sujets, et ne cherche pas à l'assurer ; il vise seulement à apaiser les conflits qui pourraient troubler l'ordre et la paix publique.

**14.** — A mesure que nous avançons dans l'examen critique de ces diverses théories, nous avons vu s'imposer l'idée que leur principale insuffisance tenait à la mécon-

*cit.*, p. 95). Si l'on remarque (*ibid.*, p. 90) que deux actions peuvent être exercées, l'une par le ministère public, l'autre par la victime, faudra-t-il en conclure qu'il y a deux doutes différents ? En réalité, si doute il y a, c'est le même, et la dualité d'actions s'explique par la dualité des résultats à atteindre, des buts pratiques poursuivis.

5. L'analyse que donne M. Chaumont de l'action du créancier contre le débiteur récalcitrant permet de saisir le glissement d'un point de vue à l'autre, et l'équivoque qui, de ce fait, plane sur sa doctrine. Prévoyant l'objection que le créancier peut être sûr de son droit, il remarque qu'il se heurte à une résistance, et se trouve ainsi obligé d'agir en justice ; « c'est donc bien le demandeur qui est l'auteur du doute » (*loc. cit.*, p. 104). M. Chaumont passe inconsciemment de l'existence d'un doute chez une personne à l'élévation d'un débat contentieux, d'une discussion extérieure sur le droit (Cfr. *ibid.*, p. 97).



naissance du rôle joué par l'existence d'une contestation. Il reste maintenant à essayer de préciser, d'une manière positive, la place et l'importance de cette notion dans la définition de l'acte juridictionnel et l'explication de sa nature.

Il faut, à cette fin, prendre pour point de départ l'existence de conflits d'intérêts que la règle de droit a pour but de résoudre. L'application de celle-ci, la confrontation de ce qui est à ce qui doit être, se fait souvent sans difficulté. Parfois, un incident surgit, une contestation s'élève quant à la correspondance entre la situation de fait et la règle de droit. Ni la contestation, ni l'acte juridictionnel qui est destiné à la dirimer ne changent et ne changeront rien à l'ordonnement juridique, si l'on entend par là l'articulation de règles et de droits qui définissent, quant au fond la situation juridique des parties en présence. Quel que soit son mode de réalisation l'ordonnement juridique conserve intact son caractère de nécessité et de cohérence logique. Le fait accidentel de la contestation n'affecte que l'aspect pratique de la vie du droit. L'importance du phénomène n'en est que plus grande, car la contestation trouble la paix sociale, et la fin du droit est de sauvegarder la sécurité extérieure<sup>1</sup>, n'en modelant, autant que possible, l'ordre social sur la justice.

La position de l'incident contentieux par rapport à l'ordonnement juridique rend compte du caractère particulier de la fonction juridictionnelle, comparée aux autres fonctions de l'Etat. M. Lampué<sup>2</sup> a nettement formulé cette originalité, déjà pressentie par nombre

14. — 1. V. Jèze, *Principes*, 256), qui assigne à l'acte juridictionnel, comme but, le rétablissement de la paix publique.

2. Lampué, (*loc. cit.*, p. 9-12).



d'auteurs antérieurs<sup>3</sup>. Il n'y a pas une séparation tripartite des pouvoirs, mais deux divisions bipartites, qui s'inspirent de principes différents, et se placent sur un plan différent : l'acte juridictionnel ne s'oppose pas directement à l'acte législatif ou administratif, mais à l'acte non juridictionnel, tout acte législatif ou administratif, peut être fait en l'une ou l'autre forme, suivant qu'il est fait normalement, ou à la suite d'un incident contentieux.

**15.** — La contestation doit être résolue<sup>1</sup> parfois, les parties pourvoient elles-mêmes à son apaisement ;

3. V. par ex. Bonnard, *loc. cit.*, p. 26. Peut-être pourrait-on faire remonter cette idée à Montesquieu lui-même : le terme de « puissance nulle », par lequel il qualifiait la puissance judiciaire, exprimant, en même temps que d'autres, cet aspect particulier de la fonction juridictionnelle.

