



AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

**LA RECEVABILITE DE L'APPEL ET DU POURVOI EN CASSATION
CONTRE LES JUGEMENTS AVANT DIRE DROIT EN MATIERE CIVILE
ET ADMINISTRATIVE.**

Thèse
Pour le Doctorat en droit (arrêté du 30 mars 1992)
Présentée et soutenue publiquement par

Koffi Djangbédja YABOUE
le 06/05/2000

Directeur de recherche: **M. Jean-Claude OHLMANN.**

Jury

M. Patrick BENOIT	Professeur de droit public à l'Université de Metz.
Mme Andrée BRUNET	Professeur de droit privé à l'Université de Paris Dauphine (Paris IX).
M. Jacques NORMAND	Professeur de droit privé à l'Université de Reims.
M. Arnaud RAYNOUARD	Professeur de droit privé à l'Université de Metz.
M. Jean-Claude OHLMANN	Maître de conférences à l'Université de Metz.

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE DE METZ



022 420036 9

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE - METZ	
N° inv.	2000 006 D
Cote	D/M 300/2
Loc	Magasin

**LA RECEVABILITE DE L'APPEL ET DU POURVOI EN CASSATION
CONTRE LES JUGEMENTS AVANT DIRE DROIT EN MATIERE CIVILE
ET ADMINISTRATIVE.**

Thèse
Pour le Doctorat en droit (arrêté du 30 mars 1992)
Présentée et soutenue publiquement par

Koffi Djangbédja YABOUE
le 06/05/2000

Directeur de recherche: **M. Jean-Claude OHLMANN.**

Jury

M. Patrick BENOIT	Professeur de droit public à l'Université de Metz.
Mme Andrée BRUNET	Professeur de droit privé à l'Université de Paris Dauphine (Paris IX).
M. Jacques NORMAND	Professeur de droit privé à l'Université de Reims.
M. Arnaud RAYNOUARD	Professeur de droit privé à l'Université de Metz.
M. Jean-Claude OHLMANN	Maître de conférences à l'Université de Metz.

AVERTISSEMENT

*LA FACULTE N'ENTEND DONNER AUCUNE APPROBATION NI IMPROBATION
AUX OPINIONS EMISES DANS LES THESES. ELLES DOIVENT ETRE
CONSIDEREES COMME PROPRES A LEURS AUTEURS.*

A mes parents,

REMERCIEMENTS

Nous tenons à remercier sincèrement tous ceux dont l'aide matérielle ou morale nous a permis de réaliser ce travail.

Nos gratitudes vont particulièrement à notre directeur de recherche M. OHLMANN qui, durant toutes ces années n'a ménagé aucun effort pour guider nos premiers pas de chercheurs; à M. NORMAND pour nous avoir aidé dans le choix de notre sujet et à M. BENOIT pour ses conseils avisés en matière administrative.

Enfin, nous ne saurions oublier l'ensemble du corps enseignant et du personnel administratif de la faculté de droit avec une pensée particulière pour le service de la reprographie.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Adm.	Administratif
A.J.D.A.	L'actualité juridique, droit administratif
ACPC.	Ancien code de procédure civile
Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Bull. avoués	Bulletin de la chambre des avoués
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civile de la Cour de cassation.
C.R.A.J.E.F.E.	Centre de recherche sur les aspects juridiques, économiques et financiers de l'entreprise.
Cf.	Confer
C.	Contre
C. civ.	Code civil
C. const.	Conseil constitutionnel
C.I.C.	Code de l'instruction criminelle
C.O.J.	Code de l'organisation judiciaire
C.T.	Code du travail
C.T.A.C.A.A.	Code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel.
C.A.	Cour d'appel
Cah. Prud.	Cahiers prud'homaux
C.E.	Conseil d'Etat
C.E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
Chron.	Chronique
Cie.	Compagnie
Cass. civ.	Arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Coll.	Collection
Cass. com.	Arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Concl.	Conclusions
C.P.P.	Code de procédure pénale
Crim.	Arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
D.A.	Dalloz affaires
D.P.	Dalloz périodique

D.S.	Recueil Dalloz Sirey
Doct.	Doctrine
Dr. Ouv.	Droit ouvrier
Dr. Soc.	Droit social
éd.	Edition
E.D.C.E.	Etudes et documents du conseil d'Etat
Fasc.	Fascicule
GAJA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	Gazette du palais
Ibidem	ici même
In	Dans
Infra	Ci-dessous
I.E.J.	Institut d'études judiciaires
IR	informations rapides
JAF	Juge aux affaires familiales
JAM	Juge aux affaires matrimoniales
JEM	Juge de ma mise en état
JCP	Juris-classeur périodique (semaine juridique édition générale)
JCP éd. CI	Semaine juridique édition commerce et industrie
JCP éd. E	Semaine juridique édition entreprise
JCP éd. N	Semaine juridique édition notariale
JDI	Journal de droit international
JO	Journal officiel
J-cl.proc.civ.	Juis-classeur de procédure civile
LPA	Les petites affiches
N°	Numéro
NCPC	Nouveau code de procédure civile
Obs.	Observations
Obs. crit.	Observations critiques
Op.Cit.	opera citato (dans l' ouvrage cité)
P.	Page
Préc.	précité
Quot. Jur.	Quotidien juridique
Rec.	Recueil des décisions du Conseil d'Etat (Lebon)
Rép.	Répertoire
Rép. civ.	Répertoire de droit civil
Rép. proc.civ.	Répertoire de procédure civile

Req.	Arrêts de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev.	Revue
RIDC	revue internationale de droit comparé
RCLF	Revue critique de la législation française
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RFDA	Revue française de droit administratif
RGP	Revue générale des procédures
Rev. Huis.	La revue des huissiers de justice
RPDS	Revue pratique de droit social
Rev.Proc.coll.	Revue des procédures collectives
RRJ	Revue de recherche juridique
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Sirey
Soc.	Arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation
Somm.	Sommaire
Somm. Comm.	Sommaire commenté
Sté	Société
SA	Société anonyme
Spéc.	Spécialement
Supra	Ci-dessus
T.	Tome
Th.	Thèse
Trib.	Tribunal
Trib. Com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
V	Voir

PLAN SOMMAIRE

<u>PARTIE I</u>	L'OPPOSITION ACTUELLE DES PROCEDURES CIVILE ET ADMINISTRATIVE
<u>TITRE I</u>	LES MANIFESTATIONS DE L'OPPOSITION
<u>CHAPITRE I</u>	L'EXCLUSION DES RECOURS IMMEDIATS EN MATIERE CIVILE
<u>CHAPITRE II</u>	L'ADMISSION DES RECOURS IMMEDIATS EN MATIERE ADMINISTRATIVE
<u>TITRE II</u>	LA RECHERCHE DES RAISONS DE L'OPPOSITION
<u>CHAPITRE I</u>	UNE RAISON A ECARTER : LE DUALISME JURIDICTIONNEL
<u>CHAPITRE II</u>	LA NOTION DE JUGEMENT AVANT DIRE DROIT: UNE NOTION AMBIGUE
<u>PARTIE II</u>	LE RAPPROCHEMENT DES DEUX PROCEDURES
<u>TITRE I</u>	LES MANIFESTATIONS DU RAPPROCHEMENT EN DROIT POSITIF
<u>CHAPITRE I</u>	LA VOLONTE DU LEGISLATEUR
<u>CHAPITRE II</u>	LA FORCE CREATRICE DU JUGE
<u>TITRE II</u>	UN RAPPROCHEMENT A APPROFONDIR DE LEGE FERENDA
<u>CHAPITRE I</u>	LA PERSISTANCE D'OPPOSITIONS INJUSTIFIEES
<u>CHAPITRE II</u>	ELEMENTS POUR UNE DEFINITION CONCEPTUELLE DU JUGEMENT AVANT DIRE DROIT
	CONCLUSION

INTRODUCTION GENERALE

1. "Les formalités de la justice sont nécessaires à la liberté. Mais le nombre en pourrait être si grand qu'il choquerait le but des lois mêmes qui les auraient établies, les affaires n'auraient point de fin ; la propriété des biens resterait incertaine ; on donnerait à l'une des parties le bien de l'autre sans examen, ou on les ruinerait toutes les deux à force d'examiner. Les citoyens perdraient leur liberté et leur sûreté "

Cette forte affirmation de MONTESQUIEU¹ illustre bien l'équilibre qui doit caractériser les règles de procédure. Imposé par la fonction même de la justice, ce caractère essentiel des règles de procédure repose sur une nécessaire conciliation de la protection des libertés individuelles avec celle de l'intérêt général à laquelle aspire toute bonne justice.

2. En effet, les règles de procédure sont utiles pour assurer aux citoyens la protection judiciaire de leurs droits dans des conditions justes et équitables. Dans le même temps, elles peuvent constituer un obstacle ou du moins un frein à la réalisation d'une bonne justice si leur utilisation, en tant qu'elle constitue un droit, est laissée à la totale discrétion des parties.

C'est ce qui explique que la règle de procédure ne doit être ni trop contraignante sans porter atteinte au droit à l'accès

¹ De l'esprit des lois, Livre XXIX : De la manière de composer les lois, Chapitre 1^{er} : De l'esprit du législateur.

de la justice², ni trop laxiste sans distraire la justice de sa propre mission. Elle doit être cependant suffisamment juste et équilibrée pour concilier la liberté et les droits des citoyens avec les fonctions qu'on peut légitimement attendre d'une bonne justice.

3. Aujourd'hui encore plus qu'hier, ce besoin d'équilibre devient une nécessité. Face au rôle de plus en plus croissant du juge reconnu comme le garant des droits subjectifs³, il apparaît indispensable d'éviter que la justice ne croule sur le poids du contentieux et de borner le droit d'action afin de freiner les débordements de procédure (abus et volonté dilatoire).

² En effet, selon l'art. 30 du N.C.P.C. " l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondé ". L'al.2 de ce texte ajoute que " pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention "

³ C. Const., décision n° 96-373 du 9 avril 1996 où, s'appuyant sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le C. Const. considère que " en principe, il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction " ; A.J.D.A. 1996, 371, obs. O. SCHRAMECK. Sur cette évolution du rôle du juge, V. par exemple P. TERNEYRE, Le droit constitutionnel au juge, L.P.A., 1991, n° 145, P. 4 ; T. RENOUX, Le droit au recours juridictionnel, J.C.P. 1993, I, n° 3675 ; M. BANDRAC, L'action en justice, droit fondamental ?, in, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges R. PERROT, Dalloz, 1996, p.1 ; M. Le FRIANT, L'accès à la justice, in, Droits et libertés fondamentaux, Dalloz, 1996, p.269 ; W. BARANES et M.-A. FRISON-ROCHE, Le souci de l'effectivité du droit, D.1996, Chron., p.301 ; S. GUINCHARD, Le procès équitable : droit fondamental ? in, Les droits fondamentaux, A.J.D.A., n° spécial du 20/7-20/8 1998, p.191, spéc. p.197 et suiv.

Ainsi, si la peur d'une société contentieuse⁴ (qui a déjà une conséquence insupportable sur l'efficacité de la justice en terme d'encombrement et de durée des procédures) suscite un développement particulier d'autres modes de règlements des litiges⁵, le souci de lutter contre les abus et les manœuvres dilatoires se traduit par des limitations de plus en plus croissantes qui dans bien des cas pourraient s'analyser comme des restrictions à l'accès de la justice.

4. Ces limitations tiennent en réalité au fait que le droit pour une personne de porter sa cause devant une juridiction n'a jamais été conçu comme un droit absolu dont on pourrait faire usage à volonté. On comprend dès lors que le droit d'action, bien qu'il soit fortement reconnu et protégé, ait nécessité un encadrement de la part du législateur qui, pour l'action en justice, impartit des délais d'exercice des actes de procédure ou plus généralement, définit des conditions de recevabilité de l'action.

De telles exigences pour l'action en première instance valent a fortiori pour l'exercice des voies de recours qui

⁴ V. L. CADIET, le spectre de la société contentieuse, in, Droit civil, procédure, linguistique juridique, Mélanges G. CORNU, P.U.F., 1994, p.29.

⁵ Ils mériteraient à eux seuls une étude approfondie comme en témoignent d'ailleurs les nombreuses réflexions auxquelles ils ont déjà donné lieu comme par exemple : La médiation : quel avenir ? Actes du colloque des 5 et 6 février 1998, la Sorbonne, le médiateur de la République, 1998 ; Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, Les études du Conseil d'Etat, La documentation française, 1993 ; BOLARD Georges, De la déception à l'espoir: la conciliation, in, Mél. HEBRAUD, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 1981, p.47-57; P. ESTOUP, Conciliation judiciaire et extrajudiciaire dans les tribunaux d'instance, Gaz. Pal.1986, I, doc. 288; B. SAULNIER-RIGOUX, La conciliation, Thèse Metz, 1998.

constituent un prolongement du litige dans le temps. Plus que l'action en première instance, les voies de recours constituent une sorte de " couteau à double tranchant " dont l'exercice contre la catégorie particulière des jugements avant dire droit peut poser d'énormes difficultés ; surtout lorsque, identifiant le procès à une véritable " guerre ", les parties font de la ruse l'élément primordial de la " bataille " ⁶. Cette dernière considération justifie que soient examinées l'importance des deux voies majeures de recours que sont l'appel et le pourvoi dans le droit commun de la procédure et les difficultés pratiques de leur mise qu'impose la spécificité des jugements avant dire droit.

5. S'agissant du premier point, il faut rappeler qu'il existe plusieurs voies de recours. Le nouveau code de procédure civile fournit principalement des classifications bipartites des voies de recours basées à la fois sur leurs effets et leurs conditions d'ouverture. Ainsi, même si ces classifications ne paraissent pas entièrement satisfaisantes ⁷, on oppose traditionnellement en doctrine les voies de recours ordinaires aux voies de recours extraordinaires ⁸.

⁶ Sun TSU, *L'art de la guerre*, Flammarion, 1972

⁷ Sur les insuffisances des classifications légales, V. L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd. Litec, 1998, n°1548 et suiv.

⁸ La deuxième classification qui nous intéresse très peu ici oppose les voies de rétractation aux voies de réformation.

Les voies de recours ordinaires sont largement ouvertes et ne peuvent être écartées que par la volonté expresse du législateur. On y retrouve l'opposition et surtout l'appel dont l'article 543 du nouveau code de procédure civile dit qu'elle " est ouverte en toutes matières, même gracieuse, contre les jugements de première instance ".

En revanche, l'ouverture des voies extraordinaires de recours est en principe plus restrictive dans la mesure où elle obéit à des cas limitativement prévus par la loi. Il en est ainsi de la tierce opposition mais surtout du pourvoi en cassation dont GARSONNET disait déjà que l'auteur doit prouver l'existence d'un des vices de fond ou de forme en vue desquels ce recours a été institué⁹.

6. Mais qu'elles soient ordinaires ou extraordinaires, les voies de recours se définissent de façon générale comme des moyens légaux de contestation de la chose jugée. " Ce sont les moyens offerts aux parties qui ont succombé d'attaquer les jugements rendus contre elles, et d'obtenir, s'il se peut, des décisions plus favorables "¹⁰.

⁹ Traité théorique et pratique de procédure (organisation judiciaire, compétence et procédure en matière civile et commerciale), 2^e éd. Larose, 1902 par C. CEZAR-BRU, T.5, §1977, p.656

¹⁰ GARSONNET par CEZAR-BRU, préc.§1977, p.655.

Cette définition partagée par la plupart des auteurs modernes¹¹ semble suffisamment générique pour englober toutes les voies de recours. Elle présente en tout cas l'avantage de mettre en exergue à la fois l'objet et la fonction même des voies de recours : la voie de recours s'exerce contre une décision juridictionnelle généralement dénommée jugement dans le dessein de la remettre en cause. On entrevoit ainsi l'idée que la chose jugée une première fois n'arrête pas forcément la marche de la procédure. Si par son jugement le tribunal tranche la contestation dont il est saisi en lui donnant une solution, la partie qui se considère lésée par cette décision a la possibilité d'en relever appel et, la distinction entre le fait et le droit lui ouvre en plus la possibilité d'en référer enfin à la Cour de cassation.

7. Il apparaît que cette possibilité de remise en cause de la chose jugée est une réalité bien ancrée en droit positif français aussi bien en matière civile qu'en matière administrative. L'idée de base tient de la faillibilité du juge qui n'est pas à l'abri d'erreur soit dans l'appréciation des faits qui lui sont soumis, soit dans l'interprétation même de la règle de droit applicable.

¹¹ Par exemple L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°1559 et suiv. ; G. COUCHEZ (avec la collaboration de MM. LANGLADE et LEBEAU), *Procédure civile*, Dalloz, 1998, n° 1349 et suiv. ; R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 8è éd., Montchrestien, 1998, n° 601; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 24è éd., Précis Dalloz, 1996, n°1312 et suiv.

De ce point de vue, les voies de recours apparaissent, sans aucun doute, comme une garantie fondamentale d'une bonne justice qu'on a pu considérer d'ailleurs « de droit naturel, afin d'une part, de ne point être laissé à l'arbitraire d'un organisme juridictionnel, qui a pu usurper ces pouvoirs, et, d'autre part, de pouvoir obtenir la répression de l'atteinte portée aux droits de la défense eux-mêmes »¹². L'observation vaut d'ailleurs également, en dépit de leur différence de nature, pour les deux plus importantes voies de recours qui sont l'appel et le pourvoi en cassation.

8. S'agissant de la voie d'appel, elle est généralement considérée comme une expression concrète du principe du double degré de juridiction¹³ qui caractérise les deux ordres de juridictions. Il est en effet de bonne justice que le plaideur qui s'estime lésé par un jugement de première instance puisse porter celui-ci devant une juridiction hiérarchiquement supérieure et dont les juges sont considérés comme plus expérimentés. On se gardera pourtant d'identifier principe du double degré de juridiction et droit d'appel. En effet, l'histoire montre bien que le droit d'appel préexiste au principe du double degré de juridiction. Sans remonter au droit romain et au droit canonique où le droit d'appel existait déjà, l'organisation judiciaire de l'Ancien Droit s'est particulièrement illustrée par la multiplicité des possibilités d'appel.

¹² H. MOTULSKY, *Ecrits. Etudes et notes de procédure civile*, éd. Dalloz, 1973, n°30, p.82

¹³ V. en ce sens R. PERROT, *Institutions judiciaires*, op. cit., n° 79

Si cette situation avait pour conséquence l'allongement des procédures¹⁴, elle permit à l'Ancien Régime d'affirmer le pouvoir royal puisque appel pouvait être interjeté contre les décisions des autres juridictions seigneuriales devant la juridiction hiérarchiquement supérieure du Roi. C'est pour cette raison que le droit d'appel est considéré à cette période de l'histoire comme un moyen de domination de la royauté. Dans ce sens, le droit d'appel était donc " une sorte d'instrument politique destiné à permettre à la royauté d'affirmer ses droits souverains à l'encontre des juridictions seigneuriales et ecclésiastiques " ¹⁵.

C'est à la Révolution qu'apparut la règle du double degré de juridiction qui va donner au droit d'appel le visage que nous

¹⁴ Contre lequel se sont élevés des auteurs comme par exemple LOYSEAU qui écrivait : " il est notoire que cette multiplication des degrés de juridiction rend les procès immortels ; et, à vray dire, ce grand nombre de justices oste le moyen au peuple d'avoir justice, car qui est le pauvre paysan qui, plaidant des ses brebis et de ses vaches, n'aime mieux les abandonner à celui qui les retient injustement qu'estre contraint de passer par cinq ou six justices avant qu'avoir arrest ; et, s'il se résout de plaider jusques aubout, y a-t-il brebis ni vache qui puisse tant vivre, mesme que le maistre mourra avant que son procès soit jugé en dernier ressort ? Qui est le mineur qui, poursuivant la reddition de son compte aux lieux où il y a tant de degrés de juridiction, ne devienne vieil avant que d'avoir son bien si son tuteur se résout à plaider jusques à la fin ? Quelle injustice est-ce là qu'un pauvre homme passe tout son âge, employe tout son labeur, consomme tout son bien en un méchant procès, et, qui pis est, appréhendant l'incertitude de temps de divers jugements, il soit toute sa vie en allarme et dans les appréhensions continuelles d'estre ruiné ? ", De l'abus des justices de village, cité par GARSONNET et CEZAR BRU, Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, T.1, 3è éd., Sirey, 1912, p.75

¹⁵ H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire Privé, T.1, éd. Sirey, 1961, n°525

lui connaissons aujourd'hui. En effet, s'il est apparu nécessaire de limiter les possibilités d'appel en n'imposant que deux degrés de juridictions, " le principe même de l'appel

n'avait pas été remis en cause car on estimait qu'il constituait un moyen de bonne administration de la justice et qu'il était bon, en particulier dans les affaires importantes, que le litige fasse l'objet d'un nouvel examen "¹⁶. Apparut dès lors un mariage entre le droit d'appel et la règle du double degré de juridiction, celle-ci apparaissant comme le fondement de celui-là¹⁷.

La conséquence en est que l'appel perd sa fonction politique dans la mesure où il n'apparaît plus comme un instrument au service d'un quelconque pouvoir politique, mais désormais comme une véritable garantie de bonne justice.

9. Concernant le pourvoi en cassation, si l'article 604 du nouveau code de procédure civile en fournit la définition suivant laquelle il " tend à faire censurer par la Cour de cassation la non conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ", l'histoire¹⁸ montre bien qu'à l'origine le pourvoi en cassation était plutôt une prérogative royale et à ce titre, il n'était pas ouvert aux justiciables. Tout au plus, ceux-ci pouvaient dénoncer au Roi les violations de loi dont ils ont connaissance¹⁹.

¹⁶ Sylvie DURFORT, L'appel : notion et fonctions. Analyse socio-juridique, Thèse Rennes1, 1990, p.7, n°8

¹⁷ V. sur cette association appel-double degré de juridiction S. DURFORT, ibidem

¹⁸ Sur l'histoire de la cassation, v. par exemple E. CHENON, Origines, conditions et effets de la cassation, Paris, 1882.

¹⁹ Sur ce point, J. BORE, La cassation en matière civile, 2^e éd. Dalloz, 1998, Généralités historiques, p.7 et suiv.

C'est qu'en réalité, la cassation était plus un acte de puissance publique (qui permettait au Roi, seul souverain dont émanait toute justice, de s'assurer le respect de ses ordonnances) qu'un acte de juridiction. Dans ce sens, Gilbert DE VOISINS relevait déjà : " De ce que l'on a observé que la cassation est moins un acte de juridiction que de plénitude de puissance, il suit d'abord qu'il appartient au Roi seul de l'interposer et qu'elle ne peut régulièrement partir que de lui et de son Conseil, où il est toujours réputé agir de lui-même. La délibération et le Conseil y doivent accompagner le pouvoir suprême. Mais comme le pouvoir du Roi s'applique alors à des jugements revêtus de son autorité souveraine, rendus à sa place et en son nom, même quelquefois immédiatement émanez de lui, un tel pouvoir tient trop essentiellement à lui pour en estre détaché et communiqué séparément de lui à personne ".²⁰

C'est à partir de l'institution en 1790 du Tribunal de cassation²¹ que l'exercice du pourvoi en cassation fut progressivement ouvert aux justiciables. L'évolution consacra une distance de la fonction de cassation du politique et finalement une substitution du Tribunal de cassation par la Cour de cassation dont les pouvoirs évolueront vers ce que nous connaissons aujourd'hui.

10. Si ces évolutions font aujourd'hui de l'appel et du pourvoi en cassation des droits du justiciable lui garantissant une bonne justice, ils ne firent pas toujours

²⁰ Vues sur les cassations d'arrests et de jugements en dernier ressort, in, M. ANTOINE, Le dur métier de Roi. Etude sur la civilisation politique de la France d'Ancien Régime, p.230

²¹ Ass. Constituante, décret des 27 nov.-1^{er} déc.1790

l'unanimité. En tant que voie ordinaire de recours en principe largement ouverte aux parties, c'est l'appel qui fut l'objet de vives critiques en matière civile. Pour certains auteurs en effet, le double degré de juridiction pouvait avoir l'inconvénient d'aboutir à la réformation d'une décision excellente pour lui en substituer une moins bonne²². Pour d'autres, le double degré de juridiction serait une source de lenteur inutile et coûteuse car, si l'on admet la supériorité des juges d'appel, pourquoi ne pas garder un seul degré de juridiction avec des juges expérimentés et excellents²³ ?

Si ces opinions n'ont pas entamé l'affirmation et le développement d'un droit à un second degré de juridiction en tant que gage d'une bonne justice, on peut légitimement penser en l'état actuel du droit positif, qu'elles n'ont pas été totalement négligées dans la construction et l'évolution du droit d'appel et ce pour au moins deux raisons.

11. D'abord, même à son origine, le droit à un second degré de juridiction n'a jamais été conçu pour être un droit absolu²⁴. Il supporte en effet de notables exceptions.

La première de ces exceptions, parce que plus classique et donc plus connue, concerne l'exclusion de l'appel pour les affaires de faible importance. Traduite par l'institution du taux de ressort, son importance varie d'ailleurs selon les

²² ULPIEN, De appell, cité par SOLUS et PERROT, op. cit. T.1,

²³ M. FOURNIER, Essai sur l'histoire du droit d'appel, cité par J. HILAIRE, Un peu d'histoire, in, Justice et double degré de juridiction, Justices, n°4, 1996, p.13

²⁴ V. dans ce sens déjà, P. HOONAKKER, L'effet suspensif de l'appel : une chimère ? Contribution à l'étude de l'exécution provisoire, Th., Strasbourg, 1988, p. 20 ; J. HILAIRE, Un peu d'histoire, préc.

contentieux. Cette exclusion du droit d'appel qui ne semble d'ailleurs pas émouvoir particulièrement la doctrine est justifiée historiquement par l'idée que " pour les affaires d'importance modique les frais d'un second procès rendraient tout à fait illusoires les avantages de l'appel pour les justiciables, sauf à encombrer les tribunaux "²⁵. Mais comme l'ont souligné certains auteurs, cette exclusion n'est acceptable que si le taux de ressort reste suffisamment faible, autrement, il s'agirait d'une véritable atteinte au droit d'appel.

Pourtant, depuis quelques années, l'évolution des différents taux de ressort montre bien que le pouvoir réglementaire n'est pas insensible au rôle que peut jouer ce taux dans la lutte contre l'encombrement des juridictions. Ainsi, si l'article R. 321-1 du C.O.J. fixait à 13 000 F le taux de dernier ressort en matière civile devant le tribunal d'instance, celui-ci devant statuer à charge d'appel jusqu'à la valeur de 30 000 F, le pouvoir réglementaire vient de porter ces taux respectivement à 25 000 et 50 000 francs²⁶.

La même modification touche l'article R. 311-2 concernant le Tribunal de grande instance dont le taux de dernier ressort passe de 13 000F à 25 000F, c'est-à-dire statuera sans appel lorsque le montant de la demande est inférieur ou égal à 25000F.

²⁵ J. HILAIRE, art. préc.

²⁶ Décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile, J.O. du 30 décembre 1998.

Le contentieux prud'homal où on a déjà pu constater " la mort lente ...du principe bicentenaire du double degré de juridiction "²⁷, n'est pas épargné puisque l'article D. 517-1 du code de travail, dans sa nouvelle formulation²⁸, dispose que " le taux de compétence en dernier ressort du conseil de prud'hommes est de 22 000F " ; alors que le taux applicable depuis le premier janvier 1994 était fixé à 19 360 F par le décret n° 93-1364 du 30 décembre 1993.

Toutes ces nouvelles dispositions applicables à partir du 1^{er} janvier 1999 confirment bien une tendance à la restriction du domaine de l'appel par une relativisation croissante de la valeur du litige²⁹. Aussi critiquable que puisse paraître cette évolution du taux de ressort, elle reste une atteinte indirecte, une sorte " d'interdiction douce " d'apparence supportable. A ce titre, elle peut être rapprochée de l'hypothèse exceptionnelle où le législateur estime de bonne justice de substituer notamment à la voie d'appel un recours spécial.

²⁷ A. BALSAN, Gaz. Pal. 1984, doct., p.579 .

²⁸ Décret n°98-1174 du 21 décembre 1998 modifiant l'article D. 517-1 du code de travail fixant le taux de compétence en dernier ressort des Conseils de prud'hommes, J.O. du 29 décembre 1998.

²⁹ V. sur l'évolution des taux de ressort de ces dernières années P. HOONAKKER, L'effet suspensif des voies de recours, préc., n° 9, p.20-21

12. C'est précisément le cas en matière de compétence, de l'article 80 al1 du nouveau code de procédure civile qui dispose que " lorsque le juge se prononce sur la compétence sans statuer sur le fond du litige, sa décision ne peut être attaquée que par la voie du contredit, quand bien même le juge aurait tranché la question de fond dont dépend la compétence ". A priori, le double degré de juridiction ne semble pas directement touché puisque les parties ont toujours la possibilité d'attaquer la décision sur la compétence par la voie du contredit. Mais l'analyse montre bien que, plus expéditive que l'appel, la procédure du contredit n'offre pas les mêmes garanties que l'appel.

13. Néanmoins, ces différentes limitations paraissent moins visibles et donc en fait plus supportables que certaines atteintes directes. Le droit judiciaire regorge pourtant actuellement de telles atteintes qui, s'étant multipliées ces dernières années, varient suivant l'idée que se fait le législateur de leur efficacité. Ainsi, si le critère de ces atteintes tient de la matière du litige ou de la nature du jugement en question, leur portée varie, allant d'une interdiction temporaire à une interdiction totale.

14. La matière des procédures collectives fournit la meilleure illustration des interdictions totales de l'appel. Dans son article 103, la loi du 13 juillet 1967³⁰ énumérait déjà un certain nombre de jugements insusceptibles de toute voie de recours.

³⁰ L. n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, J.O. du 14 juillet 1967.

Guidés par le souci d'une évacuation rapide des affaires pour donner toute sa chance au redressement des entreprises, les réformateurs de 1985³¹ n'ont, à cet égard, apporté aucun assouplissement, préférant multiplier les atteintes au droit d'appel.³² Ainsi, l'article 173 de la loi de 1985 exclut l'appel à l'encontre des jugements relatifs à la nomination ou au remplacement du juge-commissaire, de même que ceux par lesquels le tribunal statue sur les ordonnances rendues par le juge-commissaire dans la limite de ses attributions, à l'exception de ceux statuant sur les revendications.

Si la dernière législation en la matière³³ a apporté quelques modifications à l'ensemble des voies de recours³⁴,

³¹ L. n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises.

³² V. Par ex. M. CABRILLAC, L'ouverture des voies de recours, in, Les aspects procéduraux du redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises, Gaz. Pal. Du 8-10 mars 1987, doc.p.2 ; L. CADIET, L'évolution de l'appel dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises, Rev. Proc. Coll., 1989, p.371 ; V. DELAPORTE, J.-Cl. Com., fasc. 2205.

³³ L. n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, J.O. n°134 du 11 juillet 1994.

³⁴ Ainsi, l'introduction d'un art. 171-1 rend désormais recevable la tierce-opposition formée contre les décisions statuant sur l'ouverture de la procédure.

De même, un art.173-1 ouvre l'appel et le pourvoi en cassation, mais seulement au profit du Ministère Public, contre les jugements statuant sur le recours formé contre les ordonnances du juge-commissaire rendues en application des art. 154, 155 et 156.

Par ailleurs, la nouvelle loi a modifié l'art. 175 de la loi de 1985 en excluant la tierce opposition et le pourvoi en cassation contre les arrêts statuant sur les jugements de nomination visés aux trois premiers alinéas de l'art.174. Elle admet toutefois, dans un art. 175 al.2, le pourvoi en cassation contre les arrêts relatifs au plan de cession.

l'ouverture de l'appel et du pourvoi en cassation reste toujours aussi limitée³⁵. C'est sans doute ce qui fait dire que " le législateur a alors opéré un compromis, dans une atmosphère de réticence et de concession faite à contrecœur, ouvrant un peu les voies de recours mais nettement moins que ce que demandaient constamment les créanciers " ³⁶. C'est dire que le souci d'un règlement rapide des difficultés des entreprises reste une priorité dans ce domaine où la cohabitation du judiciaire et de l'économique nécessite souvent une adaptation des règles classiques du droit processuel.

15. Mais, en marge de cette réglementation spéciale dont l'efficacité repose entièrement sur la rapidité des procédures engagées, la question de la durée des procédures se pose de façon plus générale à la justice. Cela est même un problème récurrent et l'engorgement croissant des juridictions permet de mettre en exergue ce problème de tous les temps.

Dans cette optique et indépendamment de la matière en cause, la nature même de la décision rendue par le juge est aussi un critère de limitation de l'exercice des voies de recours. Ainsi, la distinction est faite entre le jugement sur le

³⁵ Sur l'ensemble de la question, V . F. AUBERT, Les délais et les voies de recours, in, Entreprises en difficulté : les principales innovations du décret du 21 octobre 1994, colloque CRAJEFE Nice, 11 mars 1995, LPA n°71 du 14 juin 1995, p.25 et suiv. ; J.-L. VALLENS, Les aspects procéduraux de la réforme, LPA n°110 du 14 sep. 1994, p.120 et suiv. ; M.-A. FRISON-ROCHE et J.-L. GUILLOT, La réforme des voies de recours par la loi du 10 juin 1994, LPA n°110 du 14 sep.1994, p.113 et suiv.

³⁶ M.-A. FRISON-ROCHE et J.-L. GUILLOT, La réforme des voies de recours par la loi du 10 juin 1994, art. préc., n°6.

fond et le jugement avant dire droit ; le régime de recevabilité des voies de recours et plus précisément de l'appel et du pourvoi en cassation dépend de l'appartenance de la décision attaquée à l'une ou l'autre de ces deux catégories de jugements³⁷. Alors que le jugement sur le fond peut faire l'objet d'un appel ou d'un pourvoi en cassation dans les conditions de droit commun sans restriction particulière, l'exercice des mêmes recours contre le jugement avant dire droit est soumis à un régime limitatif.

16. Mais, qu'est-ce donc qu'un jugement avant dire droit dont le régime de recevabilité de l'appel et du pourvoi en cassation se révèle ainsi dérogoratoire au droit commun ? La compréhension de la notion nécessite une confrontation permanente avec celle du jugement sur le fond. Il faut alors partir de ce que cette distinction repose sur une classification objective et ancienne des décisions juridictionnelles³⁸.

17. En matière civile, c'est le deuxième chapitre du titre quatorzième du nouveau code de procédure civile qui fournit l'économie d'une telle classification. Celle-ci oppose " les jugements sur le fond " aux " autres jugements ". Alors que l'article 480 du nouveau code de procédure civile définit le jugement sur le fond comme celui qui " tranche dans son dispositif tout ou partie du principal ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non recevoir ou

³⁷ Nous verrons plus loin que cette distinction traditionnelle en pratique reste ambiguë. V. infra, n°206 et suiv.

³⁸ Il faut préciser qu'il existe une autre classification qui oppose de façon générale, les jugements contradictoires et les jugements par défaut.

tout autre incident ", les « autres jugements » concernent d'abord les jugements avant dire droit, les ordonnances de référé et les ordonnances sur requête.

18. Selon l'article 484 du nouveau code de procédure civile, " l'ordonnance de référé est une décision provisoire...dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires " ; alors que l'ordonnance sur requête constitue, aux termes de l'article 493 du même code, " une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse " .

On s'aperçoit ainsi que la catégorie des " autres jugements " concerne des décisions qui ont ceci de commun d'être rendues sans toucher au principal. Mais, ce trait commun ne doit en aucun cas occulter la spécificité du jugement avant dire droit qui réside dans ce qu'il est rendu au cours d'une instance déjà engagée, alors que les ordonnances de référé et sur requête se caractérisent par leur autonomie³⁹.

19. Les jugements avant dire droit sont donc des décisions qui, sans trancher aucun point litigieux ni sur le fond, ni sur un incident, sont rendus au cours d'une instance. Il apparaît ainsi que la particularité de ce type de jugement résulte principalement de son insertion dans une instance au fond à laquelle il n'apporte pas de solution définitive. Tout au plus peut-il permettre la préparation de cette solution ou en organiser équitablement l'attente. L'article 482 du nouveau code de procédure civile précise à cet égard qu'il " se borne, dans son dispositif, à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire " .

³⁹ V. infra, n°416 et suiv.

20. Cette situation affecte considérablement l'organisation des voies de recours, notamment l'appel et le pourvoi en cassation. Les voies de recours ont pour objet comme nous l'avons déjà indiqué, de garantir une bonne justice ; on ne saurait les utiliser par pure chicane sans qu'il n'y ait lieu à abus⁴⁰.

A propos de la justice pénale, M. VITU faisait déjà remarquer que si " les voies de recours constituent un moyen procédural indispensable pour garantir les droits individuels contre les décisions hâtives ou mal étudiées, donc dangereuses pour les citoyens et l'autorité de la justice,... la multiplication des recours ou l'élargissement de leurs conditions d'exercice peuvent nuire à la nécessaire rapidité de la justice pénale et paralyser la répression " ⁴¹.

L'observation est transposable en matière civile et le problème se pose donc légitimement de savoir comment respecter le droit des plaideurs à exercer les voies de recours contre ces décisions tout en évitant le développement d'un contentieux parallèle qui aurait pour conséquence, non seulement d'encombrer les juridictions, mais surtout de retarder artificiellement les solutions définitives des litiges.

21. La question est d'une acuité certaine et elle est même considérée par certains auteurs comme l'une des difficultés communes aux procédures civile et administrative⁴². Pourtant a

⁴⁰ Sur ce point, Sylvie DURFORT, L'appel, notion et fonctions. Analyse socio-juridique, thèse préc.

⁴¹A. VITU, Procédure pénale, Thémis, P.U.F.1957, p.387

⁴² R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, 5^e éd. Montchrestien 1995, p.971

priori, deux solutions sont concevables, au moins théoriquement.

On peut, dans une première conception décider de fermer toutes voies de recours contre les jugements avant dire droit pour accélérer le règlement définitif des affaires. L'avantage d'une telle conception est évidente puisque son application a pour conséquence de favoriser l'accélération des règlements des litiges.

Mais, son adoption n'est pas sans inconvénient et le risque majeur encouru est l'atteinte portée à ce " droit naturel " des justiciables de contester les décisions juridictionnelles défavorables par l'exercice des voies de recours.

Or, il est admis pour ce qui concerne l'appel, que le principe du double degré de juridiction⁴³ bénéficie d'une protection constitutionnelle⁴⁴ et que le pourvoi en cassation est un principe à valeur constitutionnelle⁴⁵.

⁴³ Même si l'on ne doit pas confondre la voie d'appel et le principe même du double degré de juridiction, c'est néanmoins dans ce sens que l'appel est défini comme " une voie de recours de droit commun et de réformation ou d'annulation par laquelle une partie, qui se croit lésée par un jugement, défère le procès et le jugement aux juges du degré supérieur ", in La voie d'appel, Colloque national de droit judiciaire, février 1983, Aix-En-Provence, Ann. de droit et de sciences économiques, cité dans VINCENT et GUINCHARD, Procédure civ., op. cit., n°1342

⁴⁴ J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, op. cit., n° 1314, p.820

⁴⁵ C. Const., décision n° 80-1131 du 14 mai 1980, Rec. p.61

Cette dernière considération ouvre la voie à une deuxième solution qui consisterait à ouvrir normalement les voies de recours contre les jugements avant dire droit. Ainsi, les droits individuels des plaideurs seraient respectés. Mais, l'inconvénient de cette admission libérale des voies de recours réside dans ce qu'elle peut entraîner des recours systématiques souvent à des fins dilatoires, avec pour conséquence la paralysie de l'appareil judiciaire.

22. En réalité, la question n'est pas nouvelle. Après de nombreux tâtonnements dans lesquels elle a été souvent suivie par la procédure administrative⁴⁶, la procédure civile lui consacre aujourd'hui une solution intermédiaire. Il faut concilier les droits individuels à l'exercice des voies de recours avec le souci légitime d'assurer la célérité de la justice en réagissant contre les recours dilatoires. Ainsi, selon l'article 545 du nouveau code de procédure civile, les jugements avant dire droit " ne peuvent être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi ". La même disposition se retrouve à l'article 608 du même code qui n'autorise l'exercice du pourvoi en cassation indépendamment du jugement sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi.

Cette solution de principe admise en matière civile garantirait ainsi le droit à l'exercice de l'appel et du pourvoi qui ne sont pas supprimés mais simplement différés. Dans le même temps, elle permet d'éviter les contestations systématiques qui retardent souvent inutilement, le règlement définitif des litiges.

⁴⁶ V. infra, n°28 et suiv.

23. Le mécanisme n'est d'ailleurs pas inédit. Il tient son origine de la procédure pénale dont l'évolution en la matière mérite d'être connue. Avant 1935, l'ouverture de l'appel contre les jugements avant dire droit en matière répressive était admise. Mais, comme en matière civile, on distinguait selon que le jugement concerné était préparatoire ou interlocutoire, ce dernier seulement pouvant être contesté devant la cour d'appel, alors que le jugement préparatoire ne pouvait l'être qu'avec le jugement sur le fond.

Difficile à mettre en œuvre, la distinction entraîna plutôt souvent l'appel immédiat au prétexte que le jugement avait préjugé le fond. Elle n'avait toutefois pas connu un essor particulier en matière pénale⁴⁷ car, l'intervention du décret-loi du 8 août 1935 eut pour effet de modifier sur ce point l'article 200 du code de l'instruction criminelle qui désormais disposait que " l'appel contre les jugements préparatoires ou interlocutoires, statuant sur des incidents et exceptions, ne sera reçu, même contre les jugements rendus sur la compétence, qu'après le jugement sur le fond, et en même temps que l'appel contre ledit jugement " ⁴⁸.

Le domaine d'application de ce texte était sans doute limité aux jugements correctionnels à l'exclusion des jugements en matière de police où continuait de s'appliquer l'ancienne

⁴⁷ Sur ce point, G. LEVASSEUR, De quelques singularités des voies de recours en matière répressive, Mélanges dédiés à Jean VINCENT, Dalloz, 1981, p.216, n°5.

⁴⁸ Sur cette réforme : E. de LAGRANGE, Les restrictions au droit d'interjeter appel ou de se pourvoir en cassation, R. C. L. F., 1938, 561.

distinction entre préparatoire et interlocutoire.⁴⁹ Il ne reste pas moins vrai que le mécanisme d'appel issu du décret-loi de 1935 sonnait le glas de cette délicate distinction entre jugement préparatoire et jugement interlocutoire. La nouveauté résultant de la nouvelle législation consistait précisément à retarder, jusqu'au jugement sur le fond, l'appel contre le jugement avant dire droit qu'il soit interlocutoire ou simplement préparatoire. C'est ce qui inspira la solution actuelle retenue en procédure civile et dont on a pu observer le rapprochement sur ce point avec la procédure pénale.⁵⁰

24. Pourtant, à la lumière du droit positif, on se gardera de conclure à une solution unitaire en matière civile et répressive.

⁴⁹ Sur ce point, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T2, *Procédure pénale*, 4^e éd. Cujas, 1979, p.809, spéc. note n°2.

⁵⁰ G. LEVASSEUR, *De quelques singularités des voies de recours en matière répressive*, préc., p.217.

En effet, alors que l'interdiction des recours immédiats s'est progressivement affirmée en matière civile comme une règle de portée générale, le système issu en matière pénale, de la réforme de 1935 a été beaucoup critiqué⁵¹ et réformé au point que l'expression même de jugement avant dire droit paraît avoir disparu dans le vocabulaire de la procédure pénale. On parle en matière pénale de " jugement distinct du jugement sur le fond " ou de " jugement séparé " ⁵².

⁵¹ Ainsi, selon R. MERLE et A. VITU, op. cit., p.810, note n°1, " le système organisé par l'art. 200 C.I.C. était très critiquable. On ne pouvait pas systématiquement exclure tout appel contre les jugements avant dire droit, alors que certains enrayent le cours de la justice pénale ou heurtent l'ordre public : la chambre criminelle avait dû admettre des dérogations au principe posé par le texte. D'autre part, il était anormal d'instituer une sorte de " juridiction " au profit du greffier, appelé à apprécier la nature de la décision dont il était fait appel. Il n'était pas moins critiquable, enfin, de remettre au président du tribunal le soin de juger de la recevabilité d'un appel, alors que cette mission n'aurait dû, dans la rigueur des principes, incomber qu'à la cour d'appel ". Il convient à cet égard de préciser que dans les détails du mécanisme mis en place en 1935, en cas d'appel contre un jugement avant dire droit, il revenait au greffier de refuser cet appel et de dresser procès verbal de son refus. La partie appelante disposait néanmoins d'un délai de 24 heures pour saisir, sur simple requête, le président du tribunal qui le cas échéant pourrait enjoindre au greffier de recevoir l'appel.

⁵² V. art.507 et 508 du C.P.P.

25. Si le contenu du concept reste le même parce que dominé par la distinction avec le jugement sur le fond, il ne reste pas moins cependant que le régime de recevabilité des recours est aménagé différemment.

Concernant l'appel, la question est réglée actuellement par les articles 507 et 508 du code de procédure pénale. Aux termes du premier de ces deux textes, " lorsque le tribunal statue par un jugement distinct du jugement sur le fond, l'appel est immédiatement recevable si ce jugement met fin à la procédure. Dans le cas contraire et jusqu'à l'expiration des délais d'appel, le jugement n'est pas exécutoire et le tribunal ne peut statuer au fond.

Si appel n'a pas été interjeté ou si avant l'expiration du délai d'appel la partie appelante n'a pas déposé au greffe la requête prévue à l'alinéa suivant, le jugement est exécutoire et le tribunal statue au fond.

La partie appelante peut déposer au greffe, avant l'expiration des délais d'appel, une requête adressée au président de la chambre des appels correctionnels et tendant à faire déclarer l'appel immédiatement recevable ".

L'article 508 précise d'autre part les suites d'un tel appel en disposant que " le greffier avise le président du tribunal du dépôt de cette requête. Le jugement n'est pas exécutoire et le tribunal ne peut statuer au fond tant qu'il n'a pas été prononcé sur ladite requête.

Dès que le greffier a reçu l'appel et la requête il fait parvenir celle-ci au président de la chambre des appels correctionnels ainsi qu'une expédition du jugement et de l'acte d'appel.

Le président statue sur la requête, par ordonnance non motivée, dans les huit jours de la réception de ce dossier.

S'il rejette la requête, le jugement est exécutoire et le tribunal se prononce au fond ; aucun recours n'est recevable contre l'ordonnance du président et l'appel n'est alors jugé qu'en même temps que l'appel formé contre le jugement sur le fond.

Si dans l'intérêt de l'ordre public ou d'une bonne administration de la justice, le président fait droit à la requête, il fixe la date à laquelle l'appel sera jugé.

La Cour doit statuer dans le mois qui suit l'ordonnance du président, sans que puisse être soulevée devant elle une exception tirée de ce que l'appel formé contre la décision entreprise ne serait pas suspensif ; l'exécution du jugement est suspendue dans ce dernier cas jusqu'à ce qu'intervienne l'arrêt de la Cour " .

26. La complexité de ces dispositions est manifeste. Il apparaît toutefois que la distinction doit être faite suivant que le jugement avant dire droit a mis fin ou non à la procédure. Dans le premier cas l'appel est immédiatement recevable alors que dans le deuxième cas, il ne le serait que si le président l'estime de bonne justice ou dans l'intérêt de l'ordre public.

Il faut en somme retenir que la recevabilité de l'appel contre un jugement avant dire droit en matière répressive n'est possible que si ce jugement a mis fin à la procédure ou si le président de la chambre des appels correctionnels le décide⁵³. Mais, on peut déjà observer que lorsque le jugement avant dire droit ne met pas fin à la procédure, la recevabilité de l'appel est plus qu'hypothétique, les expressions d'ordre public et de bonne administration de la justice utilisées par l'article 508 al.5 étant des plus imprécises. De ce point de vue, il ne serait pas excessif de penser qu'en réalité, tout dépendra de la volonté du juge, c'est-à-dire du président de la chambre des appels correctionnels⁵⁴.

27. S'agissant du pourvoi en cassation, il est régi par les articles 570 et 571 du code de procédure pénale. Si des réformes ultérieures⁵⁵ sont venues apporter des précisions

⁵³ Sur l'ensemble de la question, R. MERLE et A. VITU, Traité de droit criminel, T2, préc. p.810 ; G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, Procédure pénale, 16 éd., Précis Dalloz, 1996, n°753 ; M.-L. RASSAT, Procédure pénale, 2è éd., P.U.F. Droit fondamental, 1995, n°47 ; J. PRADEL, Procédure pénale, 9è éd., Cujas 1997, n°650 ; P. FAIVRE, Appel, Rép. Dalloz, pén., p.6, n° 97 et suivants ; P. LEMERCIER, Observations sur la mise en œuvre de deux institutions communes à la procédure civile et à la procédure pénale (le défaut et l'appel), J.C.P.1965, I, Doct., 1909, n° 19 et suiv.

⁵⁴ Dans ce sens, M.-L. RASSAT qui considère que l'art.508 al.5 C.P.P utilise de " bien belles formules vides de toute précision, ce qui laisse en pratique toute liberté au magistrat saisi ", op. cit., p.96, note n°3 ; V. également J. BROUCHOT, Les voies de recours contre les décisions pénales distinctes des décisions sur le fond, J.C.P.1964, I, Doct., 1828, n°6

⁵⁵ L'ordonnance n° 60-529 du 4 juin 1960 et la loi n° 93-1013 du 24 août 1993

complémentaires à ces textes, il ne reste pas moins vrai que ceux-ci aménagent un dispositif semblable à celui des articles 507 et 508 pour l'appel⁵⁶. Ainsi, on retrouve la même distinction, le pourvoi n'étant immédiatement recevable qu'à l'encontre des décisions mettant fin à la procédure. Lorsque le jugement ou l'arrêt distinct de l'arrêt sur le fond n'a pas mis fin à la procédure, le président de la chambre criminelle peut, comme en matière d'appel, déclarer le pourvoi recevable dans l'intérêt de l'ordre public ou d'une bonne administration de la justice.

28. A quelques nuances près, il ne serait pas faux de constater qu'en matière civile comme en matière pénale, le principe dominant reste celui de l'interdiction des recours immédiats chaque fois que la décision avant dire droit ou la décision distincte de la décision sur le fond n'a pas mis fin à la procédure ou à l'instance

Il faut toutefois se garder d'étendre un tel raisonnement à l'ensemble du droit processuel. En matière administrative en effet, la solution retenue est rigoureusement à l'opposé de celle admise en matière civile et en matière pénale. Reprenant une jurisprudence élaborée par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat depuis 1942, le code des tribunaux et cours administratives d'appel n'établit aucune distinction entre les jugements sur le fond et les jugements avant dire droit en matière de recevabilité de l'appel et du pourvoi en cassation.

⁵⁶ Même si les pouvoirs de contrôle du président de la chambre criminels semblent plus étendus que ceux, en matière d'appel, du président de la chambre des appels correctionnels. V. sur ce point J. BROUCHOT, Voies de recours contre les décisions pénales distinctes des décisions sur le fond, préc. n° 15 et suiv.

29. Il en résulte une opposition nette entre les solutions du droit judiciaire privé et celles du contentieux administratif en matière de recevabilité des voies de recours contre les jugements avant dire droit. Mais, cette opposition, sans doute conjoncturelle, est loin d'être irréductible car au-delà des solutions générales affirmées par chacune des deux matières, il existe, de part et d'autre, plusieurs éléments qui finalement contribuent à rapprocher en pratique, droit judiciaire privé et procédure administrative.

30. Le choix du titre de cette étude : **" Recevabilité de l'appel et du pourvoi en cassation contre les jugements avant dire droit en matière civile et administrative "** occulte, il est vrai, le principe de l'irrecevabilité des recours immédiats en matière civile. Mais il traduit bien les conséquences de ce double mouvement d'opposition et de rapprochement. Dans cette optique les deux parties de notre étude seront consacrées successivement à l'analyse de l'opposition actuelle des deux procédures (Première partie) et à leur rapprochement (Deuxième partie).

Première partie : L'opposition actuelle des deux procédures.

Deuxième partie : Le rapprochement des deux procédures.

PREMIERE PARTIE :
L'OPPOSITION ACTUELLE DES PROCEDURES CIVILE
ET ADMINISTRATIVE.

31. La dualité de l'ordre juridictionnel fait aujourd'hui partie du champ de l'évidence du système français⁵⁷. Il est largement admis que cette organisation juridictionnelle trouve son origine dans une construction historique qui a abouti à la proclamation par la loi des 16-24 août 1790 du principe de la " séparation des autorités administratives et judiciaires ". C'est l'interprétation de ce principe qui a conduit progressivement à l'institution à côté des juridictions judiciaires d'un ordre juridictionnel administratif, dont les évolutions marquent la maturité aujourd'hui incontestable⁵⁸.

32. La conséquence directe de cette dualité a été la construction d'un droit administratif et surtout d'une procédure contentieuse propre aux juridictions administratives. Ainsi, le Conseil d'Etat, véritable artisan de ce droit n'a pas hésité dès 1860 dans l'affaire dite des

⁵⁷ Il est largement connu et étudié dans tous les ouvrages et manuels consacrés à la justice en France comme par exemple, R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 7^e éd. Montchrestien 1995, spéc. les n° 92 et suiv. ; J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, *La justice et ses institutions*, 4^e éd. Précis Dalloz 1996, p.249 et suiv. ; F. KERNALEGUEN, *Institutions judiciaires*, Litec 1994, p.112 et suiv.

⁵⁸ Sur ce point, v. F.-P. BENOIT, *Juridictions judiciaires et juridictions administratives*, J.C.P.1964, I, 1838 ; Julien LAFERRIERE, les raisons de la proclamation de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire par l'Assemblée constituante, *Mélange Paul NEGULESCO*, Bucarest, p.429 ; Jacques CHEVALLIER, du principe de séparation au principe de dualité, *R.F.D.A.* 1990 , p.712 ; également les références citées infra, note n°163.

eaux thermales de Vichy, à refuser l'application des règles de procédure civile au motif qu' " aucune disposition de loi ou de règlement n'a rendu...applicable " à l'ordre administratif la règle en question⁵⁹.

Cette attitude se comprenait alors bien. A quoi servirait en effet un deuxième ordre juridictionnel s'il devait appliquer les mêmes règles de droit et les mêmes techniques procédurales que les juridictions de l'ordre judiciaire ! Voilà au moins une raison qui justifiait une procédure spécifique devant les juridictions de l'ordre administratif. A dualité de juridictions dualité de procédures⁶⁰ !

Mais, les choses ne sont pas aussi simples car depuis sa création, la juridiction administrative a énormément évolué⁶¹. Cette mutation a donné lieu à un rapprochement des deux ordres de juridictions, au moins sur le plan institutionnel. Nous n'en concluons pas pour autant qu'il faille les fusionner⁶², rapprochement n'ayant jamais signifié identité.

⁵⁹ V.CE, 27 février 1860, Eaux thermales de Vichy, Rec. p.154

⁶⁰ Sur ce point, B. PACTEAU, Dualité de juridictions et dualité de procédures, RFDA sept.-oct.1990, p.753. Pour une étude comparative générale V. Ch. DEBBASCH, Procédure administrative contentieuse et procédure civile, L.G.D.J., 1962

⁶¹ V. par exemple Marceau LONG, l'état actuel de la dualité de juridictions, R.F.D.A.1990, 689

⁶² Didier TRUCHET, fusionner les juridictions administrative et judiciaire ? Mélanges J.-M. AUBY, Dalloz, 1992, p.335

33. Cependant, on ne peut s'empêcher de constater qu'en l'état actuel de l'organisation juridictionnelle, les deux ordres de juridictions partagent certains principes généraux du droit des procès ; ils partagent la notion de justice qui implique une certaine démarche dans la recherche des solutions aux litiges. Dans ces conditions, les deux ordres de juridictions ont en commun un certain nombre de concepts propres à la justice, notamment la notion de jugement avant dire droit permettant de préparer les jugements au fond ou en attendant ceux-ci, de régler à titre provisoire certaines situations. Or, l'analyse du droit positif du régime de recevabilité de l'appel et du pourvoi en cassation contre ces jugements ne montre guère d'uniformité. Sur le plan des solutions proposées il existe en effet une opposition nette entre les procédures civile et administrative.

34. En l'état actuel du droit judiciaire, il faut bien se demander si une telle opposition repose sur des justifications solides. Pour notre part, nous ne le pensons pas ; la démonstration de cette opinion suppose cependant que soient d'abord analysées les manifestations de ce phénomène (Titre1) avant d'en rechercher les raisons profondes(Titre2).

Titre 1 : Les manifestations de l'opposition.

Titre 2 : La recherche des raisons de l'opposition.

TITRE1

LES MANIFESTATIONS DE L'OPPOSITION.

35. De façon générale, le nouveau code de procédure civile interdit l'exercice immédiat de l'appel et du pourvoi en cassation à l'encontre des jugements avant dire droit, sans autorisation explicite de la loi. Cela n'a d'ailleurs rien de surprenant quand on sait que le jugement avant dire droit "n'a pas au principal l'autorité de la chose jugée"⁶³. Cette règle que les praticiens ont pris l'habitude de désigner "principe de l'interdiction des recours immédiats" existe aussi en matière administrative mais de manière très exceptionnelle, dans la mesure où sur le plan des voies de recours, il n'y est établie aucune distinction entre les jugements sur le fond et ceux que le nouveau code de procédure civile range parmi "les autres jugements"⁶⁴.

⁶³ On sait en effet que l'autorité de la chose jugée et les voies de recours sont "intrinsèquement liées" V. R. PERROT, R. T. D. Civ. 1975, 596 ; N. De PUYBUSQUE, Jugements préparatoires, appel et autorité de la chose jugée, Gaz. Pal .du 4 mars 1986, doct. p.134.

⁶⁴ Rappelons que cette expression du nouveau code de procédure civile englobe plusieurs catégories de jugements à savoir les jugements avant dire droit, les ordonnances de référé et les ordonnances sur requête.

36. Dans ces conditions, l'opposition entre la procédure civile et la procédure administrative est nette⁶⁵ puisque ce qui passe pour être un principe dans l'une n'est qu'une exception dans l'autre. L'étude des manifestations de l'opposition se fera à travers les deux solutions contradictoires de l'exclusion des recours immédiats en matière civile (Chapitre 1) et de leur admission en procédure administrative (Chapitre 2).

Chapitre 1: L'exclusion des recours immédiats en matière civile.

Chapitre 2: L'admission des recours immédiats en matière administrative.

⁶⁵ V. C. DEBOUY, Du nouveau pour l'appel des jugements avant dire droit,

CHAPITRE 1

L'EXCLUSION DES RECOURS IMMEDIATS EN MATIERE CIVILE.

37. Selon l'article 543 du nouveau code de procédure civile, «la voie de l'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuses, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé». Si la règle ainsi énoncée met bien en évidence la nature ordinaire de cette voie de recours, elle montre aussi in fine qu'elle peut être écartée par une disposition expresse.

38. C'est dans cette optique que lorsque le jugement contesté est un jugement avant dire droit, l'article 545 du nouveau code de procédure civile ferme provisoirement la voie d'appel. La même disposition vaut pour le pourvoi en cassation en application de l'article 608 du même code concernant les jugements en dernier ressort.

On parle ainsi du principe de l'interdiction des recours immédiats, car selon ces textes, les jugements concernés ne peuvent être frappés d'appel ou de pourvoi en cassation «indépendamment du jugement sur le fond que dans les cas spécifier par la loi». A contrario, les recours dirigés contre ces jugements ne seront recevables que s'ils sont exercés en même temps contre le jugement sur le fond du litige⁶⁶.

⁶⁶ Le principe résulte de plusieurs textes du nouveau code de procédure civile dont les plus importants, parce que de portée générale, sont les articles 545 pour l'appel et 608 pour le pourvoi en cassation.

La mise en œuvre d'une telle règle en tant qu'elle retarde considérablement le moment d'exercice de l'appel et du pourvoi est parfois d'une conséquence non négligeable sur les droits des parties.

39. Pourtant, l'évolution montre que la règle connaît en droit positif une plus grande importance qu'à son origine (Section 1). C'est sans doute qu'elle repose sur des justifications qui s'intègrent bien dans l'opinion que le législateur moderne se fait de la bonne administration de la justice (Section 2).

SECTION 1: LES JUSTIFICATIONS DE LA REGLE DE L'EXCLUSION DES RECOURS IMMEDIATS.

40. L'irrecevabilité des recours immédiats contre les jugements et arrêts avant dire droit procède du souci contemporain du législateur d'accélérer le cours de la justice. Aucun texte ne le dit explicitement, mais il est convenu qu'il s'agit, par ce biais, de prévenir les recours exercés par pure chicane, c'est-à-dire les recours dont l'unique but serait de retarder l'issue finale de l'instance juridictionnelle.

Pourtant, ces "préoccupations d'ordre psychologique"⁶⁷ du nouveau code de procédure civile ne sauraient suffire à justifier l'atteinte ainsi portée au droit des plaideurs à

⁶⁷ H. SOLUS, Les préoccupations d'ordre psychologique du code de procédure civile, Etudes offertes à L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz 1964, p.511 et suiv.

l'exercice des voies de recours; il faut certainement y ajouter l'influence de la nature de cette catégorie de décision.

On voit donc que la justification principale est fonctionnelle et tient à la volonté de libérer le cours de la justice en protégeant le droit à l'exercice des voies de recours contre des pratiques abusives (I). Ce mécanisme de protection est lui-même rendu possible par la particularité de la nature du jugement avant dire droit (II).

I- UNE JUSTIFICATION FONCTIONNELLE: PROTEGER LE DROIT A L'EXERCICE DES VOIES DE RECOURS.

41. Il est a priori paradoxal de trouver dans un dispositif qui interdit l'exercice immédiat de l'appel et du pourvoi en cassation, une protection du droit à l'exercice des recours. La contradiction n'est pourtant qu'apparence puisque le mécanisme des recours différés reste dans son fondement fortement influencé par la théorie de l'abus de droit. Mais, cette influence n'est sans doute que relative et sa portée ne doit pas être exagérée. Si l'interdiction des recours immédiats procède du même esprit que la théorie classique de l'abus de droit, elle ne semble pas devoir y puiser toute sa justification.

Pour mieux le comprendre, il est utile de montrer d'abord l'influence générale de la théorie de l'abus de droit sur l'exercice des voies de recours (A) avant de relever les limites de cette influence en montrant l'autonomie du dispositif particulier des articles 545 et 608 du nouveau code de procédure civile (B).

A- L'influence générale de la théorie de l'abus de droit.

42. L'influence dont il est question ici se limite à l'esprit qui anime l'interdiction des recours immédiats. Il est bien connu que l'exercice d'un droit substantiel peut dégénérer en abus et engager à ce titre, la responsabilité de son auteur. C'est l'application de la théorie de l'abus de droit qui constitue aujourd'hui l'une des notions les plus connues du droit français⁶⁸.

43. A l'origine pourtant, l'abus de droit n'a pas connu une adhésion enthousiaste et a même suscité de vives controverses que la doctrine rappelle souvent comme pour marquer l'évolution de la matière⁶⁹. Ces controverses n'ont cependant pas empêché la jurisprudence de développer la théorie de l'abus de droit en l'étendant à presque toutes les catégories de droits et libertés au point qu'aujourd'hui, le droit processuel est considéré comme " le lieu privilégié d'application " de cette théorie⁷⁰. En la matière pourtant,

⁶⁸ Elle est en effet étudiée dans la plupart des ouvrages consacrés à l'étude de la responsabilité par ex. CHABAS, Leçons de droit civil, T. II, les obligations, 9^e éd. Montchrestien 1998 ; MAZEAUD et TUNC, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, T. 1, 6^e éd. Montchrestien ; TERRE, SIMLER, LEQUETTE, Droit civil. Les obligations, 6^e éd. Dalloz 1996 ; LE TOURNEAU, La responsabilité civile, 2^e éd. Dalloz 1996. L'abus de droit concerne également presque tous les domaines du droit; outre les ouvrages et manuels cités, V. par ex. en matière contractuelle, N. RONTCHEVSKY, L'effet de l'obligation, Economica 1998, n°121 et suiv.

⁶⁹ V. M. JEANTIN, J-Cl. Civ. Art. 1382 à 1386, fasc. 131-1

⁷⁰ E. BLARY-CLEMENT, Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil, J.C.P.1991, I, 3534. V. aussi L. CADIET, Encyclopédie Dalloz, Abus de droit, spéc. n° 97 et suiv. ; Martine COUDEVILLE LOQUET COUDEVILLE, L'abus de procédure, thèse Pau 1991.

l'application de l'abus de droit est des plus malaisées car, comme l'a relevé M. CADIET, " il faut tenir compte de deux impératifs contradictoires : d'une part la liberté de recourir à la justice, d'autre part la nécessité de limiter les débordements de procédure " ⁷¹.

Ces impératifs contradictoires traduisent néanmoins très bien la fonction de l'abus de droit puisque celui-ci constitue une soupape de sécurité permettant de maintenir l'équilibre nécessaire à la fonction sociale des droits ⁷². L'abus de droit constitue à ce titre un moyen d'encadrement utile de la jouissance des droits et libertés.

44. C'est sans doute pour cette raison que très tôt, bien avant que le nouveau code de procédure ne l'adopte, la jurisprudence en avait déjà défini les contours.

⁷¹ L. CADIET, Abus de droit, préc.

⁷² A. PIROVANO, La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de JOSSERAND, D. 1972, chro.P.67. Les écrits de JOSSERAND sont en effet fondés sur la fonction des droits v. De l'abus des droits, 1905 et spéc. De l'esprit des lois et de leur relativité, 1939 où il écrit que " l'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit, à sa finalité " (n°292).

En effet, avant le nouveau code de procédure civile et au même titre que pour l'action initiale en justice⁷³, la jurisprudence a admis que l'exercice d'une voie de recours peut être abusif et par conséquent engager la responsabilité de son auteur. Il fallait pour cela, selon une formule très connue, que son auteur ait commis " un acte de malveillance ou une faute grossière équipollente au dol"⁷⁴

45. Malgré la réserve d'une partie de la doctrine⁷⁵, il faut y reconnaître la transposition dans le droit du procès, de l'hypothèse classique de l'abus des droits subjectifs substantiels. Ainsi, l'abus dans l'exercice des voies de recours notamment l'appel et le pourvoi en cassation, supposerait donc chez son auteur, l'intention de nuire à son adversaire, en trouvant ainsi le moyen de se soustraire à son obligation ou d'en retarder l'exécution.

Mais, compte tenu de l'importance du droit d'agir en justice ou de celui d'exercer une voie de recours, le problème s'est toujours posé de savoir en quoi peut consister la faute qui fait dégénérer l'exercice de ce droit fondamental en abus. La réponse n'est pas plus certaine ici qu'ailleurs, même si on admet parfois qu'en raison de l'existence d'un préjugé sur le bien-fondé de la demande, l'abus serait plus facile à établir pour l'exercice d'une voie de recours⁷⁶.

⁷³ Par ex. Cass. Civ., 14 août 1882, D.P.1883, I, 255 ; Req., 7 mai 1924, D.H.1924, 454

⁷⁴ Par ex. Req. 6 août 1860, D.P. 1861, 1, 75 ; Soc. 7 mars 1968, Bull. Civ., V, n°143

⁷⁵ V. notamment HEBRAUD, R.T.D. Civ.1968, 183

⁷⁶ Cf. sur ce point, RIPERT, cité par M. CADIET, Encycl. Dalloz, préc. n° 129

46. En réalité, même en matière d'abus des voies de recours, la doctrine éprouve beaucoup de difficultés pour caractériser de manière globale et systématique l'ensemble des comportements susceptibles de donner lieu à un abus. Cela est d'autant plus vrai qu'une analyse de la jurisprudence révèle une certaine diversité des attitudes sanctionnées. Les juges se livrent plutôt à un raisonnement au cas par cas en analysant les comportements de chaque plaideur.

Dans le cadre de ce raisonnement, la formule classique qui se résume à l'exigence d'une faute grossière équipollente au dol se révèle très restrictive et ne permet de sanctionner que des comportements malveillants guidés par une intention de nuire. Dans cette mesure, elle préserve la liberté fondamentale d'exercer une voie de recours en ne sanctionnant l'abus que de manière très exceptionnelle.

Toutefois, cette conception restrictive de l'abus des voies de recours laisse en marge des comportements qui sans revêtir les caractères d'une faute grossière, ne paralysent pas moins le fonctionnement normal de la justice.

47. On comprend dès lors que la Cour de cassation ait éprouvé le besoin de redéfinir cette exigence dans un arrêt où la première chambre civile décide que " toute faute dans l'exercice des voies de droit est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur " ⁷⁷.

Cette évolution de la jurisprudence permet désormais d'engager la responsabilité de l'auteur d'une imprudence ou d'une négligence dans l'exercice d'une action ou d'une voie de recours. Il s'agit donc de l'application pure et simple du droit commun de la responsabilité où tout fait fautif de

⁷⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 10 Janvier 1964, Bull. Civ. I, n°310

l'homme l'oblige à réparation du dommage qui en sera résulté⁷⁸. Le danger existe, il est vrai, que l'application laxiste d'une telle jurisprudence conduise à une atteinte inadmissible au droit fondamental d'agir en justice ou d'exercer une voie de recours.

48. Cette crainte qui avait été exprimée par M. HEBRAUD⁷⁹ semble finalement avoir pu être évitée. En effet, en admettant que toute faute dans l'exercice d'une voie de droit est susceptible de donner lieu à abus, la Cour de cassation a déplacé le problème du terrain de la gravité des faits reprochés au plaideur, sur celui des conséquences que ceux-ci peuvent avoir sur le fonctionnement ou sur le cours normal de la justice. C'est bien parce que le comportement d'un plaideur, même sans gravité en soi, peut entraîner des dysfonctionnements dommageables sur le cours de la justice, qu'il peut dégénérer en abus. Cela permet de maintenir ainsi l'équilibre nécessaire entre la liberté fondamentale d'exercice des voies de recours et une bonne administration de la justice. C'est sans doute ce qui explique que les rédacteurs du nouveau code de procédure civile n'ont pas hésité à donner un fondement textuel à l'abus des voies de recours qui n'était encore qu'un principe prétorien.

49. Ainsi, après avoir posé le principe de la responsabilité des plaideurs en cas d'abus du droit d'agir⁸⁰, le nouveau code de procédure civile dispose dans son article 559 alinéa 1 qu'« en cas d'appel principal dilatoire ou abusif, l'appelant peut être condamné à une amende civile de 100F à 10000F, sans

⁷⁸ Art.1382 et suiv. C.civ.

⁷⁹ Art. préc.

⁸⁰ Art.31-2 N.C.P.C.

préjudice des dommages-intérêts qui lui seraient réclamés ". L'article 560 ajoute que " le juge d'appel peut condamner à des dommages-intérêts celui qui forme un appel principal après s'être abstenu, sans motif légitime, de comparaître en première instance ".

50. Les voies de recours extraordinaires n'échappent pas à cette réglementation puisque, concernant particulièrement le pourvoi en cassation, l'article 628 dispose aussi que " le demandeur en cassation qui succombe dans son pourvoi peut, en cas de recours jugé abusif, être condamné à une amende civile dont le montant ne peut excéder 20000F et, dans les mêmes limites, au paiement d'une indemnité envers le défendeur ".

51. En marge donc des dommages-intérêts auxquels peut être condamné l'auteur d'un recours abusif ou dilatoire en réparation du dommage qui en est résulté, l'amende civile est présente dans tous les textes consacrés aux recours dilatoires ou abusifs. Cela montre bien la volonté du législateur de combattre tous les procédés de nature à détourner les voies de recours de leur but ; l'amende civile est considérée alors comme " une arme efficace pour lutter contre l'abus des procédures, punir les plaideurs de mauvaise foi, enrayer les demandes dilatoires et obliger les parties à montrer un maximum de sérieux dans leurs prétentions "⁸¹.

52. En revanche, la caractérisation des comportements abusifs ou dilatoires reste toujours incertaine et est pour cela laissée à l'appréciation des juges. Si la jurisprudence continue de considérer que l'abus de procédure n'exige ni la

⁸¹ VIATTE, L'amende civile pour abus de droit de plaider, Gaz. Pal.1978, 2, doct. 305

mauvaise foi, ni le dol⁸², et, que la faute même non grossière ou dolosive, suffit à la condamnation à dommages-intérêts, lorsqu'un préjudice en résulte⁸³, il faut reconnaître néanmoins que la Cour de cassation exerce un contrôle strict sur l'appréciation des juges du fond.

53. On s'aperçoit en définitive, aussi bien avant que depuis le nouveau code de procédure civile, que la fonction de la théorie de l'abus de droit reste purement sociale. L'esprit qui l'anime est donc d'éviter ou de limiter l'utilisation des droits à des fins détournées. La loi a pour fonction principale de réglementer les comportements sociaux par rapport à l'intérêt général de la société qu'elle régit. On ne saurait dès lors la détourner de son but sans qu'il y ait abus.

De ce point de vue apparaît clairement l'influence de l'abus de droit sur les recours différés dont le but est de lutter aussi contre les manœuvres dilatoires des parties. Pour autant, l'interdiction des recours immédiats ne doit pas être identifiée à une application pure et simple de la théorie classique de l'abus de droit, car elle reste un dispositif autonome dont il convient de montrer la spécificité.

⁸² Civ.2^e, 5 mai 1978, Bull. Civ. II, n°116

⁸³ Cv.2^e, 10 janvier 1985, Gaz. Pal.1985,1, somm.113, obs. GUINCHARD

B- La distinction de l'interdiction des recours immédiats de la théorie classique de l'abus de droit: le caractère préventif des articles 545 et 608 du nouveau code de procédure civile.

54. La particularité de l'interdiction des recours immédiats réside dans ce qu'elle constitue un mécanisme de prévention. Il ne s'agit plus, comme dans l'application pure et simple de la théorie générale de l'abus de droit, de sanctionner des recours jugés abusifs ou dilatoires, mais d'éviter que de tels recours parviennent aux rôles des Cours d'appel et même de la Cour de cassation.

On peut donc légitimement penser que la généralisation de l'interdiction des recours immédiats à une certaine catégorie de décisions juridictionnelles⁸⁴ constitue presque un aveu d'inefficacité de la transposition, en matière judiciaire, de la théorie générale de l'abus de droit. Celle-ci, par les sanctions qu'elle prévoit, comporte sans doute un effet dissuasif à l'égard des plaideurs. Mais il n'est pas certain qu'en intervenant a posteriori, elle soit efficace pour enrayer l'encombrement des Cours d'appel et de la Cour de cassation et surtout les tentatives d'allongement des litiges.

C'est sans doute pour cette raison que le législateur a préféré doubler l'application de la théorie de l'abus de droit d'un mécanisme préventif en intervenant a priori pour éviter des recours qui auraient pour effet un allongement artificiel et inutile de l'instance.

⁸⁴ Précisons ici qu'à l'origine elle ne concernait que les jugements ordonnant une mesure d'instruction. Sur l'évolution du domaine d'application de la règle V. infra, n°78 et suiv.

55. Le jugement ou l'arrêt avant dire droit étant inséré dans une instance principale, il s'agit d'éviter que des recours " en cascade " ne retardent l'issue finale du procès. Si cela devait arriver, le jugement qui aurait ordonné une mesure d'instruction ne remplirait plus sa fonction qui est de préparer le jugement destiné à trancher le fond du litige. Il en serait de même du jugement qui aurait ordonné une mesure provisoire puisque le provisoire aurait alors tendance à acquérir un caractère sinon définitif, du moins durable.

Cette situation qui a aussi pour conséquence l'encombrement des rôles aussi bien des Cours d'appel que de la Cour de cassation montre bien la fonction préventive de l'interdiction des recours immédiats. En effet, quels que soient les griefs qu'une partie désire formuler contre un jugement rendu avant dire droit, elle doit attendre le jugement sur le fond et joindre aux critiques contre celui-ci, les griefs qu'elle entend élever contre le jugement avant dire droit.

56. Au-delà de son avantage en termes de gain de temps, cette " concentration"⁸⁵ montre bien que l'exercice de l'appel et du pourvoi en cassation n'est pas entièrement la chose des parties. Si ces voies de recours constituent un droit pour les parties à une instance juridictionnelle, leurs conditions et modalités d'exercice échappent totalement à leur volonté. C'est la loi qui les fixe en fonction de l'idée que le législateur du moment se fait de l'administration d'une bonne justice. En l'occurrence, il a considéré que concentrer tous les recours d'une même instance à la fin

⁸⁵ J. HERON, Droit judiciaire privé, op. cit. n°602 et suiv.

permet d'éviter " toute solution de continuité génératrice d'atermoiements dilatoires " ⁸⁶ nuisibles à une bonne justice.

57. Le caractère préventif des dispositions des articles 545 et 608 apparaît bien dans le lien de dépendance que les textes entretiennent entre le jugement avant dire droit et le jugement sur le fond. A cet égard, la question s'est posée de savoir ce qu'il faut entendre par l'expression " indépendamment du jugement sur le fond " qui se retrouve dans toutes les dispositions du nouveau code de procédure civile interdisant les recours immédiats. Le législateur a-t-il entendu par là imposer que les deux recours soient contenus dans un seul et même acte ?

58. La tendance générale de la doctrine est de considérer l'exigence d'un acte unique comme d'une sévérité formelle inutile. Cette position s'explique simplement par le fait que le but poursuivi par le législateur en interdisant les recours immédiats ne réclamerait pas que le recours contre les jugements avant dire droit et sur le fond soient contenus dans un acte unique ⁸⁷.

59. En revanche, l'analyse de la jurisprudence n'offre pas une position unanime de sorte que pour se retrouver, il faut distinguer suivant que le recours exercé est un appel ou un pourvoi en cassation.

⁸⁶ SOLUS et PERROT, Droit judiciaire privé, T3, op. cit. n° 744

⁸⁷ Par ex. J. BORE, La cassation en matière civile, op. cit. n°221 ; Y. BOSQUET, La recevabilité des voies de recours contre les jugements avant dire droit, J.-Cl. Proc. Civ. op. cit. n° 35 ; C. DELAGE, La recevabilité du pourvoi en cassation des décisions avant dire droit ou contenant des dispositions avant dire droit, Rev. Huis. 1986, n°30 spéc. p.1520.

S'agissant du pourvoi, la Cour de cassation appelée pour la première fois à trancher la question le 11 janvier 1978 a adopté une position claire et sans équivoque. En l'espèce, deux pourvois avaient été introduits distinctement, mais le même jour, devant la Cour par la même partie qui contestait en même temps un jugement avant dire droit et le jugement rendu sur le fond. En application de l'article 608 du nouveau code de procédure civile, la Cour de cassation a déclaré le pourvoi recevable en considérant que " ce pourvoi, dirigé contre le jugement avant faire droit... a été formé le même jour que le pourvoi dirigé contre l'arrêt sur le fond... " ⁸⁸. Ce faisant, la Cour a donc rejeté clairement l'exigence de l'acte unique, considérant que la simple concomitance c'est-à-dire le fait qu'ils aient été introduits le même jour, suffit à traduire la dépendance entre les deux pourvois.

Concernant l'appel en revanche, la Haute juridiction semble avoir été traversée par un courant d'hésitation. En effet, alors que la troisième chambre civile a admis la recevabilité de l'appel distinct formé le même jour que celui contre le jugement sur le fond, la deuxième chambre civile déclarait le même jour irrecevable l'appel formé dans les mêmes circonstances, contre un jugement avant dire droit. Approuvant une cour d'appel qui avait rejeté pareil appel, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation déclare que "...l'acte d'appel du jugement ayant ordonné la comparution personnelle, malgré sa concomitance avec l'acte d'appel du jugement sur le fond, ne répondait pas à l'exigence du texte susvisé (il s'agit de l'article 545 nouveau code de

⁸⁸ Cass. Civ. 3^e, 11 janvier 1978, Bull. civ. III, n° 30.

procédure civile), duquel résulte l'obligation de former les deux appels par un seul et même acte "⁸⁹.

61. Cette différence d'appréciation n'avait certainement pas lieu d'être et on peut légitimement s'interroger sur le fondement ou tout au moins, les raisons d'une telle interprétation formaliste de l'article 545.

En réalité, l'objectif poursuivi par le législateur en interdisant l'appel ou le pourvoi indépendants du jugement sur le fond est d'éviter que des recours immédiats viennent isoler le jugement avant dire droit du jugement sur le fond avec la conséquence d'entraîner un contentieux parallèle à l'instance principale. Or, les deux pourvois ayant été introduits le même jour, tout " risque d'indépendance "⁹⁰ des deux recours disparaît, de sorte qu'il apparaît d'une sévérité inutile d'exiger un acte unique. Une simple jonction des deux recours aurait suffi⁹¹.

62. La deuxième chambre civile semble d'ailleurs avoir abandonné son exigence formelle d'acte unique pour se rapprocher de la position libérale de la troisième chambre civile dans un arrêt du 10 Janvier 1985. Lors d'une procédure en divorce, un premier arrêt est rendu sur appel de l'ordonnance de non-conciliation d'un juge aux affaires matrimoniales, alors qu'un autre se prononce sur le divorce. Deux pourvois sont introduits distinctement, mais le même jour, contre l'une et l'autre de ces décisions. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation décide, en application

⁸⁹ Cass. Civ. 2^e, 11 janvier 1978, Bull. Civ. II, n°15.

⁹⁰ P. JULIEN, note sous Cass. Civ. 3^e, 11 janvier 1978, D.1978, IR., 86.

⁹¹ P. JULIEN, ibidem ; J. BORE, La cassation en matière civile, op. cit. p.63, n°231.

de l'article 608 du nouveau code de procédure civile, qu'est recevable le pourvoi dirigé contre un arrêt, rendu sur appel de l'ordonnance de non-conciliation d'un juge aux affaires matrimoniales, confirmant les mesures provisoires relatives aux pensions alimentaires, et formé le même jour que le pourvoi dirigé par la même partie contre l'arrêt prononçant le divorce.

Même si cette position concerne uniquement le pourvoi en cassation, elle paraît bien transposable à l'appel. La généralité des termes utilisés par la deuxième chambre civile semble bien l'indiquer. Aucune raison particulière n'exige en outre que les articles 545 et 608, rédigés en des termes presque identiques, soient interprétés différemment.

On s'achemine ainsi vers une condamnation uniforme de l'exigence de l'acte unique aussi bien pour l'appel que pour le pourvoi en cassation. Les articles 545 et 608 ne poseraient donc aucune condition de forme de sorte que la simple concomitance des deux pourvois suffit à respecter la dépendance voulue par le législateur entre les deux décisions avant dire droit et sur le fond⁹².

63. Mais, cette volonté du législateur d'interdire l'indépendance des recours contre les jugements avant dire droit et sur le fond, malgré ses avantages, peut aussi avoir des inconvénients dont le principal réside dans l'atteinte portée au droit des plaideurs de contester la décision juridictionnelle qui leur fait grief.

L'interdiction des recours immédiats conserve, certes au plaideur son droit de faire appel ou de se pourvoir en

⁹² Versailles, 10 sep. 1998, Gaz. Pal. du 24-26 oct.1999, Somm., p.16

cassation⁹³. Elle aboutit toutefois dans certaines circonstances, à supprimer en fait l'appel ou le pourvoi en cassation, car si le droit d'exercice des recours n'est que différé, il est en pratique privé de tout intérêt⁹⁴. Le plus souvent, une voie de recours n'a d'intérêt que si elle peut être immédiatement exercée. Dans le cas des jugements avant dire droit, l'appel ou le pourvoi ne pourront être exercés qu'après l'exécution de la mesure ordonnée.

64. La valeur de l'appel et du pourvoi en cassation fait de ces voies de recours de véritables garanties pour les justiciables. Le besoin légitime d'atténuer les lenteurs de la justice en pourchassant les pratiques dilatoires n'aurait certainement pas suffi à lui seul à justifier une atteinte, même provisoire, à l'exercice de ces voies de recours. La particularité de la nature du jugement avant dire droit a sans doute contribué à ce dispositif.

II- L'INFLUENCE DE LA NATURE DU JUGEMENT AVANT DIRE DROIT

65. En règle générale, la doctrine consacre très peu de réflexions à la nature même du jugement avant dire droit⁹⁵. Pourtant, celle-ci, malgré les considérations de célérité de

⁹³ L'exercice de ce droit n'est que différé. A ce titre, le jugement avant dire droit ne peut absolument pas être rangé dans la catégorie des jugements insusceptibles de recours.

⁹⁴ H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, préc., T.3, n°744 ; G. COUCHEZ (avec la collaboration de MM. LANGLANDE et LEBEAU, Procédure civile, Dalloz 1998, n° 1401

⁹⁵ V. cependant SOLUS et PERROT, Droit judiciaire privé, t3, n° 738 et suiv.

la justice et de lutte contre l'utilisation déloyale des voies de recours, justifie dans une large mesure l'exclusion des recours immédiats.