**15.** — 1. Le passage de l'opposition d'intérêts et de prétention qui constituent la contestation, à l'organisation du débat juridictionnel, qui est destiné à la résoudre, pose le problème de la liaison du contentieux. Nous ne pouvons ici que marquer la place de ce problème dans la genèse de l'acte juridictionnel. Il présente des aspects multiples, — droit d'une partie d'attirer l'autre devant le juge, détermination de la position respective de chaque partie, qui influera sur la manière dont sera formulé l'objet du litige, et la question soumise au juge, — et met en jeu, en les combinant, des éléments nombreux et variés, — droit d'action, compétence et pouvoirs du juge. Deux remarques générales peuvent cependant être faites. D'une part, l'intéressé peut avoir, à sa disposition, plusieurs façons de lier la contestation, qui présentent pour lui des avantages inégaux, entre lesquels il a une certaine liberté de choix. Tel est le cas bien connu de celui qui se heurte à un règlement irrégulier : il peut, soit l'attaquer pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat, soit y commettre une infraction, et exciper de son illégalité devant la juridiction répressive. En présence d'une réquisition irrégulière, le prestataire, devant l'inefficacité des moyens de défense ordinaires, et l'incertitude longtemps persistante sur l'étendue des pouvoirs du juge civil, a pu se trouver acculé à s'opposer à l'exécution d'une manière qui le rende justiciable du tribunal correctionnel ; aujourd'hui, il prendra les devants par un référé en défense. On songera encore, dans cet ordre d'idées, au problème, non résolu, que soulèvent les moyens d'attaquer le règlement irrégulier d'un comité d'entreprise. D'autre part, la liaison du contentieux suppose la fixation et l'affrontement des positions des deux adversaires. Cela ne soulève pas de difficultés, lorsqu'il s'agit d'individus. Mais, lorsqu'ils s'agit de grands corps administratifs, on est amené à exiger une prise de position précise et consciente, en certaines formes, et par une certaine autorité. Telle est la décision du directeur départemental des contributions directes, que l'on oblige le réclamant à provoquer, ce qui, en même temps, ouvre et favorise les possibilités de



tantôt, l'une d'entre elles renonce à sa prétention<sup>2</sup>; tantôt elles se font des concessions réciproques, et concluent une transaction<sup>3</sup>; ou bien, elles s'adressent à un « tiers indifférent », arbitre impartial de leurs prétentions<sup>4</sup>.

conciliation; cette façon de procéder est très générale dans notre droit administratif (V. Chrétien, J.-Cl. 1948, II, 4538, *in fine*), et c'est à elle que se rattache la règle de la décision préalable (V. *infra*, n° 28 note 4; Cfr., pour la procédure du conflit d'attributions, *infra*, n° 27, note 2. C'est ce que l'on exprime en parlant d'une phase administrative, qui précède la phase juridictionnelle. Parfois, on emploie le terme, certainement inexact, de juridiction gracieuse; en matière de sécurité sociale, toute réclamation est d'abord soumise à une commission constituée au sein du conseil d'administration de la caisse, qui l'examine, et donne son avis au conseil d'administration de la caisse; celui-ci statue et notifie sa décision aux intéressés. On cherche ainsi, non seulement à fixer en toute connaissance de cause la position que doit prendre la partie administrative, mais aussi à éclairer la partie privée elle-même sur ses droits, préoccupation qui, au dire de M. Delépie (*Le contentieux de la sécurité sociale*, Coll. Droit social, XXXII, p. 11) imprègne toute la procédure, et ajoute à cette phase préliminaire un but de conciliation largement entendue.

2. La situation est la même, en définitive, que si elle avait été d'accord, dès le début avec l'autre partie. Toute contestation est supprimée. Le fait qu'elle a, un moment, existé, laisse pourtant des traces, notamment, en ce qu'on peut être plus exigeant, au point de vue de la capacité, pour admettre la renonciation à la contestation élevée, que l'abstention de l'élever.