66. Le jugement avant dire droit constitue-t-il un véritable jugement, c'est-à-dire une décision juridictionnelle à part entière ? L'évolution montre que tous les jugements avant dire droit n'ont pas toujours été considérés comme des décisions juridictionnelles⁹⁶. L'appellation de " jugement " leur est cependant acquise depuis que, pris dans son sens large, l'expression " jugement " désigne " toute décision rendue par un tribunal au cours d'une instance ou pour terminer une instance " ⁹⁷

L'analyse du droit positif montre que la nature juridictionnelle des jugements avant dire droit reste toutefois incertaine. Cette ambiguïté savamment entretenue par le nouveau code de procédure civile conduit parfois la jurisprudence à adopter des solutions pragmatiques loin des prescriptions textuelles.

A- Les dégradations textuelles de la " juridictionnalité ".

67. Il s'agit de montrer ici que les jugements avant dire droit ne sont pas des décisions juridictionnelles comme les autres, mais constituent une catégorie entièrement à part.

⁹⁶ Par exemple, très anciennement, les mesures prises par le juge au cours d'une instance, c'est - à - dire les " interlocutiones ", n'étaient pas considérées comme des jugements. V. sur ce point, G. DURRY, Les jugements dits " mixtes ", R. T. D. Civ.1960, p.5 et suiv.

⁹⁷ MOREL, Traité élémentaire de procédure civile, 2^e éd., p.431, n°545.

Pour y arriver, il faut recourir à la notion classique d'acte juridictionnel.

L'acte juridictionnel n'est pas un concept facile d'utilisation, car sa définition fait sans doute partie des thèmes juridiques qui ne font jamais taire les controverses, malgré l'importance des études qui leur sont consacrées⁹⁸. Des spécialistes de la matière écrivent même qu'il " constitue l'un de ces problèmes juridiques qui ne procurent jamais à celui qui les étudie une impression de complète satisfaction " ⁹⁹.

68. Il est certes reconnu de façon générale que l'acte juridictionnel ne peut émaner que d'un organe judiciaire, qu'il est pris nécessairement dans le cadre d'une procédure particulière, et qu'il permet au juge de résoudre juridiquement une contestation. Ainsi, selon MOTULSKY, définissant le jugement en tant qu'acte juridictionnel, " un jugement est un acte qui émane d'un organe judiciaire, qui est rendu selon les formes d'une procédure et qui tranche une

⁹⁸ Sur les controverses doctrinales concernant les critères de l'acte juridictionnel, v. VINCENT et GUINCHARD, Procédure civile, op. cit., n°155 et suiv. Ces difficultés s'illustrent aujourd'hui par les incertitudes qui caractérisent la distinction entre les décisions juridictionnelles et les décisions gracieuses. Alors que certains auteurs considèrent par exemple les ordonnances sur requête comme tantôt juridictionnelles et tantôt gracieuses (MM.VINCENT et GUINCHARD, Procédure civile, op. cit., n°170), d'autres les considèrent comme étant toujours gracieuses (M. CADIET, Droit judiciaire privé, Litec, 1992, n°94); V. sur la question, BANDRAC Monique, De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas, in, Mél. Pierre DRAI, Dalloz, 2000, p.171 et suiv.

⁹⁹ VINCENT et GUINCHARD, Procédure civile, op. cit. n° 154

prétention concernant une situation juridique par application d'une règle de droit "¹⁰⁰.

Partant de là, on peut dire que l'existence d'un acte juridictionnel suppose la réunion d'au moins trois éléments à savoir que seul un juge peut en être l'auteur, suivant une procédure particulière et ce en vue de trancher une contestation par application du droit. Ce dernier élément nous semble être le plus important de la définition parce qu'il caractérise le mieux l'acte juridictionnel, il constitue l'objet même de la fonction de juger¹⁰¹.

Or, le propre du jugement avant dire droit est d'être, comme son nom l'indique, rendu avant même que le juge ne dise le droit, c'est-à-dire, avant qu'il n'applique la règle de droit au conflit d'intérêts dont les parties attendent la solution. Il est donc rendu au cours d'une instance soit pour donner au juge les moyens de dire le droit, soit en attendant qu'il le fasse, pour protéger les droits de l'une des parties. L'article 482 du nouveau code de procédure civile indique d'ailleurs qu'il ne doit trancher aucune partie du principal,

¹⁰⁰ H. MOTULSKY, Les ordonnances sur requête dans la pratique française, Rapport de synthèse du Colloque des Instituts Judiciaires, Lille, mai 1964, p.59 et suiv. Dans le même sens, G.COUCHEZ (avec la collaboration de MM. LANGLADE et LEBEAU) : " l'acte de juridiction est en principe l'acte d'un juge, élaboré dans le respect d'une procédure garantissant la possibilité de la contradiction, qui règle un conflit d'intérêts par application d'une règle de droit ", Procédure civile, op. cit., p.422, n°1146.

¹⁰¹ D. D'AMBRA, L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges, LGDJ, 1994.

ce dernier étant identifié clairement par l'article 4 du même code comme les prétentions des parties¹⁰².

69. Au-delà de cette constatation qui met immédiatement en opposition l'acte juridictionnel et le jugement avant dire droit au sens de l'article 482 du nouveau code de procédure civile, de nombreuses dispositions concernant cette catégorie de décision dérogent particulièrement à la notion d'acte juridictionnel telle qu'elle résulte de la définition retenue.

Ainsi, si la décision qui ordonne une mesure provisoire est soumise aux formes habituelles de l'acte juridictionnel, c'est-à-dire en forme de véritable jugement ou ordonnance motivée¹⁰³, celle qui ordonne une mesure d'instruction peut, aux termes de l'article 151 du nouveau code de procédure civile, revêtir la forme d'une simple mention au dossier ou au registre de l'audience.

¹⁰² Rappelons qu'il n'a par conséquent aucune autorité au principal et ne dessaisit pas le juge, ce qui constitue d'autres entorses aux effets normalement reconnus à la décision juridictionnelle.

¹⁰³ Cette exigence est d'ailleurs rappelée explicitement par l'article 773 NCPC concernant le J.M.E. et selon lequel " dans les cas prévus par les articles 769 à 772 (on y retrouve essentiellement les cas où ce juge alloue une provision pour le procès, les cas où il accorde une provision au créancier, les cas où il ordonne toutes autres mesures provisoires, même conservatoires que lui permet la loi, ainsi que lorsqu'il modifie ou complète une mesure déjà ordonnée), le juge de la mise en état statue par ordonnance motivée sous réserve des règles particulières aux mesures d'instruction ".

Le même libéralisme de forme s'observe à propos de la décision concernant l'exécution de la mesure d'instruction (art. 170 du N.C.P.C.)¹⁰⁴.

70. Ces différents éléments sont loin de conforter la nature juridictionnelle des jugements avant dire droit. Pourtant, c'est bien ce que fait le nouveau code de procédure civile non seulement en les opposant aux jugements sur le fond, mais surtout en organisant contre eux l'exercice de voies de recours.

En admettant que les jugements avant dire droit ne peuvent faire l'objet d'un recours qu'avec le jugement sur le fond, le nouveau code de procédure affirme implicitement mais nécessairement, que ces décisions ont une nature juridictionnelle. En effet, les voies de l'appel et du pourvoi en cassation ne sont en principe ouvertes que contre des décisions de justice de nature juridictionnelle¹⁰⁵. C'est sans doute ce qui distingue principalement le régime des actes du juge en tant qu'actes juridictionnels des mesures d'administration judiciaire, c'est-à-dire " les actes du juge

¹⁰⁴ Cette forme simplifiée a d'ailleurs suscité quelques réserves en doctrine. V. par exemple DEGHILAGE, Le décret du 17 décembre 1973 et les difficultés d'exécution d'une mesure d'instruction, J.C.P.1974, IV, 6374 ; VINCENT et GUINCHARD, Procédure civile, op. cit. n° 1052. Toutefois, il semble qu'elle soit d'un usage courant dans l'ensemble des ressorts (En ce sens, SOLUS et PERROT, Droit judiciaire privé, op. cit. n°739).

¹⁰⁵ L. CADIET, Droit judiciaire privé, op. cit. n° 1197 : " la voie de recours se caractérise d'abord par l'objet auquel elle s'applique : un jugement, plus précisément une décision du juge appelée, selon les auteurs, décision de justice, décision juridictionnelle, acte juridictionnel, c'est-à-dire l'acte par lequel le juge se prononce sur une prétention juridique, qu'il y ait ou non litige entre deux ou plusieurs personnes ".

qui tendent uniquement à assurer le bon fonctionnement du service public de la justice "¹⁰⁶, et dont on sait qu'elles ne sont susceptibles d'aucun recours¹⁰⁷.

C'est dire que le nouveau code de procédure civile adopte en l'occurrence une conception très peu exigeante de la décision juridictionnelle. Celle-ci aurait alors un sens très large qui s'accommoderait avec " toute décision rendue par un tribunal au cours d'une instance ou pour terminer une instance "¹⁰⁸. Mais alors, il s'agit sans doute là d'une décision juridictionnelle écornée, parce que dépouillée de la plupart des exigences et attributs de la " juridictionnalité ".

Ces dégradations de la " juridictionnalité " ne laissent pas insensible la Cour de cassation, qui elle tente de faire la part des choses en interprétant les textes dans le sens d'une plus grande cohérence.

B- La critique des dispositions textuelles.

71. Nous venons de montrer que malgré les imperfections qui l'affectent, le jugement avant dire droit est considéré comme une décision juridictionnelle. Cette " juridictionnalité " imparfaite concerne dans sa globalité toute la catégorie des jugements avant dire droit, c'est-à-dire aussi bien les décisions ordonnant une mesure d'instruction que celles qui ordonnent une mesure provisoire¹⁰⁹.

¹⁰⁶ SOLUS et PERROT, Droit judiciaire privé, T1, n° 495

¹⁰⁷ Art. 537 NCPC

¹⁰⁸ MOREL, Traité élémentaire de procédure civile, 2^e éd., p.431, n°545

¹⁰⁹ Art. 482, 545, 608 NCPC

A vrai dire, la réalité est plus complexe, et on peut affirmer sur ce plan que les textes ne rendent pas assez compte de la particularité de chacune des deux composantes de la catégorie avant dire droit. Certes, les deux types de décisions concernées ont en commun d'être rendues au cours d'une instance sans mettre fin au litige pour lequel le juge a été saisi. Cependant, il n'est pas certain qu'il s'agisse de décisions ayant forcément la même nature¹¹⁰. Elles n'ont ni le même objet, ni le même impact sur les droits des parties engagées dans l'instance.

72. Le jugement qui au cours d'une instance, se borne à ordonner une mesure d'instruction n'a pour objet que de rassembler contradictoirement les éléments qui vont permettre au juge de se prononcer sur le fond de l'affaire. Il ne crée aucune situation juridique nouvelle au profit de l'une ou l'autre des parties, il ne modifie pas non plus leurs droits; il est simplement destiné à éclairer le juge sur la situation litigieuse. On ne peut pas en dire autant du jugement qui ordonne une mesure provisoire. Par exemple, lorsqu'au cours d'une procédure concernant des malfaçons en matière immobilière le juge avant de se prononcer ordonne qu'une provision soit allouée, c'est bien au détriment de l'entreprise exécutante qui pourrait alors avoir intérêt à contester une telle mesure.

¹¹⁰ Dans ce sens déjà, MM. CROZE et MOREL relèvent à propos des articles 480 à 482 NCPC, un " amalgame " qui résulterait en partie du " désir de soumettre à un régime juridique identique des décisions qui sont en réalité de nature différente ", Procédure civile, PUF, 1988, n°61

73. On voit ainsi que le jugement qui ordonne la mesure provisoire, parce qu'il affecte les droits des parties, est en réalité plus proche du jugement qui se prononce sur les prétentions des parties, que ne l'est la décision qui ordonne la mesure d'instruction. C'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles, mises à part les dispositions d'ordre général des articles 482, 545 et 608 du nouveau code de procédure civile, il n'existe aucune réglementation particulière du jugement qui ordonne en cours d'instance, une mesure provisoire.

La situation n'est pas identique pour les jugements ordonnant une mesure d'instruction qui eux bénéficient d'une réglementation particulièrement dérogatoire au droit commun des décisions juridictionnelles¹¹¹.

La seule disposition concernant le jugement ordonnant une mesure provisoire se trouve à l'article 773 alinéa 2 du nouveau code de procédure civile qui vient d'ailleurs préciser que " dans les cas prévus aux articles 769 à 772¹¹², le juge de la mise en état statue par ordonnance motivée sous réserve des règles particulières aux mesures d'instruction ". Ce qui conforte à juste titre la nature juridictionnelle de cette décision.

¹¹¹ Supra, n°69 sur la forme et la notification

¹¹² On constatera qu'en dehors des hypothèses où le juge de la mise en état constate l'extinction de l'instance ou exerce, selon l'article 770, les pouvoirs nécessaires à la communication, à l'obtention et à la production des pièces, l'essentiel de ces cas concerne les décisions du J.M.E. ordonnant des mesures provisoires.

74. En revanche, la décision qui ordonne une mesure d'instruction doit être considérée comme n'ayant pas la nature juridictionnelle (il s'agit d'une mesure d'administration judiciaire), même si le nouveau code de procédure civile ne tire pas toutes les conséquences des dispositions particulières qu'il lui consacre. Bien informés de la genèse de ces textes, MM. SOLUS et PERROT font d'ailleurs remarquer que le nouveau code de procédure civile s'est inspiré sur ce point du droit allemand sans en tirer toutes les implications nécessaires¹¹³.

75. La Cour de cassation a d'ailleurs, dans une espèce très remarquée, refusé de considérer le jugement ordonnant une mesure d'instruction comme une véritable décision de nature juridictionnelle. En l'occurrence, une Cour d'appel avait, avant de trancher la question dont elle était saisie, ordonné la comparution personnelle de l'une des parties. S'étant avéré par la suite que celle-ci ne pouvait comparaître personnellement, la Cour d'appel a dû trancher le litige au fond sans attendre.

Appelée à se prononcer sur la question, la Cour de cassation approuva la démarche de la Cour d'appel en affirmant que si le juge s'estime suffisamment informé, rien ne lui interdit de statuer immédiatement sans attendre la mesure ordonnée¹¹⁴.

¹¹³ Droit judiciaire privé, T.3, op. cit., n°738

¹¹⁴ Civ. 3è, 9 nov. 1977, Bull. civ., III, n° 383.

Cette décision ne résiste sans doute pas à la critique¹¹⁵, mais comme l'a si bien souligné un commentateur, elle caractérise " l'évolution qui, depuis quelques années, affecte la nature juridique des décisions relatives à l'administration judiciaire de la preuve " ¹¹⁶. A cet égard, il faut remarquer le rapprochement avec la procédure pénale. Dans cette matière en effet, les actes d'instruction pour lesquels le juge ne met pas en œuvre son pouvoir juridictionnel sont en principe considérés comme des mesures d'administration judiciaire, et en tant que tels, insusceptibles de recours¹¹⁷.

76. A ce stade, on comprend alors que le nouveau code de procédure civile ait défini un régime de recevabilité des recours aussi restrictif. C'est qu'en réalité, les décisions avant dire droit sont en quelque sorte considérées comme des décisions juridictionnelles par accessoire dont, à ce titre, le sort resterait lié à celui du jugement sur l'instance principale. Si le régime limitatif des recours peut se justifier pour les jugements ordonnant une mesure d'instruction, on peut le regretter pour ceux qui ordonnent

¹¹⁵ On peut légitimement avoir du mal à comprendre ce changement d'appréciation de la nécessité de la mesure ordonnée. Conformément à l'article 144 NCPC, " les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer ". Il en résulte, au moins implicitement que le juge ne doit en principe ordonner une telle mesure que s'il ne dispose pas d'information suffisante. Certes, si après avoir ordonné la mesure d'instruction il apparaît de nouveaux éléments qui lui fournissent les éléments de sa décision, il peut statuer sans attendre l'exécution de la mesure devenue inutile. Mais, ce n'était manifestement pas le cas ici !

¹¹⁶ R. PERROT, R.T.D. civ.1978, p.728, n°7

¹¹⁷ V. en ce sens par ex. J. PRADEL, Procédure pénale, op. cit., n° 27 et suiv.

des mesures provisoires ; c'est là toutefois un autre problème¹¹⁸ qui témoigne de l'importance que prend en droit positif cette règle de l'interdiction des recours immédiats.

SECTION 2- L'IMPORTANCE ACTUELLE DE LA REGLE DE L'EXCLUSION DES RECOURS IMMEDIATS.

77. En procédure civile, il ne nous semble pas exagéré de dire que le mécanisme des recours différés à l'encontre des jugements avant dire droit a une importance absolue¹¹⁹ dans son domaine d'application.

Contrairement à ce qui se passe en matière administrative, il s'agit d'un principe qui s'applique à tous les jugements avant dire droit chaque fois que la loi n'y déroge pas expressément. Mais, la règle d'interdiction des recours immédiats n'a pas toujours eu la même importance en droit judiciaire privé. Au fil du temps, elle a connu une mutation qui se traduit concrètement par l'extension de son domaine d'application (I) et l'évolution de son caractère vers plus de rigueur (II).

¹¹⁸ V. infra, n°392 et suiv. sur les critiques du régime actuel.

¹¹⁹ Le terme " absolu " ne doit pas être entendu au sens où la règle n'admettrait aucune exception. Il est simplement destiné à marquer l'autorité et l'importance de la règle dans les cas non dérogatoires, c'est-à-dire ceux non " spécifiés par la loi "

I- L'EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA REGLE DE
L'EXCLUSION DES RECOURS IMMEDIATS.

78. Si l'interdiction faite aux plaideurs de contester immédiatement certaines catégories de décisions juridictionnelles existe depuis longtemps dans le procès civil, elle a beaucoup évolué sur le plan de sa portée.

Sous l'empire de l'ancien code de procédure civile, la prohibition des recours immédiats avait un domaine d'application limité à une partie seulement des jugements ordonnant une mesure d'instruction, c'est-à-dire ceux qui présentaient le caractère de jugements préparatoires. Après la disparition en 1942 de la distinction entre les jugements interlocutoires et ceux simplement préparatoires, il a fallu attendre la réforme de 1958¹²⁰ pour voir réapparaître cette interdiction, mais uniquement à propos de l'appel des jugements ordonnant une enquête. Ainsi l'état du droit précédant immédiatement le nouveau code de procédure civile comportait déjà une exclusion de l'appel immédiat limitée cependant aux décisions relatives à l'enquête¹²¹.

Depuis le nouveau code de procédure civile et ses décrets précurseurs, il est reconnu que la prohibition des recours

¹²⁰ Décret n°58-1289 du 22 décembre 1958

¹²¹ V.H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, T.3, op. cit. n°744

immédiats est devenue une règle de portée générale¹²². Cette nouvelle dimension est le résultat en droit positif d'une extension de la règle à un double point de vue.

**A- Les décisions soumises à l'interdiction des recours
immédiats.**

79. D'un point de vue objectif, c'est-à-dire concernant les jugements entrant dans la sphère de la prohibition, on peut noter que celle-ci ne s'applique plus uniquement à l'enquête. Le nouveau code de procédure civile a eu pour effet de l'étendre non seulement à toutes les mesures d'instruction, mais aussi à tous les jugements avant dire droit.

80. La règle s'applique à toutes les mesures d'instruction: C'est le jeu des articles 150 et 170 du nouveau code de procédure civile. Ces textes permettent d'appliquer la prohibition des recours immédiats aux jugements ordonnant ou modifiant une mesure d'instruction et à ceux qui refusent d'ordonner ou de modifier une telle mesure¹²³ de même

¹²² V. J. BORE, La cassation en matière civile, Sirey 1997, n° 214 et suiv. ; J. NORMAND, Séminaire sur les voies de recours, DEA Droit des contentieux de l'Université de Metz, 1994/95; H. SOLUS et R. PERROT, op. cit., n°745

¹²³ Il faut remarquer qu'il s'agit pour ces derniers d'une interprétation libérale de l'article 150 puisque le texte ne vise expressément que les jugements qui ordonnent ou modifient la mesure d'instruction. Mais derrière cette interprétation libérale transparaît paradoxalement une rigueur des juridictions de la règle par l'extension de son d'application.

d'ailleurs qu'aux décisions concernant l'exécution de la mesure d'instruction.

La généralité des termes utilisés par les textes montre bien que les recours immédiats sont irrecevables quelle que soit la mesure d'instruction ordonnée. Il peut s'agir aussi bien de l'enquête que d'autres mesures comme par exemple la comparution personnelle, les vérifications, les constatations...

Mais, la volonté de généralisation transparaît également d'autres dispositions qui montrent bien que l'application de la règle se fait indifféremment de la juridiction ayant ordonné la mesure. Ainsi, l'article 776 du nouveau code de procédure civile exclut en principe tout recours immédiat contre les ordonnances du juge de la mise en état. Plus loin, l'article 868 pose la même règle à l'égard des ordonnances du juge rapporteur au tribunal de commerce, qui en principe " ne sont susceptibles d'aucun recours indépendamment du jugement sur le fond ".

Finalement, sauf à réserver le cas particulier des jugements ordonnant une expertise¹²⁴, on peut conclure avec MM. SOLUS et PERROT, qu'en ce qui concerne les jugements ordonnant une mesure d'instruction " la prohibition de tout recours

¹²⁴ Ils obéissent en effet à un régime particulier V. infra, n° 235 et suiv.

immédiat est applicable quelles que soient la matière du litige et la nature de la juridiction "¹²⁵.

81. La règle s'applique à tous les jugements avant dire droit: Le principe de l'interdiction des recours immédiats ne se limite pas aux seuls jugements ordonnant une mesure d'instruction. La grande nouveauté du nouveau code de procédure civile a été d'imposer la règle à l'ensemble des jugements avant dire droit. Cette extension est l'œuvre de l'article 545 qui dispose que " les autres jugements ne peuvent être frappés d'appel indépendamment du jugement sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi ". Or, l'analyse combinée de ce texte avec les articles 482 et 544 montre que les " autres jugements " ne sont rien d'autre que ceux définis comme se bornant à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire.

A la catégorie des jugements ordonnant une mesure d'instruction vient alors s'ajouter celle des jugements ordonnant une mesure provisoire qu'on appelle aussi jugements provisoires¹²⁶.

82. Au-delà des matières strictement civiles, l'importance de la règle se manifeste également en matière prud'homale. Depuis que le législateur a décidé de faire du bureau de

¹²⁵ V. Droit judiciaire privé, T3, op. cit. p.632

¹²⁶ Cette appellation peut d'ailleurs être source de confusion en l'état actuel des textes, v. infra, n°435

conciliation un véritable organe juridictionnel¹²⁷, l'article R.516-18 du code de travail lui attribue, outre le pouvoir d'ordonner la délivrance de pièces que l'employeur est légalement tenu de délivrer, celui d'ordonner le versement de provisions d'un certain caractère, lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le pouvoir d'ordonner toutes mesures d'instruction, même d'office, de même que toutes mesures nécessaires à la conservation des preuves ou des objets litigieux.

Cette transformation du bureau de conciliation en un véritable organe juridictionnel a été expliquée par le souci de traiter rapidement certaines demandes qui apparaissent fondées¹²⁸.

Mais, face à cette "juridictionnalisation" des bureaux de conciliation dont le rôle originel n'était que de concilier les parties, on pouvait légitimement se poser la question de savoir quel pouvait être, au regard des voies de recours, le régime des décisions prises par eux dans l'exercice de leurs pouvoirs juridictionnels.

La question trouve sa réponse dans l'article R.516-19 aux termes duquel "les décisions prises en application de l'article R.516-18 sont toujours provisoires ; elles n'ont

¹²⁷ V. sur ce point: P. COUV RAT, La réforme de la procédure prud'homale, D.1975, Chron. 698

¹²⁸ J.-M. SPORTOUCH, Les recours au juge du provisoire en droit du travail, Dr. Soc. n°6, 1987, 503

pas autorité de la chose jugée au principal. Elles sont exécutoires par provision le cas échéant sur minute. Elles ne sont pas susceptibles d'opposition. Elles ne peuvent être frappées d'appel ou de pourvoi en cassation qu'en même temps que le jugement sur le fond, sous réserve des règles particulières à l'expertise ".

Cette disposition pose donc clairement le principe de l'interdiction des recours immédiats contre les décisions du bureau de conciliation en application de l'article R.516-18¹²⁹.

Le mécanisme est sévèrement critiqué en doctrine compte tenu de l'importance des attributions du bureau de conciliation et des conséquences que peuvent avoir leurs décisions sur les droits des parties¹³⁰. Mais, il faut bien convenir que le principe reste solidement ancré en matière prud'homale, la seule exception ne pouvant venir que de l'excès de pouvoir du bureau de conciliation, notamment lorsqu'il statue en dehors de ses attributions ou encore lorsqu'il a violé un principe de procédure, souvent celui de la motivation¹³¹.

¹²⁹ Le même principe est appliqué aux décisions du conseiller rapporteur du Conseil de Prud'hommes (art. R.516-25 C.T.).

¹³⁰ V. J.-M. SPORTOUCH, art. préc. ; D. MAS, A propos des ordonnances du bureau de conciliation : les incidents de provision en matière sociale, Dr. Soc. N°7, 1985, 581 ; C. LOYER-LARHER, note sous Cass. Soc. 5 octobre 1978, Gaz. Pal. 1979, 1, 51

¹³¹ V. M. HENRI, Les ordonnances du bureau de conciliation sont-elles susceptibles de recours immédiat? Dr. O. 1984, 443 ; V. infra, n°391

B- Les voies de recours concernées.

83. Sur le plan des voies de recours concernées, il faut dire que la règle ne concernait à titre principal que la voie d'appel. Mais, un décret du 7 novembre 1979¹³² est venu l'étendre au pourvoi en cassation. Selon les termes de l'article 2 de ce décret repris par l'article 608 du nouveau code de procédure civile, " les autres jugements en dernier ressort ne peuvent être frappés de pourvoi en cassation indépendamment des jugements sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi ". La similitude des termes de ce texte avec ceux de l'article 545 indique qu'il s'agit des mêmes jugements, c'est-à-dire, ceux qui au cours d'une instance se bornent à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire.

L'article 608 traduit sans doute une certaine volonté d'uniformiser le régime de la recevabilité de l'appel et du pourvoi en cassation des jugements avant dire droit. Mais au-delà, il illustre bien la volonté des rédacteurs du nouveau code de procédure civile de maintenir dans tous les cas, le lien de dépendance entre le jugement avant dire droit et le jugement sur le fond.

¹³² Décret n°79-941 du 7 novembre 1979 portant réforme de la procédure en matière civile devant la Cour de cassation et modifiant certaines dispositions de procédure civile.

84. On mesure donc à travers tout ce qui précède l'extension, en droit judiciaire privé, du domaine d'application de l'exclusion des recours immédiats. Mais, il est important de noter que malgré sa généralité, l'extension de la règle reste maîtrisée dans la mesure où celle-ci est inopérante dans certaines circonstances. Ainsi, l'interdiction des recours immédiats ne s'applique au jugement ordonnant une mesure d'instruction ou une mesure provisoire que dans le cas où celui-ci constitue un jugement avant dire droit, c'est-à-dire s'il est rendu au cours d'une instance principale pour laquelle le juge reste saisi. L'article 145 concernant les mesures d'instruction préventives reste donc en marge du domaine d'application de la règle¹³³.

85. Par ailleurs, pour éviter aux justiciables les inconvénients que peut comporter dans certaines circonstances le report de l'exercice des recours, il existe des hypothèses dans lesquelles, bien que présentant les caractères d'un jugement avant dire droit, le jugement qui ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, échappe à la prohibition des recours immédiats. C'est le cas par exemple de l'expertise, du jugement avant dire droit qui aurait tranché une partie du litige, de celui qui aurait mis fin à

¹³³ V. infra, n°411 et suiv. sur la définition conceptuelle du jugement avant dire droit.

l'instance ou même de celui qui serait entaché d'un excès de pouvoir du juge.¹³⁴

Au-delà de l'extension de son domaine d'application, l'importance du principe se traduit également par l'évolution de sa valeur.

II- LE CARACTERE D'ORDRE PUBLIC DE LA REGLE DE L'EXCLUSION DES RECOURS IMMEDIATS.

86. L'extension du domaine d'application de la règle interdisant les recours immédiats ne s'est pas accompagnée de texte précisant clairement la nature de cette prohibition. Même si la doctrine y a vu très vite un principe¹³⁵, la détermination de sa nature est revenue à la jurisprudence. Concrètement, la question s'est posée à la Cour de cassation de savoir si l'interdiction des recours immédiats constitue ou non un principe d'ordre public. Cette problématique conduit évidemment à se demander si le juge a l'obligation de relever d'office l'irrecevabilité des recours qui seraient prématurément intentés.

¹³⁴ Nous les considérons comme des hypothèses qui permettent en réalité un rapprochement entre les deux matières civile et administrative. V. infra p.194 et suiv.

¹³⁵ On parle d'ailleurs indifféremment de " principe d'interdiction des recours immédiats ", de " principe d'irrecevabilité des recours immédiats " ou encore de " principe des recours différés ".

87. Sous l'empire de l'ancien code de procédure civile et après la réforme de 1958, certaines Cours d'appel avaient admis que l'interdiction étant d'ordre public, l'irrecevabilité de l'appel prématuré devait être relevée d'office par le juge¹³⁶.

Avec l'intervention du nouveau code de procédure civile, la question s'est posée à nouveau dans les mêmes termes. Dans un arrêt du 11 février 1976¹³⁷ la Cour de cassation considéra que l'irrecevabilité d'un appel immédiat n'est pas d'ordre public et qu'il n'appartient pas à la Cour d'appel prématurément saisie, de relever d'office cette irrecevabilité.

Par rapport aux objectifs de bonne administration de la justice ayant inspiré les rédacteurs du nouveau code de procédure civile, on pouvait légitimement douter de la pertinence d'une telle solution. C'est sans doute ce qui explique qu'elle ait été critiquée par certains auteurs¹³⁸.

¹³⁶ Par exemple, Paris, 10 décembre 1959, J.C.P. 1960, II, 11438, note HEBRAUD ; également à sujet M. PERROT, R. T. D. civ.1976, 630, n°11.

¹³⁷ Civ. 2^e 11 février 1976, D.S.1976, IR.133 ; JCP1976, IV, 115 ; R. PERROT, R. T. D. civ.1976, ibidem.

¹³⁸ Notamment M. PERROT qui, trouvant que " le courant jurisprudentiel antérieur n'était pas dépourvu de tout fondement ", considérait que " l'orientation de la Cour de cassation est d'ailleurs d'autant plus curieuse qu'elle se manifeste à un moment où le législateur moderne généralise le système de l'appel différé ", R. T. D. civ.1976, 631.

88. Mais, les décisions qui suivirent ne furent guère plus satisfaisantes, tant elles mettaient à jour une opposition interne à la Cour de cassation, illustrant de fort belle manière l'hésitation de la plus haute juridiction civile sur cette question¹³⁹.

Il a fallu attendre un arrêt de la chambre commerciale du 2 octobre 1984 pour que sans équivoque, la Cour de cassation dissipe le doute qui persistait jusque là. Rendu dans des circonstances où une cour d'appel n'avait pas cru devoir relever d'office l'irrecevabilité d'un recours immédiat, la censure de la Cour de cassation fut sans ambages : " Attendu qu'en statuant ainsi alors que l'irrecevabilité de l'appel d'un jugement avant dire droit est d'ordre public, la Cour d'appel a violé les articles susvisés "¹⁴⁰ (il s'agit des art.125, 544 et 545 du nouveau code de procédure civile).

¹³⁹ Alors que, répondant au reproche formulé contre une Cour d'appel de ne pas avoir relevé d'office l'irrecevabilité d'un appel immédiat, la chambre sociale énonçait que l'irrecevabilité n'étant pas d'ordre public, la cour d'appel n'était pas tenue de la relever d'office (Soc. 26 octobre 1978, Bull. Civ.1978, V, 535) la 2^e chambre civile approuvait une cour d'appel d'avoir déclaré irrecevable d'office l'appel exercé, sans autorisation judiciaire, contre un jugement ordonnant une expertise (civ.2^e 20 juin 1979, Bull. Civ.1979, II, 127).

¹⁴⁰ R. T. D. civ. 1985, 215, obs. PERROT ; Gaz. Pal.1985, 1, Pan. 18, obs. GUINCHARD.

Contrairement aux affirmations issues d'un état de droit aujourd'hui périmé¹⁴¹, la jurisprudence civile est solidement établie dans ce sens et la Cour de cassation ne manque pas de le rappeler aux Cours d'appel chaque fois qu'elle en a l'occasion¹⁴². Le caractère d'ordre public attaché à l'irrecevabilité des recours immédiats témoigne non seulement de l'importance de la règle mais aussi de la rigueur avec laquelle les juges tiennent à la faire respecter. En effet, il ne donne pas seulement au juge la faculté de relever d'office l'irrecevabilité des recours immédiats, mais lui impose le devoir de le faire¹⁴³.

89. Si la solution retenue est approuvée pour son harmonie avec l'objectif de l'irrecevabilité des recours immédiats¹⁴⁴, il n'est pas certain qu'elle contribue toujours à alléger et à raccourcir la durée des procédures. C'est le cas par exemple lorsque le juge d'appel omet de relever d'office cette irrecevabilité. Il appartient tout naturellement alors à la Cour de cassation de le lui rappeler. Dans cette

¹⁴¹ V. R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, 7^e éd., Montchrestien 1998, n°1338, p.980

¹⁴² Par ex. Civ. 3^e 15 janvier 1985, Gaz. Pal.1985, Pan. 146, obs. CROZE et MOREL ; Civ. 2^e 11 janvier 1995, Rev. Huis. 1995, 345, note de R. MARTIN

¹⁴³ " Quand on dit de l'irrecevabilité d'un appel immédiat qu'elle est d'ordre public, on veut dire par là que non seulement le juge d'appel a le pouvoir de relever d'office cette irrecevabilité, mais qu'il en a en outre le devoir ", R. PERROT, R.T.D. civ. 1985, 216

¹⁴⁴ V. R. PERROT, obs. préc.

hypothèse, l'objectif de la loi ne sera évidemment pas atteint puisque la procédure aura été jusqu'au bout. Un arrêt de la 2^e chambre civile de la Cour de cassation du 11 janvier 1995 illustre bien cette situation où la Cour de cassation casse sans renvoi un arrêt d'une Cour d'appel qui n'avait pas cru devoir relever d'office l'irrecevabilité de l'appel intenté contre un jugement ayant seulement statué sur la validité en la forme d'un rapport d'expertise¹⁴⁵.

C'est dire que la réussite du système repose entièrement sur les Cours d'appel dont les juges doivent rester extrêmement vigilants pour relever l'irrecevabilité de tout recours immédiat et marquer une fois de plus l'importance de cette règle, normalement inapplicable en matière administrative où on lui préfère le principe des recours immédiats.

¹⁴⁵ Civ.2^e, 11 janvier 1995, JORION c. MAFF, Rev. Huis. 1996, préc. : " un tel jugement qui n'avait, ni tranché le principe, ni, après avoir rejeté la fin de non - recevoir tirée du défaut d'intérêt, mis fin à l'instance, ne pouvait être frappé d'appel immédiat ; que dès lors, la cour d'appel, qui n'a pas déclaré l'appel irrecevable et a statué sur le recours exercé par les époux JORION, a violé les textes susvisés ". Il s'agit des articles 125, 544 et 545 du N.C.P.C.

CHAPITRE 2

L'ADMISSION DES RECOURS IMMEDIATS EN MATIERE ADMINISTRATIVE.

90. Contrairement à ce qui se passe de nos jours en matière civile, la procédure administrative admet que les voies de recours, en l'occurrence l'appel et le pourvoi en cassation, soient immédiatement exercées contre les jugements avant dire droit. Le principe est donc que toutes les décisions juridictionnelles sont susceptibles de recours immédiats sans qu'il y ait lieu de distinguer entre celles qui sont avant dire droit et celles qui tranchent la question litigieuse.

Il est intéressant pour le comprendre, de voir comment le principe s'est d'abord affirmé pour l'appel (Section 1), avant de s'étendre au pourvoi en cassation (Section 2).

SECTION 1: L'AFFIRMATION DU PRINCIPE.

91. Le principe a été tout d'abord affirmé pour l'appel des jugements avant dire droit qui est recevable immédiatement au même titre que celui exercé contre un jugement qui tranche la question litigieuse soumise au juge. M. CHAPUS¹⁴⁶ exprime la règle applicable en matière administrative en ces termes :

¹⁴⁶ Droit du Contentieux administratif, op. cit., n° 1337

" Le principe n'est pas seulement que les jugements de premier ressort sont tous susceptibles d'appel. Il est aussi ...qu'ils sont tous susceptibles d'appel immédiat, sans distinction entre ceux qui mettent fin à l'instance ... et ceux qui sont prononcés dans le courant de l'instance afin de l'acheminer à son terme et qui ont le caractère de jugements d'avant dire droit "¹⁴⁷. Pourtant, la règle puise son origine bien ailleurs que dans la procédure administrative elle-même.

I- L'ORIGINE DE L'APPEL IMMEDIAT.

92. Le principe de l'appel immédiat qui a cours aujourd'hui en procédure administrative vient paradoxalement de la procédure civile. En effet, l'intervention en procédure civile de la loi du 23 mai 1942 a eu pour conséquence de modifier substantiellement l'article 451 du code de procédure civile pour disposer que " tout jugement avant dire droit pourra être frappé d'appel avant le jugement définitif ". Ce dispositif qui rompait sans équivoque avec le droit antérieur allait être rapidement adopté par le Conseil d'Etat, en vertu de l'article 60 de la loi du 22 juillet 1889 toujours en vigueur, et qui rendait applicables aux conseils de préfecture les articles 451 et 452 du code de procédure civile¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Il s'agit sans doute là de marquer la différence entre les règles gouvernant l'ouverture de l'appel des jugements avant dire droit en contentieux administratif et en matière civil. Il faut néanmoins préciser qu'en matière administrative, l'ouverture de l'appel n'est pas de plein droit. Il doit avoir été prévu par un texte.

¹⁴⁸ Sur le droit antérieur et l'évolution unitaire des deux matières, V. infra, n°159 et suiv.

93. Ainsi, dès 1954, le Conseil d'Etat eut l'occasion d'admettre l'appel immédiat contre un jugement simplement préparatoire. Dans cette espèce, la ville d'Alger avait introduit une requête à laquelle s'étaient joint Electricité et Gaz d'Algérie de même que la Société des tramways d'Algérie, aux fins d'obtenir des indemnités suite aux dommages occasionnés par des travaux effectués par l'Etat algérien. Le Conseil de préfecture d'Alger rend le 24 avril 1951, une décision avant dire droit par laquelle il ordonne une mesure d'instruction. L'Algérie fit appel de cette décision alors que Electricité et Gaz d'Algérie ainsi que la Société des tramways d'Algérie lui opposèrent une fin de non-recevoir tirée du caractère préparatoire de la décision attaquée. Se fondant sur l'article 451 de l'ancien code de procédure modifié par la loi du 23 mai 1942 et que l'article 60 de la loi du 22 juillet 1889 rendait applicable devant les Conseils de préfecture, le Conseil d'Etat décida que même si la décision attaquée présentait «dans son ensemble un caractère préparatoire la requête de l'Algérie ... n'en serait pas moins recevable »¹⁴⁹.

D'autres espèces suivront dans lesquelles le juge administratif ne reniera pas le principe de l'appel immédiat. L'important ici est de remarquer que l'appel immédiat est admis en application des textes de la procédure civile. Ce n'est que plus tard, en 1973, que fut abrogé l'article 60 de la loi du 22 juillet 1889 qui était le fondement de l'application par le juge administratif des articles 451 et 452 du code de procédure civile¹⁵⁰.

¹⁴⁹ C.E., 1^{er} oct. 1954, Algérie C. Ville d'Alger, Rec., p.502

¹⁵⁰ Décret n°73-683 du 13 juillet 1973 portant codification des textes réglementaires applicables aux tribunaux administratifs.

94. Même si l'abrogation de ce texte rendait finalement le Conseil d'Etat seul responsable de la recevabilité immédiate de l'appel contre les jugements avant dire droit, il n'en reste pas moins que cette jurisprudence s'est forgée à partir des règles de la procédure civile. Malgré les changements intervenus en procédure civile, le juge administratif est resté sur sa position libérale, d'autant plus que le code des tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel dispose dans son article R.228 que " Toute partie présente dans une instance ou qui y a été régulièrement appelée, conformément aux articles R.142 à R.144, alors même qu'elle n'aurait produit aucune défense, peut interjeter appel contre toute décision juridictionnelle rendue dans cette instance par le tribunal administratif ».

95. Il résulte du texte que le domaine de l'appel immédiat dépasse de loin le simple cadre des jugements avant dire droit pour englober finalement toutes les décisions juridictionnelles. Il ne s'agit alors, ni plus ni moins que de l'application pure et simple du droit commun. Les seules décisions du juge administratif qui peuvent en principe sortir de ce cadre concerneraient, tout comme en procédure civile, des décisions qui n'auraient pas la nature juridictionnelle, c'est-à-dire les actes d'administration judiciaire.

Toutefois le texte ne permet pas d'expliquer l'abandon par le juge administratif de la distinction entre le régime des jugements qui tranchent les prétentions des parties et celui des jugements avant dire droit. Les raisons de la position du juge administratif doivent être recherchées ailleurs.

II - LES RAISONS DE L'ADMISSION DE L'APPEL IMMEDIAT.

96. Nous venons de voir que malgré l'abrogation de l'article 60 de la loi du 22 juillet 1889, la jurisprudence administrative n'a pas cessé d'appliquer au jugement avant dire droit, le principe de la recevabilité immédiate de l'appel. L'intervention du décret du 13 juillet 1973 n'explique pas tout.

L'admission autonome de l'appel immédiat contre tous les jugements avant dire droit relève de la volonté du juge administratif d'ouvrir le plus largement possible le domaine objectif de l'appel¹⁵¹. Il faut sans doute expliquer cette volonté par le fait qu'en matière civile comme en matière administrative, l'appel est considéré comme une garantie de bonne justice qui offre aux justiciables la faculté de faire rectifier par une juridiction supérieure un mal jugé de première instance.

97. Or, à la différence de l'organisation juridictionnelle civile, la justice administrative comporte de nombreuses juridictions spéciales dont le manque d'expérience et de professionnalisme exposait les justiciables aux manquements à des règles fondamentales de l'instruction et de la procédure. C'est sans doute à cette situation que faisait allusion le commissaire de Gouvernement M. RIGAUD en déclarant devant le Conseil d'Etat ne voir aucune nécessité " d'obliger un requérant à attendre la fin de l'instance pour se pourvoir contre les différents jugements

¹⁵¹ Ceci vaut également pour le domaine subjectif de l'appel puisque selon l'article R.228 CTACAA, le droit d'appel appartient à toute personne présente dans une instance, et ce même si elle n'a présenté aucune défense.

rendus. L'absence d'un recours immédiat contre les jugements avant dire droit peut conduire certaines juridictions plus ou moins expérimentées à négliger les règles de l'instruction et de la procédure, et plus d'une expérience dans des contentieux très spécialisés, montre que l'annulation des décisions définitives tirée de l'irrégularité de l'instruction relance inutilement le contentieux pour de longues années "¹⁵². Dans ces circonstances, l'appel immédiat serait plutôt de nature à faire gagner du temps.

Si cette justification ne nous semble pas vraiment décisive en droit positif¹⁵³, elle a l'intérêt de mettre en évidence l'importance de l'appel devant le juge administratif, une importance du reste confirmée par le code des tribunaux et cours administratives d'appel.

98. Mais en réalité, l'une des raisons principales de l'admission de l'appel immédiat tient moins à l'existence d'un texte qui en pose le principe qu'à l'inexistence d'une disposition réservant un traitement particulier aux jugements avant dire droit. A cet égard, l'article R.228 du code des tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel peut être légitimement comparé à l'article 543 du nouveau code de procédure civile définissant le domaine général de l'appel. Malgré l'origine réglementaire de ce dernier, la situation spéciale des jugements avant dire droit a nécessité des textes précis sans lesquels la Cour de Cassation n'aurait

¹⁵²Concl. sur C.E. 17 avril 1964, GUERTIN, D.64, 388 et suiv.

¹⁵³ Les juridictions spécialisées ne sont plus aussi nombreuses que par le passé, et celles qui existent encore ont acquis une expérience qui, sans exclure les possibilités d'erreurs, permet d'en réduire le risque et de les estimer à un niveau comparable à celui des juridictions ordinaires.

sans doute admis aucune atteinte, même provisoire, au double degré de juridiction dont l'appel constitue l'expression concrète. Or, en matière administrative, le juge ne dispose d'aucune disposition semblable à l'article 545 du nouveau code de procédure civile. On pourrait toutefois légitimement se demander pourquoi il n'a pas été jugé utile de transposer en matière administrative par des textes, les dispositions de l'article 545 du nouveau code de procédure civile.

99. De là vient à l'esprit une autre raison moins juridique mais probablement plus profonde. Il ne faut sans doute pas négliger le rôle du Conseil d'Etat dans l'élaboration des textes d'ordre réglementaire ou législatif destinés à régir la procédure devant les juridictions administratives.

La loi du 23 mai 1942 eut pour effet bénéfique d'entraîner la disparition de la difficile distinction entre les jugements préparatoires et interlocutoires. La simplicité et la clarté du régime issu de cette loi ont toujours apparu comme un gage d'efficacité des textes juridiques devant les juridictions administratives¹⁵⁴. Suivre le régime actuel défini par le nouveau code de procédure civile aurait entraîné le juge administratif à opérer des distinctions subtiles et incertaines dont l'efficacité reste difficile à prouver. Le juge administratif ayant déjà la maîtrise du régime issu de la loi de 1942, le Conseil d'Etat a préféré l'étendre au

¹⁵⁴ Comme l'a rappelé récemment M. COMBREXELLE devant le C.E., " l'idéal auquel doit tendre le juge est de donner de la règle de droit une interprétation claire et, simple et équitable...dans le respect de la lettre et de l'esprit du texte", Concl. Sur C.E., Ass., 18 déc. 1998, Gaz de France, A.J.D.A.1999, 159.

pourvoi en cassation avant même que le code des tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel ne l'adopte explicitement.

SECTION 2- L'EXTENSION DU PRINCIPE AU POURVOI EN CASSATION.

100. Tout comme l'appel, la recevabilité du pourvoi en cassation n'a pas échappé à la distinction ancienne entre jugements interlocutoires et jugements simplement préparatoires. L'adoption de cette distinction avait cours aussi bien devant le Conseil d'Etat que devant les commissions spéciales de cassation¹⁵⁵.

Mais, après la modification des articles 451 et 452 de l'ancien code de procédure civile par la loi de 1942 sur l'appel, deux régimes de recevabilité des recours contre les jugements avant dire droit s'opposaient, suivant qu'il s'agissait de l'appel ou du pourvoi en cassation.

101. La loi de 1942 ne concernant que l'appel, la question se posait alors de savoir s'il fallait maintenir pour le recours en cassation ce qui a été supprimé pour l'appel !

Le problème a donné lieu à une hésitation¹⁵⁶ du Conseil d'Etat qui finit par poser sans équivoque le principe du pourvoi immédiat dans son arrêt GUERTIN (II) dont la solution

¹⁵⁵ V. par exemple, pour le C.E., 25 juillet 1930, CHIGOT, Rec. p.819 ; Dame GIROD, 3 juin 1932, Rec. p.548

¹⁵⁶ V. concl. préc. de M. RIGAUD

semblait déjà en germe dans une décision DUSSET rendue deux années plus tôt (I)

I- L'ARRET DUSSET DU 31 OCTOBRE 1962¹⁵⁷,

Par cette décision, le Conseil d'Etat admit pour la première fois la recevabilité d'un recours en cassation contre une décision de la section des assurances sociales du Conseil national de l'ordre des médecins qui avait rejeté une demande dirigée contre une décision avant dire droit d'un Conseil régional.

Mais, la solution en raison de son caractère implicite et des circonstances particulières de la cause, ne suffisait sans doute pas à caractériser nettement la position du Conseil d'Etat sur la question. Faisant le point de la situation, le commissaire de Gouvernement M. RIGAUD a pu remarquer que " la jurisprudence s'oriente, non sans timidité, vers une recevabilité large et sans distinction du recours en cassation contre tout jugement avant dire droit "¹⁵⁸. L'arrêt DUSSET constituait donc le point de départ d'une jurisprudence libérale explicitée par la décision GUERTIN.

II- L'ARRET GUERTIN DU 17 AVRIL 1964¹⁵⁹

102. Il a fallu attendre cette décision pour voir le Conseil d'Etat poser explicitement le principe de la recevabilité

¹⁵⁷ Rec. Tables, p.1085

¹⁵⁸ V. concl. préc. sur l'affaire GUERTIN.

¹⁵⁹ D.1964, 387

immédiate du pourvoi en cassation contre toute décision avant dire droit.

L'importance de cet arrêt mérite qu'on s'attarde un peu sur les circonstances dans lesquelles il a été rendu. Un requérant, le sieur GUERTIN, souhaitait se faire indemniser des dommages de guerre subis par son exploitation agricole. Une expertise fut effectuée en 1952 qui confirma les pertes déclarées par le requérant. Mais, contestant la réalité de ces pertes jugées exagérées, l'administration demanda à l'expert de procéder à des vérifications sur place. C'est ainsi qu'un deuxième rapport fut rédigé par le même expert, ramenant le montant des pertes à la moitié de celui initialement fixé. Sur la base de ce second rapport, l'administration, par une décision du 15 avril 1954, évalua le dommage à 99 535F.

Le requérant introduisit alors un recours contentieux devant la commission d'arrondissement d'Argentan. Invoquant des chefs de préjudice qui avaient été écartés, il contestait les chiffres retenus et demandait une expertise complémentaire. Sa requête fut rejetée par une sentence du 9 janvier 1956 qui fut confirmée en appel par la commission régionale de Caen en avril 1958. Le requérant ne se découragea pas pour autant et se pourvut devant la commission supérieure de cassation qui, par décision du 25 avril 1960, annula la sentence de la commission régionale au motif que les vérifications ayant servi de base à l'évaluation de l'indemnité ont le caractère d'une contre expertise dont le requérant aurait dû être avisé. L'affaire fut ainsi renvoyée devant la commission régionale de Rouen.

Celle-ci rendit le 21 novembre 1961 une sentence dite " avant dire droit " par laquelle elle annula la décision

administrative d'évaluation et ordonna une nouvelle expertise pour réévaluer les dommages en question.

Le requérant s'étant à nouveau pourvu en cassation devant le Conseil d'Etat, le ministre de la construction souleva une fin de non-recevoir, soutenant que le pourvoi en cassation contre une sentence avant dire droit est irrecevable.

Statuant par décision du 17 avril 1964, le Conseil d'Etat a écarté la fin de non-recevoir soulevée par l'administration en déclarant dans un considérant remarquablement clair " qu'aucune disposition législative ne s'oppose à ce qu'une décision avant dire droit fasse l'objet d'un recours en cassation " .

103. Tout en s'inspirant du système de l'appel immédiat admis par application explicite des dispositions de procédure civile, le Conseil d'Etat se garde à juste titre de toute référence à quelque disposition ou pratique que ce soit. Ce faisant, la Haute juridiction administrative rappelle opportunément la valeur juridique du pourvoi en cassation qui, on le sait depuis l'arrêt d'AILLIERES¹⁶⁰, constitue un principe général de droit qui ne peut être écarté que par une disposition législative expresse.

¹⁶⁰ C.E., Ass. 7 février 1947, D'AILLIERES, Rec., p.50; R.D.P.1947, p.68 concl. R. ODENT, note de WALINE ; J.C.P.1947, II, 3508, note G. MORANGE.

CONCLUSION DU TITRE 1.

104. L'étude de l'opposition actuelle des procédures civile et administrative sur l'ouverture des recours contre les jugements avant dire droit nous a permis de mieux comprendre le fonctionnement de l'appel et du pourvoi en cassation contre cette catégorie particulière de jugement.

105. L'interdiction des recours immédiats est une règle de portée générale applicable en principe à tous les jugements avant dire droit en matière civile. Le caractère d'ordre public montre bien que la Cour de cassation elle-même attache une importance particulière à l'application stricte de la règle. Tenant sa justification du souci de lutter contre les recours dilatoires et de favoriser par conséquent le règlement rapide des affaires, les juges du fond sont invités à relever d'office l'irrecevabilité des recours immédiats lorsque les conditions d'exercice de la règle s'avèrent réunies. De ce point de vue, seuls les jugements sur le fond définis à l'article 480 du nouveau code de procédure civile ou ceux qui mettent fin à l'instance sont susceptibles d'être immédiatement contestés en appel ou devant la Cour de cassation.

Cependant, aussi légitimes que paraissent les justifications de l'interdiction des recours immédiats, on se gardera d'y voir une règle applicable de principe à l'ensemble des jugements avant dire droit. Il faut distinguer pour l'application du principe, hormis les exceptions qu'il peut connaître, suivant que le jugement avant dire droit est rendu en matière civile ou administrative.

A l'opposé de la procédure civile, la procédure administrative n'établit aucune distinction entre jugements avant dire droit et jugements sur le fond pour l'ouverture des recours.

Cette diversité d'appréciation invite naturellement à s'interroger sur les raisons d'une telle différence entre les deux procédures.

TITRE 2

LA RECHERCHE DES RAISONS DE L'OPPOSITION.

106. En considération des développements précédents, on échappera difficilement à la question de savoir pourquoi il y a autant de différences entre les deux procédures sur les mêmes questions¹⁶¹.

En procédure civile, l'interdiction des recours immédiats est justifiée par la volonté du législateur d'assurer la célérité de la justice en évitant que les voies de recours soient utilisées uniquement par esprit de chicane. Or on ne peut pas sérieusement considérer que la procédure administrative qui elle opte pour le principe des recours immédiats n'ait pas la volonté de lutter contre les recours dilatoires ; cela d'autant plus que l'encombrement ou l'engorgement n'est pas un phénomène étranger aux prétoires des juridictions administratives¹⁶².

Tableau retraçant l'évolution des entrées, sorties et du stock devant les C.A.A. (données nettes tirées du rapport annuel du C.E.1999)

	1994	1995	1996	1997	1998
ENTREES	7 804	9 057	12 168	12 477	14 330
SORTIES	5 786	6 110	6 317	7 461	9 199
STOCK	9 392	12 269	18 383	24 016	29 334

¹⁶¹ C. DEBOUY, Du nouveau pour l'appel des jugements avant dire droit, (art. 3 du décret 84-819 du 29 août 1984), J.C.P.1985, I, Doct. 3194.

¹⁶² V. dans ce sens O. GOHIN, Contentieux administratif, op. cit. p.115 et suiv.

Il en résulte une concordance dans le besoin d'une justice rapide qui exclut donc que ce motif puisse justifier la divergence entre les deux procédures.

107. En réalité, aucune raison ne semble pouvoir l'expliquer juridiquement. On songe dans ce genre de situation à la spécificité de la juridiction administrative, laquelle cache en vérité l'argument juridique de la dualité de l'ordre juridictionnel.

Or, en l'occurrence, l'argument ne peut constituer une raison déterminante. Il faudra néanmoins montrer qu'un tel raisonnement doit être écarté (Chapitre 1) avant d'étudier la notion même de jugement avant dire droit dans les deux procédures civile et administrative (Chapitre 2)

Chapitre 1: Une raison à écarter: le dualisme juridictionnel

Chapitre 2: La notion de jugement avant dire droit: une notion ambiguë.

CHAPITRE 1

UNE RAISON A ECARTER: LE DUALISME JURIDICTIONNEL.

108. Nombre de différences voire d'oppositions entre la procédure civile et la procédure administrative tirent de loin leur justification de la spécificité de chacun des deux ordres de juridictions¹⁶³. Cette considération n'est pas du tout négligeable dans la conception même de l'existence de la procédure administrative que le Conseil d'Etat a dû forger progressivement au fil du temps.

Mais la question qui nous préoccupe ici est de savoir si le dualisme juridictionnel est de nature à justifier une opposition sur le régime de recevabilité de l'appel et du pourvoi en cassation contre les jugements avant dire droit. Les arguments en faveur d'une réponse négative sont nombreux. Les uns sont d'ordre général (Section 1) et les autres étroitement liés aux jugements avant dire droit (Section 2) seront examinés successivement.

¹⁶³ La matière a sur ce point a été largement développée dans des études auxquelles nous ne pouvons que renvoyer. Ainsi : J. CHEVALLIER, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative de l'administration active, L.G.D.J. 1970 ; Du principe de séparation au principe de dualité, R.F.D.A. 1990, p.712 ; J. LAFERRIERE, Les raisons de la proclamation de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire par l'Assemblée constituante, Mélanges NEGULESCO, 1935, p. 429 ; J.- MESTRE, Introduction historique au droit administratif, P.U.F.1985 ; P. SANDEVOIR, Etudes sur le recours de pleine juridiction. L'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative, L.G.D.J.1964 ; M. TROPER, La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française L.G.D.J.1973; G. VEDEL, La loi des 16 - 24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? R.F.D.A.1990, p.698

SECTION 1- LES ARGUMENTS D'ORDRE GENERAL.

109. La mise en place de la juridiction administrative impliquait nécessairement la construction de règles applicables devant cette juridiction chargée de juger l'administration. La loi du 24 mai 1872¹⁶⁴ et un peu plus tard l'arrêt CADOT¹⁶⁵ vont libérer totalement le Conseil d'Etat et lui donner les moyens de s'y atteler. Pourtant, la haute assemblée ne se livra pas à un rejet systématique des règles de procédure civile. Il apparaît donc que le premier argument est d'ordre historique. Il est bien illustré par l'importance des règles de procédure civile dans la formation de la procédure administrative à travers la technique des règles générales de procédure qu'il convient de rappeler (I) avant de montrer que les évolutions récentes tendent plutôt à rapprocher les deux ordres de juridiction (II).

¹⁶⁴ Loi DUFAURE, portant réorganisation du Conseil d'Etat et dont l'article 9 disposait que " le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes en annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives "

¹⁶⁵ C.E., 13 décembre 1889, Rec., p.1148, Concl. JAGERSCHMIDT ; D. 1891, 3, 41 ; S.1892, 3, 17, note HAURIOU ; GAJA, 11^e éd. 1996, n° 5

I- L'IMPORTANCE DES REGLES GENERALES DE PROCEDURE DANS LA CONSTRUCTION DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE.

110. Pour affirmer l'autonomie et la spécificité des juridictions chargées de juger les affaires dans lesquelles l'administration est impliquée, le Conseil d'Etat a très tôt refusé de leur appliquer les règles de la procédure civile. Ainsi pouvait-on déjà, dès 1860, constater le rejet par le Conseil d'Etat de l'article 61 de l'ancien code de procédure civile qu' " aucune disposition de loi ou de règlement n'a rendu ... applicable " à l'ordre administratif.¹⁶⁶ Il en résulte que la règle de procédure civile ne peut recevoir application devant les juridictions administratives que si elle y est explicitement transposée par un texte ; peu importe d'ailleurs la nature légale ou réglementaire de ce texte.

111. Le principe a été réaffirmé plus tard par un important arrêt qui a posé la règle de l'effet non suspensif de l'appel en matière administrative. Un ex-caporal, M. THOREAU avait demandé l'annulation d'une décision du 9 juillet 1927 par laquelle la Cour régionale des pensions de Bourges avait rejeté sa demande de pension d'invalidité. Au soutien de sa demande, il fit valoir l'article 547 du code de procédure civile aux termes duquel l'appel des jugements interlocutoires est suspensif et qu'en conséquence, l'exécution du jugement du tribunal départemental du Cher du 13 novembre 1924, ordonnant une expertise, se trouvait suspendue par l'appel qu'il avait formé contre ledit jugement. Le Conseil d'Etat refuse de suivre ce raisonnement, en rappelant fermement que " les tribunaux départementaux et Cours régionales de pension présentent, à raison tant de la

¹⁶⁶ C.E., 27 février 1860, Eaux thermales de Vichy, Rec., p.154

nature de leur compétence que du recours ouvert devant le Conseil d'Etat contre leurs décisions, ...le caractère de tribunaux administratifs; que par suite, les règles du code de procédure civile ne leur sont pas par elles-mêmes applicables" et "qu'aucune disposition de la loi du 31 mars 1919, dérogeant au principe en vigueur devant les juridictions administratives, ne donne à l'appel formé contre les jugements des tribunaux départementaux de pension un effet suspensif" (V. sur cet arrêt, J.-P. CHAUDET, cité note n°167, p.307).

112. Mais, s'arrêter là serait rendre imparfaitement compte de l'influence des règles de la procédure civile dans la formation de la procédure administrative contentieuse. En effet, pour combler les lacunes qui pouvaient provenir des règles écrites applicables devant les juridictions administratives, le Conseil d'Etat a souvent passé outre cette exigence de transposition des règles de procédure civile par disposition légale ou réglementaire.

Pour y parvenir, il a eu recours à la technique des règles générales de procédure. On appelle ainsi des principes dégagés par le juge administratif et applicables sans texte devant toutes les juridictions administratives¹⁶⁷.

¹⁶⁷ V. R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, 7è éd. Montchrestien, 1998, n°205 ; De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif, D.1966, chron. p.99 ; Ch. DEBBASCH et J.-C. RICCI, Contentieux administratif, 7è éd., Précis Dalloz, 1999, n° 26 et suiv.; J.-P. CHAUDET, Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse, L.G.D.J., 1967 ; A. HEURTE, Les règles générales de procédure, A.J.D.A.1964, p.4 ; J. RIVERO, Le juge administratif français, un juge qui gouverne ?, D.1951, chron. p.22

113. Ainsi, dans un arrêt du 13 mars 1925, le Conseil d'Etat eut recours aux règles générales de procédure pour appliquer aux Conseils de préfecture une loi du 20 avril 1810 concernant les incompatibilités au sein des formations de jugement. En l'espèce, le sieur DESREUMEAUX fut imposé en 1919 au paiement des contributions foncières et des portes et fenêtres. Il introduisit une demande en décharge qui fut rejetée par le Conseil de préfecture du Nord. C'est alors que le requérant saisit le Conseil d'Etat afin d'obtenir l'annulation de cette décision. Au soutien de sa demande, il fit valoir l'illégalité de la composition du Conseil, sur le fondement de la loi du 20 avril 1810. Statuant en date du 13 mars 1925¹⁶⁸, le Conseil d'Etat appliqua au Conseil de préfecture du Nord la règle invoquée par le requérant dans une démarche caractéristique à la fois de son désir d'autonomie mais aussi de sa volonté de s'appuyer au besoin sur les règles de procédure civile.

On observe dans un premier temps, que la haute juridiction administrative rejette sans ambiguïté l'application de la loi invoquée au motif que " les prescriptions de ladite loi du 20 avril 1810 ne visent que les tribunaux de l'ordre judiciaire et ne sont pas applicables aux Conseils de préfecture ".

Mais dans un deuxième temps, elle va appliquer les règles rejetées en les qualifiant de règles générales de procédure : " Mais considérant que devant les Conseils de préfecture doivent être observées toutes les règles générales de procédure dont l'application n'a pas été écartée par une disposition législative formelle ou n'est pas inconciliable avec l'organisation même de ces tribunaux; qu'au nombre de

¹⁶⁸ DESREUMEAUX, Rec., p.262

ces règles générales qui s'imposent, même en l'absence d'un texte exprès, à toutes les juridictions, figure celle d'après laquelle deux parents au degré de frères ne peuvent être simultanément membres d'un même tribunal, ...qu'aucune disposition législative n'apporte de dérogation au principe ci-dessus rappelé, dont l'application ne rencontre aucun obstacle dans les conditions établies pour l'organisation et le fonctionnement des Conseils de préfecture ; que dès lors, si les parties...relèvent une semblable irrégularité dans un jugement du Conseil de préfecture, elles sont fondées à demander au Conseil d'Etat d'en prononcer l'annulation " .

114. Il est vrai que la portée des règles dégagées en tant que règles générales de procédure n'est pas absolue¹⁶⁹. Mais la démarche a le mérite de nous fournir au moins deux enseignements :

D'abord, elle a permis au Conseil d'Etat d'affirmer l'autonomie des règles applicables devant les juridictions administratives en rejetant l'application des textes de procédure civile qui n'ont pas été rendues applicables devant les juridictions administratives.

Ensuite, le Conseil d'Etat s'en est servi pour combler judicieusement les lacunes des règles écrites du contentieux administratif en s'appuyant sur les dispositions de procédure civile, si toutefois celles-ci ne se révèlent pas incompatibles avec l'organisation et le fonctionnement de la juridiction administrative devant laquelle elles sont appelées à s'appliquer.

¹⁶⁹ Les règles générales de procédure dégagées par le Conseil d'Etat peuvent être écartées par un texte pour une juridiction administrative donnée (exemple de la suppression de l'opposition devant les tribunaux administratifs par un décret de 1959).

115. Il en résulte que pour l'élaboration des règles de procédure applicables devant les juridictions administratives, la politique suivie fut loin d'être celle d'un rejet systématique des règles de procédure civile. Parfois, c'est le législateur ou le pouvoir réglementaire qui étendait l'application de telle ou telle disposition de procédure civile devant les juridiction administratives. Mais assez souvent, l'extension est l'œuvre du Conseil d'Etat qui découvre des règles générales de procédure. Ce faisant, il applique en fait les règles de procédure civile devant les juridictions administratives. L'expression "ne sont pas par elles-mêmes " qu'utilise le plus souvent le Conseil d'Etat¹⁷⁰ pour écarter l'application de certaines règles de procédure civile devant les juridictions administratives constitue paradoxalement une ouverture qu'il aménage pour la transposition desdites dispositions.

L'élément déterminant dans l'application des règles de procédure civile par le juge administratif est néanmoins que celles-ci doivent être conciliables¹⁷¹ ou compatibles¹⁷² ainsi que l'a exprimé M. LAURENT : " devant les juridictions administratives, le code de procédure civile n'est pas applicable de plein droit. Il ne l'est que dans la mesure où

¹⁷⁰ V. par exemple C.E., 23 mai 1945, SAUDEMONT de Saint-Quentin, Rec. p. 214

¹⁷¹ C.E., 13 mars 1925, DESREUMEUX, préc.

¹⁷² C.E., 24 juillet 1934, DUCOS, Rec. p.882, à propos des règles de procédure civile concernant la récusation et qui selon le C.E. " ne sont pas incompatibles avec le caractère administratif des tribunaux départementaux et des Cours régionales de pensions ".

ses dispositions sont compatibles avec le caractère particulier des juridictions dont s'agit "¹⁷³.

116. La prise en compte de la source de la règle appelée à s'appliquer devant une juridiction administrative n'est pas suffisante, encore faut-il que l'application de la règle en question ne rencontre aucun obstacle devant ladite juridiction. Ainsi, si une règle générale de procédure dégagée à partir des règles de procédure civile s'avère incompatible avec l'organisation d'une juridiction administrative donnée, elle ne s'appliquera pas à celle-ci, mais s'appliquera aux autres juridictions administratives. Pour être concret, reprenons l'exemple de l'arrêt DESREUMEAUX, où le Conseil d'Etat découvre la règle générale de procédure selon laquelle deux parents au degré de frères ne peuvent être simultanément membres d'un même tribunal. Si cette règle s'était avérée incompatible avec l'organisation des Conseils de préfecture, son application aurait été écartée devant ceux-ci alors qu'elle resterait possible devant le Conseil d'Etat.

117. Il n'est pas facile de déterminer un critère général de compatibilité compte tenu de la diversité des règles et des juridictions administratives devant lesquelles elles peuvent s'appliquer. L'analyse des arrêts du Conseil d'Etat permet toutefois d'indiquer que la compatibilité se mesure par rapport aux règles de fonctionnement propres à chaque juridiction administrative. L'arrêt DESREUMEAUX en est une excellente illustration où le Conseil d'Etat applique des règles générales de procédure (tirées d'une loi qui " ne vise

¹⁷³ Concl. sur C.E., 4 mars 1955, veuve STICOTTI, R.D.P.1955, p.733 et suiv.

que les tribunaux de l'ordre judiciaire ") et " dont l'application ne rencontre aucun obstacle dans les conditions établies pour l'organisation et le fonctionnement des Conseils de préfecture ".

118. Finalement, on peut constater que dans la construction des règles de procédure civile " selon son génie propre " ¹⁷⁴, le Conseil d'Etat n'a pu ignorer les règles de procédure civile à partir desquelles il a dégagé des règles générales de procédure. Il ne s'est donc pas livré à l'institution systématique d'une dualité procédurale, qui ne s'imposait que si l'application des règles de procédure civile ne s'accommodait pas avec les caractères des juridictions administratives. La démarche lui a paradoxalement permis de s'affirmer comme véritable juridiction. La tâche lui fut parfois facilitée par le législateur ou le pouvoir réglementaire par la technique de transposition des règles de procédure civile en matière administrative.

En marge de ces éléments historiques, l'évolution actuelle des deux ordres de juridiction ne doit pas être ignorée.

II - L'EVOLUTION RECENTE DES DEUX ORDRES DE JURIDICTIONS.

119. Si la dualité de juridictions n'a pas eu à l'origine pour conséquence une dualité systématique de procédures et particulièrement une dualité de régimes des jugements avant dire droit, on peut encore moins approuver, en l'état actuel de la dualité de juridictions, une opposition des procédures civile et administrative sur le régime de recevabilité des recours contre les jugements avant dire droit. En effet,

¹⁷⁴ L'expression est de M. HAURIOU, Précis, 12^e éd., p. 287

l'évolution du droit positif a fortement rapproché les deux ordres de juridiction sur un double plan structurel et procédural.

A - L'évolution structurelle de l'ordre administratif.

120. Quand le Conseil d'Etat fut créé en l'An VIII, il s'agissait d'une juridiction imparfaite dans la mesure où elle était liée au pouvoir exécutif.

On parlait alors de " justice retenue " puisque le Conseil d'Etat proposait des solutions au chef de l'Etat¹⁷⁵. S'il adressait des injonctions à l'administration, c'était non parce qu'il jouissait d'une quelconque indépendance à l'égard de celle-ci, mais plutôt parce que, se considérant comme faisant partie de l'administration, il estimait que la juger était en quelque sorte encore administrer.

121. C'est seulement à partir de la III^e République que l'évolution de la juridiction administrative devient notable. Ainsi, à la suite de la loi du 24 mai 1872 rétablissant le Tribunal des conflits et dotant le Conseil d'Etat de la justice déléguée, le Conseil d'Etat mit fin en 1889 à la théorie du ministre - juge¹⁷⁶, devenant ainsi juge de droit commun du contentieux administratif. La réforme de 1953 lui fera perdre cette qualité de juge de droit commun au profit des Conseils de préfecture qui eux-mêmes seront remplacés plus tard par les tribunaux administratifs.

¹⁷⁵ Sur la justice retenue Cf. T. SAUVEL, La justice retenue de 1806 à 1872, R.D.P.1970, p.237

¹⁷⁶ C.E., 13 décembre 1889, CADOT, préc.

Mais à ce stade, la structure de la juridiction administrative reste énormément éloignée de celle de son homologue judiciaire.

122. L'évolution structurelle notable de la juridiction administrative est l'œuvre de la loi du 31 décembre 1987¹⁷⁷. Certes, l'objectif principal de cette réforme ne résidait pas dans une quelconque volonté d'alignement de la juridiction administrative sur son homologue judiciaire¹⁷⁸. Même si on peut considérer que l'alignement n'est pas intégral parce qu'il souffre de quelques réserves¹⁷⁹, il n'en demeure pas moins que le rapprochement structurel des deux ordres de juridictions après la réforme de 1987 est plus que notable.

¹⁷⁷ Loi n°87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif.

¹⁷⁸ On sait en effet que l'objectif principal du législateur en 1987 était plutôt de désengorger le Conseil d'Etat en transférant désormais aux nouvelles Cours d'appel créées, l'essentiel de son rôle d'appel. Sur l'ensemble de cette réforme, v. A.J.D.A.1988, p.75 et suiv. ; R.F.D.A.1988, p.164 et suiv.

¹⁷⁹ Il faut relever par exemple que contrairement à la Cour de cassation, le C.E. reste juge d'appel (compétence qu'il partage avec les CAA) et juge de cassation. Il peut par ailleurs dans sa fonction de cassation statuer au fond lorsqu'il l'estime de bonne justice.

Il s'agit d'une véritable innovation, selon l'expression de M. CHAPUS, d'une "innovation absolue"¹⁸⁰, car pour la première fois dans l'histoire de la juridiction administrative, elle introduit une juridiction d'appel à compétence générale autre que le Conseil d'Etat, qui devient juge de cassation de cette nouvelle juridiction.

Ainsi, on est bien en présence de deux ordres de juridictions sensiblement comparables au niveau de leur structure à savoir de part et d'autre, un tribunal, une cour d'appel en tant que juge du deuxième degré, les deux "chapeautés" par un juge de cassation.

Le rapprochement s'observe aussi au niveau des principes classiques qui ont longtemps opposé les deux ordres de juridictions concernant la procédure à observer devant l'un et l'autre.

B - L'évolution des caractères généraux des procédures.

123. L'observation montre que les caractères généraux des procédures civile et administrative évoluent vers plus de rapprochement. S'agissant d'un mouvement général qui touche les oppositions les plus classiques devant les deux ordres de juridiction, il s'inscrit dans un sens totalement opposé à celui du régime de recevabilité de l'appel et du pourvoi en cassation contre les jugements avant dire droit.

Il n'entre pas dans notre propos de retracer toute la procédure suivie devant les deux ordres de juridiction, mais simplement de montrer ce rapprochement à travers les

¹⁸⁰ R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, op. cit. p.68, n° 60

changements les plus caractéristiques. Dans ce sens nous constaterons d'une part le net recul du caractère accusatoire de la procédure civile (1), et d'autre part le développement du contradictoire et de la publicité des débats en procédure administrative (2).

1/ Le recul du caractère accusatoire de la procédure civile.

124. Dans l'introduction à son étude sur "les principes directeurs du procès", le professeur NORMAND écrit à propos de l'office du juge qu'il existe théoriquement deux conceptions possibles. "On peut d'abord estimer que l'intérêt général s'attache à ce qu'à tout litige soit imposée une solution pacifique. On souhaite que, dans toute la mesure du possible, cette solution soit conforme au droit positif, mais ce n'est là, en quelque sorte qu'une exigence secondaire... Maîtres de leurs droits, libres de décider si, et dans quelle mesure, ils doivent en exiger le respect, les litigants définissent eux-mêmes l'étendue de leurs prétentions respectives, choisissent les fondements sur lesquels ils entendent les appuyer. Le juge, pour sa part, ne peut modifier ni l'objet ni le fondement de ces prétentions... Mais on peut, également et à l'inverse, considérer que l'application correcte de la règle de droit n'est pas moins impérieuse que la solution pacifique du litige. Le droit, c'est ce qui doit être, et l'intérêt collectif ne peut courir le risque d'un procès abandonné dans tous ses aspects à l'initiative privée..."¹⁸¹.

¹⁸¹ J. NORMAND, Principes directeurs du procès, J-Cl. Proc. civ., fasc. 150, p.4, n°5 et suiv.

On reconnaît là l'opposition classique de deux conceptions dont l'une, parce qu'elle fait du litige " la chose des parties " en privant le juge de tout pouvoir, donne lieu à la procédure dite accusatoire ; et l'autre, fonde la procédure dite inquisitoire ou inquisitoriale compte tenu de l'importance des pouvoirs du juge dans l'instance.

125. Longtemps, le droit français a été directement influencé par cette dichotomie conceptuelle dont il a fidèlement épousé les formes. Ainsi, l'une des oppositions classiques, mais aussi vivaces jusqu'à l'avènement du nouveau code de procédure civile, tire son fondement de ces deux conceptions différentes des pouvoirs du juge dans l'instance juridictionnelle. Dans ce sens, la procédure administrative est toujours présentée comme une procédure inquisitoriale qui consent au juge d'importants pouvoirs de direction de l'instance¹⁸².

126. Le Conseil d'Etat est particulièrement attaché au caractère inquisitorial de la procédure administrative et n'hésite pas à le rappeler chaque fois que l'occasion lui est donnée, sans doute pour marquer la particularité de la procédure administrative par rapport à la procédure civile. Dans un arrêt PAISNEL du 4 juillet 1962¹⁸³, le Conseil d'Etat décide que la direction de l'instruction d'un procès administratif appartient au juge et à lui seul. En l'espèce, un requérant, le sieur PAISNEL avait, dans le cadre d'un litige qui l'opposait à l'administration, demandé à la

¹⁸² Par exemple R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, op. cit. p.638, n°718 ; O. GOHIN, Contentieux administratif, op. cit. p.196, n°264 .

¹⁸³ C.E., 4 juillet 1962, PAISNEL, Rec. p.1077

juridiction administrative de suspendre sa décision jusqu'au jugement d'une autre affaire. N'ayant pas été suivi sur ce point, il introduisit un recours en rectification d'erreur matérielle devant le Conseil d'Etat. A l'appui de son recours, il fit valoir une omission de statuer sur les conclusions de sa requête tendant à ce que la décision fût suspendue jusqu'au règlement d'une autre affaire. Mais le Conseil d'Etat rejeta ce recours en affirmant avec autorité que les conclusions dont s'agit sont au nombre de celles auxquelles le juge administratif qui dirige seul l'instruction des affaires, n'a pas à répondre.

127. Cette jurisprudence a été réaffirmée à d'autres occasions, sans doute pour décourager les plaideurs dont l'ardeur pourrait mépriser les pouvoirs du juge administratif¹⁸⁴. On peut relever néanmoins que dans ces différentes affaires où le Conseil d'Etat est amené à se prononcer, revient fréquemment la précision que " le tribunal administratif qui dirige seul l'instruction... ". Cette précision, au-delà des rejets des prétentions des requérants impliquant ainsi une exclusivité de pouvoir du juge, est caractéristique de l'esprit du Conseil d'Etat en la matière, qui, nous semble-t-il, cherche autant à affirmer les pouvoirs du juge administratif par rapport aux parties à l'instance, qu'à en souligner la différence avec ceux du juge civil. Car, sous l'empire de l'ancien code de procédure civile, contrairement à son homologue administratif, le juge civil était chargé simplement de suivre la procédure, sans aucun

¹⁸⁴ Par exemple, C.E., 16 février 1966, ECHERNIER, p.112 ; 7 octobre 1983, Mlle LIMOGES, p.403 ; 27 novembre 1985, Société parisienne de matériaux enrobés, D.A.1986, n°52 ; 15 novembre 1996, PIROU, Justices 1997, n°7, p.159

pouvoir dans l'instruction préparatoire qui se présentait ainsi comme l'œuvre des parties¹⁸⁵.

128. En réalité, depuis 1965, l'opposition des deux procédures d'accusatoire et inquisitoriale a cessé de se présenter sous une forme tranchée¹⁸⁶. En effet, les pouvoirs de direction du procès ne sont plus une caractéristique déterminante de la procédure administrative car, l'un des éléments novateurs des réformes successives de la procédure civile depuis 1965¹⁸⁷ a été de développer de manière sensible les pouvoirs du juge dans la direction du procès, c'est-à-dire, pour emprunter l'expression du professeur NORMAND, de donner au juge "une part active dans l'impulsion processuelle"¹⁸⁸.

129. Ainsi, après avoir reconnu aux parties le pouvoir de conduire l'instance sous les charges qui leur incombent (art. 2), le nouveau code de procédure civile dispose, dans son article 3 que "le juge veille au bon déroulement de

¹⁸⁵ Cf. H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, op. cit. n° 213

¹⁸⁶ Même avant 1965, cette opposition était en réalité plus nuancée car, il faut faire remarquer que si le juge administratif dirige seul l'instance, l'initiative du procès a toujours relevé du pouvoir des parties et non du juge qui, en outre, sous réserve des moyens d'ordre public, ne peut statuer en dehors du cadre fixé par la demande principale et des demandes incidentes des parties. C'est sans doute pour cette raison que le professeur CHAPUS estime à propos de cette opposition, qu'il convenait de ne pas lui donner un caractère trop tranché. Cf. De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile, EDCE 1977 - 1978, n°29, P.11.

¹⁸⁷ Décret n°65 - 872 du 13 octobre 1965 suivi par les décrets n°71-740 du 9 septembre 1971, n°72-684 et 72-788 du 20 juillet et du 28 août 1972, n°73-1122 du 17 décembre 1973, n°75-1123 du 5 décembre 1975.

¹⁸⁸ J. NORMAND, Principes directeurs du procès, préc. p.6, n°9.

l'instance; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires".

En vertu de ce texte, le juge dispose d'un véritable "pouvoir de commandement"¹⁸⁹ de portée générale. C'est ce pouvoir qui permet au président du Tribunal de Grande Instance de décider du renvoi à l'audience des affaires qui lui paraissent prêtes à être jugées ou, s'il décide d'un ultime échange de conclusions ou d'une communication de pièces entre les parties et leurs conseils, de leur impartir le délai nécessaire et de fixer la date de l'audience (art. 760 et 761 du nouveau code de procédure civile).

Au niveau de l'instruction, les prérogatives du juge de la mise en état sont largement empreintes de ce pouvoir de direction reconnu au juge et que développent largement les articles 763 et suivants du nouveau code de procédure civile. Ainsi, le juge de la mise en état fixe les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire en prenant en compte la nature, l'urgence et la complexité de celle-ci. Il a également le pouvoir d'enjoindre aux avocats de conclure ou de les inviter à répondre aux moyens sur lesquels ils n'auraient pas conclu. On voit donc que pour une procédure dite accusatoire, les pouvoirs du juge sont trop importants pour ne pas être remarqués. Comparant les dispositions de ces deux textes, le professeur CHAPUS conclut que celle de l'article 2 "est finalement privée de signification par celle qui la suit"¹⁹⁰, c'est-à-dire l'article 3.

¹⁸⁹ M. BELLAMY, Le pouvoir de commandement du juge ou le nouvel esprit du procès, J.C.P.1973, éd., I, Doct. 2522.

¹⁹⁰ R. CHAPUS, De l'office du juge : Contentieux administratif et nouvelle procédure civile, préc., p.15

130. En réalité, les articles 2 et 3 du nouveau code de procédure civile sont l'expression d'une double démarche des rédacteurs de ce code qui, tout en maintenant au contentieux privé son essence, c'est-à-dire "la chose des parties", ont confié au juge des pouvoirs étendus de contrôle et de direction de l'instruction afin d'améliorer le déroulement de l'instance et d'accélérer la procédure. Dans ces circonstances, les articles 2 et 3 sont certainement deux textes complémentaires dans la marche du procès. C'est sans doute dans ce sens que certains auteurs parlent de "principe de collaboration"¹⁹¹ entre le juge et les parties, celles-ci ayant la maîtrise du litige alors que celui-là aurait la direction de l'instance¹⁹².

131. Cette répartition des pouvoirs entre le juge et les parties à l'instance n'est pas toujours facile à mettre en œuvre. Ainsi, dans une affaire où la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur les pouvoirs respectifs du juge et des parties à propos d'une demande de renvoi d'audience, il a fallu à l'Assemblée Plénière une prouesse intellectuelle pour parvenir à maintenir l'équilibre, tel qu'il a été voulu par le nouveau code de procédure civile, entre les pouvoirs de direction du juge sur l'instance et ceux de maîtrise des parties sur le litige¹⁹³.

¹⁹¹ L. CADIET, Droit judiciaire privé, op. cit., n°870 et suiv.

¹⁹² J. NORMAND, Principes directeurs du procès, préc.

¹⁹³ Cass. Ass. Plén., 24 novembre 1989, Ordre des avocats au barreau d'Aix - en - Provence c. Procureur Général près la Cour d'appel d'Aix - en - Provence, D.1990, p.25, concl. CABANNES ; J.C.P.1990, éd. G., II, 21407, note L. CADIET ; Gaz. Pal.1990, 2, somm. Ann., p.358, obs. suiv. GUINCHARD et T. Moussa ; R.T.D.Civ.1990, 145, obs. R. PERROT.

132. Les circonstances de l'affaire étaient des plus anodines. Une procédure de divorce est normalement introduite devant le Tribunal de Grande Instance d'Aix-en-Provence. Après avoir obtenu du tribunal un premier renvoi des débats convenu entre les parties, les avocats sollicitent, par lettre, une nouvelle remise qu'ils font réitérer par leurs collaborateurs lors de la deuxième audience prévue. Le tribunal oppose un refus à cette deuxième demande et met l'affaire en délibéré en invitant les avocats à lui adresser leurs dossiers dans les deux mois.

Estimant les avocats dans leurs droits, le Conseil de l'ordre des avocats au barreau d'Aix-en-Provence s'est réuni en urgence pour élever " la protestation la plus solennelle à l'égard de cette décision ", considérant d'une part que " seuls les avocats en accord avec leurs clients, disposent du droit de savoir s'ils peuvent se contenter d'un dépôt de dossier ou plaider " et d'autre part qu'«il appartient aux parties seules de donner à leur affaire les développements qu'elles estiment conformes à leurs intérêts et qu'en l'espèce ces dernières, par l'intermédiaire de leur conseil respectif, avaient manifesté leur accord pour un déplacement de l'affaire».