3. La physionomie très particulière de la transaction, en tant que contrat, s'explique par ses liens avec la contestation (V. L. Boyer, *La notion de transaction*, Th. Toulouse, 1947). La cause des obligations assumées par les parties réside dans la suppression de l'aléa que la contestation faisait peser sur la réalisation de leur droit (Maury, *La notion d'équivalence*, Th. Toulouse, 1920, t. I, p. 95 et s.; Capitant, *La cause*, p. 227 et s.). Il faut même aller plus loin: la transaction est destinée à tenir lieu de jugement; elle devra donc avoir les mêmes caractères et les mêmes effets. Il faudra seulement les expliquer par la technique contractuelle, et non par celle de l'acte juridictionnel; ainsi s'explique l'art. 2052 C. civ., si souvent critiqué, qui attribue à la transaction l'autorité de la chose jugée; la transposition de cette notion explique seule, d'une manière complète et satisfaisante, le régime des nullités auxquelles est soumise la transaction, et notamment l'exclusion de l'erreur de droit, les causes de nullité dont la recevabilité est maintenue, étant, en fait, comparables aux ouvertures à requête civile. Le caractère de succédané d'un jugement explique aussi, à la fois, que le droit civil reconnaisse l'effet déclaratif de la transaction, et que le droit fiscal s'y refuse, car c'est une tendance générale de celui-ci, attestée notamment par les règles relatives à la nullité ou à la résolution des contrats, de suspecter de fraude les conventions amiables substituées à une décision judiciaire.

4. L'arbitre fait aussi fonction de juge, et la sentence est un acte juridictionnel. On a pu en douter, en partant, soit d'une conception exagérément civiliste, par laquelle on ramène inexactement le compromis à l'arbitrage et au mandat, soit d'un point de vue trop exclusivement limité



Mais on ne peut s'en remettre entièrement à ces procédés de solution, soit que l'esprit litigant des parties ne permette pas d'y recourir, soit que l'ordre public soit intéressé. L'Etat intervient alors pour imposer justice, parce qu'il entre dans sa mission d'éliminer toutes les causes de trouble à la paix sociale. Dans un régime de justice publique, la juridiction devient une fonction de l'Etat ; ce caractère, qui n'est pas de l'essence de la juridiction, est, aujourd'hui, devenu capital.

Le règlement juridictionnel repose sur deux éléments, l'autorité de celui qui y procède, et l'esprit dans lequel il y procède, c'est-à-dire la conformation cherchée et contrôlée au droit. L'importance respective de ces deux éléments est, suivant le cas, variable ; ni l'un, ni l'autre, ne peut jamais être entièrement négligé<sup>5</sup>.

Mais avec le développement et la consolidation du régime de droit, le second prend une importance prépondérante. C'est ce que l'on exprime en mettant en lumière la constatation du droit que contient l'acte juridictionnel. Les relations qu'elle conserve avec l'activité et l'autorité de celui qui y procède empêchent, cependant de la considérer sous un aspect exclusivement logique.

au droit public, l'acte juridictionnel n'étant envisagé que comme l'exercice de l'une des fonctions de l'Etat. La sentence arbitrale, qui a, par elle-même, l'autorité de la chose jugée, est, en réalité, un acte juridictionnel ; la nécessité de l'exequatur en vue de son exécution est entièrement indépendante de sa nature, car il est bien certain que l'exigence d'une formalité semblable pour les jugements étrangers n'altère en rien leur nature juridictionnelle (V., sur l'arbitrage, Vizioz, *Rev. gén. prat.*, 1929, p. 24 note 3 ; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1943, 58 ; 1944, 196).

5. De même que, d'une manière générale, la sous-estimation du rôle du pouvoir par rapport à celui de la norme est la cause de l'insuffisance des systèmes objectivistes, de même, dans le cas particulier de l'acte juridictionnel, la méconnaissance de son influence est responsable de la conception trop étroite et trop mécanique que l'on s'est faite de l'élément de constatation du droit.



**16.** — La référence à la loi n'est pas le but de l'acte juridictionnel, mais le moyen d'apaiser un conflit. Aussi le jugement est-il tout autre chose qu'une sèche et automatique application de la loi. On peut bien l'analyser logiquement en un syllogisme<sup>1</sup>, on n'en comprend la vraie nature qu'en tenant compte de l'irréductible part d'appréciation qui se glisse sous chacun de ses termes. La justice ne peut se réaliser que par la sentence d'un juge, adaptant la règle à l'espèce<sup>1 bis</sup>. La méthode de législation