Mais, cette délibération du Conseil de l'ordre ne fut guère appréciée par le Procureur Général près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qui demande et obtient son annulation par un arrêt du 28 juin 1988¹⁹⁴.

¹⁹⁴ En se fondant sur l'article 19 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines dispositions judiciaires et juridiques : " Toute délibération ou décision du Conseil de l'ordre étrangère aux attributions de ce Conseil ou contraire aux dispositions législatives ou réglementaires est annulée par la Cour d'appel, sur les réquisitions du Procureur Général ". V. l'arrêt de la Cour d'Aix-en-Provence, Gaz.Pal.1988, 2, 703, note A. DAMIEN.

La Cour de cassation est saisie par le Conseil de l'ordre des avocats du barreau d'Aix-en-Provence, qui réclame la cassation de cet arrêt sur le fondement des articles 1, 2, 14 et 16 du nouveau code de procédure civile et de l'article 6, 1° de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le problème était alors posé d'un conflit entre les articles 2 et 3 du nouveau code de procédure civile. Autrement dit, les parties, en vertu de l'article 2 du nouveau code de procédure civile, peuvent-elles lier le juge par leur demande conjointe de renvoi alors même que celui-ci dispose d'un pouvoir de direction de l'instance ?

En des termes très précis, l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation a donné à la question une réponse particulièrement significative dans deux attendus qui méritent d'être reproduits : " Mais attendu que si les parties ont la libre disposition de l'instance, l'office du juge est de veiller au bon déroulement de celle-ci dans un délai raisonnable ; que la faculté d'accepter ou de refuser le renvoi, à une audience ultérieure, d'une affaire fixée pour être plaidée, relève du pouvoir discrétionnaire du juge, dès lors que les parties ont été mises en mesure d'exercer leur droit à un débat oral ; que si les parties conviennent de ne pas déposer leur dossier, le juge peut procéder à la radiation de l'affaire . Et attendu qu'après avoir énoncé qu'au cas où les parties considèrent de leur intérêt d'éviter ou de différer une solution judiciaire, elles ont la possibilité de suspendre le cours de l'instance en formant une demande conjointe de radiation, laquelle s'impose alors au juge, l'arrêt retient à bon droit, répondant aux conclusions, que la délibération du

conseil de l'ordre est contraire aux dispositions réglementaires en vigueur en ce qu'elle tend à faire admettre que les juridictions se trouveraient liées par les demandes de renvoi présentés par les représentants des parties".

Une telle solution montre bien que la jurisprudence civile aménage aussi bien les pouvoirs du juge que ceux des parties. La comparaison avec la procédure administrative doit pour cette raison restée mesurée.

2/ Le développement du contradictoire et de la publicité des audiences en procédure administrative.

133. Le développement récent du contradictoire en procédure administrative est l'œuvre du pouvoir réglementaire qui a étendu le domaine d'application de ce principe. En revanche, même si l'évolution de la publicité des audiences peut être en partie attribuée au pouvoir réglementaire, elle reste principalement l'œuvre de la jurisprudence du Conseil d'Etat, dont le revirement donne à penser que l'on s'achemine vers un principe général de la publicité des audiences devant les juridictions administratives.

a - L'extension du domaine du contradictoire : le décret du 22 janvier 1992.

134. L'importance du principe du contradictoire ou de la contradiction devant les deux ordres de juridiction n'est plus à démontrer. Très tôt en effet, il a été rangé par le Conseil d'Etat au nombre des principes généraux de droit qui

n'ont pas besoin d'un texte formel pour s'imposer¹⁹⁵; et son importance unanimement reconnue fait qu'il ne laisse " pas de choix possible entre une procédure contradictoire et une procédure qui ne le serait pas¹⁹⁶". Il est aujourd'hui traduit en procédure civile par les articles 14 et suiv. du nouveau code de procédure civile et en procédure administrative par les articles R.138 et suiv. du code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel.

135. Pourtant, l'analyse montre que les juridictions administratives jusqu'en 1992 sont restées en retrait par rapport à leurs homologues judiciaires dans l'application de ce principe. En effet, hormis devant les juridictions disciplinaires, le Conseil d'Etat écartait le principe du contradictoire toutes les fois que le juge administratif relevait d'office des moyens qui n'auraient pas retenu l'attention des parties.

L'illustration en est donnée dans l'affaire BIENVENOT du 21 octobre 1981. Le requérant avait demandé à être inscrit au tableau de l'ordre des architectes. Le Conseil régional de l'ordre des architectes de Paris le lui refuse. Il introduit un recours gracieux en annulation de cette décision devant le ministre de la culture et de l'environnement qui rejette ce recours. Il saisit alors le tribunal administratif de Châlons-sur-Marne aux fins d'annulation de la décision du ministre. Après avoir relevé d'office un moyen tiré de ce qu'il ressortait des pièces du dossier que l'intéressé n'avait pas été personnellement assujéti de façon continue à

¹⁹⁵ CE, 12 mai 1962, Société HUTA, Rec., p.313 ; CE, 16 janvier 1976, GATE PEYRIMONT, DREYFUS, Rec. p.39

¹⁹⁶ R.CHAPUS, Droit du contentieux administratif, op. cit. n°719

la contribution des patentes en qualité de maître d'œuvre en bâtiment, le tribunal en déduit qu'il ne remplissait pas les conditions exigées pour bénéficier des dispositions de l'article 37 de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture, et rejette donc sa requête en annulation.

L'intéressé saisit alors le Conseil d'Etat d'un recours en annulation du jugement du tribunal de Châlons-sur-Marne en relevant divers moyens dont l'un était tiré de l'irrégularité de ce jugement en ce qu'il aurait violé le principe de la contradiction.

Le Conseil d'Etat dans une décision du 21 octobre 1981 rejeta le recours en considérant que " le principe général du caractère contradictoire ne saurait trouver application lorsque le juge statue sur des moyens qu'il doit examiner d'office"¹⁹⁷.

136. La solution, plusieurs fois réaffirmée par la plus haute juridiction administrative, est l'application stricte d'une politique explicitement affirmée par le Conseil d'Etat dans son arrêt Rassemblement des nouveaux avocats de France du 12 octobre 1979¹⁹⁸. Etait en cause dans cette affaire, la légalité de certaines dispositions de procédure civile, notamment les articles 12 alinéa 3 et 16 alinéa 1 du code de procédure civile tels qu'ils résultaient du décret n°75-1123 du 5 décembre 1975 portant réforme du code de procédure civile.

¹⁹⁷ C.E, 21 octobre 1981, BIENVENOT, Rec. p.383.

¹⁹⁸ C.E, Ass., 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France, Rec. p.370 ; AJDA 1980, p.248, note C. DEBOUY ; D.1979, 606, note de A. BENABENT ; Gaz. Pal.1980, 1, 6, note P. JULIEN ; JCP1980, 19288, concl. de M. FRANC, note J. BORE ; R. T. D. Civ.1980, obs. J. NORMAND ; RDP1980, p.890.

Pour annuler ces dispositions comme restreignant illégalement le principe du contradictoire, le Conseil d'Etat a considéré "qu'il ne peut être dérogé à ce dernier principe que lorsqu'il est statué sur des moyens devant être soulevés d'office; que dès lors, en laissant au juge la faculté de relever d'office des moyens de pur droit et en le dispensant alors de respecter le caractère contradictoire de la procédure, le Gouvernement a apporté à ce principe des limitations illégales...".

Par cette décision, le Conseil d'Etat introduisait une discrimination entre les moyens relevés d'office suivant que ceux-ci s'imposent ou non au juge. Ce qui lui a permis d'élaborer la théorie suivant laquelle la dérogation au principe du contradictoire dépend, en présence d'un moyen soulevé d'office, du fait de savoir si le juge avait l'obligation ou la faculté de le faire.

137. Ce raisonnement du Conseil d'Etat, systématiquement appliqué, cachait mal la volonté de la haute juridiction de se soustraire elle-même au respect de la contradiction lorsqu'elle soulève un moyen d'office. En effet, cette conception discriminatoire des moyens relevés d'office allait produire plus d'effet à l'égard des juridictions judiciaires que des juridictions administratives, puisque en procédure administrative contentieuse, la seule catégorie de moyens que le juge peut soulever d'office concerne les moyens d'ordre public qui ne laissent aucune faculté au juge administratif¹⁹⁹.

¹⁹⁹ C. DEBOUY, Les moyens d'ordre public en procédure administrative contentieuse, Thèse Poitiers, 1978

138. Dans ces circonstances, on comprend bien que le juge administratif ait réussi à écarter longtemps la contradiction lorsqu'il relevait d'office un moyen d'ordre public. On comprend également que la doctrine ait manifesté des réserves sur le bien-fondé de cette conception dualiste des moyens relevés d'office²⁰⁰ qui, au demeurant, ne sera pas suivie par la cour de Cassation.

139. Selon la Cour de cassation, le respect du contradictoire s'impose de la même manière à tous les moyens relevés d'office sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les moyens d'ordre public et ceux qui ne le sont pas. Cette position de la Cour de cassation trouve son affirmation dans trois arrêts de la chambre mixte du 10 juillet 1981 qui lui permirent de refaire son unanimité²⁰¹ dans le refus d'adhérer à la conception du Conseil d'Etat pour l'interprétation de l'article 16 du nouveau code de procédure civile. Dans deux de ces arrêts, la Cour de cassation décide, en des termes identiques à propos de l'application de l'article 16 "qu'en relevant d'office une fin de non-recevoir, sans inviter les parties à présenter leurs observations, la cour d'appel a violé les textes susvisés ", c'est-à-dire l'article 16²⁰².

²⁰⁰ Le C.E. fonde en effet l'obligation de relever d'office comme permettant seule une dérogation à la contradiction, sur le principe d'égalité des justiciables. V. les obs. crit. de R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, op. cit. n°720.

²⁰¹ Puisqu'au lendemain de l'arrêt Rassemblement des nouveaux avocats de France, la Cour de cassation a connu quelques hésitations ayant donné lieu à une opposition entre certaines de ses chambres.

²⁰² Cass. Ch. Mixte, 10 Juillet 1981, D.1981, 637, concl. CABANNES ; Gaz. Pal.1981, 2, 627, note VIATTE ; R.T. D. Civ.1981, P.677 et 905 avec respectivement les observations de MM. NORMAND et PERROT.

En visant ainsi de façon générale toutes les fins de non-recevoir, la Cour de cassation veut éviter toute distinction qui pourrait faire obstacle à la mise en œuvre de la contradiction, et montre particulièrement que " la distinction esquissée par l'arrêt rassemblement des nouveaux avocats de France entre les moyens que le juge peut et ceux qu'il doit relever d'office ne commande pas l'interprétation de l'article 16 " ²⁰³.

On s'aperçoit donc que la Cour de cassation donne une portée générale à l'article 16 qui impose le respect du contradictoire par le juge en toutes circonstances, interprétation heureuse réaffirmée plusieurs fois ²⁰⁴.

140. On pouvait toutefois craindre la résistance de la 3^e chambre civile de la Cour de cassation à cette orientation donnée par la chambre mixte. Cela, d'autant plus que dans une affaire où il lui était demandé de rabattre un précédent arrêt ayant déclaré un pourvoi irrecevable, elle a décidé en des termes généraux, épousant quasiment l'analyse du Conseil d'Etat, que " le moyen relevé étant d'ordre public et devant être soulevé d'office, aucun avis préalable n'était à donner aux parties..." ²⁰⁵. Mais il n'en a rien été, puisque très

²⁰³ J. NORMAND, R.T.D. Civ.1981, p.678

²⁰⁴ Sur la généralité de la portée du texte, voir les observations sous l'article 16, nouveau code de procédure civile, éd. Dalloz, 1997, pour s'apercevoir qu'il n'y a aucune distinction entre les moyens relevés d'office, qu'ils soient d'ordre public ou non, qu'ils concernent la procédure ou le fond du droit, qu'ils soient de pur droit ou mélangés de fait et de droit.

²⁰⁵ Civ 3^e 19 novembre 1986, Bull. Civ., III, n°162

rapidement, la même chambre s'est ralliée à la position de la chambre mixte²⁰⁶.

141. Il y avait ainsi une ligne directrice de la Cour de cassation fondée sur une conception dont l'unité s'opposait à la distinction opérée par le Conseil d'Etat. Cet état du droit a persisté jusqu'au décret du 22 janvier 1992²⁰⁷ qui impose désormais au juge administratif le respect de la contradiction même lorsqu'il soulève d'office un moyen d'ordre public.

Le décret a institué dans le code des tribunaux administratif et des Cours administratives d'appel, un article R-153 -1 pour les tribunaux et Cours administratives d'appel et pour le Conseil d'Etat un article 54-1 dans le décret du 30 juillet 1963. Selon ces textes, "lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, le président de la formation en informe les parties avant la séance de jugement et fixe le délai dans lequel elles peuvent présenter leurs observations".

²⁰⁶ V. par exemple sa décision Société les maisons Roger BRUGEAUD c. SLATER du 4 mai 1988 (Bull. Civ., III, n°85) à propos de la nullité d'ordre public d'un marché de construction, dans laquelle elle décide " qu'en relevant ce moyen d'office, sans inviter les parties à présenter leurs observations..., le tribunal d'instance a violé les textes susvisés ", c'est-à-dire principalement l'article 16 N.C.P.C.

²⁰⁷ Décret n° 92 - 77 du 22 janvier 1992 portant dispositions diverses relatives à la procédure administrative contentieuse, J.O. 24 janvier ; p.1180

Ce texte a manifestement apporté " du nouveau " ²⁰⁸ à la procédure administrative contentieuse en rompant avec la distinction opérée antérieurement par le Conseil d'Etat dans sa fameuse affaire Rassemblement des nouveaux avocats de France. Ce faisant, la procédure administrative contentieuse se rapproche substantiellement de la procédure civile.

142. Au lendemain du décret du 22 janvier 1992, la doctrine a manifesté quelques réserves quant à la volonté réelle de rendre le contentieux administratif intégralement contradictoire ²⁰⁹. En effet, les articles R-153 -1 du code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel et 54 -1 du décret du 30 juillet 1963 tels qu'ils ressortent du décret du 22 janvier 1992 ont un domaine d'application restreint. Ils prévoient expressément des exclusions qui concernent les ordonnances des présidents sur les cas d'irrecevabilités manifestes insusceptibles d'être couvertes en cours d'instance, et les cas de dispense d'instruction. De même, le décret du 22 janvier 1992 ne vise que les tribunaux, Cours administratives d'appel et le Conseil d'Etat de sorte que les articles susvisés ne s'imposeraient pas aux juridictions administratives spéciales ²¹⁰.

²⁰⁸ B. PACTEAU, Du nouveau en procédure contentieuse administrative : la communication des moyens d'ordre public, décret du 22 janvier 1992, R.F.D.A. mai - juin 1992, 480

²⁰⁹ Par exemple B. PACTEAU qui redoutait qu'une interprétation littérale des textes entraîne leur inefficacité

²¹⁰ Mais comme le souligne très justement le professeur CHAPUS, rien n'empêche ces juridictions de les appliquer en provoquant les observations des parties lorsqu'elles soulèvent d'office des moyens d'ordre public ; v. Droit du contentieux administratif, op. cit. n°720, p.643.

Les textes précisent enfin que le juge provoque les observations des parties avant la séance de jugement ; ce qui a priori paraît exclure aussi les moyens d'ordre public relevés pendant le jugement.

143. Mais les premières applications du décret du 22 janvier 1992 ont permis au Conseil d'Etat de dissiper les inquiétudes de la doctrine en donnant aux textes leur " portée maximale ". Ainsi dans un arrêt *Ministre d'Etat, ministre des affaires étrangères et secrétaire d'Etat au grands travaux c. Association de sauvegarde du site Alma Champ de Mars* du 30 octobre 1992, le Conseil d'Etat a appliqué l'article R-153 sans restriction particulière.

Dans cette affaire, une décision avait été prise conjointement par le ministre des affaires étrangères et le secrétaire d'Etat aux grands travaux en vue de fixer le principe et les modalités de réalisation du centre de conférences internationales dont la construction avait du mal à s'imposer aux riverains du site et à la ville de Paris. A la suite de cette décision, le préfet de Paris se substitue à la ville de Paris et prend en vertu des articles L.123-7-1 et R.223-35-1, un arrêté de modification du plan d'occupation des sols en vue de permettre la réalisation du projet qu'il considère comme étant d'intérêt général. A la demande de l'Association de sauvegarde du site Alma-Champ de mars, le tribunal administratif de Paris rend un jugement qui annule la décision des ministres pour incompétence et l'arrêté du préfet pour défaut d'utilité publique du projet. Les ministres font appel devant le Conseil d'Etat en faisant valoir plusieurs arguments, dont l'un consistait à relever que le moyen tiré de leur incompétence a été soulevé d'office

par le tribunal qui ne l'a pas soumis à un débat contradictoire.

Le Conseil d'Etat annule le jugement du tribunal de Paris en estimant en des termes sans équivoque que " les dispositions sus-énoncées (l'article 153-1 du CTACAA), qui sont destinées à provoquer un débat contradictoire sur les moyens que le juge doit relever de sa propre initiative, font obligation à la formation de jugement , lorsqu'elle entend soulever un moyen d'office qui n'a pas été invoqué par les parties ni relevé par son président avant la séance du jugement, de rayer l'affaire du rôle de ladite séance et de communiquer le moyen aux parties".²¹¹

²¹¹ CE, Section, 30 octobre 1992, Ministre d'Etat, ministre des affaires étrangères et secrétaire d'Etat aux grands travaux c. Association de sauvegarde du site Alma Champ de Mars, Rec. p. 384; A.J.D.A. du 20 décembre 1992, p.821, Concl. de M. LAMY, note de Y. JEGOUZO

144. En refusant ainsi une interprétation littérale des textes qui aurait pu permettre d'écarter le contradictoire lorsque le moyen d'office n'a pas été relevé avant la séance de jugement, le Conseil d'Etat conforte heureusement la règle. Lorsque la formation de jugement entend soulever d'office un moyen qui n'a été ni invoqué par les parties ni relevé par son président avant la séance de jugement, elle doit radier l'affaire du rôle pour communiquer le moyen aux parties²¹². Mais pour éviter d'éventuelles complications dans la mise en œuvre de l'obligation de communication des moyens d'ordre public, le Conseil d'Etat a précisé qu'elle n'implique pas que le président de la formation du jugement explicite les motifs de fait ou de droit qui sont susceptibles de conduire cette formation à fonder sa décision sur un moyen soulevé d'office²¹³.

145. Il apparaît finalement que malgré les termes un peu restrictifs du décret du 22 janvier 1992, la jurisprudence Rassemblement des nouveaux avocats de France appartient désormais à l'histoire et que l'interprétation faite par le

²¹² C.E., 8 avril 1994, GABOLDE, Rec. p.185; D.A.1994, n°365 ; 3 juillet 1996, Mme FRUITET ; 26 juillet 1996, Association des utilisateurs de données publiques économiques et sociales, R.F.D.A.1996, p.1054: « considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le tribunal administratif de Paris a opposé aux requérants l'irrecevabilité de leur demande sans que les parties aient été officiellement informées de ce que ce moyen, qui était relevé d'office, était susceptible de fonder la décision de la juridiction; que les requérantes sont ainsi fondées à soutenir que le jugement attaqué, rendu en méconnaissance des dispositions précitées (il s'agit de l'art. R.153-1 du CTACAA), est irrégulier, et à en demander l'annulation»

²¹³ C.E., 21 décembre 1994, S.A.R.L. La Flotte Française, LPA du 26 avril 1995, p.9, concl. du commissaire du gouvernement M. J. ARRIGHI de CASANOVA.

Conseil d'Etat du décret du 22 janvier 1992 opère sans doute un vrai rapprochement des justices civile et administrative quant à l'obligation du juge de respecter le contradictoire, même lorsqu'il soulève un moyen d'office. Le même mouvement s'observe à propos de la publicité des audiences.

b - Vers un principe général de la publicité des audiences devant les juridictions administratives.

146. Si la contradiction est un principe général de droit qui s'impose en tant que tel aux deux ordres de juridiction, on ne peut certainement pas en dire autant de la publicité des audiences. En effet, la règle de la publicité des audiences ne constitue un principe général de droit que devant les juridictions judiciaires²¹⁴, et son application aux juridictions administratives n'est possible que si elle est expressément prévue par un texte. On parle alors de "principe de la non-publicité des audiences" devant les juridictions administratives²¹⁵. En l'état actuel du droit toutefois, cette opposition doit être fortement nuancée.

147. Le principe de la non publicité des audiences concernant les juridictions administratives, a connu très tôt d'importantes dérogations qui ont mis hors de son champ d'application les tribunaux et les cours administratives

²¹⁴ C.E., Ass., 4 octobre 1974, Dame DAVID, Rec. p.464, concl. M. GENTOT ; A. J.1974, p.525, chron. M. FRANC et M. BOYON ; D.1975, p.369, note J.-M. AUBY ; Gaz. Pal.1975, 1, p.117, note D. AMSON ; JCP1974, n°17967, note R. DRAGO. Cette règle est expressément traduite dans le nouveau code de procédure civile par l'article 433.

²¹⁵ V. par exemple R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, op. cit. n°846

d'appel ainsi que le Conseil d'Etat²¹⁶; de sorte qu'il n'a en réalité concerné que les juridictions spéciales.

148. En réalité, la principale difficulté qui s'est posée ces dernières années et qui a opposé le Conseil d'Etat et la Cour de cassation concerne l'applicabilité de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux procédures engagées devant les juridictions disciplinaires dont certaines relèvent du contrôle de la Cour de cassation et d'autres du Conseil d'Etat.

La règle applicable en droit interne énonce que "toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue ... publiquement ... par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur des droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle".

Au regard de ce texte, la publicité des audiences devrait s'appliquer sans difficulté particulière mêmes aux juridictions administratives pour lesquelles aucun texte ne la prévoyait. Mais un problème d'interprétation a longtemps fait échec à son application par le Conseil d'Etat aux juridictions disciplinaires, par opposition à la Cour de cassation.

149. Si la Cour de cassation, dans une jurisprudence très ancienne, considérait l'action disciplinaire comme une action

²¹⁶ Cf. R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, op.cit.p.642 et suiv.

sui generis²¹⁷, elle s'est vite ralliée à la position de la Cour Européenne de Justice dans des arrêts où elle a estimé que les dispositions de l'article 6-1 "tel qu'interprété par un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, donnent à un avocat le droit de voir sa cause entendue publiquement et l'arrêt sur cette cause rendue en audience publique"²¹⁸.

150. En revanche, le Conseil d'Etat a adopté une conception restrictive de la notion d' "accusation" à caractère pénal. De ce fait, il s'est toujours opposé à l'application de l'article 6-1 aux procédures disciplinaires qui selon lui ne relèvent pas de contestation à caractère pénal visé par ce texte. C'est ainsi que dans un arrêt important, l'arrêt DEBOUT, dans lequel était mise en cause une décision de la section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des médecins qui avait rejeté la requête d'un médecin tendant à ce qu'il soit jugé publiquement par les instances disciplinaires de l'ordre des médecins, le Conseil d'Etat, suivant les conclusions de son commissaire de gouvernement M. LABETOULLE, a jugé que " les juridictions disciplinaires ne statuent pas en matière pénale et ne tranchent pas de contestations sur des droits et obligations à caractère

²¹⁷ On cite dans ce sens deux arrêts, l'un du 6 mai 1844 et l'autre du 5 juillet 1958, qui énoncent respectivement que " l'action disciplinaire est essentiellement distincte de l'action correctionnelle " et que " l'action disciplinaire n'est ni civile ni criminelle, elle est sui generis ". V. Jacques - Henri STAHL et Didier CHAUVVAUX, A.J.D.A.1996, 348 et suiv.

²¹⁸ En ce sens V. par ex. Civ.1^{ère}, 10 mars 1987, Bull. civ., I, n°87; 12 juillet 1989, Bull. civ., I, n°288

civil ; que dès lors, les dispositions... de l'article 6 de la convention européenne ne leur sont pas applicables "²¹⁹.

151. L'interprétation restrictive des dispositions de l'article 6-1 est restée longtemps la ligne de conduite du Conseil d'Etat qui s'est ainsi opposé à la Cour de cassation et à la Cour de justice de la communauté européenne. Même si cette position a connu un certain nombre d'infléchissements ces dernières années²²⁰, le Conseil d'Etat ne l'a définitivement abandonnée que par une décision récente du 14 février 1996²²¹. Cet arrêt qui sonne en quelque sorte le glas du principe de la non-publicité des audiences devant les juridictions administratives a permis au Conseil d'Etat d'appliquer l'article 6-1. Ce faisant, il lève le dernier verrou qui constituait jusque là la raison d'être du principe de la non-publicité. Car d'exception en exception, on peut constater sans exagération que le principe est finalement privé de son champ d'application de sorte qu'il est permis de penser que le contentieux administratif s'achemine progressivement vers le principe de la publicité des audiences.

²¹⁹ C.E, 27 octobre 1978, DEBOUT, Rec. p.395 , concl. M. LABETOULLE ; Ass. 11 juillet 1984, SUBRINI, Rec., p.259.

²²⁰ Par ex. Décret du 5 février 1993 instituant la publicité des audiences pour les ordres des médecins, dentistes et sages-femmes ; C.E., Département de l'Indre du 29 juillet 1994, Rec., p.363.

²²¹ C.E, Ass., 14 février 1996, MAUBLEU, A.J.D.A.1996, 403.

Il n'y aurait alors plus d'obstacle particulier à étendre aux juridictions administratives la jurisprudence dame DAVID, sauf à prévoir, comme le fait le nouveau code de procédure civile, des hypothèses où l'intérêt des justiciables et une bonne administration de la justice imposeraient des séances de jugement à huis clos.

152. De tout ce qui précède, il résulte que le dualisme juridictionnel ne peut servir de justification à l'opposition entre les procédures civile et administrative sur la recevabilité des recours contre les jugements avant dire droit. Ces arguments d'ordre général doivent être complétés par des éléments liés étroitement aux jugements avant dire droit.

SECTION 2- LES ARGUMENTS ETROITEMENT LIES AUX JUGEMENTS AVANT DIRE DROIT.

153. En marge des arguments d'ordre général pour lesquels nous estimons que l'opposition actuelle des deux procédures ne peut être rattachée au dualisme juridictionnel, il en existe d'autres, strictement liés aux jugements avant dire droit, et qui viennent conforter notre démarche. Certains tiennent aux effets ou plutôt à l'absence d'effet particulier de l'exercice de l'appel et du pourvoi sur l'exécution (I) du jugement avant dire droit et d'autres, à l'existence d'un régime unitaire initial de recevabilité des recours (II).

I- LES EFFETS DES RECOURS SUR LES JUGEMENTS AVANT DIRE DROIT.

154. Si l'opposition actuelle des deux procédures ne peut provenir d'une quelconque spécificité de chacun des deux ordres juridictionnels, la question mérite d'être posée de savoir si la raison d'une telle opposition ne doit pas être recherchée à travers les effets de l'appel ou du pourvoi en cassation sur l'exécution du jugement avant dire droit.

155. En matière civile comme en matière administrative, il est en principe admis que l'exercice du pourvoi en cassation n'est pas suspensif de l'exécution de la décision attaquée. Aucune conséquence fondamentale ne semble donc pouvoir être tirée de l'exercice du pourvoi en cassation qui, sauf exception²²², n'a pas d'influence particulière sur l'exécution de la décision attaquée, fût-elle avant dire droit dans les deux contentieux.

Tel n'est pas le cas de la voie d'appel qui a en principe un effet suspensif, tout au moins en matière civile. Il en résulte une contrariété quant à ses effets dans les deux procédures(A) dont il faut se demander si les conséquences ont pu se traduire par l'opposition étudiée (B).

²²² V. sur une telle exception : F. GRANET-LAMBRECHTS, La portée de l'effet suspensif de l'appel et du pourvoi en cassation au regard des mesures accessoires au divorce, Gaz. Pal.1983, 1, Doct., 252

A- L'existence d'une contrariété des effets de l'appel.

156. L'une des caractéristiques de la voie d'appel en matière civile est son effet suspensif. En effet, en tant que voie ordinaire de recours, l'article 539 du nouveau code de procédure civile impose que son délai de même que son exercice dans le délai légal suspendent l'exécution de la décision qui en fait l'objet²²³. De ce point de vue, si l'appel est une garantie de bonne justice, il peut dans certains cas paralyser injustement l'exécution de la décision de première instance.

C'est sans doute pour tenir compte de cette réalité que l'effet suspensif de l'appel est fortement limité par le développement de l'exécution provisoire²²⁴. Toutefois, il n'en demeure pas moins que le principe reste que l'appel suspend l'exécution de la décision concernée.

On ne peut pas en dire autant en matière administrative où le principe est l'inverse. Selon une règle générale de procédure, sauf exception, l'appel n'a pas un caractère suspensif²²⁵. Cette règle énoncée d'abord pour l'appel exercé devant le Conseil d'Etat a été consacrée par l'ordonnance du

²²³ J. VINCENT et S. GUINCHARD, procédure civile, 25^e éd., n°1419

²²⁴ V. par ex. L. CADIET, Droit judiciaire privé, op. cit., n°1598 et suiv.; Ph. HOONAKER, L'effet suspensif de l'appel..., thèse préc.; J. MIGUET, Exécution provisoire, J.-Cl. Proc. civ., fasc. 516 et 517; Y. STRICKLER, L'exécution des jugements et le double degré en matière civile, Justices, 1996, n°4, p.127.

²²⁵ AUBY et DRAGO, Traité de contentieux administratif, T.2, 1975, n°1373 et suiv.; R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, op. cit., n°1320; M. PAILLET, L'exécution des jugements et le double degré en matière administrative, Justices, 1996, n°4, p.144

31 juillet 1945 avant d'être récemment étendue aux cours administratives d'appel.

157. L'appel produit ainsi des effets contraires sur l'exécution des jugements qui en font l'objet en matière civile et en matière administrative. Si une telle contrariété n'existe qu'au niveau de la voie d'appel, on peut néanmoins se demander si elle ne contribue pas à expliquer l'opposition actuelle des deux procédures quant à la recevabilité des recours contre les jugements avant dire droit. La caractéristique de ces derniers en tant qu'ils sont insérés dans une instance principale incline à le croire. On peut légitimement penser que l'exercice d'un appel pouvant avoir pour conséquence l'exécution de la décision avant dire droit en matière civile, le législateur a préféré différer l'exercice de ce recours ; alors qu'en matière administrative, le principe de l'effet non suspensif rend inutile une telle précaution.

Le raisonnement est logique et défendable. Cependant, l'analyse montre que la contrariété des effets de l'appel reste une raison insuffisante pour justifier l'opposition actuelle des deux procédures.

B- L'insuffisance de cette contrariété pour justifier l'opposition actuelle.

158. L'existence d'un effet suspensif de l'appel en matière civile et d'un effet non suspensif de la même voie de recours en matière administrative pouvait sans doute justifier l'interdiction des recours immédiats en matière civile. Mais

une telle justification doit être dépassée en l'état actuel du droit pour au moins deux raisons.

1) D'abord, l'extension en matière civile de l'irrecevabilité des recours immédiats au pourvoi en cassation montre bien que l'effet suspensif n'est pas en cause car en principe, le pourvoi en cassation n'a pas un tel effet. Ainsi, l'exécution d'un jugement avant dire droit frappé d'un pourvoi en cassation n'est en principe pas menacé de suspension.

2) Le deuxième élément tient au fait que l'exécution des jugements avant dire droit est en principe indifférente à l'appel. Du fait de l'objet de ces jugements, ils doivent être rapidement exécutés. Mais, il convient de faire la part entre ceux qui ordonnent une mesure provisoire et ceux qui ordonnent une mesure d'instruction.

S'agissant des jugements avant dire droit ordonnant une mesure provisoire, ils sont exécutoires de droit par provision. Une telle disposition vient de l'article 514 du nouveau code de procédure civile selon lequel les décisions qui prescrivent des mesures provisoires pour le cours de l'instance, celles qui ordonnent des mesures conservatoires ainsi que les ordonnances du juge de la mise en état qui accordent une provision au créancier sont exécutoires de droit à titre provisoire. L'exécution provisoire admise de droit exclut donc que l'appel fasse obstacle à l'exécution du jugement qui en cours d'instance ordonne une mesure provisoire, le premier président n'ayant même pas le pouvoir d'arrêter une telle exécution²²⁶.

²²⁶ Pour un rappel récent de cette règle, V. Cass. civ.2è, 13 janvier 2000, D.S.2000, I.R., p.36

Concernant les jugements ordonnant une mesure d'instruction, ils ne bénéficient pas d'une exécution provisoire, mais d'une exécution immédiate liée à la nature de cette décision²²⁷. Si la tendance des juridictions du fond a été, en matière d'expertise de considérer le jugement qui ordonne la mesure comme exécutoire de droit²²⁸, une telle interprétation a été réfutée par la Cour de cassation qui précise qu'il ne résulte d'aucun texte que la décision ordonnant une expertise bénéficie de plein droit de l'exécution provisoire²²⁹. Il faudrait y voir plutôt une exécution immédiate ainsi que le montre M. MIGUET dans l'analyse qu'il fait de la situation²³⁰. Dans tous les cas, le régime unitaire initialement retenu dans les deux procédures nous conforte définitivement dans le refus de voir dans le dualisme juridictionnel une justification convaincante de l'opposition étudiée.

II - LE REGIME UNITAIRE INITIAL DES RECOURS CONTRE LES JUGEMENTS AVANT DIRE DROIT.

159. Comme nous l'avons déjà fait observer, la question des recours contre les jugements avant dire droit n'est pas nouvelle devant les deux ordres de juridictions. Sans

²²⁷ Sur la distinction entre l'exécution provisoire et l'exécution immédiate, J. MIGUET, Exécution provisoire et exécution immédiate : le cas des mesures d'instruction, Mél. Louis BOYER, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1996, p.453

²²⁸ Par ex., Rennes, 22 avril 1986, J.C.P.1987, II, 20820, obs. de L. CADIET; Grenoble, 31 mai 1989, J.C.P.1989, II, 21272 note de L. CADIET

²²⁹ Civ. 2è, 27 juin 1990, Bull. civ., II, n°147; R.T.D. civ.1991, p. 164, obs. de R. PERROT.

²³⁰ J. MIGUET, art. préc. p. 459 et suiv.

remonter jusqu'à l'époque romaine²³¹ il faut dire que le régime de tels recours, qui intéressait d'ailleurs moins la cassation que l'appel, était identique devant le juge civil et le juge administratif.

Avant 1942, la difficulté en procédure civile variait suivant que le jugement concerné était un jugement provisoire ou un jugement d'instruction.

Dans le premier cas, il n'y avait aucune difficulté puisque le recours était admis. Dans le deuxième cas en revanche, la distinction était faite entre les jugements préparatoires et les jugements interlocutoires²³². Etait alors appliqué l'art. 451 de l'ancien code de procédure civile qui prescrivait qu'on ne pouvait faire appel d'un jugement préparatoire qu'après le jugement définitif et conjointement avec l'appel de ce jugement.

²³¹ A l'époque romaine déjà, une distinction semble-t-il se faisait entre la "sententia" qui désigne le jugement mettant fin au litige, et les "interlocutiones" qui sont les mesures prises par le juge au cours de l'instance. Cf. sur ce point G. DURRY, les jugements dits mixtes, R.T.D. civ.1960, p.6 ; S. DURFORT, Thèse préc., p. 187, n° 318.

²³² Alors que les jugements préparatoires sont définis comme ceux " rendus pour l'instruction de la cause et qui tendent à mettre le procès en état de recevoir jugement définitif ", les jugements interlocutoires sont ceux " rendus lorsque le tribunal ordonne, avant dire droit, une preuve, une vérification ou une instruction qui préjuge le fond ". art. 452 ACPC

160. Ce régime de recours, fondé sur la distinction entre jugements préparatoires et jugements interlocutoires, va être vite transposé aux conseils de préfecture par une loi du 22 juillet 1889.

Selon l'article 60 de cette loi, "les dispositions du code de procédure civile relatives à l'appel des jugements préparatoires et interlocutoires sont applicables aux recours formés contre les décisions des conseils de préfecture". Juge civil et juge administratif vont appliquer à la lettre les textes des articles 451 et 452 de l'ancien code de procédure civile.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat déclare irrecevable l'appel interjeté contre un arrêté du conseil de préfecture qui s'est contenté de prescrire une mesure d'instruction sans préjuger le fond.²³³ Les juridictions d'ordre civil adoptèrent naturellement les mêmes solutions.

Inversement, le recours contre le jugement interlocutoire c'est-à-dire celui qui préjuge le fond était déclaré recevable. Dans ce cas également le juge administratif admit comme son homologue judiciaire que le justiciable avait néanmoins le choix entre l'appel immédiat ou l'appel joint à celui qui sera exercé contre l'arrêté ou le jugement sur le fond.

²³³ V. C.E. 14 mai 1926, Ministre de la guerre, Rec. p.500 ; 3 juin 1927, Ministre des travaux publics, Rec. p.654 ; 23 janvier 1930, ville de Béziers, Rec. p.97.

Toutefois l'application de cette théorie suscita beaucoup de problèmes. Le principal obstacle résidait en effet dans la détermination de ce qui est interlocutoire et de ce qui ne l'est pas. Comme le dit si bien M. DEBOUY, " si la différenciation est aisée en théorie, elle présente de grandes difficultés en pratique " ²³⁴.

161. Cette situation qui eut pour conséquence majeure l'accroissement du contentieux finit par avoir raison du régime alors en vigueur. Ainsi le législateur intervint par une loi du 23 mai 1942 pour modifier l'article 451 du code de procédure civile et libéraliser le régime des recours afin de simplifier le système en vigueur. A partir de cette nouvelle disposition, "tout jugement avant dire droit pourra être frappé d'appel avant le jugement définitif".

Les juges civils allaient construire leur jurisprudence en application de la nouvelle loi. ²³⁵.

²³⁴ V. Christian DEBOUY, Du nouveau pour l'appel des jugements avant dire droit, préc.

²³⁵ Cet appel était toutefois soumis à une réglementation particulière à savoir que le délai d'appel était de 15 jours ; l'acte d'appel pouvait être signifié à domicile élu, à peine de déchéance ; la juridiction d'appel devait être saisie dans le mois par simple acte ; dans le même délai, le recours devait faire l'objet d'une déclaration au greffe, la juridiction d'appel devait statuer au plus tard dans le mois de la saisine, si l'intimé faisait défaut, la décision était réputée contradictoire.

Le Conseil d'Etat appliqua les mêmes solutions conformément à l'art. 60 de la loi de 1889 qui était toujours en vigueur.²³⁶

162. Poursuivant leur évolution, les règles de procédure civile vont connaître un nouveau changement. Le législateur, semble-t-il, regrettait d'avoir été trop libéral en 1942²³⁷. Cette fois, c'est le pouvoir réglementaire qui allait renier la solution retenue en 1942 et qui était pourtant destinée à mettre fin à la difficulté de distinction entre l'interlocutoire et le préparatoire. C'est ainsi que suivant l'art. 88 du décret du 28 août 1972, sauf dans les cas spécifiés par la loi, les jugements avant dire droit ne sauraient plus être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond. L'article 87 du même décret admettait en revanche l'appel immédiat contre les jugements mixtes.

²³⁶V. C.E. 15 juillet 1957, Ville de Strasbourg, A.J.D.A.1958, II, 20 où le Conseil d'Etat a déclaré recevable l'appel immédiat contre un jugement préparatoire conformément aux conclusions du commissaire de Gouvernement GREVISSE dont il ressort explicitement que la fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité de l'appel "n'est pas fondée puisque depuis que l'article 451 du code de procédure civile, applicable devant les tribunaux administratifs, a été modifié par la loi du 23 mai 1942, tout jugement avant dire droit peut être frappé d'appel avant le jugement définitif "

A vrai dire, la solution avait déjà été consacrée par le Conseil d'Etat le 1^{er} octobre 1954 dans l'affaire Algérie c. Ville d'Alger, cité supra, p.83, note n°151

²³⁷ J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, op. cit., p.740, n° 1206

Ces textes qui vont devenir les art. 544 et 545 du nouveau code de procédure civile disposent l'un que "les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal ", et l'autre que " les autres jugements ne peuvent être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi".

163. L'arsenal juridique ainsi constitué a été complété par le décret du 17 décembre 1973 qui a instauré les articles 150 et 272 du nouveau code de procédure civile. Mais des signes de dissension ne tardèrent pas à se faire jour. Ils eurent pour conséquence le divorce d'un mariage pourtant raisonnable.

Toutes les évolutions postérieures du nouveau code de procédure ne sont pas passées inaperçues en procédure administrative ; mais celle-ci y devenait de moins en moins réceptive²³⁸. On pouvait encore y voir une simple " séparation de corps " si la confirmation du divorce n'était venue des textes. Une fois encore, c'est le pouvoir réglementaire qui en a pris l'initiative. En effet, par décret du 13 juillet 1973²³⁹, l'article 60 de la loi du 22 juillet 1889 rendant applicables en matière administrative les articles 451 et 452 de l'ancien code de procédure civile est abrogé. Le code des tribunaux administratifs admit alors le principe de l'appel contre tout jugement (art. R. 191. CTA)²⁴⁰ et que sauf disposition contraire, le délai d'appel est de deux mois (art. 192 CTA).

²³⁸ Déjà au lendemain de la loi de 1942, un début de divergence était perceptible entre juge judiciaire et juge administratif sur le point de savoir si l'appel immédiat était une simple possibilité ou une contrainte. Alors que le juge judiciaire y voyait une simple faculté en ce sens que les parties peuvent attendre et faire appel conjointement avec le jugement définitif (Civ.2^e , 25 mars 1965, J.C.P. 1965, II, 14356, note de D. G.), le Conseil d'Etat considérait en revanche que l'appel doit être exercé dans le délai de deux mois à compter de la notification du jugement avant dire droit (C. E., Sect. 10 avril 1964, RABONI, Rec., p. 214)

²³⁹ Décret n°683 du 13 juillet 1973 portant codification des textes réglementaires applicables aux tribunaux administratifs.

²⁴⁰ Ces deux textes correspondent aujourd'hui respectivement aux articles R.228 et R.229 du C.T.A.C.A.A.

164. Apparaît ainsi une nette opposition des deux systèmes, le juge administratif refusant désormais de suivre le juge civil dans les pistes tracées par le nouveau code de procédure civile dont le décret du 29 août 1984 est venu prendre le contre-pied. Empreint d'un libéralisme manifeste, le texte reporte la date d'expiration du délai d'appel contre "le jugement avant dire droit, qu'il tranche ou non une question au principal" jusqu'à l'expiration du délai contre le jugement sur le fond.

Dans le même temps ou du moins un peu avant²⁴¹ en procédure civile, les dispositions des articles 544 et 545 concernant l'appel ont été transposées au pourvoi en cassation.

165. On peut à travers cette évolution, se rendre compte que la spécificité de la juridiction administrative n'a pas empêché la procédure civile et la procédure administrative d'adopter pendant un certain temps un régime unitaire au regard des jugements avant dire droit. Avec les différentes évolutions de la juridiction administrative et a fortiori les derniers rapprochements des deux ordres de juridictions, la

²⁴¹ Décret n° 79 - 941 du 7 novembre 1979, portant réforme de la procédure en matière civile devant la Cour de cassation et modifiant certaines dispositions de procédure civile.

dualité de juridictions apparaît plus que jamais comme une justification battue en brèche. Cela signifie que les raisons de l'opposition doivent être recherchées ailleurs. Seraient-elles liées à la notion même du jugement avant dire droit dont l'analyse révèle toute l'ambiguïté ?

CHAPITRE 2

LA NOTION DE JUGEMENT AVANT DIRE DROIT: UNE NOTION AMBIGUË.

166. Qu'est-ce qu'un jugement avant dire droit ? La question d'apparence banale soulève de sérieuses difficultés. En effet, les textes du nouveau code de procédure civile et du code des tribunaux et Cours administratives d'appel qui refusent ou admettent les recours immédiats contre les jugements avant dire droit²⁴² ne définissent pas à vrai dire cette catégorie de jugement.

Il faut cependant, pour en avoir une idée, recourir aux articles 482 et suivants du nouveau code de procédure civile. Selon ce texte, "le jugement qui se borne, dans son dispositif, à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée".

²⁴² Voir pour le N.C.P.C. les articles 544, 545, 606, 607, 608 et pour le C.T.A.C.A.A. les art.R.228 et R.229.

Il est adopté par la doctrine comme une définition générale du jugement avant dire droit²⁴³. Si aucune disposition semblable ne se retrouve dans le code des tribunaux et Cours administratives d'appel, le Conseil d'Etat paraît partager la même conception en admettant que de tels jugements n'ont pas autorité de la chose jugée²⁴⁴.

On se gardera toutefois de conclure que la notion de jugement avant dire droit est sans équivoque. Confrontée à la réalité, elle est plus ambiguë et montre des limites révélant une absence de définition générale (Section 1) qui semble se traduire par l'émergence d'une conception nouvelle du jugement avant dire droit en matière administrative (Section 2).

SECTION 1 : L'ABSENCE D'UNE DEFINITION GENERALE DU JUGEMENT AVANT DIRE DROIT.

167. L'absence d'une définition générale de la notion de jugement avant dire droit doit être étudiée à travers les limites de l'article 482 du nouveau code de procédure civile (I) et les incertitudes qui caractérisent la distinction entre le jugement avant dire droit et le jugement sur le fond (II).

²⁴³ V. MM. VINCENT et GUINCHARD, Procédure civile, op. cit., n° 1203

²⁴⁴ C.E., Section, 17 mars 1995, Ministre de l'éducation nationale et de la culture C. MM. RANIERI et JOUANNEAU, RFDA1995, p.1138, Concl. M. AGUILA

I- LES LIMITES DE L'ARTICLE 482 DU NOUVEAU CODE DE PROCEDURE CIVILE.

168. L'article 482 du nouveau code de procédure civile qui est toujours présenté comme celui qui définit le jugement avant dire droit ne vise explicitement que le jugement qui " se borne dans son dispositif, à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ".

Or, en pratique, certaines décisions qui ne sont pas visés par ce texte, obéissent au régime des jugements avant dire droit. De ce point de vue, l'article 482 adopte une conception restrictive qui apparaît insuffisante pour cerner la notion qu'elle définit. Il présente en outre la faiblesse de saisir le jugement avant dire droit par ses effets. Ce sont ces deux points qu'il convient de développer.

A- La conception restrictive du jugement avant dire droit.

169. En disposant que " le jugement qui se borne dans son dispositif à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée ", le texte de l'article 482 indique simplement qu'il existe deux catégories de jugement avant dire droit, suivant qu'ils ont été rendus pour préparer l'instance principale (jugement d'instruction) ou pour sauvegarder ou protéger l'intérêt des parties ou de l'une d'elles pendant le temps du procès (jugement provisoire²⁴⁵).

²⁴⁵ Précisons de suite que cette qualification ne désigne pas ici les jugements provisoires par nature.

Cette définition fonctionnelle du jugement avant dire droit, relayée par la doctrine civiliste est largement partagée en procédure administrative.

Ainsi, dans la classification des décisions juridictionnelles administratives, le jugement avant dire droit est considéré comme celui ayant pour but " d'ordonner des mesures provisoires... ou des mesures d'instruction destinées à permettre au juge de prononcer le jugement définitif dans des conditions éclairées " ²⁴⁶.

Une telle conception conduit naturellement à ne considérer comme tels, que les jugements qui dans leur dispositif, ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire.

170. La question peut alors se poser de savoir s'il ne résulte pas de l'article 482 une vision restrictive de cette catégorie de jugement. Autrement dit, est-t-il exact de ne considérer comme jugements avant dire droit que ceux qui ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ?

Le doute à cet égard est effectivement permis et, l'exemple le plus saisissant résulte de la situation pour le moins ambiguë des jugements de sursis à statuer.

Au sens de l'article 378 du nouveau code de procédure civile, la décision de sursis à statuer est une décision qui " suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine ". Une telle décision qui sans trancher aucun point de la question litigieuse soumise au juge, suspend l'instance au cours de laquelle elle est rendue peut-elle être considérée comme un jugement avant dire droit alors même qu'elle n'ordonne ni une mesure d'instruction, ni une mesure provisoire ?

²⁴⁶ C. DEBBASCH et J.-C. RICCI, op. cit., n°609, p.436.

La réponse à la question n'est pas évidente quand on sait que la nature juridictionnelle même de la décision de sursis à statuer a suscité une controverse en jurisprudence. En effet, avant le nouveau code de procédure civile, le problème a déjà donné lieu à de sérieux doutes au sein même de la plus haute juridiction judiciaire. Ainsi, alors que la troisième chambre civile décidait que **" les décisions qui tranchent un litige sont les seuls actes de l'autorité judiciaire contre lesquels un pourvoi est recevable ; que, sauf lorsque la loi en dispose autrement, l'acte par lequel il a été décidé de surseoir à statuer est dépourvu de ce caractère; que dès lors, la décision attaquée n'était pas susceptible de pourvoi en cassation "**²⁴⁷, la chambre commerciale pour sa part approuvait une Cour d'appel d'avoir admis la recevabilité de l'appel **"après avoir rappelé qu'il est de principe qu'en toute matière, l'appel est de droit à moins qu'un texte légal n'interdise cette voie de recours ordinaire"**²⁴⁸.

En invoquant ainsi le caractère ordinaire de la voie d'appel, la chambre commerciale prenait implicitement ses distances avec la troisième chambre civile car, comme l'avait souligné M. RAYNAUD, la motivation de la troisième chambre civile, tirée de la nature de l'acte attaqué, aurait pu être utilisée pour écarter l'appel²⁴⁹.

171. Depuis l'avènement du nouveau code de procédure civile qui a adopté de nouvelles dispositions concernant la décision de sursis à statuer, la doctrine fait remarquer que la décision de sursis à statuer est plus proche du jugement

²⁴⁷ Civ ; 3^e 19 décembre 1970, J.C.P.1971, IV, éd. Avoués, n°5884, obs. J.A.

²⁴⁸ Com. 4 janvier 1971, mêmes références.

²⁴⁹ R.T.D.Civ.1971, p.426 et suiv.

avant dire droit que de la mesure d'administration judiciaire²⁵⁰. On aurait pu penser alors que tout doute était dissipé sur la question. Mais il n'en a rien été puisque dans un arrêt du 2 octobre 1984 la cour de cassation décide :
" Attendu que l'arrêt attaqué après avoir condamné une autre partie à démolir les constructions qu'elle avait édifiées sur son lot en violation de l'article 9 du cahier des charges du lotissement, se borne, en ce qui concerne la demande de même nature... et après avoir relevé qu'il n'y avait pas lieu d'organiser dès maintenant une mesure d'instruction, à ordonner la mise en cause de tiers et à enjoindre à la société civile immobilière Deauville de produire divers documents ; que le pourvoi en cassation formé par la société contre cette décision, qui prescrit des mesures d'administration judiciaire et surseoit à statuer au fond jusqu'à leur exécution, est dès lors irrecevable "²⁵¹.

172. La troisième chambre civile n'est d'ailleurs pas la seule à persister à dénier aux décisions de sursis à statuer la nature juridictionnelle. Elle sera suivie en cela par la chambre sociale en des termes significatifs dans un arrêt du 3 février 1986 : **" Mais attendu d'une part, que les juges d'appel ont relevé que les parties avaient demandé au Conseil de Prud'hommes la suspension de l'instance jusqu'à la décision à intervenir sur la poursuite pénale dirigée contre monsieur MANCEAU, laquelle était susceptible d'influer sur le litige les opposant, et qu'ils ont considéré à bon droit que**

²⁵⁰ SOLUS et PERROT, Droit judiciaire privé, op. cit. n°1118.

²⁵¹ Civ. 3^e, 2 octobre 1984, Bull. Civ. III, n°157 ; R.T.D.Civ.1985, 618, obs. crit. R. PERROT.

cette mesure d'administration judiciaire avait pu faire l'objet d'une mention au registre d'audience..."²⁵²

Il est vrai que ces arrêts ont quelque chose de paradoxal dans leur affirmation car, il est tout de même difficile de soutenir qu'une décision dont l'appel peut être autorisé par le président de la Cour d'appel (article 380 du nouveau code de procédure civile), soit identifiée à une mesure d'administration judiciaire par nature insusceptible de tout recours (article 537 du nouveau code de procédure civile)²⁵³.

173. Ces remarques n'impliquent pas vraiment que la décision de sursis à statuer est un jugement avant dire droit si l'on ne se réfère à d'autres dispositions qu'à celles de l'article 482. Autrement dit, le rapprochement du régime de la décision de sursis à statuer avec celui du jugement ordonnant une expertise ne suffit pas à qualifier la décision de sursis à statuer de jugement avant dire droit si l'on s'en tient au contenu de l'article 482.

A vrai dire, les textes eux-mêmes ne facilitent pas une lecture claire de la nature de la décision de sursis à statuer. Au regard des voies de recours, on admet volontiers que la décision de sursis à statuer est régie en principe par l'article 545 du nouveau code de procédure civile et que ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'elle peut être susceptible de recours. Ce qui est tout à fait normal dans la mesure où la décision de sursis à statuer correspond à la catégorie des " autres jugements " de ce texte c'est-à-dire, par rapport à l'article 544 du même code, ceux qui sans trancher aucune partie du principal, ne mettent pas fin à l'instance.

²⁵² Soc.3 février 1986, Bull. Civ. V, n°3.

²⁵³ R. PERROT, R.T.D.Civ.1985, 618

Cependant, on cherchera en vain dans la définition de la catégorie visée une place à la décision de sursis à statuer.

174. En matière administrative en revanche, on ne connaît pas un flottement aussi important dans la mesure où le Conseil d'Etat est resté constant dans l'admission des recours contre la décision de sursis à statuer.

Cette situation de nature à favoriser une meilleure lecture permet à la doctrine moderne de définir les jugements avant dire droit comme ceux qui "prescrivent soit une mesure d'instruction, soit une mesure provisoire ou bien sursoient à statuer et renvoient une question préjudicielle à l'autorité compétente"²⁵⁴.

La définition a le mérite de clarifier la situation des décisions de sursis à statuer; mais le droit ne gagnerait-il pas en consacrant une définition plutôt conceptuelle²⁵⁵ que fonctionnelle du jugement avant dire droit. Il y a des raisons de le penser, mais en attendant, le texte de l'article 482 du nouveau code de procédure civile comporte d'autres faiblesses qui méritent d'être signalées.

B- Le jugement avant dire droit saisi par ses effets.

175. Considérée comme l'un des effets processuels de la décision juridictionnelle²⁵⁶, l'autorité de la chose jugée est l'une des notions les plus importantes du droit judiciaire. A

²⁵⁴ R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, op.cit.n°770, p.690.

²⁵⁵ Infra, n°411 et suiv. sur les éléments d'une telle définition.

²⁵⁶ V. notamment J. HERON, Droit judiciaire privé, op. cit., p.208, n° 283 et suiv.

ce titre, elle a déjà fait l'objet de nombreuses études²⁵⁷ parfois controversées.²⁵⁸ En droit positif cependant, il est généralement admis que l'autorité de la chose jugée est "un attribut conféré par la loi aux actes juridictionnels afin d'assurer l'immutabilité de la vérification juridictionnelle et d'interdire le renouvellement des procès"²⁵⁹. On ne saurait pour autant en conclure que toutes les difficultés liées à la notion sont totalement aplanies. Dès lors, on perçoit déjà les problèmes que pourrait poser une définition de la décision juridictionnelle basée essentiellement sur l'autorité de la chose jugée.

176. C'est pourtant ce que fait l'article 482 du nouveau code de procédure civile lorsqu'il dispose que "le jugement qui se borne, dans son dispositif, à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée". S'il est admis que ce texte constitue une définition du jugement avant dire droit, il faut peut-être convenir qu'elle n'est pas d'une netteté absolue. En effet, le texte précise seulement que ledit jugement n'a pas, au principal, autorité de la chose jugée.

²⁵⁷ Par ex. D. TOMASIN, Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, L.G.D.J., 1975; J. FOYER, De l'autorité de la chose jugée. Essai d'une définition, L.G.D.J. 1968; R. PERROT et N. FRICERO, Autorité de la chose jugée, J.-Cl. Proc. Civ 1998, fasc. 554. G. DEVOLVE, Chose jugée, Rép. Cont. Adm.; Dualité de juridiction et autorité de la chose jugée, R.F.D.A., 1990, p. 792;

²⁵⁸ V. sur ce point D. TOMASIN qui fournit une synthèse intéressante des différentes opinions doctrinales sur la notion d'autorité de la chose jugée, op. cit., n° 125 et suiv.

²⁵⁹ R. PERROT et N. FRICERO, Autorité de la chose jugée, J.-Cl. Proc. civile, préc.

En saisissant ainsi le jugement avant dire droit par l'un de ses effets processuels, l'article 482 apparaît d'ailleurs plus comme une définition négative du domaine de l'autorité de la chose jugée qu'une définition du concept même du jugement avant dire droit. Dans ce sens, le texte signifie que les jugements qu'il vise n'ont pas autorité de la chose jugée au principal. C'est dans la même orientation que l'existence d'un "jugement définitif sur le fond" est rangée parmi les conditions pour qu'une décision juridictionnelle soit revêtue de l'autorité de la chose jugée²⁶⁰. Mais que signifie précisément cette absence d'autorité ? Pour répondre, la règle mérite d'être précisée à un double point de vue.

177. D'abord, l'absence d'autorité doit être relativisée car on considère de plus en plus que le jugement avant dire droit n'est pas dépourvu de toute autorité (1).

Ensuite, le domaine d'application de la règle telle qu'elle résulte de l'article 482 doit être limité au jugement qui se borne à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire. A contrario lorsque le jugement ne se borne pas à cette fonction préparatoire ou provisoire, l'article 482 ne serait donc plus applicable. Un tel jugement serait alors doté, au moins en partie, de l'autorité de la chose jugée; mais encore faut-il, à ce moment, localiser cette autorité. L'article 482 contient une indication selon laquelle cette autorité devrait se limiter au contenu du dispositif. Dans la pratique cependant, la question n'est pas toujours facile à régler (2).

²⁶⁰ R.PERROT et N. FRICERO, J.-Cl. Proc. civile, préc.

1- La relativisation de l'absence d'autorité de la chose jugée.

178. L'absence d'autorité de la chose jugée du jugement avant dire droit est une règle très ancienne à laquelle la jurisprudence des deux ordres de juridiction reste fermement attachée²⁶¹. L'article 482 ne serait donc que la traduction légale d'un principe déjà éprouvé par la tradition judiciaire. Il faut d'ailleurs y voir l'illustration de ce que l'autorité de la chose jugée est conférée à la décision juridictionnelle par la loi. Si l'autorité de la chose jugée est intrinsèquement liée à l'acte juridictionnel (seul celui-ci peut être doté d'une telle autorité), la vérification juridictionnelle n'est pas par elle-même pourvue de cette autorité. En l'occurrence, c'est l'article 482 qui déciderait donc que le jugement avant dire droit n'est pas pourvu de l'autorité de la chose jugée.

179. En matière civile, le nouveau code de procédure civile a opté pour la perpétuation de ce principe dans son article 482 et la Cour de cassation veille strictement à l'application de ce texte²⁶². Si l'on ne dispose pas d'un texte comparable en matière administrative, la jurisprudence du Conseil d'Etat est constante dans le refus d'une autorité au jugement avant dire droit²⁶³.

²⁶¹ Par ex., en matière administrative: C.E., 8 nov. 1940, Administration des chemins de fer d'Alsace et de Lorraine, Rec., p.201; 17 février 1965, Ville de Sarcelles C. LABILLE, Rec., p.117. En matière civile: Req. 25 mars 1872, D.P.1872, 1, 416; 13 déc. 1933, D.H.1934, 99; Cass. Ch. Réunies, 19 mai 1965, D.1965, 485, note P. P.

²⁶² Par exemple, Civ. 2^e, 24 janvier 1988, J.C.P.1989, II, 21189, note LE MINTER-FEUILLET ; Civ. 3^e, 10 Avril 1991, Bull. civ. III, n°115.

²⁶³ Par exemple, C.E., Ass. 29 mai 1981, RDP1981, 1707

La conséquence pratique de la règle est que ni les parties, ni le juge ne peuvent se prévaloir d'aucune disposition du jugement avant dire droit sur le fond du litige; selon la formule de MM. SOLUS et PERROT "on ne peut en tirer aucun préjugé définitif et ... la juridiction saisie de l'affaire conserve une entière liberté d'appréciation"²⁶⁴.

Ainsi, quel que soit le résultat d'une mesure d'instruction, le juge garde la liberté de statuer comme bon lui semble. Dans un arrêt qui illustre parfaitement cette situation, la Cour de Cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt d'une Cour d'appel qui avait admis que le juge n'était pas tenu par les résultats d'une mesure d'instruction qu'il avait lui-même ordonnée.²⁶⁵

180. Du reste, le jugement avant dire droit, du fait qu'il ne dessaisit pas le juge qui l'a rendu, peut être modifié, complété et même révoqué au gré des circonstances et ce, en dehors de l'exercice des voies de recours. Dans le même sens, le Conseil d'Etat considère que le juge peut ordonner le reversement d'une somme qui n'avait été accordée qu'à titre de provision²⁶⁶.

La Cour de cassation estime même que le juge qui a ordonné une mesure d'instruction pouvait, sans attendre l'exécution de cette mesure, statuer immédiatement sur le fond de l'affaire s'il s'estimait suffisamment informé et ce, même si l'une des parties réclame l'exécution de la mesure prescrite²⁶⁷. Il s'agit donc d'un principe qui ne souffre

²⁶⁴ H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, op. cit. n°743

²⁶⁵ Cass. Soc. 16 décembre 1976, Bull. Civ. V, n°679

²⁶⁶ C.E, Sect., 28 février 1958, STE financière et industrielle des pétroles, Rec., p.133

²⁶⁷ Cass. Civ.3^e 9 novembre 1977, Bull. Civ. III, n°383

aucune discussion devant les deux ordres de juridictions. Pourtant, la règle est fortement relativisée au moins à un double point de vue.

181. D'abord on considère qu'il ne peut pas sans "tort"²⁶⁸ être soutenu que le jugement avant dire droit ne produit aucun effet. L'opinion correspond à une lecture stricte de l'article 482 qui ne refuse au jugement avant dire droit qu'une autorité "au principal". L'analyse de la jurisprudence montre d'ailleurs que le jugement qui ordonne par exemple une mesure d'instruction est doté d'une certaine autorité dans la mesure où en principe, la juridiction qui ordonne une mesure d'instruction ne peut pas en même temps statuer sur le fond du litige, sauf si la mesure prescrite se révèle par la suite inutile.

De même, à moins de la survenance d'un fait nouveau contraignant le juge à la modification voire à la révocation d'un jugement provisoire, on ne peut modifier les mesures ordonnées par celui-ci.

182. Ensuite, la règle ne s'applique que lorsque la décision du juge a eu exclusivement pour objet d'ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire. Par conséquent, si en ordonnant par exemple une mesure d'instruction le tribunal tranche un point de la contestation, aussi minime soit-il, sa décision cesse d'être exclusivement avant dire droit et acquiert une mixité qui lui confère alors l'autorité de la chose jugée relativement à la question litigieuse tranchée²⁶⁹.

²⁶⁸ Y. BOSQUET, Jugements avant dire droit, J-C1 proc. Civ. Préc. n°6

²⁶⁹ Cass. Civ. 1^{ère} octobre 1979, Bull. Civ. I, n°243 ; Soc. 7 février 1980, Bull. Civ. V, n°131

183. On voit bien à travers ces deux points, qu'à côté du principe affirmé qui est l'absence d'autorité des jugements avant dire droit, il y a une volonté de relativisation qui permet parfois d'atténuer les conséquences du principe là où le besoin se fait sentir. Toutefois, sur les deux points évoqués, l'entreprise de relativisation pose parfois d'énormes difficultés.

Concernant le premier point, la difficulté au moins d'ordre théorique, réside, après avoir admis que le jugement avant dire droit n'est pas dépourvu de toute autorité, dans la détermination de la nature de cette autorité. De quelle autorité dispose un jugement avant dire droit ? Les textes ne permettent pas de répondre à cette question car l'article 482 refuse seulement l'autorité au principal, mais ne précise pas quelle est l'autorité qu'il convient de reconnaître à ce jugement.

184. L'état du droit en revanche tel que nous venons de le montrer, notamment la jurisprudence, permet d'esquisser quelques hypothèses qui peuvent contribuer à préciser la nature de l'autorité des jugements avant dire droit. Dans cette perspective, rappelons que la décision juridictionnelle en tant que telle produit deux sortes d'effets dont les uns sont d'ordre procédural et les autres en rapport avec le droit substantiel des parties. Dans le premier cas, on range l'autorité de la chose jugée et le

dessaisissement alors que dans le deuxième cas, on parle de l'efficacité substantielle de la décision juridictionnelle²⁷⁰.

Mais, on sait aussi qu'il arrive qu'une décision juridictionnelle ne dispose que de l'un seulement de ces deux types d'effet²⁷¹.

Il s'agit alors pour nous de vérifier si l'effet reconnu au jugement avant dire droit malgré l'exclusion d'une autorité de la chose jugée au principal, relève de l'autorité de la chose jugée ou de l'efficacité substantielle dudit jugement. La question n'est pas simple et le moins est de remarquer qu'elle n'obtient pas une réponse unanime au sein de la doctrine. H. MOTULSKY parlait déjà à propos du décret du 13 octobre 1965, de "l'autorité de la chose jugée au provisoire"²⁷² qui interdirait au juge de modifier ou de rapporter une décision provisoire en l'absence d'un fait nouveau.

185. Plus récemment, l'idée est reprise de façon plus générale par M. CADIET qui à propos de l'autorité de la chose jugée estime qu' "au sein même de la catégorie des jugements contentieux, l'autorité de la chose jugée ne paraît pas devoir être réservée aux seules décisions définitives. Il faut en vérité nuancer.

²⁷⁰ Sur l'ensemble de la question, J. HERON, Droit judiciaire privé, n°273 et suiv. ; également J. VINCENT et S. GUINCHARD, procédure civile, op. cit. p.162 n°171

²⁷¹ J. HERON, ibidem.

²⁷² H. MOTULSKY, La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès, in Etudes et notes de procédure civile , op. cit. p .130 et suiv.

En premier lieu, il résulte de l'article 482 que les jugements avant dire droit n'ont pas, au principal, autorité de la chose jugée. Cette règle n'interdit pas cependant de reconnaître à ces décisions une autorité de la chose jugée avant dire droit ou au provisoire, du moins en tant que la décision ordonne une mesure provisoire "²⁷³

Dans le prolongement de la même idée, MM. VINCENT et GUINCHARD écrivent également à propos de l'article 482 et donc des jugements avant dire droit, qu'" à y regarder de plus près, on constate que toute autorité de la chose jugée ne leur est pas retirée : ces textes énoncent simplement que ces décisions n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée, ce qui signifie a contrario mais clairement, qu'elles possèdent cette autorité pour ce qui a été jugé avant dire droit "²⁷⁴.

Il existe donc un mouvement de relativisation de l'article 482 qui s'appuie sur le même texte interprété a contrario, reconnaissant ainsi au jugement avant dire droit une autorité de la chose jugée. Il est vrai que l'interprétation a contrario de l'article 482 force à l'admission d'une telle position. En effet, en ne privant le jugement avant dire droit que d'une autorité de la chose jugée au principal, le texte donne à penser à une dualité de l'autorité de la chose jugée qui pourrait alors être séparée en autorités au principal et avant dire droit.

186. Cette partition de l'autorité de la chose jugée appelle néanmoins quelques réserves. Elle a pour conséquence de doter d'autorité ces jugements, contrairement à l'opinion

²⁷³L. CADIET, Droit judiciaire privé, op. cit. , n°1105

²⁷⁴ Procédure civile, op. cit. p.183, n°196

communément admise en droit judiciaire qui réserve cette autorité aux seules décisions juridictionnelles ayant tranché définitivement au moins une partie de la contestation soumise au juge. Or, lorsque le juge ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, il se donne les moyens de trancher le litige ou en attendant de le faire, protège les droits de l'une des parties. Dans ces circonstances, après qu'ait été ordonnée une telle mesure, le litige reste entier c'est-à-dire tel qu'il a été soumis au juge par les parties.

187. Par ailleurs, une telle interprétation n'explique pas comment le juge qui a ordonné une mesure d'instruction ou une mesure provisoire a le pouvoir en cas de circonstances nouvelles, de modifier, compléter ou même de rapporter sa décision !

Certes, nous comprendrons qu'il s'agisse là d'une politique judiciaire qui laisse au juge la fonction qu'aurait pu avoir l'exercice d'une voie de recours. On sait en effet qu'en matière civile, l'exercice des recours contre le jugement avant dire droit, sauf exception, est différé jusqu'au jugement sur le fond.

Or, qu'il ait ordonné une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, le jugement avant dire droit a besoin, afin de remplir efficacement sa fonction, d'être exécuté rapidement. Laisser au juge la possibilité de modifier ou même de rapporter sa décision constitue alors un palliatif nécessaire pour éviter de consacrer, au moins en fait, une irrévocabilité de ces jugements.

Il reste toutefois que l'article 483 dispose sans ambiguïté possible que " le jugement avant dire droit ne dessaisit pas

le juge ". Or, le propre de l'autorité de la chose jugée est précisément de dessaisir le juge de sorte que sa décision ne puisse être remise en cause que par l'exercice des voies de recours. Il est difficile de saisir comment l'autorité de la chose jugée, fut-elle avant dire droit, pourrait échapper de la sorte à la règle du dessaisissement. Dans ces conditions, on peut légitimement se demander si l'autorité dont dispose le jugement avant dire droit ne relève pas d'autre chose que de l'autorité de la chose jugée.

188. Nous pensons alors au deuxième effet de la décision juridictionnelle, c'est-à-dire son efficacité substantielle. A priori, il peut sembler paradoxal qu'un jugement avant dire droit qui par nature ne touche pas à la question litigieuse, puisse avoir un quelconque effet sur le droit substantiel des parties. Mais, ce raisonnement a bien été appliqué aux ordonnances de référé qui, comme les jugements avant dire droit, n'ont pas au principal, l'autorité de la chose jugée²⁷⁵. Ainsi, lorsque le juge au cours d'une instance ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, ce jugement avant dire droit s'impose aux parties. A ce titre, de même qu'une mesure attribuant la garde d'un enfant ou une provision à l'un des époux en instance de divorce, une enquête par exemple légitime une atteinte à l'intimité des parties concernées.²⁷⁶.

²⁷⁵ J. HERON, Droit judiciaire privé, op. cit. n°279.

²⁷⁶ Sur cette efficacité V.C. BLERY, L'efficacité substantielle des jugements civils, thèse Caen 1994, p.284 et suiv.

Cette conception nous semble préférable parce qu'elle évite le problème du dessaisissement, même si en jurisprudence, on s'en tient à l'autorité de la chose jugée. Quoiqu'il en soit, lorsque la chose jugée est reconnue au jugement avant dire droit, elle doit être limitée à son dispositif.

2/ La limitation de la chose jugée au dispositif.

189. La limitation de la chose jugée au dispositif résulte d'une vieille tradition jurisprudentielle qui considère que l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'au dispositif de la décision juridictionnelle²⁷⁷. Malgré cette affirmation, la règle ne se voulait pas absolue puisqu'en affirmant le principe de la localisation de la chose jugée dans le dispositif, la jurisprudence lui avait en même temps apporté un tempérament en reconnaissant une autorité à certains motifs.

²⁷⁷ C.E., 24 juin 1887, veuve VIDAL, D.P.1888, 5, 83 ; 26 janvier 1940, COURAJOUX, Rec. 33; Cass. Civ., 27 juillet 1890, D.P.1891, 1, 15; Req. 19 janvier 1938, D.P.1939,1, 51.

Les raisons de ce tempérament tenaient au fait que les motifs ne pouvaient pas être privés de toute autorité en tant qu'ils " jouent un rôle d'élucidation du dispositif " ²⁷⁸. Cette jurisprudence élaborée par les juridictions judiciaires a été intégralement suivie par les juridictions administratives, le Conseil d'Etat considérant lui aussi que " si en principe la chose jugée réside dans le dispositif des jugements, ce dispositif ne doit pas être envisagé, abstraction faite des motifs, lorsque ceux-ci peuvent seuls en déterminer la portée " ²⁷⁹.

190. L'application de la règle engendra néanmoins beaucoup de difficultés quant à la détermination de l'étendue de l'autorité de la chose jugée au point qu'un auteur a pu appeler à une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée ²⁸⁰. C'est précisément ce que se sont attachés à faire les auteurs du nouveau code de procédure civile dont l'œuvre à cet égard constitue l'aboutissement d'une " neutralisation " ²⁸¹ progressive de l'autorité des motifs.

²⁷⁸ Ch. DEBBASCH et J- Cl. RICCI , op. cit., p.457. Pour la traduction jurisprudentielle de ce tempérament, Req 7 mars 1876, S.1876, 1, 448 ; Civ. 29 avril 1907, D.P.1909, 6, 499.

²⁷⁹ C.E. 26 juillet 1912, Compagnie d'Orléans et du Midi c. l'Etat, D.P.1916, 3, 19 concl. RIBOULET.

²⁸⁰ H. MOTULSKY, Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée, D.S.1958, 1 ; Etudes et Notes de procédure civile, Dalloz, 1973, p.201

²⁸¹ L'expression est de D. TOMASIN qui retrace l'évolution réglementaire et jurisprudentielle en la matière, v. note sous Civ.1^{ère}, 1^{er} avril 1981, J.C.P.1982, II, 19897

Ainsi, adoptant un mécanisme juridique centré sur le dispositif, le nouveau code de procédure civile va exiger du juge "une parfaite maîtrise de sa plume"²⁸².

L'article 480 présenté comme "la pierre angulaire"²⁸³ du mécanisme dispose dans son premier alinéa que "le jugement qui **tranche dans son dispositif** tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, **l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche**" alors que l'article 482 qui concerne les jugements avant dire droit dispose lui que "le jugement qui **se borne , dans son dispositif**, à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire **n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée**".

L'intervention de ces textes change un peu les données de la question. Il ne s'agit plus de savoir si l'autorité de la chose jugée s'étend aux motifs, mais de déterminer désormais la portée des dispositions du nouveau code de procédure civile en la matière. En d'autres termes, les nouveaux textes interdisent- t - il de reconnaître autorité aux motifs quels qu'ils soient ?

191. La réponse n'est pas évidente, car s'il est vrai que rien ne permet de penser que les textes en localisant l'autorité de la chose jugée dans le dispositif ont entendu refuser toute autorité aux motifs²⁸⁴, on ne peut pas non plus

²⁸² J. NORMAND, La part des motifs dans la détermination de la chose jugée, R.T.D.Civ.1988, 386

²⁸³ E. DU RUSQUEC, note sous Civ.2° , 17 mai 1993, J.C.P.1993, II, 22162

²⁸⁴ J. HERON, Droit judiciaire privé, Op. cit. n°301

ignorer les objectifs du nouveau code qui étaient de mettre fin aux difficultés jurisprudentielles en la matière et d'éviter la multiplication des recours²⁸⁵.

Deux conceptions s'affrontent sur la question: on peut décider que l'autorité de la chose jugée ne s'attachera qu'au dispositif à l'exclusion de tout motif quel qu'il soit ou considérer que dans certaines circonstances, les motifs peuvent être dotés de l'autorité de la chose jugée.

Il a déjà été démontré en doctrine qu'aucune des deux solutions n'est "parfaite"²⁸⁶. La première conception encourt le grief de faire supporter par les plaideurs les maladroites de rédaction du jugement²⁸⁷ alors même que cette exigence formelle manquerait de compatibilité avec le caractère intellectuel et indivisible du jugement²⁸⁸.

La deuxième solution qui consisterait en réalité à l'adoption d'un critère "substantiel" n'est pas non plus exempte de tout reproche compte tenu des difficultés de détermination de l'étendue de la chose jugée auxquelles elle conduit inévitablement.

L'analyse de la jurisprudence dans l'application des nouveaux textes montre bien qu'en droit positif, la localisation de la chose jugée dans le dispositif est un principe acquis.

²⁸⁵ En ce sens, J. NORMAND, la part des motifs dans la détermination de la chose jugée, art. préc. ; E. Du RUSQUEC, note sous Civ.2^e, 17 mai 1993 ; préc.

²⁸⁶ V. R. PERROT et FICERO, J- cl. Procédure civ., préc.

²⁸⁷ Sur ce point J. NORMAND, R.T.D.Civ.1978, 187 ; R. PERROT, Cours de droit judiciaire privé, 1981, p.637

²⁸⁸ J.NORMAND, R.T.D.Civ.1978, préc. ; J. HERON, Droit judiciaire privé, op.cit.n°301.

Toutefois, l'appréciation de la portée véritable de la règle prête davantage à discussion.

a- Un principe acquis: la condamnation des motifs décisives.

192. La notion de motif décisive est une invention jurisprudentielle qui a permis de doter d'autorité certains motifs de la décision juridictionnelle. Il s'agit selon la doctrine, de motifs qui contiennent la décision que le juge aurait dû énoncer dans le dispositif de son jugement²⁸⁹.

Contrairement à ce qui se passe en matière de jugement sur le fond, la valeur des motifs présente un double intérêt pour les jugements avant dire droit en ce qu'elle permet de déterminer aussi bien le régime de recevabilité de l'appel et du pourvoi en cassation que l'étendue de l'autorité de la chose jugée.

193. En matière de détermination de l'étendue de l'autorité de la chose jugée, l'étude de la jurisprudence a déjà permis de mettre en évidence les difficultés rencontrées par les différentes formations de la Cour de cassation à dénier unanimement toute valeur aux motifs²⁹⁰. Cette situation résulte pour l'essentiel de l'ambiguïté des textes en la matière.

²⁸⁹ Cf. J. HERON, op. cit., p.300, n° 421

²⁹⁰ V. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, op. cit. p.745 ; J. NORMAND, La part des motifs dans la détermination de la chose jugée, R.T.D.Civ. 1988, 386 ; G. COUCHEZ (avec la collaboration de ...), Procédure civile, Dalloz 1998, n°1180

A cet égard, il y a lieu de rappeler que l'article 482 qui constitue le siège de la matière dispose que " le jugement qui se borne, dans son dispositif, à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée ". La lecture du texte n'est pas simple et, on faisait remarquer déjà " qu'il est suffisamment ambigu pour ne pas permettre une interprétation a contrario " ²⁹¹ Faut-il comprendre que lorsque le juge ordonne la mesure d'instruction ou la mesure provisoire dans les motifs plutôt que dans le dispositif de sa décision, celle-ci peut être revêtue de l'autorité de la chose jugée ? La tendance de la jurisprudence dans l'application du texte n'autorise pas cette interprétation et il convient donc à ce titre de relativiser l'ambiguïté du texte.

194. En réalité, l'article 482 ne peut être compris que s'il est rapproché de l'article 480 qui lui, opère une délimitation positive de l'autorité de la chose jugée en précisant les décisions qui en sont revêtues. Dans ces conditions, il est permis de penser que l'un de ces deux textes est l'interprétation a contrario de l'autre. Cette analyse oriente alors le texte dans le sens communément admis qu'il signifie que l'autorité de la chose jugée est limitée au dispositif de la décision juridictionnelle considérée.

Si avant le nouveau code de procédure civile, la jurisprudence n'hésitait pas à accorder autorité aux motifs décisifs, la solution doit être rigoureusement inverse sous l'empire du nouveau code de procédure civile. En effet, les dispositions de l'article 455 al.2 du nouveau code de procédure civile suivant lesquelles " le jugement énonce la

²⁹¹ D. TOMASIN, note sous civ.1^{ère}, 1^{er} avril 1981, J.C.P.1982, II, 19897

décision sous forme de dispositif " doit être compris comme condamnant l'existence même des motifs dits décisives²⁹².

Le texte signifie donc a contrario qu'en rendant son jugement, la décision du juge ne saurait figurer ailleurs que dans le dispositif. Et, si malgré la volonté des rédacteurs du texte à exiger du juge "la maîtrise de sa plume" celle-ci lui échappait tout de même, les articles 480 et 482 doivent permettre de refuser de reconnaître à sa décision autorité de la chose jugée puisque les deux textes limitent l'autorité de la chose jugée au dispositif.

195. La condamnation par le nouveau code de procédure civile des motifs décisives aussi bien dans leur existence que dans leur effet est donc claire et c'est bien ce qui justifie que la jurisprudence récente condamne fermement l'autorité des motifs décisives²⁹³. Il est vrai que la solution comporte quelques inconvénients mais elle a en marge du support textuel dont elle bénéficie, un double avantage.

²⁹² Même si on relève souvent l'insuffisance de ce texte en ce que l'exigence du dispositif n'est pas prescrite à peine de nullité du jugement considéré.

²⁹³ Par exemple Civ.2^e, 16 novembre 1983, Gaz. Pal.1984, Pan.72, obs. GUINCHARD ; Soc.11 juin 1987, Bull. V, n°386 ; V. aussi J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, op. cit.n°1213 et les références citées ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, op. cit. n°1106.

D'une part, l'unanimité s'est faite pour reconnaître que la solution qui consiste à revêtir d'autorité les motifs décisifs entraîne des incertitudes sur l'étendue de la chose jugée²⁹⁴. Plus grave encore, elle entraîne une multiplication des recours avec pour conséquence l'accroissement du contentieux précisément là où le législateur a entendu le limiter pour favoriser la célérité de la justice²⁹⁵. Or, le refus de l'autorité des motifs décisifs permet justement de rester fidèle au nouveau code de procédure civile dans sa lettre et son esprit, s'inscrivant ainsi dans " la logique pragmatique des textes qui, dans un souci de clarté et pour mettre un terme aux difficultés d'antan, ont imposé une conception extrêmement formaliste du domaine de la chose jugée"²⁹⁶.

D'autre part, cette solution garantit un minimum de sécurité juridique et s'inscrit en cela dans un souci de protection des parties. Comme l'a en effet si bien dit M. HERON, " le jugement a pour destinataire le justiciable et ce dernier

²⁹⁴ L. CADIET, Droit judiciaire privé, op. cit. p.578. n°1106 " la chose jugée serait incertaine s'il fallait la déceler dans les attendus du jugement ; la force particulière qui s'y attache impose qu'elle puisse être identifiée d'emblée " ; R. PERROT et N. FRICERO, Autorité de la chose jugée, op. cit., n°119 " ...Ce qui peut donc conduire à l'adoption d'un critère substantiel qui revient à rechercher ce que le juge a effectivement décidé, fût - ce dans les motifs. Malheureusement , les graves incertitudes qui pèsent alors sur l'étendue de la chose jugée amènent sans doute à rejeter ce critère... " ; J. NORMAND, La part des motifs dans la détermination de la chose jugée, préc. " Pour mettre fin aux difficultés qu'une jurisprudence trop subtile avait engendrées... "

²⁹⁵ Dans ce sens déjà, Claude PARODI, L'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile, Rép. Defrénois 1976, 4, 77

²⁹⁶ J. NORMAND, La part des motifs dans la détermination de la chose jugée, préc.

doit pouvoir trouver facilement, dans le papier qui lui est remis, les éléments de la décision qui l'intéressent. Le seul moyen d'y parvenir est de rassembler tous les chefs de la décision en un seul endroit auquel le plaideur devra prêter toute son attention. Inversement, il est mauvais que le justiciable soit dans la situation d'avoir à rechercher si une partie de la décision ne s'est pas perdue autour d'un motif "²⁹⁷.

196. En matière administrative en revanche, il n'y a pas de texte qui condamne explicitement les motifs décisives. La notion même de motif décisive ne semble pas y avoir été consacrée de manière expresse²⁹⁸ et n'y a donc pas une importance particulière. Lorsque la doctrine s'y réfère, la notion est souvent identifiée à celle de motif décisif. Ainsi, M. CHAPUS considère que l'autorité de la chose jugée s'attache aussi à " ceux des motifs que l'on peut qualifier de décisives, c'est - à - dire qui, selon la formule commune des jurisprudences administrative et judiciaire, en constitue le soutien (ou le support) nécessaire (ou inséparable) "²⁹⁹. Il apparaît ainsi que le contenu de la notion, du moins tel qu'il résulte de cette définition, est plus proche de ce qu'on appelle en droit judiciaire privé "motif décisif" dont les deux ordres de juridiction admettent l'autorité.

Il est à se demander toutefois si depuis le nouveau code de procédure civile, il n'y a pas une divergence de nature à

²⁹⁷ Droit judiciaire privé, op. cit., p.300, n°421

²⁹⁸ Du moins, la jurisprudence du C.E. semble n'utiliser que la notion de " motif soutien nécessaire du dispositif. V.D. De BECHILLON, Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, R.D.P.1994, p.1793 et suiv.