**16.** — 1. V. Motulski, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Th. Lyon, 1947-48.

<sup>1 bis</sup>. Hauriou, *L'ordre social, la justice et le droit*, Rev. Trim. Dr. Civ., 1927, p. 795 et s., spéc. 803; *Précis Dr. Const.*, p. 38. V. aussi Rouhier, *Théorie générale du droit*, p. 160. Les systèmes objectivistes n'entendent pas, à la vérité, méconnaître la différence de nature entre la règle abstraite et ses applications; en disant que le juge déclare le contenu de la loi pour le cas concret, ils considèrent qu'il y a là une spécification originale. Cependant, en parlant de constatation, d'actualisation de la loi, ils admettent que cette spécification était déjà virtuellement contenue dans la règle. Le normativisme accepte ouvertement tout ce qu'a de nouveau la décision judiciaire, insère le pouvoir du juge entre elle et la règle générale, et va même jusqu'à considérer la décision, en lui donnant la qualification de norme, comme une norme nouvelle; elle demeure, cependant, sous la dépendance directe de la norme supérieure. Il s'agit toujours de traiter la règle générale comme le phénomène premier, qui engendre des spécifications particulières, et non comme un moyen de résoudre des problèmes pratiques, qui en inspirent la solution sans s'y incarner, et laissent, par conséquent, place à une certaine adaptation nécessaire. En matière pénale, la manière dont le juge apprécie les impératifs de la justice distributive en fonction de la loi est particulièrement instructive. (V. Carré de Malberg, *Confrontation*, p. 118, n. 1). Les deux systèmes extrêmes, celui qui se fie à l'arbitraire du juge, et celui où la loi fixe elle-même la peine, ont été pratiqués. On est aujourd'hui dominé par l'idée que la peine ne peut procéder que de la loi. La loi contient, au moins virtuellement, la peine, pour chaque cas concret; le juge ne fait que la révéler. On en arrive même, parfois, dans le cas où la loi s'efface et où le juge crée la peine par voie d'autorité, à considérer qu'il remplit une fonction législative (V. Mileslav Stieber, *Le juge pénal comme législateur*, Mélanges Gény, t. III, p. 257 et s.). En réalité, la loi pénale édictant des peines est, historiquement, apparue comme enserrant dans des limites plus ou moins étroites le pouvoir d'appréciation du juge. Le principe *nulla poena sine lege* peut bien donner la loi pour cause à toute peine; le pouvoir d'adaptation du juge apparaît, de plus en plus, comme l'instrument des buts de politique criminelle et d'amendement individuel qu'on assigne à la peine, et que consacrent des institutions multiples et variées du droit positif. Le jugement n'est plus une simple application de la loi, et la part que prend le juge dans la création de la situation de condamné va jusqu'à fournir un fondement théorique, plausible, sinon convaincant, aux tendances restrictives du principe de la



par standards accroît encore la distance entre la règle abstraite et ses concrétisations particulières<sup>2</sup>.

L'initiative du juge va plus loin ; elle lui permet de compléter les inévitables insuffisances du corps des règles légales, en créant des règles nouvelles, en cas de silence de la loi<sup>3</sup>. Saisi d'un cas pour lequel la loi ne paraît pas fournir d'indication directe et nette, le juge, en s'appuyant sur elle, la dépasse, et donne au conflit qui lui est soumis la solution la meilleure et la plus juste<sup>4</sup>. De sa décision s'induit une règle nouvelle<sup>5</sup>. Ce qu'il faut souligner, c'est que cette création éventuelle de règles

non-rétroactivité, qui posent en règle l'application de la loi du jour de la condamnation et non du jour de l'infraction (V. Marty, *A propos de la prétendue rétroactivité des lois pénales plus douces*, Mélanges Magnol, p. 297 et s., spéc. 299).

2. Hauriou, *loc. cit.*, Rev. Trim. Dr. Civ., 1927, 803. Il est vrai que l'on a contesté leur supériorité et leur autonomie, par rapport à la règle légale, et constaté leur évolution vers la précision technique (Maury, *Observations sur les modes d'expression du droit ; règles et directives*, Mélanges Lambert, p. 421 et s.) ; ils relèvent alors de la proposition formulée dans sa portée générale, au regard de toute disposition légale (Maury, *loc. cit.*, p. 430).

3. Carré de Malberg, *Contr. à la Théorie de l'Etat*, I, 704, 733, 785 ; M. Chrétien, *Des règles de droit d'origine juridictionnelle*, Th., Lille, 1936.