²⁹⁹ R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, op. cit. p.781 n°874

fragiliser le principe même de la limitation de la chose jugée au dispositif.

b- Un principe fragile: la résistance des motifs décisifs.

197. La fragilité du principe de la localisation de la chose jugée dans le dispositif résulte de l'imprécision de sa portée. La question est en effet de savoir si les dispositions du nouveau code de procédure civile et plus particulièrement l'article 482, permettent de refuser toute autorité aux motifs décisifs. Rappelons ici que les motifs décisifs, à la différence des motifs décisoirs, ne contiennent aucun élément de décision mais permettent de comprendre le dispositif qui contient la décision du juge.

198. Antérieurement au nouveau code de procédure civile, la question était réglée de la même manière devant les deux ordres de juridiction. Suivant une jurisprudence forgée par la Cour de Cassation, le Conseil d'Etat admettait exceptionnellement l'autorité des motifs qui constituent "un soutien nécessaire du dispositif".

Il est à constater que les expressions utilisées pour valider ce genre de motif varient aussi bien devant la Cour de Cassation que devant le Conseil d'Etat. Ainsi, en dehors de l'expression plus connue de "motif soutien nécessaire du dispositif", on retrouve devant les deux ordres de juridiction des expressions telles que motifs "inséparables du dispositif", motifs qui "font corps avec le dispositif" ou encore qui constituent "un support inséparable du dispositif", de motifs qui constituent "le fondement" de la

décision ou même de " constatations qui commandent nécessairement le dispositif " .

Cette variété d'expressions importe peu, car elles expriment toutes la même idée, celle que " l'autorité de chose jugée ne saurait être attribuée aux seuls motifs "³⁰⁰ , mais surtout que tous les motifs ne peuvent pas être dotés de cette autorité. Il y a donc une certaine gradation des motifs qui fait que ne peut être considérée comme " soutien nécessaire " que " la phase d'un raisonnement dont on ne peut faire l'économie pour parvenir à la solution du litige "³⁰¹.

199. La difficulté que peut comporter cette entreprise de distinction est patente. Mais telle n'est pas la raison principale pour laquelle la tendance actuelle de la Cour de cassation est à la condamnation des motifs mêmes décisifs d'un jugement avant dire droit.

La justification en est qu'en matière civile, les jugements avant dire droit sont insusceptibles d'appel et de pourvoi immédiats. Admettre l'autorité des motifs décisifs serait contribuer à la multiplication des hypothèses de jugements mixtes, donc à l'ouverture des recours pourtant interdits, car, on ne pourrait alors sans malaise expliquer comment une décision dotée d'autorité de chose jugée ne pourrait pas être immédiatement frappée d'appel ou de pourvoi en cassation.

L'attitude de la deuxième chambre civile de la cour de cassation est à cet égard emblématique. Cette chambre de la Cour de cassation qui admet pourtant l'autorité des motifs

³⁰⁰ Cass. Soc., 11 juin 1987, Société SONEMA c. BRUNET, LPA ,31 mai 1988, n°62, p.11, note BOURGEOIS.

³⁰¹ D. DE BECHILLON, art. préc. p.1822.

décisifs des jugements sur le fond, refuse l'autorité aux mêmes motifs lorsqu'ils sont contenus dans un jugement avant dire droit. Approuvant cette attitude, la doctrine relève justement que c'est le contraire qui aurait été illogique, c'est-à-dire accepter l'autorité des jugements avant dire droit alors que les recours ne sont pas immédiatement possibles³⁰².

200. Il faut noter tout de même que cette tendance à la condamnation des motifs décisifs n'est pas uniforme. Prenant acte de cette situation, MM. VINCENT et GUINCHARD font remarquer que si la 2^e chambre civile de la Cour de cassation est suivie par les chambres sociale et commerciale, les 1^{ère} et 3^e chambres civiles adoptent une position contraire qui aboutit à reconnaître autorité aux motifs décisifs³⁰³. La vérité est que la jurisprudence n'est pas aussi claire qu'elle paraît et l'ambiguïté qui en résulte n'est pas pour favoriser des études systématiques.

Des arrêts récents de la Cour de cassation montrent en effet un mouvement pour le moins " désordonné " de ses différentes chambres. Ainsi, la 1^{ère} chambre civile décide dans un arrêt de 1994 qu'aucune autorité ne peut être attribuée à un point qu'un jugement antérieur " n'avait pas tranché dans son dispositif, qui seul avait l'autorité de la chose jugée " ³⁰⁴ ; alors que la chambre commerciale pour déterminer l'étendue de la chose jugée, prend en compte " la motivation éclairant le dispositif de l'arrêt " ³⁰⁵.

³⁰² J. NORMAND, R.T.D.Civ.1983, 791

³⁰³ VINCENT et GUINCHARD, op. cit. n°1213, p.746

³⁰⁴ Civ. 1^{ère} 8 juillet 1994, Bull. Civ. I, n°240, p.175

³⁰⁵ Cass. Com. 22 mars 1994, Bull. civ. IV, n°214, p.96

201. Ces difficultés de lecture de la jurisprudence de la Cour de cassation ont amené certains auteurs, en particulier M.HERON, à proposer un renouvellement de critère formaliste en opposant l'autorité négative de la chose jugée à l'autorité positive de la chose jugée³⁰⁶. Or, même dans cette perspective, le refus de reconnaître l'autorité positive de chose jugée semble se fonder plus sur l'absence d'un des éléments de la triple identité, souvent l'identité d'objet³⁰⁷, que sur les motifs eux-mêmes. Mais, si l'absence d'identité d'objet par exemple, ne peut être démontrée qu'en recourant aux motifs, les décisions de la cour de cassation ne gagneraient-elles pas en clarté, si après avoir évoqué les motifs, elles tiraient une conclusion explicite de la violation de l'article 1351 du code civil!

202. En définitive, le principe de la condamnation des motifs ne va pas sans la résistance des motifs dits décisifs. La résistance est encore accrue dans la mesure le Conseil d'Etat n'a pas abandonné la jurisprudence des motifs soutiens nécessaires et que même en matière civile, cette jurisprudence retrouve sa pleine vigueur lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil.

Ces problèmes ne sont pas les seuls que pose la définition légale du jugement avant dire droit. Cette conception du jugement avant dire droit est fondée sur la distinction entre cette catégorie de jugement et les jugements sur le fond.

³⁰⁶ J.HERON, Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? in, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Dalloz 1996, p.131

³⁰⁷ V. J. HERON, *ibidem*.

Pourtant, la confrontation des deux catégories de jugements laisse planer bien de doute sur leurs critères de distinction.

II- LES INCERTITUDES DE LA DISTINCTION DU JUGEMENT AVANT DIRE DROIT ET DU JUGEMENT SUR LE FOND.

203. La définition que donne l'article 482 du nouveau code de procédure civile résulte de l'opposition que les auteurs de ce code ont voulu établir, dans la classification des décisions juridictionnelles, entre " les jugements sur le fond " et " les autres jugements ". Avant de voir les difficultés inhérentes à une telle distinction (B), il est utile d'en montrer le contenu(A).

A - Le contenu de la distinction légale.

204. C'est au quatorzième titre du nouveau code de procédure civile qu'il faut aller pour découvrir le contenu de la distinction. Le deuxième chapitre de ce titre consacré au " jugement " préconise une classification bipartite des décisions juridictionnelles en opposant " les jugements sur le fond " aux " autres jugements " parmi lesquels les jugements avant dire droit.

Ainsi, selon l'article 480, le jugement sur le fond est celui qui " tranche tout ou partie du principal ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou

tout autre incident ". Le texte précise qu'un tel jugement a autorité de la chose jugée et l'article 481 ajoute qu'il " dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche".

Par ailleurs, l'article 482 oppose le jugement avant dire droit au jugement sur le fond en disposant que celui-là "se borne dans son dispositif à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire". Pour parfaire l'opposition, le texte précise que le jugement avant dire droit "n'a pas au principal l'autorité de la chose jugée" et l'article 483 ajoute qu'il "ne dessaisit pas le juge".

Le contenu de la classification proposée est donc clair: d'un côté les jugements avant dire droit et de l'autre les jugements sur le fond. Mais, cette distinction légale n'est pas reprise par le code des tribunaux et cours administratives d'appel ni par le Conseil d'Etat, sans doute à cause des difficultés auxquelles elle est susceptible de donner lieu dans la pratique³⁰⁸. En effet, la netteté qu'elle dégage n'est qu'apparence, car en réalité elle souffre de zones d'ombre susceptibles de rendre vaine la clarté voulue par le législateur en la matière.

³⁰⁸ Mais surtout parce qu'elle n'y aurait certainement pas grand intérêt. En effet, l'intérêt principal de la distinction réside dans le régime de recevabilité de l'appel et du pourvoi en cassation ; les jugements sur le fond étant les seuls susceptibles d'appel et de pourvoi immédiats, alors que , sauf exception expresse de la loi, les jugements avant dire droit sont insusceptibles de recours immédiats. Or, nous avons déjà montré qu'en procédure administrative, les jugements avant dire droit sont susceptibles d'appel et de pourvoi immédiats au même titre que les autres décisions juridictionnelles ; ce qui fait perdre à la distinction qui a cours en procédure civile, tout son intérêt en procédure administrative.

205. Il est ainsi reproché à cette classification légale d'être limitée³⁰⁹ en ce qu'elle ne prend pas en compte les jugements ou arrêts qui, tout en prescrivant avant dire droit, une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, tranchent une partie de la question litigieuse, décisions qui ont pourtant acquis leur lettre de noblesse depuis en droit positif³¹⁰.

A vrai dire, le caractère limité de la classification légale par rapport aux jugements mixtes doit être relativisé, car une analyse approfondie des textes montre que cette classification s'intègre bien à la logique de l'ensemble des dispositions en la matière. En effet, les articles 480 et suivants définissent les différentes catégories de décision juridictionnelle. Tout porte à croire qu'au sens de ces textes, le jugement mixte n'est pas une catégorie à part entière de jugement. L'article 480 vise clairement le " jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal ".

Or, nous semble-t-il, le jugement mixte est un jugement qui tient sa mixité principalement, du fait qu'il a tranché une partie seulement du principal. Il est donc permis de penser que le jugement mixte est une sous catégorie de jugement sur le fond visé à l'article 480 du nouveau code de procédure civile. De ce point de vue, le reproche apparaît bien secondaire par rapport aux difficultés qu'on éprouve à

³⁰⁹ L.CADIET " La classification légale ne traduit pas, dans sa totalité, la réalité des jugements. En particulier, elle ne rend pas compte des chevauchements qui peuvent se produire d'une catégorie à l'autre et qu'illustrent les jugements dits mixtes qui associent des décisions ayant un objet différent ", Droit judiciaire privé, op. cit., p.615, n° 1178

³¹⁰ G. DURRY, les jugements dits mixtes, art. préc.

trouver un véritable critère de distinction entre les deux catégories de jugements.

B- L'introuvable critère de distinction entre jugement avant dire droit et jugement sur le fond.

206. Quels sont les critères permettant de distinguer le jugement avant dire droit du jugement sur le fond ? Ici, les articles 480 et 482 du nouveau code de procédure civile montrent leur limite. L'ambiguïté s'installe malgré la clarté que semble dégager le contenu de ces textes.

Pour mettre en évidence cette ambiguïté, il convient de reprendre les termes de la distinction telle qu'elle résulte des textes et d'en faire une analyse.

Alors que selon l'article 480 le jugement sur le fond s'entend de celui qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal ou de celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, l'article 482 dit du jugement avant dire droit qu'il se borne, dans son dispositif, à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire.

207. Il apparaît ainsi que, parallèlement au "jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal", l'article 480 vise également le jugement qui "statue sur une exception de procédure, une fin de non recevoir ou tout autre incident". Que convient-il donc d'entendre par "jugement sur le fond" Si on peut sans hésitation affirmer au regard des textes que le jugement avant dire droit ne touche jamais au fond du litige soumis au juge, il n'est pas possible de soutenir inversement que " le jugement sur le fond " ne

touche exclusivement que le fond de l'affaire puisqu'a priori, la deuxième catégorie de jugements visés par l'article 480 "ne concerne absolument pas le fond de l'affaire"³¹¹.

208. En réalité, tout dépend du sens attaché à l'expression "fond" et on peut considérer en l'occurrence que l'ambiguïté résulte moins de "la pauvreté"³¹² du vocabulaire juridique que de la richesse des expressions utilisées. Le terme "fond" est en effet susceptible d'acceptions diverses.

M. DESDEVISES exprimait déjà cette diversité du "fond" de la manière suivante: "il en est du fond comme de certaines autres notions qui, en droit, renvoient à des acceptions multiples; mais à la diversité quantitative s'ajoute, à propos du fond, une double complexité: d'abord celle résultant de définitions négatives qui amènent à le saisir de manière indirecte en l'opposant ou tout au moins en le distinguant de la forme, de la compétence, de la recevabilité, du provisoire voire du principal; celle ensuite qui intuitivement fait du fond quelque chose d'important plus encore qu'essentiel: l'opinion courante, et pas seulement publique, tire de cette importance la conséquence qu'il faudrait toujours faire prévaloir le fond du procès sur le reste; or le droit judiciaire privé érige ces exigences de forme, de compétence ou de recevabilité non pas en chicanes inutiles mais au contraire en étapes

³¹¹ L. CADIET, Droit judiciaire privé, op. cit. n° 1173

³¹² J.HERON, Droit judiciaire privé, op. cit. n° 296 et suiv.

indispensables pour aborder et traiter correctement le fond"³¹³.

Cette opinion reflète très bien l'état actuel de la doctrine qui semble partagée entre les deux conceptions.

1- La conception restrictive du fond.

209. C'est la thèse défendue notamment par MM. VINCENT et GUINCHARD qui préfèrent à la terminologie légale de «jugement sur le fond» l'ancienne appellation de «jugement définitif». Soulignant l'incertitude terminologique de l'article 480 du nouveau code de procédure civile, ils considèrent que «les jugements sur le fond au sens strict sont uniquement ceux qui portent sur le principal, c'est-à-dire qui statuent sur l'objet du litige tel qu'il est déterminé par les prétentions respectives des parties»³¹⁴.

L'avantage de cette conception réside dans sa clarté en ce qu'elle propose un critère unique qui est le principal. Dans ce sens, ne peut être qualifié de jugement sur le fond que celui qui touche au principal au moins en partie.

210. Elle peut toutefois être critiquée parce que précisément elle repose sur une notion qui elle-même n'est pas dépourvue de toute équivoque. En dépit de la définition issue de l'alinéa 2 du texte renvoyant à l'article 4 du nouveau code de procédure civile, la notion de principal fait l'objet d'une discussion en doctrine. Même si la tendance en jurisprudence est de lui donner une définition étroite

³¹³ Y. DESDEVISES, Variations sur le fond en procédure civile, in, La terre, la famille et le juge, Etudes offertes à Henri-Daniel COSNARD, Economica, 1990, p.325

³¹⁴ Procédure civile, op. cit., n°1199 in fine

désignant le fond, dans certaines circonstances, le principal est entendu largement.

Par ailleurs, l'expression de «jugement définitif» peut prêter aussi à confusion dans la mesure où en pratique elle est parfois utilisée pour désigner le jugement qui ne peut faire l'objet d'aucun recours c'est-à-dire le jugement passé en force de chose jugée³¹⁵. Or, les deux expressions ne doivent pas être confondues. Le jugement définitif est celui par lequel le juge tranche la contestation qui lui est soumise par les parties. Revêtue de l'autorité de la chose jugée, il emporte le dessaisissement du juge. Il reste cependant susceptible d'appel ou de pourvoi en cassation. C'est après l'exercice des voies de recours ou du fait de l'écoulement des délais impartis pour leur exercice que le jugement définitif passe en force de chose jugée, c'est-à-dire qu'il devient irrévocable et de ce fait insusceptible de contestation³¹⁶.

³¹⁵ A. BLAISSE, note sur Cass. civ.2è, 25 mars 1985, JCP1987, II, 20823 ; R. PERROT, Cours de droit judiciaire privé, Les cours de droit, 1979-1980, p.631

³¹⁶ Sur ces notions, R. PERROT et N. FRICERO, J-Cl. procédure civ., préc. ; J.-F. SAMPIERI-MARCEAU, Le jugement définitif en matière civile : un faux ami susceptible de tous les recours, Gaz.Pal.1992, 2, Doct., 845.

211. Il en résulte que le changement terminologique ne peut être efficace que s'il propose un véritable critère de distinction, car la question n'est pas seulement théorique. Son intérêt pratique se révèle bien si on se souvient des subtilités qui existent en matière civile sur le régime des recours selon que la décision contestée appartient à l'une ou l'autre des deux catégories. Il est donc important que le jugement sur le fond, seul susceptible de recours immédiats, soit facilement identifiable par rapport au jugement avant dire droit. Il faut donc trouver un critère à partir de la terminologie légale.

2-La conception large du fond.

212. L'article 480, en rangeant parmi les jugements sur le fond celui qui statue sur les incidents de procédure, donne au fond un sens générique dépassant le fond entendu comme " fond de l'affaire " ou comme contraire à la forme. Le fond doit être entendu ici comme ce qui fait la substance ou la matière du litige. Ainsi, un litige peut avoir pour substance un élément de procédure et porter uniquement sur une telle question, par exemple sur la compétence.

213. Adoptant la terminologie du nouveau code de procédure civile, M. CADIET propose un critère permettant de distinguer le jugement avant dire droit du jugement sur le fond. L'auteur tire argument de l'article 481 du même code pour tracer une frontière caractéristique du jugement sur le fond en ces termes : " Du reste, l'article 481 al 1^{er} précise " le jugement, dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche ". La contestation peut être principale : c'est le jugement sur le fond stricto sensu,

celui qui se prononce sur le fond du droit relativement à l'objet du litige ; on parle alors de jugement au principal ou sur le principal qui a, au surplus, cet effet propre d'éteindre l'instance. La contestation peut être aussi incidente : c'est le jugement qui statue sur une exception de procédure, une fin de non - recevoir ou un autre incident ; on parle alors de jugement sur incident qui, en principe n'éteint pas l'instance. C'est en cela que le jugement définitif se distingue des autres jugements"³¹⁷

214. La suggestion est sans doute intéressante et a l'avantage de s'appuyer sur la terminologie légale. Mais, elle ne paraît pas entièrement satisfaisante car le critère proposé renvoie à l'un des effets processuels³¹⁸ du jugement sur le fond. En ce sens, on aurait pu dire aussi que le critère de distinction des deux catégories de décision est l'autorité de la chose jugée ! Mais, le problème est que le jugement dessaisit le juge ou a autorité de la chose jugée au principal précisément parce qu'il est un jugement sur le fond.

215. L'autorité de la chose jugée et le dessaisissement sont deux effets processuels du jugement et en tant que tels préexistent normalement à la notion dont on cherche le critère. D'une certaine manière la même remarque se retrouve chez M. WIEDERKEHR qui, critiquant la démonstration de M. CADIET estime qu'elle renvoie à une autre question, car si le jugement sur le fond est celui qui dessaisit le juge, il reste à préciser quels jugements dessaisissent le juge ! "Or,

³¹⁷ L. CADIET, Droit judiciaire privé, op. cit. p.613, n°1173

³¹⁸ J. HERON, Droit judiciaire privé, op. cit., n°283 et suiv., spéc. n°

pour découvrir des éléments de réponse, nous sommes renvoyés aux catégories mentionnées à l'article 480... Nous sommes donc condamnés à tourner en rond"³¹⁹.

216. Il apparaît ainsi qu'il est très difficile de trouver un critère précis à partir des articles 480 et 482. Pourtant, les jugements qui tranchent le principal et ceux qui statuent sur un incident ont certainement une caractéristique commune pour que le nouveau code de procédure civile les range ensemble sous la dénomination de jugement sur le fond. Ils ont autorité de la chose jugée, dessaisissent le juge et sont en principe susceptibles de recours immédiats. On pourrait donc en déduire un critère qui tient du fait que ces jugements mettent en principe fin à une instance soit incidente, soit principale. N'est-ce pas pour cette raison qu'ils dessaisissent le juge ?

217. Il est sans doute délicat de renvoyer de la sorte à une autre notion imprécise qui est celle de l'instance³²⁰. La question ne se pose pas vraiment pour la première catégorie de jugements sur le fond c'est-à-dire ceux qui statuent sur le fond de l'affaire car il est convenu qu'en principe, ils mettent fin à l'instance³²¹. Pour les jugements statuant sur un incident, on ne peut s'empêcher de reprendre pour notre compte, ce que la cour de cassation appelle elle-même une

³¹⁹ G. WIEDERKEHR, Décisions gracieuses, jugements sur le fond, dessaisissement du juge et autorité de la chose jugée, *Justices*, 1995, n°2, p.285

³²⁰ V. *Infra*, n°271 et suiv., la discussion de cette question au sein même de la Cour de cassation.

³²¹ Dans ce sens L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n°1173 et suiv.

" instance autonome " ³²². L'incident de procédure, c'est-à-dire une fin de non-recevoir ou une exception de procédure par exemple, a la caractéristique propre de suspendre l'instance principale jusqu'à ce que le juge réponde à la question incidente. C'est en cela que l'instance incidente est autonome, mais pas indépendante de l'instance principale. Car, à partir de la réponse du juge, l'incident est censé résolu et l'instance principale peut alors se poursuivre. Dans ces conditions, il n'est pas illogique de soutenir qu'une instance incidente qui n'existe plus est éteinte.

En revanche, lorsque le juge au cours d'une instance est amené à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, les résultats de la mesure d'instruction, même s'ils ne le lient pas en principe, exercent néanmoins une grande influence sur l'instance principale. On ne peut donc pas dire qu'il y a une autonomie de l'avant dire droit par rapport au jugement sur l'instance principale ! La situation ne se présente certainement pas de la même manière pour l'instance incidente qui elle dispose d'une autonomie qui lui permet de prendre totalement fin avant l'instance principale.

218. Le raisonnement se heurte sans doute à la lettre de l'article 480 puisque celui-ci ne vise que le jugement qui "statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident", sans préciser qu'ils mettent fin à l'instance. Or, ils ont pourtant autorité de chose jugée et dessaisissent le juge qui les rend ; ce qui signifie bien que l'instance a été close, au moins sur ce point. Ce qui distingue les jugements sur les exceptions et fins de non-recevoir des jugements avant dire droit de

³²² Sur l'ensemble de la question, V. infra, n°271 et suiv.

l'article 482 est précisément que ceux-ci ne règlent rien des prétentions des parties alors que ceux-là tranchent une partie du litige, celle des prétentions qui portent sur la procédure³²³. De ce point de vue, un illogisme apparaît à la seule comparaison des articles 480 et 544 du nouveau code. Ce dernier n'admet les recours immédiats contre le jugement sur incident que s'il met fin à l'instance. Le jugement sur incident de l'article 480 qui a pourtant autorité de la chose jugée n'est donc pas susceptible de recours immédiats !

219. Pour rechercher le critère du jugement sur le fond, il faut garder à l'esprit la cohérence des articles 480 et 482 avec le système des voies de recours tel qu'il résulte des articles 544, 545, 606, 607 et 608 du nouveau code de procédure civile. Le grand intérêt de la distinction entre les jugements sur le fond et les jugements avant dire droit réside, on l'a déjà dit, dans le régime des voies de recours à l'égard de l'une ou l'autre des deux catégories de jugements. La lecture combinée de ces textes conforte le critère de fin de l'instance dans la mesure où ces deux catégories de jugements sur le fond ont autorité de chose jugée et dessaisissent le juge. Ils devraient par conséquent être tous susceptibles de contestation immédiate³²⁴.

³²³ V. dans ce sens, J.HERON, Droit judiciaire privé, op. cit. n°296, p.218

³²⁴ Dans une certaine mesure, cette idée peut se retrouver chez MM. CROZE et MOREL qui estiment que "la possibilité de former immédiatement un recours contre un jugement dépend de deux paramètres: le jugement touche-t-il au principal? met-il fin à l'instance?" puis, précisent "C'est d'ailleurs logiquement le second critère qui doit être envisagé en premier car si l'instance prend fin, on ne voit pas jusqu'à quand différer l'exercice du recours ", Procédure civile, op. cit., n°88.

220. Tel n'est pourtant pas le cas en l'état actuel des textes ce qui met en veilleuse le critère qui viendrait de la fin de l'instance. Le critère du jugement sur le fond par rapport au jugement avant dire droit paraît donc introuvable sans une clarification des textes. C'est sans doute ce qui fait dire en doctrine que la classification des jugements opérée par les articles 480 et suivants est " confuse, ambiguë et lacunaire " ³²⁵.

Ces difficultés et incertitudes sont méconnues en procédure administrative dont il ressort des développements récents l'émergence d'une notion particulière du jugement avant dire droit.

SECTION 2 : L'EMERGENCE D'UNE NOTION PARTICULIERE DU JUGEMENT AVANT DIRE DROIT EN MATIERE ADMINISTRATIVE.

221. Le juge administratif ne dispose d'aucun texte définissant explicitement le jugement avant dire droit. Aussi, s'est-il longtemps référé en la matière, aux règles de procédure civile. Mais, depuis que le décret du 29 août 1984 a institué un délai dérogatoire de l'appel contre les jugements avant dire droit ³²⁶, il s'est avéré indispensable de définir précisément la notion de jugement avant dire droit entrant dans le champ d'application de ce délai dérogatoire. Pour cela, le Conseil d'Etat, contrairement à ce qui se passe en matière civile, adopte une conception extrêmement large

³²⁵ G. WIEDERKEHR, *ibidem*

³²⁶ V. *infra*. n°328 et suiv.

qu'il convient d'analyser (I) avant de montrer les critiques auxquelles elle s'expose (II).

I -UNE CONCEPTION EXTENSIVE.

222. Selon l'article R.229 du code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel, "...le délai d'appel contre un jugement avant dire droit, qu'il tranche ou non une question au principal, court jusqu'à l'expiration du délai d'appel contre le jugement qui règle définitivement le fond du litige". Il était donc important de savoir ce que recouvre la notion du jugement avant dire droit au sens de ce texte. Or, les difficultés que pose en pratique la prolongation exceptionnelle du délai d'appel ne sont pas négligeables³²⁷. Ces difficultés rejaillissent inévitablement sur le contenu même de la notion de jugement avant dire droit, l'application de l'article R.229 alinéa 3 nécessitant une définition précise de cette catégorie particulière de jugement.

223. Dans l'arrêt Gaz de France du 18 décembre 1998 où se posait le problème de l'expiration ou non du délai d'appel contre un jugement avant dire droit³²⁸, le Conseil d'Etat a dû définir d'abord la notion du jugement avant dire droit au sens de l'article R.229 alinéa 3 du code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel. Selon la Haute juridiction "... tout jugement par lequel un tribunal administratif ne statue que sur une partie des conclusions dont il est saisi et ordonne pour le surplus une mesure

³²⁷ V. infra, n° 328 et suiv.

³²⁸ C.E. Ass., 18 déc. 1998, Gaz. de France, A.J.D.A.1999, Concl. M. COMBREXELLE, p.159

d'instruction constitue un jugement avant dire droit au sens des dispositions précitées" c'est-à-dire l'article R.229 alinéa 3 du code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel.

224. Il ressort de la formule une conception extrêmement large du jugement avant dire droit qui rentre directement en opposition avec la conception restrictive du jugement avant dire droit en matière civile. En effet, elle concerne aussi bien les jugements qui se bornent à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, que ceux qui, statuant sur une partie de la question litigieuse, ordonnent en plus une mesure d'instruction ou une mesure provisoire. Il s'agit là d'une interprétation littérale de l'article R.229 qui ne permet aucune distinction pour son application. Au demeurant, telle était déjà la lecture que la doctrine donne de l'article R.229 en précisant qu'il concerne "les véritables jugements avant dire droit, c'est-à-dire ceux qui préjugent ou non le principal" et "les jugements dits mixtes dont l'originalité est de trancher une partie du principal et, par exemple, de prescrire une mesure d'expertise pour le reste"³²⁹

225. Pour déterminer le caractère avant dire droit d'une décision juridictionnelle ayant ordonné une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, le juge saisi d'un appel n'a pas à distinguer suivant que ladite décision a tranché ou non le principal. La seule question qui doit le guider est de savoir si une telle décision a eu pour effet de mettre fin à l'instance.

³²⁹ C. DEBOUY, Du nouveau pour l'appel des jugements avant dire droit, art. préc., n°24

Il est vrai que la notion d'instance n'est pas d'une utilisation facile³³⁰. Toutefois, selon le commissaire du gouvernement M. COMBEXELLE dont les conclusions ont été entièrement suivies par le Conseil d'Etat dans l'affaire Gaz de France, " l'instance est le dossier contentieux dont est saisi le juge. Tant qu'un jugement n'a pas mis fin à l'instance en statuant sur l'ensemble des conclusions dont il est saisi dans le cadre de cette instance, les jugements intermédiaires, qu'ils tranchent ou non des questions de droit, sont des jugements avant dire droit au sens de l'article R.192 du code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel "³³¹ (actuel article R.229). C'est sans doute convaincu par ce raisonnement que le Conseil d'Etat refuse de réserver un traitement particulier aux jugements mixtes qui tranchent le principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire.

La solution est d'une simplicité et d'une clarté évidente car elle permet d'éviter le découpage en plusieurs instances d'un même dossier. Cette conception a des avantages pour les parties quant au délai d'exercice de l'appel³³², mais étant extrêmement large, elle peut aussi avoir des inconvénients qui précisément la rendent critiquable.

³³⁰ V. les difficultés de définition de l'instance en matière civile, *infra*, n°271 et suiv.

³³¹ Concl. sur Gaz de France, A.J.D.A.1999, p.160

³³² *infra* , n°328 et suiv.

II - UNE CONCEPTION CRITIQUABLE.

226. La définition extrêmement large que le Conseil d'Etat donne du jugement avant dire droit est critiquable au moins à un double point de vue.

En considérant que tout jugement du tribunal administratif qui ne statue que sur une partie des conclusions et ordonne une mesure d'instruction est un jugement avant dire droit au sens de l'article R.229 alinéa 3 du code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel, le Conseil d'Etat méconnaît explicitement la distinction classique entre les jugements avant dire droit qui se bornent à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire et ceux qui tranchent au moins en partie la question litigieuse et ordonnent en même temps une mesure d'instruction ou une mesure provisoire et qui sont appelés des jugements mixtes.

Or, aussi bien en matière civile qu'en matière administrative, la distinction entre les deux catégories de jugements ne fait pas de doute. Ainsi selon M. CHAPUS, "...un jugement peut avoir un caractère mixte : dans le même jugement, la juridiction, d'une part se prononce sur une question de fond, sur laquelle elle ne reviendra pas (et quant à la question ainsi tranchée, le jugement met fin à l'instance) et, d'autre part, prescrit (par exemple) une mesure d'instruction relativement à une autre question "³³³. Placer sur le même plan un tel jugement avec celui qui se

³³³ Droit du contentieux administratif, op. cit., n°1043 ; dans le même sens, C. DEBBASCH et J.-C. RICCI, Contentieux administratif, 7è éd., Précis Dalloz, 1999, n° 611. En matière civile, v. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, op. cit., n° 1209 et suiv.

borne à ordonner par exemple une mesure d'instruction, revient à soumettre maladroitement à un même régime des décisions de nature différente.

227. La solution résulte certes de la lettre de l'article R.229 alinéa 3, mais le texte destiné à éviter les appels de précaution³³⁴ ne susciterait aucune réserve si son impact se limitait uniquement au délai d'exercice de l'appel. Or, il n'en est absolument rien, car l'interprétation littérale du texte aboutit à une remise en cause non seulement de la distinction classique entre les jugements avant dire droit et les jugements sur le fond³³⁵, mais aussi de l'autorité de la chose jugée des jugements mixtes sur la partie de la contestation tranchée par le juge³³⁶.

228. Le deuxième point sur lequel il convient d'insister est que la définition extensive qu'induit l'interprétation littérale de l'article R.229 alinéa 3, introduit une certaine incohérence dans la notion du jugement avant dire droit dans le contentieux administratif. Il ne faut pas oublier en effet que l'article R.229 alinéa n'est applicable ni au pourvoi en cassation, ni même à l'appel devant les juridictions administratives spéciales. A cet égard, la précision faite in fine par le Conseil d'Etat dans la définition, c'est-à-dire la formule "au sens des dispositions précitées", indique bien cette réserve. Il apparaît ainsi que la notion de jugement avant dire droit est appelée à varier au gré des circonstances. Dans le domaine d'application de l'article

³³⁴ V. D. LABETOULLE, La procédure devant le Conseil d'Etat à propos du décret du 29 août 1984, art. préc.

³³⁵ En ce sens, C. GUETTIER, note sur l'arrêt Gaz de France, D.S.1999, 215

³³⁶ V. infra, n°328 et suiv. sur l'ensemble des questions liées au délai.

R.229 alinéa 3 disparaît la catégorie des jugements mixtes alors que ceux-ci subsistent devant le Conseil d'Etat juge de cassation et devant les juridictions spéciales de second degré. La situation pourrait aboutir à l'incohérence qu'une même décision soit considérée comme avant dire droit ou mixte suivant qu'elle est contestée en appel ou en cassation.

Pour illustrer le risque d'incohérence, prenons l'exemple de la décision dont la contestation a donné lieu à l'arrêt Gaz de France. A supposer que la décision contestée ait été rendue en dernier ressort, il est évident que la contestation aurait été portée devant le Conseil d'Etat en tant que juge de cassation. Or, l'article R.229 est inapplicable au pourvoi en cassation³³⁷. Par conséquent, la distinction doit être faite, avec toutes les conséquences qu'elle implique, entre le jugement strictement avant dire droit qui se borne à ordonner une mesure d'instruction et le jugement mixte qui a tranché une partie de la question litigieuse.

³³⁷ Par ex. C.E. 17 janvier 1996, SA des établissements LAGORCE, CTACAA annoté et commenté, par M. CHABANOL, p.530

CONCLUSION DU TITRE 2

229. En définitive, il faut retenir des développements précédents que l'opposition actuelle des deux procédures sur le régime de recevabilité des jugements étudiés n'est pas liée à la nature même des deux procédures. Faute de pouvoir s'appuyer sur une quelconque spécificité des différents ordres juridictionnels, elle ne peut être justifiée par le dualisme juridictionnel.

Tout au plus peut-on tenter de trouver quelques éléments explicatifs dans l'ambiguïté de la notion de jugement avant dire droit. Mais, si une telle ambiguïté ne fait pas de doute ainsi que le révèlent nos développements, elle semble bien insuffisante pour justifier l'opposition pour au moins deux raisons. D'abord précisément, aucune raison juridique profonde n'explique les variations sur cette notion de droit processuel dont la nature est indifférente aux ordres juridictionnels. Ensuite, l'extension actuelle de la notion de jugement avant dire droit en matière administrative est bien récente pour justifier une opposition qui lui préexiste.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

230. En matière civile comme en matière administrative, les voies de recours sont une garantie de bonne justice. La particularité des jugements avant dire droit a cependant conduit les deux procédures à adopter des solutions opposées concernant l'appel et le pourvoi en cassation.

En ne retenant pas le principe de l'irrecevabilité des recours immédiats, la procédure administrative apparaît plus libérale et plus protectrice des droits de la défense. Les raisons d'une telle opposition ne sont cependant pas à rechercher dans la nature de l'une ou l'autre des deux matières. Aussi tranchée qu'elle paraissent, l'opposition n'est pas de principe; elle n'est que conjoncturelle et correspond simplement à deux réactions différentes à un même problème. Difficilement justifiable, elle se trouve néanmoins atténuée par des exceptions qui ont pour effet de rapprocher les deux procédures. C'est ce rapprochement qu'il convient d'examiner à présent.

DEUXIEME PARTIE

LE RAPPROCHEMENT DES DEUX PROCEDURES.

231. Après avoir montré et critiqué l'opposition qui existe actuellement entre la justice civile et la justice administrative, il est important de faire remarquer que l'analyse des deux systèmes montre un certain rapprochement qui atténue finalement la rigueur des solutions retenues en principe de part et d'autre.

L'objectif de cette deuxième partie est de montrer l'existence de ce rapprochement et d'en donner la mesure par rapport aux principes retenus.

Comme nous l'avons déjà évoqué, l'interdiction des recours immédiats en procédure civile n'est pas un principe absolu. En tant que telle donc, elle admet de nombreuses limites. D'un autre côté, le "principe des recours immédiats" consacré avec beaucoup d'autorité en matière administrative, connaît aussi quelques limites qui font que finalement les recours différés n'y sont pas totalement inconnus.

Ces différentes exceptions admises de part et d'autre et qui tiennent parfois leur source de la force créatrice du juge, mais le plus souvent des textes affectent considérablement le champ d'application des principes. Ce faisant, elles constituent incidemment autant de facteurs qui, contribuant à atténuer l'opposition précédemment décrite, rapprochent les deux systèmes.

Mais, si ce rapprochement doit être approuvé, sa portée mérite d'être précisée. Aussi est-il important de montrer les manifestations d'un tel rapprochement en droit positif (Titre1) dont le caractère limité révèle qu'il reste à approfondir de lege ferenda(Titre2).

Titre 1: Les manifestations du rapprochement en droit positif.

Titre 2: Un rapprochement à approfondir de lege ferenda.

TITRE 1

**LES MANIFESTATIONS DU RAPPROCHEMENT EN DROIT
POSITIF**

232. Le rapprochement résulte de nombreux facteurs qu'on retrouve aussi bien en matière civile qu'en matière administrative. Il est important de noter d'ailleurs que les textes qui en matière civile interdisent aux justiciables de contester immédiatement les jugements avant dire droit, ont toujours réservé "les cas spécifiés par la loi". Cela est vrai tant pour l'article 150 que pour les articles 545 et 608 du nouveau code de procédure civile. C'est donc dans le cadre de cette réserve que les articles 544, 606 et 607 du nouveau code de procédure civile permettent aux justiciables de contester immédiatement certaines décisions avant dire droit. Les textes ne traduisent cependant que partiellement la situation en matière civile, car dans certaines circonstances, les juges peuvent être amenés à admettre les recours immédiats qui pourtant sont interdits par la loi.

233. En matière administrative, le principe des recours immédiats connaît aussi quelques atténuations, car le code des tribunaux et Cours administratives d'appel admet au moins une hypothèse d'interdiction des recours immédiats, et il arrive que le Conseil d'Etat fasse de même en dehors de toute disposition expresse.

Il apparaît ainsi que pour étudier les manifestations du rapprochement induit par les situations exceptionnelles sus évoquées, il faut distinguer suivant qu'il résulte de la volonté du législateur (Chapitre1) ou de la force créatrice du juge(Chapitre2).

Chapitre 1 : La volonté du législateur.

Chapitre 2 : La force créatrice du juge.

CHAPITRE 1

LA VOLONTE DU LEGISLATEUR.

234. Le rapprochement ne se manifeste évidemment pas de manière identique en matière civile et administrative. En matière administrative, il est le résultat de l'application exceptionnelle de la règle de l'interdiction des recours immédiats ; alors qu'en matière civile, il provient de l'aménagement de régimes exceptionnels de recevabilité des recours immédiats.

Pour mieux appréhender la situation cependant, il n'est pas nécessaire de distinguer les facteurs de rapprochement en matière civile de ceux qui existent en matière administrative. Il faut seulement relever que les textes aménagent globalement deux types de régimes en distinguant ceux en matière civile qui nécessitent une autorisation judiciaire (Section1) des autres facteurs de rapprochement (Section2).

SECTION 1 : LE REGIME LEGAL D'AUTORISATION JUDICIAIRE.

235. Le régime étudié existe uniquement en matière civile. Pour éviter les effets néfastes de l'irrecevabilité des recours immédiats, le nouveau code de procédure civile a prévu lui-même des possibilités de contestation immédiate de certains jugements malgré leur caractère avant dire droit. Ceci résulte de plusieurs textes : les articles 272 pour les jugements ordonnant une expertise, 380 pour les jugements ordonnant un sursis à statuer, 776 pour les ordonnances du juge de la mise en état.

Les textes subordonnent cependant l'ouverture immédiate des recours à une autorisation judiciaire. Ils permettent au juge, en l'occurrence le premier président de la Cour d'appel, d'autoriser l'exercice immédiat de l'appel contre une décision nonobstant son caractère avant dire droit. Cette autorisation relevant de l'ordre de l'exceptionnel, son domaine doit être précisé (I) avant même de nous interroger sur les conditions de sa mise en œuvre (II).

I -UN DOMAINE RIGOREUSEMENT DEFINI.

236. Tous les jugements avant dire droit ne sont pas susceptibles de bénéficier de l'autorisation judiciaire permettant une contestation immédiate. De ce point de vue, le domaine du régime d'autorisation judiciaire reste objectivement bien circonscrit (A) et ne concerne que la voie d'appel (B).

A- La limitation objective du domaine de l'autorisation judiciaire.

237. La limitation objective du domaine de l'autorisation judiciaire concerne les jugements relevant de ce régime. Trois textes du nouveau code de procédure civile permettent de les déterminer.

L'article 272 dispose dans son alinéa premier que "la décision ordonnant l'expertise peut être frappée d'appel indépendamment du jugement sur le fond sur autorisation du premier président de la cour d'appel s'il est justifié d'un motif grave et sérieux".

De la même façon, l'article 380 concernant le sursis à statuer déclare que "la décision de sursis peut être frappée d'appel sur autorisation du premier président de la cour d'appel s'il est justifié d'un motif grave et légitime" et

l'article 380-1 précise que la même décision rendue en dernier ressort "peut être attaquée par la voie du pourvoi en cassation, mais seulement pour violation de la règle de droit".

L'article 776 enfin, prévoit certaines conditions à propos des ordonnances du juge de la mise en état et renvoie à l'application des articles 272 et 380 uniquement pour l'appel³³⁸.

238. Il ressort de ces différents textes que la recevabilité d'une contestation immédiate des décisions visées réclame une autorisation du premier président de la Cour d'appel. Cette autorisation est une nécessité incontournable pour l'ouverture des recours immédiats dès lors que la décision contestée ne tranche pas une partie du principal ou ne met pas fin à l'instance³³⁹.