4. La décision du juge implique bien une règle de fond correspondant au droit respectif des parties en présence. On a parfois soutenu que, dans le silence de la loi, le juge devrait repousser la prétention du demandeur, en vertu du principe que tout ce qui n'est pas défendu est permis. Cette solution est, à un double degré, inacceptable. Elle pourrait se rattacher à un principe de fond de règlement des conflits de droit, qui serait un libéralisme intégral, comportant, à titre d'exceptions, les seules dispositions expresses de la loi ; système qui, sans être absolument inconcevable au regard de la théorie abstraite, est bien peu défendable. Mais cette interprétation supposerait que la position de demandeur ou de défendeur concorde toujours à une situation de droit donnée ; or, les formes multiples que peut prendre la liaison du contentieux brise cette correspondance ; l'abstention du juge peut aboutir à consacrer indifféremment l'une ou l'autre des positions antagonistes. On crée donc une zone d'indifférence réelle du droit, une carence de la règle de droit qui est inadmissible.

5. Il reste toujours possible, sur le plan de la théorie abstraite, de considérer la règle impliquée par la décision comme lui étant virtuellement préexistante, de voir, dans le droit jurisprudentiel la déclaration d'une règle antérieure informulée qui fait partie du droit objectif, sinon de la légalité formelle ; telle est la doctrine officielle de la common law. Le caractère artificiel de cette explication est cependant évident. Toute la théorie du recours pour excès de pouvoir a bien été, par exemple, construite à l'aide des éléments fournis par les arrêts du Conseil d'Etat.



de droit rentre dans l'exercice de la fonction juridictionnelle<sup>6</sup>, et c'est à ce titre que notre droit positif intègre la jurisprudence parmi les sources du droit<sup>7</sup>.

Il arrive même que les sources d'inspiration de la décision juridictionnelle s'élargissent, sans jamais se détacher complètement de ses racines juridiques, elle s'enrichit d'apports d'une nature différente. Parfois, le juge prolonge l'esprit du droit en faisant appel, d'une manière plus ou moins ostensible, à l'équité, mais l'équité soutient, avec la justice, des rapports assez étroits, pour qu'on la considère comme demeurant dans le plan du droit<sup>8</sup>. L'ampleur du contrôle que le Conseil d'Etat

6. Une méthode d'analyse strictement matérielle conduit à considérer qu'une fonction législative se superpose à la fonction juridictionnelle (V. p. ex. Decencière-Ferrandière, *Essai critique sur la justice internationale*, Rev. gén. dr. int. public, 1934, p. 147 et s., spéc. 156). Ici encore, l'artifice est évident, M. Chrétien, après une analyse minutieuse et nuancée, conclut à la différence, aussi bien matérielle que formelle, de la règle jurisprudentielle et de la règle légale (Chrétien, *loc. cit.*, p. 145 et s.).

7. Notre système juridique exclut la coutume en tant que règle se dégageant du comportement des sujets et tirant son autorité de la croyance qu'ils ont eux-mêmes en son caractère obligatoire. L'élaboration d'un système organisé de sources du droit, tel que le construit le régime d'Etat, élimine cette forme inorganique des sources du droit. Mais les diverses autorités légalement instituées peuvent, par leur comportement, engendrer des règles qui puisent leur valeur juridique dans la légitimité du pouvoir qui les élabore. Parmi ces autorités, la plus importante, de ce point de vue, est le juge, dont le pouvoir est juridiquement consacré et organisé. D'une part, l'article 4 C. civ. lui fait, à peine de déni de justice, obligation de statuer, même dans le silence de la loi. D'autre part, l'organisation de la Cour de cassation, le mécanisme des seconds pourvois, tel qu'il s'est péniblement formé jusqu'à la loi de 1837 (V. Dubié, *Essai sur les conflits de jurisprudence*. Th., Toulouse, 1932), assurent à la fois la cohérence interne de la jurisprudence et son autonomie par rapport au pouvoir législatif.

8. Dessens, *Essai sur la notion d'équité*, Th., Toulouse, 1934. S'il en était besoin, la preuve en serait fournie par certains articles du Code, notamment l'article 1135, qui se réfère à l'équité pour aménager les effets des contrats. Dans la mesure même où l'on se plaint à opposer l'équité au droit, comme à propos de nos anciens Parlements, il n'est pas douteux que la décision restait juridictionnelle. Il en était de même, en droit anglais, dès avant que l'équité ne soit devenue, à la période classique, un véritable corps de droit (David, Gutteridge et Wortley, *Introduction à l'étude du droit anglo-saxon*, p. 182), complétant la common law plutôt que s'y opposant (*ibid.*, 193), puisque son fondement originaire résidait dans un recours à la réserve de justice inhérente au pouvoir