³³⁸ Il est important pour éviter toute confusion, de signaler que l'art. 776 du NCPC. pose le principe de l'irrecevabilité de l'appel immédiat. C'est le décret n° 89-511 du 20 juillet 1989 qui a apporté l'exception suivant laquelle les ordonnances du juge de la mise en état " sont susceptibles d'appel dans les cas et conditions prévues en matière d'expertise et de sursis à statuer " à la condition toutefois :

- qu'elles mettent fin à l'instance ou constatent son extinction
- qu'elles aient trait aux mesures provisoires ordonnées en matière de divorce ou de séparation de corps
- qu'elles aient trait aux provisions qui peuvent être accordées au créancier au cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, lorsque le montant de la demande est supérieur au taux de compétence en dernier ressort.
- qu'elles statuent sur une exception d'incompétence, de litispendance ou de connexité (Décret n°98-1231 du 28 déc.1998)

³³⁹ Par ex. Cass. Civ.3^e, 15 janvier 1985, Bull. Civ. III, n°107

239. Il faut rappeler que l'exigence de l'autorisation judiciaire constitue une exception au principe posé par l'art. 150 du nouveau code de procédure civile pour ce qui concerne les jugements ordonnant une expertise et de façon générale une exception à l'article 545 du même code. Dans ces conditions, les textes qui l'imposent doivent être entendus strictement, car une interprétation libérale risque d'avoir des conséquences néfastes sur l'efficacité de la règle énoncée aux articles 150 et 545.

C'est en tout cas dans cette voie que s'est engagée la jurisprudence en n'appliquant les articles 272 et 380 strictement qu'à l'expertise ou au sursis à statuer. Ainsi, il a été décidé que l'article 272 ne saurait s'appliquer à une mesure d'instruction autre que l'expertise³⁴⁰. La même solution de rigueur s'applique lorsque la mesure d'instruction s'apparente à l'expertise sans en être vraiment une ; ce serait par exemple le cas d'une décision autorisant l'exécution de travaux sous la vérification d'un expert précédemment nommé en référé³⁴¹. La jurisprudence est allée plus loin encore dans la rigueur dans la mesure où il apparaît que la nature même de la mesure en tant qu'elle concerne l'expertise ne suffit pas à faire application de l'article 272 du nouveau code de procédure civile. Il a été

³⁴⁰ Lyon, 16 novembre 1976, J.C.P.1977, II, 18551 ; RTD civ.1977, 371, obs. PERROT ; Cass. Civ.2^e, 9 novembre 1983, Bull. Civ. II, n°172.

³⁴¹ Cass. Civ.2^e, 5 mai 1978, Gaz. Pal. du 19 septembre 1978, note VIATTE.

jugé que le jugement qui n'ordonne pas l'expertise, mais refuse de l'ordonner ne saurait rentrer dans le domaine d'application de l'article 272³⁴².

240. L'application restrictive de l'article 272 était donc bien établie en jurisprudence jusqu'à ce qu'un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation³⁴³ vienne jeter un doute dans les esprits en permettant l'autorisation judiciaire pour des décisions ayant ordonné des mesures d'instruction autres que l'expertise.

Les faits de l'espèce étaient pourtant simples. Afin d'obtenir la suppression de vues sur son fonds, une dame assigne en référé la Société internationale de promotions et de nouveautés. Une ordonnance est rendue, qui, se borne à ordonner la comparution des parties et une enquête ; elle est néanmoins frappée d'appel par la Société. Dans un arrêt du 7 février 1991, faisant application des articles 150, 544 et 272 du nouveau code de procédure civile, la Cour d'appel de Reims déclare l'appel irrecevable.

Cette décision fait l'objet d'un pourvoi devant la cour de cassation qui reprenant à son compte le raisonnement de la

³⁴² Paris, 11 mars 1989, bull. Ch. Avoués 1989, 2, 58 ; Paris, 18 janvier 1990, bull. ch. Avoués, 1, 21 refusant l'application de l'art. 272 N.C.P.C. à la décision qui refuse de remplacer un expert ; Paris, 20 juin 1990, bull. ch. Avoués, 3, 93 s'agissant d'une décision qui se borne à préciser la mission de l'expert sans l'étendre ni la modifier.

³⁴³ Cass. Civ.2^e, 24 mars 1993, J.C.P.1993, II, 22120

cour d'appel rejette le pourvoi en estimant " qu'il résulte de l'arrêt que le juge des référés restait saisi d'une demande distincte des mesures d'instruction ordonnées ; que dès lors, c'est à bon droit que la cour d'appel énonce qu'en application des articles 150, 544 et 272 du nouveau code de procédure civile, et par exception à l'article 490, l'ordonnance ne pouvait faire l'objet d'un appel immédiat en l'absence de l'autorisation du premier président " .

241. En admettant ainsi l'autorisation judiciaire en l'espèce, alors que les mesures d'instruction ordonnées sont la comparution et l'enquête, la 2^e chambre civile semblait vouloir se départir de la rigueur jusque là observée en jurisprudence et qui consiste à n'appliquer l'article 272 qu'à des décisions ordonnant une expertise. Ce faisant, elle se montrait d'un libéralisme excessif dont les conséquences auraient conduit à vider de son contenu l'article 150 nouveau code de procédure civile. La solution ne doit pas être approuvée. Les dispositions de l'article 272 ne s'expliquent que par le caractère particulièrement onéreux de l'expertise et on ne saurait l'étendre à toutes les mesures d'instruction sans trahir l'esprit même des textes. C'est sans doute ce qui explique qu'un tel libéralisme n'ait pas été suivi par les Cours d'appel et les autres chambres de la Cour de cassation,

maintenant ainsi la rigueur précédemment décrite même pour les décisions refusant d'ordonner l'expertise³⁴⁴.

242. Il faut toutefois relever que si l'article 272 s'applique à la décision qui ordonne une expertise, l'autorisation judiciaire n'est pas requise lorsqu'en ordonnant l'expertise, la décision tranche dans son dispositif une partie du principal. Elle aurait dans ce cas le caractère d'un jugement mixte qui tomberait plutôt sous l'empire de l'article 544 nouveau code de procédure civile. Il en est ainsi du jugement qui pour ordonner l'expertise et le versement d'une provision retient que les préjudices apparaissent établis sans que le montant puisse en être évalué avec exactitude avant l'expertise³⁴⁵.

De même, l'autorisation judiciaire ne saurait être exigée pour relever appel d'une décision ayant ordonné en référé une expertise alors que ce faisant, le juge des référés aurait épuisé sa saisine. Il s'agit là de l'application à l'expertise de la jurisprudence dégagée par la chambre mixte de la Cour de cassation à propos des mesures d'instruction in

³⁴⁴ Ainsi, la Cour d'appel d'Amiens, dans un arrêt du 29 septembre 1995 (Procédures 1996, n°35), précise avec beaucoup d'intérêt que l'inapplicabilité des dispositions de l'art.272 N.C.P.C. aux décisions qui refusent d'ordonner une expertise ne signifie pas que de telles décisions sont susceptibles d'appel immédiat sans autorisation.

³⁴⁵ Paris, 13 décembre 1996, Bull. Avoués 1997, p.20. Dans le même sens déjà, Paris, 5 décembre 1988, Bull. Avoués 1989, P.22 ; Cass. Com., 20 janvier 1981, Gaz. Pal.1981, 1, 169.

futurum ordonnées en référé³⁴⁶. Le régime d'autorisation reprend tout son empire lorsque l'ordonnance ordonnant l'expertise n'a pas eu pour effet de dessaisir le juge des référés³⁴⁷.

243. Concernant le sursis à statuer, la décision qui l'ordonne est soumise au même régime de recevabilité des recours que celle qui ordonne une expertise, ainsi d'ailleurs que le prescrit l'article 380 du nouveau code de procédure civile. Mais, dans certaines conditions, la question peut se poser de savoir si l'application de ce texte nécessite la prise en considération de critères organiques. Concrètement, on s'est demandé si l'appel des décisions du juge des référés ou du juge de l'exécution qui sursoient à statuer doit être soumis au régime d'autorisation judiciaire prévu à l'article 380 du nouveau code de procédure civile.

Pour les ordonnances du juge des référés prescrivant un sursis à statuer, la jurisprudence s'est très vite prononcée dans le sens de l'application de l'article 380. L'appel de telles décisions nécessite donc une autorisation du premier président³⁴⁸.

³⁴⁶ V. infra, n°417 et suiv.

³⁴⁷ Par exemple Civ.2^e, 24 mars 1993, préc.

³⁴⁸ V. en ce sens Angers, 17 mars 1977, Gaz. Pal.1977, 1, p.447, obs. BARBIER; Paris 23 mars 1982, Bull. avoués1982, p.132

Concernant les décisions du juge de l'exécution, aucune hésitation ne serait permise si parallèlement à son article 1^{er}³⁴⁹, le décret du 31 juillet 1992 ne comportait un article 28 selon lequel la décision du juge de l'exécution peut toujours être frappée d'appel.

Dans un arrêt du 18 février 1999, la 2^e chambre civile de la Cour de cassation apporte un éclairage opportun sur la question. Un juge de l'exécution avait, dans le cadre d'une saisie-attribution, sursis à statuer et ordonné à titre conservatoire la consignation des fonds saisis attribués. Sur appel de la société Niederbronn, la Cour d'appel de Colmar accueille la demande de mainlevée. La décision est cassée par la Cour de cassation qui reproche à la Cour d'appel d'avoir violé les articles 272, 380, 544, 545 et 125 du nouveau code de procédure civile en ne relevant pas d'office l'irrecevabilité de l'appel³⁵⁰. Il en résulte clairement que les décisions du juge de l'exécution n'échappent pas aux textes susvisés.

³⁴⁹ Selon lequel sauf dispositions contraires, les règles communes du Livre I du nouveau code de procédure civile sont applicables devant le juge de l'exécution aux procédures civiles d'exécution

³⁵⁰ Procédures, 1999, n°5, p.7, comm. n°119

B- La limitation de l'exigence de l'autorisation judiciaire à la voie d'appel.

244. Les textes qui exigent une autorisation du premier président de la Cour d'appel ont un domaine d'application explicitement restreint à l'appel. Ils ne s'appliquent donc pas au pourvoi en cassation. Cette exclusion nous semble attachée à la nature même de cette voie de recours.

En effet, si le pourvoi en cassation est une voie de recours extraordinaire dont le droit ne figure d'ailleurs pas parmi ceux reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme ³⁵¹, le Conseil Constitutionnel considère qu'il "constitue pour les justiciables une garantie fondamentale dont, en vertu de l'article 34 de la constitution, il appartient seulement à la loi de fixer les règles"³⁵².

Il aurait été dans ces conditions malaisé de subordonner l'exercice d'un tel droit à une autorisation préalable du premier président de la cour d'appel. C'est d'ailleurs pourquoi l'article 380-1 précise que la décision ordonnant le sursis à statuer peut, si elle est rendue en dernier ressort, "être attaquée par la voie du pourvoi en cassation, mais seulement pour violation de la règle de droit".

³⁵¹ CEDH, 16 juillet 1991. V. les observations de M. FLAUSS, A.J.D.A. 1995, 138.

³⁵² C. Const., décision n° 80-113L du 14 mai 1980, Rec. p.61

245. En dehors de cette disposition, le pourvoi en cassation des jugements ordonnant une expertise ou un sursis à statuer, doit donc être soumis au régime général des jugements avant dire droit tel qu'il résulte des dispositions de l'article 608 du nouveau code de procédure civile. La Cour de cassation a depuis toujours considéré que l'autorisation du premier président de relever appel d'une décision ordonnant une expertise ne doit pas avoir pour conséquence l'ouverture contre une telle décision, du pourvoi en cassation indépendamment de l'arrêt sur le fond³⁵³.

246. Mais la question se pose de savoir si l'ordonnance même du premier président qui accorde ou refuse l'autorisation de faire appel peut être contestée. Si aucun texte ne se prononce explicitement sur la question, l'analyse de la jurisprudence conduit à distinguer suivant que l'ordonnance du premier président est rendue à propos d'un jugement ordonnant une expertise ou d'un jugement ordonnant un sursis à statuer.

Dans le cas d'une décision ordonnant une expertise, la Cour de cassation a résolu la question en refusant le pourvoi en cassation contre l'ordonnance du premier président. Cette solution qui a été réaffirmée plusieurs fois par la cour de

³⁵³ Cass. Civ.3^e, 5 novembre 1976, Bull. Civ. III, n°388, RTD Civ.1977, 372, obs. PERROT ; Com., 16 janvier et 28 avril 1980, D.1980, I.R. 465, obs. JULIEN.

cassation et appliquée par les juridictions du fond peut être considérée aujourd'hui comme un acquis jurisprudentiel³⁵⁴.

S'agissant en revanche d'une décision ordonnant un sursis à statuer, la Cour de cassation paraît plus libérale à propos de l'ordonnance présidentielle refusant l'autorisation d'appel contre le jugement de sursis à statuer. En effet, la 3e chambre civile et la chambre commerciale de la cour de cassation ont décidé qu'un pourvoi immédiat peut être formé contre l'ordonnance présidentielle qui refuse l'autorisation d'appel³⁵⁵.

Il y a donc une rupture radicale avec la solution qui consistait à refuser le pourvoi immédiat contre cette ordonnance³⁵⁶. Ce refus des recours avait d'ailleurs fait l'objet de critiques en doctrine qui reprochaient à une telle solution de confondre le jugement de sursis à statuer visé par l'article 380-1 du nouveau code de procédure civile avec l'ordonnance du premier président qui statue sur la demande d'autorisation de faire appel contre ce jugement³⁵⁷.

³⁵⁴ Cass. Civ. 3^e, 5 novembre 1976, Bull. Civ. III, n° 388 ; Cass. Civ. 2^e, 8 mars 1989, Bull. Civ. II, n° 64 ; 26 février 1997, SA FUTURA France, Jurisdata n° 000773

³⁵⁵ Cass. Civ. 3^e, 27 mars 1996, Bull. Civ. III, n° 86 ; Com. 16 février 1993, Bull. Civ. IV, n° 53, 24 février 1995, R.T.D.Civ. 1995, 681, obs. PERROT.

³⁵⁶ Il faut faire remarquer que la solution actuellement appliquée en matière d'expertise était également appliquée au sursis avant ce changement.

³⁵⁷ V. en ce sens les observations de P. JULIEN sous Civ. 2^e, 2 mai 1984, D. 1985, I.R. 263

Il est vrai que du point de vue des textes, l'article 380-1 ne vise que le jugement de sursis à statuer. C'est sans doute ce qui explique que l'acceptation du pourvoi immédiat contre l'ordonnance du premier président ait été saluée en doctrine comme " un grand pas dans la voie de la cohérence et de la clarté " ³⁵⁸.

247. Reste toutefois à expliquer pourquoi la volonté de cohérence et de clarté ne s'étendrait pas à l'ordonnance du premier président en matière d'expertise. Comment comprendre en effet la différence de régime qui consiste à admettre pour l'ordonnance du premier président en matière de sursis ce qui est fermement refusé lorsque la même ordonnance concerne l'expertise ?

L'explication est d'autant plus malaisée à fournir qu'elle ne paraît pas devoir provenir de la nature des deux ordonnances. Les deux ordonnances relèvent en effet du même régime d'autorisation présidentielle. La cohérence ne commande-t-elle pas que les deux types d'ordonnances qui ont la même nature soient soumis au même régime ? Nous ne voyons d'ailleurs pas comment il peut en être autrement, dans la mesure où la chambre commerciale de la cour de cassation dans son arrêt du 24 janvier 1995 ³⁵⁹ motive sa décision par le fait que l'ordonnance du premier président qui statue sur la

³⁵⁸ R. PERROT, R. T. D.Civ.1995, préc.

³⁵⁹ Arrêt préc.

demande d'autorisation "met fin à l'instance autonome introduite devant ce magistrat".

Dans ces conditions, l'ordonnance refusant l'autorisation d'appel contre le jugement ayant ordonné une expertise met fin elle aussi à l'instance autonome ouverte devant le même magistrat. Cette notion d'instance autonome pourrait d'ailleurs par sa généralité, être étendue même à d'autres hypothèses d'atténuations légales de l'irrecevabilité des recours immédiats, notamment celles qui n'exigent pas une autorisation judiciaire. Le pas paraît néanmoins difficile à franchir, la Cour de cassation veillant à éviter qu'une interprétation libérale des textes ne vide de son contenu l'interdiction des recours immédiats.

Dans tous les cas, et tel qu'il ressort des dispositions étudiées, le système d'autorisation et son efficacité reposent entièrement sur le premier président qui doit apprécier si le motif allégué par la partie demanderesse est ou non "grave et légitime".

II - UNE CONDITION DIFFICILE A DEFINIR.

248. Le motif grave et légitime est la condition exigée pour que le plaideur mécontent obtienne du premier président, l'autorisation de contester immédiatement, sans attendre la

fin de l'instance principale, la décision ordonnant une expertise, un sursis à statuer et dans certaines circonstances, les ordonnances du juge de la mise en état. Cette condition invite donc, implicitement mais nécessairement, à une définition du motif grave et légitime puisque le premier président accordera ou non l'autorisation de contestation immédiate suivant qu'il considère que le motif allégué répond ou non à ces exigences.

249. En l'absence d'une définition légale, l'appréciation de la gravité et de la légitimité du motif allégué par la partie qui veut relever immédiatement appel a suscité quelques interrogations en doctrine.

On a pu ainsi dire à propos de l'expertise qu'il s'agissait d'une appréciation souveraine³⁶⁰, voire discrétionnaire³⁶¹, du premier président. Il semble toutefois qu'en matière de sursis à statuer, il y ait une ligne directrice des premiers

³⁶⁰ J. VINCENT et S. GUINCHARD, *ibidem* ; Civ. 2^e, 2 avril 1978, JCP1978, IV, 183 ; R.T.D.Civ.1978, 927, obs. PERROT ; Lyon 19 janvier 1978, JCP1979, II, 19075 ; Gaz. Pal.1979, 1, 97, note de RUSQUEC.

Les motifs décisifs ont été considérés comme constituant par eux-mêmes un motif grave et légitime. Mais depuis, la jurisprudence s'oriente dans le sens contraire. Exemple : Paris, 28 janvier 1985, Bull. Avoués 1985, p.24 ; 28 mars 1985, Bull. Avoués 1985, p.59 ; à moins que les motifs décisifs aient une incidence sur la mesure ordonnée Paris, 23 février 1996, Bull. Avoués 1996, p.61

³⁶¹ R. PERROT, R.T.D.Civ.1979, 681

présidents qui les oriente à se prononcer plus souvent en considération de l'équité³⁶².

Dans tous les cas, il apparaît que constitue un motif grave et légitime une erreur matérielle commise dans un précédent jugement. C'est par exemple le cas en matière de comblement de passif, lorsque le jugement de liquidation d'une Société attribue indûment à une personne la qualité de PDG de ladite Société, alors même qu'il n'est pas soutenu qu'elle se soit comportée en dirigeant de fait³⁶³.

De même, l'insuffisance ou l'absence de motivation peut dans certaines circonstances, être constitutive de motif grave et légitime pouvant justifier un appel immédiat. Ainsi, le tribunal qui, sans motiver sa décision sur les moyens de fond qui lui sont soumis, ordonne une expertise, estimant ne pas disposer d'éléments nécessaires pour statuer. Le premier président de la cour d'appel de Paris a retenu qu' "eu égard à cette insuffisance de motivation, il existe un motif grave

³⁶² Sylvie DURFORT, l'appel : notion et fonctions. Analyse socio-juridique, thèse préc., p.214, n°366

³⁶³ Paris, 7 juillet 1995, Bull. Avoués 1996, p.60

et légitime d'autoriser la Société C. à relever appel de cette décision³⁶⁴.

L'existence de motif grave et légitime peut résulter également de ce que, en matière de liquidation judiciaire, les premiers juges ont cru devoir déléguer leurs pouvoirs juridictionnels à l'expert en lui demandant, outre de fournir au tribunal des éléments techniques, de rechercher " s'il a existé une société de fait " entre la société en liquidation et un établissement financier³⁶⁵.

250. En matière de sursis à statuer, l'appréciation de la gravité et de la légitimité du motif allégué ne diffère pas vraiment de ce qui se passe en matière d'expertise. On signalera tout de même que l'existence d'une plainte pénale ne justifiant pas forcément un sursis à statuer, les premiers présidents accordent souvent l'autorisation d'appel en pareille hypothèse³⁶⁶. De même, le motif grave et légitime peut être établi par l'existence pour le demandeur, d'un

³⁶⁴ Paris, 1^{er} avril 1996, Bull. Avoués 1996, p.60-61 ; V. également p.62, l'ordonnance du président de la C.A. de Paris du 23 février 1996 qui autorise l'appel au motif que le tribunal qui a ordonné l'expertise a déclaré recevable l'action (il s'agissait d'une action en fixation d'une indemnité d'occupation), sans statuer sur le moyen tiré de la prescription de l'action qui, s'il était admis, rendait inutile l'expertise, ou selon l'ordonnance de la même juridiction du 8 novembre 1996 (Bull. Avoués 1996, p.190), sans avoir répondu ni statué sur un moyen de forclusion.

³⁶⁵ Paris, 29 novembre 1996, Bull. Avoués, 1996, p.191.

³⁶⁶ Par exemple Paris, Ord.3 octobre 1996, Bull. Avoués, p.192.

"intérêt important et légitime à faire juger le plus rapidement possible le litige"³⁶⁷

251. Il apparaît que l'appréciation ne peut se faire qu'au cas par cas suivant les circonstances propres à chaque espèce. Les juges en font une application qu'on ne peut qualifier de rigoureuse mais plutôt mesurée, dans la mesure où ils ne se contentent pas seulement de sanctionner des irrégularités entachant l'application des règles de droit. Ils tiennent aussi compte des faits de chaque espèce et de toutes leurs implications qu'indiquent le bon sens et la logique.

La notion servira dans tous les cas à faire sanctionner les procédures irrégulières surtout en matière d'expertise et à éviter des lenteurs inutiles qui seraient dues par exemple à des sursis injustifiés. De ce point de vue, le régime des jugements ordonnant une expertise ou un sursis à statuer se distingue nettement des autres facteurs légaux de rapprochement.

³⁶⁷ Paris, Ord. 21 juin 1996, Bull. Avoués, p.193

SECTION 2 -LES AUTRES REGIMES LEGAUX FACTEURS DE RAPPROCHEMENT

252. Il convient d'établir ici une nette distinction entre les recours immédiats admis en matière civile (I) et l'utilisation exceptionnelle en matière administrative de la règle de l'interdiction des recours immédiats (II).

I - L'ADMISSION DES RECOURS IMMEDIATS EN MATIERE CIVILE.

253. Une telle admission est le résultat de l'assimilation de certains jugements avant dire droit à des jugements sur le fond, soit parce qu'ils ont tranché une partie du principal, soit parce qu'ils ont mis fin à l'instance en se prononçant sur un incident. Nous étudierons successivement les régimes du jugement avant dire droit qui tranche une partie du principal (A) et de celui qui met fin à l'instance en statuant sur un incident (B)

A - Le jugement avant dire droit qui tranche une partie du principal.

254. C'est l'hypothèse classique des jugements dits mixtes³⁶⁸. Les articles 544 alinéa 1 et 606 du nouveau code de procédure civile admettent l'un et l'autre l'appel et le pourvoi immédiats contre " les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ". Un tel jugement présente la particularité d'être pour partie avant dire droit en ordonnant une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, et pour partie définitif en tranchant dans son dispositif le principal, au moins en partie³⁶⁹.

255. L'exemple classique est celui du jugement qui, tout en reconnaissant le principe de la responsabilité, ordonne une mesure d'instruction pour permettre au tribunal d'évaluer le

³⁶⁸ G. DURRY, Les jugements dits mixtes, R. T. D. civ.1960, p.5 et suiv. Il faut toutefois préciser que les jugements mixtes ne concernent pas seulement les jugements qui tranchent une partie du principal et ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire. Le jugement qui se prononce sur une exception de procédure, une fin de non recevoir ou tout autre incident et ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire est aussi un jugement mixte parce qu'il est pour partie un jugement sur le fond. (art. 482 N.C.P.C.) V. en ce sens, G. COMBES, Jugements avant dire droit, J. Cl. Proc. Civ.1998, fasc., p.6, spéc. n°43 et suiv. Mais, il est évident qu'un tel jugement ne rentre pas dans le domaine d'application des art. 544 al.1 et 606 N.C.P.C.

³⁶⁹ VINCENT et GUINCHARD, Procédure civile, op. cit., n°1209

taux d'indemnisation de la victime³⁷⁰. Mais en pratique, la mixité peut résulter de différentes hypothèses. Il peut s'agir d'un jugement déclarant la demande recevable, ordonnant une mesure d'instruction et un sursis à statuer au fond, d'un jugement ordonnant le versement d'une provision et une expertise, d'un jugement rejetant une exception d'incompétence et ordonnant un sursis à statuer ou d'un jugement ordonnant un sursis à statuer sur une exception d'incompétence et une expertise³⁷¹.

256. Les dispositions du nouveau code de procédure civile sont destinées à éviter les difficultés auxquelles la détermination de cette catégorie de décision a donné lieu dans le droit antérieur³⁷². Leur caractère exceptionnel impose donc qu'elles soient interprétées restrictivement de façon à éviter de vider de sa substance le principe de l'interdiction des recours immédiats.

³⁷⁰ G. DURRY, *ibidem* ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n°770 . Il est vrai que de tels jugements existent aussi en droit administratif mais n'y présentent plus grand intérêt depuis qu'on admet en matière administrative les recours immédiats contre toute décision juridictionnelle.

³⁷¹ V. sur ces exemples, V. C. GIVERDON, P. AVRIL, G. VERDUN, *Restrictions au droit d'appel des jugements concernant plusieurs parties ou comportant des chefs de décision de nature différente*, *Gaz. Pal.*1986, 2 doct., 517.

³⁷² Pour ces difficultés V. DURRY, art. préc.

La Cour de cassation s'inscrit dans cette approche restrictive³⁷³, qui n'est pas facile à réaliser. De fait, la Haute juridiction adopte dans certaines circonstances, une conception plutôt extensive du principal (1) alors que par ailleurs, l'exclusivité des motifs dans l'appréciation de la mixité n'est pas toujours certaine(2).

1) L'extension circonstancielle de la notion de principal.

257. La question se pose en doctrine de savoir ce qu'il faut entendre par le " principal " au sens des articles 544 al.1 et 606 du nouveau code de procédure civile. On s'interroge en effet pour savoir si le principal doit s'entendre restrictivement du fond de l'affaire ou si au contraire il faut lui donner un sens large incluant les questions de recevabilité de la demande et des exceptions opposées par l'une des parties³⁷⁴.

Pourtant, l'alinéa 2 de l'article 544 précise bien que le principal s'entend de l'objet du litige, dont l'article 4

³⁷³ V. Par ex. Y.BOSQUET, J-CI proc. Civ., fasc.530-532; C. DELAGE, La recevabilité du pourvoi en cassation des décisions avant dire droit ou contenant des dispositions avant dire droit, Rev. Huis. n°30 du 20 novembre 1986, p.1516 et suiv. Ainsi, le jugement qui ne tranche pas dans son dispositif une partie du principal et ordonne une mesure d'instruction ne saurait en aucun cas être frappé d'appel ou de pourvoi indépendamment du jugement sur le fond V. Cass. Civ.2^e, 16 juillet 1993, Rev. Huis. 1993, 425 et suiv.

³⁷⁴ V. VINCENT et GUINCHARD, Procédure civile, op. cit. n °1214 ; COUCHEZ (avec la collaboration de ...), Procédure civile, éd. Dalloz, 1998, n°1178.

considère qu'il est déterminé par les prétentions des parties. Toute la difficulté se reporterait ainsi sur le mot " prétention " dont on ne sait pas s'il doit être entendu largement ou strictement³⁷⁵.

Selon M. BENABENT, " les exceptions qui ont pu être soulevées sur la recevabilité de la demande font bien partie des prétentions " et cette constatation l'amène à conclure que la notion de principal doit être entendue le plus largement possible³⁷⁶.

La position opposée se retrouve chez MM. VINCENT et GUINCHARD qui estiment qu'il est difficile de considérer comme ayant tranché une partie du principal, un jugement qui n'a pas répondu, au moins partiellement, à la question de fond³⁷⁷.

258. Ces positions doctrinales nous paraissent l'une et l'autre trop tranchées, alors même qu'elles sont complémentaires dans une certaine mesure. Si le principal au sens de l'objet du litige ne semble pas pouvoir s'accommoder d'une définition étroite des prétentions³⁷⁸, il faut aussi admettre que toute réponse à une question de recevabilité ne signifie pas forcément que le juge tranche une partie du principal. En réalité, la question est moins celle de la portée du principal que de savoir la solution à adopter

³⁷⁵ VINCENT et GUINCHARD, op. cit

³⁷⁶ Rép. Proc. Civ., V. Jugement, n° 47 et suiv.; spéc. n ° 58-60.

³⁷⁷ Op. cit., ibidem

³⁷⁸ La suite de l'article 4 concerne aussi bien l'acte introductif d'instance que les conclusions en défense.

lorsque la réponse à une question de recevabilité peut influencer sur la solution finale du litige.

259. En jurisprudence, la tendance générale est à l'adoption d'une définition étroite du principal comme désignant exclusivement la question de fond posée au juge. Dans ce sens, le jugement qui répond à une question de recevabilité tout en ordonnant une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, ne tranche aucune partie du principal et n'est donc pas susceptible de recours immédiat. C'est le cas notamment en matière de malfaçons immobilières où il a été très tôt admis que le jugement qui statue sur la recevabilité de l'action et ordonne une expertise ne tranche pas une partie du principal³⁷⁹. La même solution s'est imposée concernant la recevabilité de l'action à fins de subsides³⁸⁰. Cette jurisprudence restrictive aujourd'hui bien établie aussi bien pour l'appel que pour le pourvoi en cassation³⁸¹, comporte cependant quelques limites qui montrent que dans certaines circonstances, les juges sont amenés à admettre une conception extensive de la notion de principal. Il en est ainsi dans le contentieux de la sécurité sociale lorsque sans

³⁷⁹ Civ. 2^e, 10 mars 1977, D.1977, I.R.261, obs. JULIEN ; R. T. D. civ.1977, 623, obs. PERROT.

³⁸⁰ Civ.1^{ère}, 9 mai 1978, Bull. Civ., 1, n°1770

³⁸¹ Civ.2^e, 16 juillet 1993, Bull. Civ.1993, 2, n°253 ; 11 janvier 1995, Bull. Civ.1995, 2, n°3 ; 5 juin 1996, Bull. Civ.1996, 2, n°120.

toucher véritablement à la question de fond, le juge ordonne une expertise complémentaire³⁸².

La même solution s'applique en matière de rescision pour lésion lorsque le juge considère les " faits assez vraisemblables et assez graves pour faire présumer la lésion " ³⁸³ et ordonne une expertise.

La doctrine y a vu avec raison, une solution qui serait inspirée par la particularité des procédures en cause³⁸⁴. Mais on peut aussi y voir une façon pragmatique pour la jurisprudence de résoudre la question du principal.

En réalité, toutes les hypothèses où le juge est amené à adopter une conception extensive de la notion de principal ne sont pas forcément liées à des procédures particulières³⁸⁵. Elles ont pourtant un point commun: en statuant sur la recevabilité de la demande par exemple et en ordonnant une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, le jugement préjuge l'affaire au fond dans la mesure où il aura une

³⁸² Par ex. Soc.11 octobre 1979, J.C.P.1979, IV, 366 ; 13 mai 1987, Bull. 1987, 5, n°298 ; 28 octobre 1993, Bull.1993, 5, n°256.11 janvier 1996, Bull. Civ., 5, n°8 ; 17 octobre 1996, Bull. civ., 5, n°334.

³⁸³ Civ.3^e 29 juin 1977, Bull.Civ.1977, 3, n°300

³⁸⁴ VINCENT et GUINCHARD, Procédure civile, op. cit. n °1214 ;

³⁸⁵ Par ex. Pau, 7 février 1986, J.C.P.1986, II, 20710, note de HENDERYCKSEN à propos d'un jugement qui ordonne une expertise non pas pour rechercher un principe mais un degré de responsabilité, ou de celui qui ordonne une expertise et alloue une provision: civ.1^{ère}, 19 oct.1999, Procédures, 2000, n°2, Comm. n°31, p.7. En sens contraire, Civ.3^e, 7 no.1998, Procédures, 1998, Comm. n°258

influence capitale dans la décision finale du juge ou anticipe sur la solution qui sera adoptée.

260. Finalement, il faut bien convenir que tout est question d'espèces car, si la jurisprudence se montre rigoureuse dans la détermination des jugements mixtes par le principal, la tendance n'est pas à une exclusion systématique des jugements répondant à des questions de recevabilité ou des exceptions ; tout est dans l'influence qu'une telle réponse peut avoir sur la solution finale du litige.

Une chose reste certaine: la jurisprudence adopte une conception subjective en cas de pluralité de parties. Dans cette hypothèse en effet, il est admis que le principal doit s'entendre pour chaque partie, de l'objet du litige la concernant³⁸⁶.

2) L'exclusivité du dispositif.

261. Le seul fait pour un jugement, de trancher une partie du principal tout en ordonnant une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ne suffit pas à entraîner la recevabilité des recours immédiats. Encore faut-il que les éléments de mixité soient localisés dans le dispositif, mais seulement dans celui-ci. En effet, si les articles 544 alinéa 1 et 606 du nouveau code de procédure civile admettent que pareilles

³⁸⁶ Cass. Civ.2^e, 24 mai 1984, Bull. Civ. II, n°91

décisions puissent être immédiatement contestées, c'est à la condition explicite qu'elles aient tranché, dans leur dispositif, une partie du principal.

262. Avant les décrets précurseurs du nouveau code de procédure civile et en l'absence de définition précise du jugement mixte, la jurisprudence en était arrivée à admettre la recevabilité des recours immédiats contre des décisions qui prenant partie sur le fond du litige dans leurs motifs, omettent de le faire explicitement dans leur dispositif³⁸⁷.

Cette théorie dite des "motifs décisives" a entraîné une grande incertitude dans la détermination des jugements mixtes et surtout un contentieux abondant, les parties s'efforçant de trouver dans les motifs des jugements avant dire droit des éléments de décision entraînant ainsi des recours systématiques. Ce sont ces dérives que le nouveau code de procédure civile a entendu éviter en condamnant dans ses articles 544 alinéa 1 et 606, toute "mixité implicite"³⁸⁸.

263. La conception formaliste de la mixité a sans doute l'avantage d'offrir plus de clarté dans la détermination des jugements mixtes. Mais du point de vue de l'importance des voies de recours, elle peut paraître bien injuste dans la

³⁸⁷ Cf. G. DURRY, Les jugements dits mixtes, art. préc. Le problème n'est d'ailleurs pas propre à la recevabilité des recours; il se pose de façon identique pour l'autorité de la chose jugée

³⁸⁸ S. DURFORT, Th. préc., p.199

mesure où elle aboutit forcément à faire dépendre la recevabilité immédiate " d'un seul hasard de rédaction " ³⁸⁹.

C'est donc non sans peine ³⁹⁰ que la jurisprudence s'est engagée dans l'application stricte d'une telle conception de la mixité. Il est toutefois solidement établi aujourd'hui, et ce de manière unanime et constante, que ni l'appel ni le pourvoi en cassation ne sont recevables indépendamment du jugement sur le fond, si la partie du principal qu'aurait tranché un jugement avant dire droit ne se localise pas dans le dispositif de la décision ³⁹¹. On peut d'ailleurs remarquer ici le lien avec l'exigence du dispositif en matière d'autorité de la chose jugée. En effet, ce qui peut être contesté, c'est la décision du juge qui en principe est localisée dans le dispositif dotée de l'autorité de la chose jugée. Il apparaît donc normal d'exiger ici aussi que le principal soit tranché dans le dispositif.

³⁸⁹ R.PERROT, R. T. D. civ.1975, 598

³⁹⁰ On garde encore à l'esprit la division interne de la Cour de cassation. Si la position dominante fut très tôt l'application littérale des textes et donc la condamnation explicite des motifs décisives (Com., 10 avril 1975, Bull. Civ. IV, n°89 ; Civ.2^e, 11 avril 1975, Gaz. Pal.1975, 2, p.615, note VIATTE ; Civ.1^{ère}, 9 mai 1978, Bull. Civ. I, n°177) , la chambre sociale a longtemps résisté à cette conception de la mixité et ne s'y est ralliée que dans un arrêt du 29 avril 1981 (D.1982, p.66, note de A. BLAISSE) en censurant explicitement une Cour d'appel qui " n'avait pas à tenir compte, pour l'application de l'art. 544 N.C.P.C., des motifs du jugement, quelle qu'en fût la portée".

³⁹¹ Par ex. civ.1^{ère}, 25 nov. 1986, Bull. civ., I, n° 275 ; civ.2^{ème} 20 février 1991, Bull. civ., II, n° 56 ; 16 juillet 1993, Bull. civ., II, n°115

B- Le jugement sur incident mettant fin à l'instance.

264. Le jugement qui, statuant en premier ou en dernier ressort, met fin à l'instance peut être immédiatement contesté par la voie de l'appel ou du pourvoi en cassation. C'est bien ce qui résulte des articles 544 alinéa 2 et 607 du nouveau code de procédure civile. L'application des textes nécessite toutefois certaines conditions dont la mise en œuvre mérite d'être précisée.

1) Les conditions générales de mise en œuvre des articles 544 al.2 et 607 du nouveau code de procédure civile.

265. De façon générale, la mise en œuvre des articles 544 alinéa 2 et 607 du nouveau code de procédure civile nécessite deux conditions cumulatives liées à la fois à l'objet de la décision concernée et à son effet sur l'instance engagée devant le juge.

a- Il doit s'agir d'un jugement sur incident.

266. Les textes sont explicites sur cette première exigence. Il doit s'agir d'un jugement qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident. L'exemple classiquement cité est celui du jugement qui

déclare une demande irrecevable ou encore qui accueille une exception de nullité d'un acte introductif d'instance³⁹². Il ne s'agit là bien évidemment que d'exemples choisis, car l'expression utilisée in fine de "tout autre incident" dans les articles 544 alinéa 2 et 607 indique bien la volonté du législateur de donner à ces dispositions une portée générale en ce qui concerne les incidents en cause.

Il n'est pas question ici d'en dresser une liste exhaustive. Les incidents qui peuvent jalonner une procédure contentieuse sont bien connus et étudiés en doctrine³⁹³ pour qu'on y consacre un développement important. Nous nous bornerons seulement à indiquer que doivent y être rangés aussi, les jugements statuant sur une péremption d'instance ou même la validité d'un désistement d'instance.

Il ne suffit pas toutefois pour l'application des articles 544 alinéa 2 et 607, que le jugement ait statué sur un incident, encore faut-il que ce faisant, il ait mis fin à l'instance.

³⁹² V. par exemple J.HERON, Droit judiciaire privé, op. cit., n ° 675 ; G. COUCHEZ (avec la collaboration de ...), Procédure civile, op. cit., n ° 1397.

³⁹³ Par exp. G. CORNU, Procédure civile, 3^e éd. PUF , Thémis 1996, P.639 et suiv., spéc. n °165 et suiv. ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, 2^e éd. Litec 1998,

b- Le jugement sur incident doit avoir mis fin à l'instance.

267. La deuxième condition, à notre avis la plus importante parce que propre aux articles 544 alinéa 2 et 607, est qu'en se prononçant sur l'incident, le jugement doit par la même occasion mettre fin à l'instance.

A ce stade, il faut faire remarquer l'inadéquation des articles 544 al.2 et 607 du nouveau code de procédure civile avec l'article 480 du même code. Ce dernier range parmi les jugements qui ont autorité de la chose jugée, ceux qui statuent sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident. Or, en application des deux premiers textes, de tels jugements ne peuvent être contestés immédiatement que s'ils mettent fin à l'instance. A contrario, ils ne peuvent être attaqués immédiatement s'ils ne mettent pas fin à l'instance, malgré l'autorité que leur reconnaît l'article 480. On aboutit à cette situation incohérente qui consiste à refuser la contestation immédiate d'un jugement qui pourtant a autorité de la chose jugée et dont le juge se trouve dessaisi en principe.

268. L'exigence apparaît cependant normale car il est évident que si l'instance prend fin, on ne voit vraiment pas jusqu'à quand les recours peuvent être différés. Mais, il faut vite se rendre compte que l'évidence en droit judiciaire n'est pas toujours synonyme de facilité, car la mise en œuvre de cette

condition a posé parfois d'énormes difficultés en jurisprudence. Pour mieux cerner ces difficultés, il est utile de distinguer suivant qu'il s'agit de l'appel ou du pourvoi en cassation.

Il est a priori malaisé de distinguer entre l'application de l'article 544 alinéa 2 et celle de l'article 607 tant les deux textes visant des décisions de même nature, sont rédigés en des termes identiques. C'est pourtant à cela que conduit l'analyse des arrêts des Cours d'appel et de la Cour de cassation.

269. Il apparaît que la jurisprudence n'éprouve pas de difficultés particulières pour décider qu'un jugement rendu en premier ressort sur un incident est ou non susceptible d'un appel immédiat en application de l'article 544 alinéa 2. Ainsi, il est constamment admis que le jugement qui statue en premier ressort sur un incident sans mettre fin à l'instance ne peut être déféré devant la Cour d'appel indépendamment du jugement sur le fond. Il en est ainsi du jugement qui rejette une fin de non-recevoir³⁹⁴, de celui qui rejette un moyen pris de la péremption d'instance³⁹⁵ ou encore de celui qui rejette une demande de sursis à statuer³⁹⁶.

³⁹⁴ Civ.2^e, 7 octobre 1981, Bull. Civ. II, n°178 ; Civ.3^e, 24 février 1982, Bull. Civ. III, n°53

³⁹⁵ Civ.2^e, 20 janvier 1983, Gaz. Pal.1983, Pan. 290

³⁹⁶ Civ.2^e, 24 octobre 1979, Bull. Civ. II, n°245 ; Soc. 27 février 1991, Bull. Civ. V, n°99

La condition sera remplie par exemple lorsque le tribunal fait droit à une exception d'irrecevabilité. Il est alors évident qu'aucune instance ne peut plus se poursuivre, l'ouverture de celle-ci étant subordonnée à la recevabilité de la demande. Il est par conséquent normal de permettre à la partie dont la demande est rejetée de faire immédiatement appel de la décision.³⁹⁷.

270. Cette relative facilité dans l'application de l'article 544 alinéa 2 permet au juge de rejeter l'appel immédiat toutes les fois que le jugement sur un incident quelconque ne met pas fin à l'instance. Cela s'explique sans doute par le fait qu'à ce stade de la procédure, la notion d'instance ne suscite pas de difficulté particulière d'interprétation ; elle ne désigne que le jugement " définitif ", c'est-à-dire qui arrête la procédure devant le tribunal, qu'il concerne la pertinence de la demande ou son irrecevabilité.

Mais, lorsque le jugement sur l'exception, la fin de non-recevoir ou tout autre incident est rendu en dernier ressort, la relative clarté de l'article 544 alinéa 2 fait place à de sérieuses difficultés d'interprétation de l'article 607 concernant le pourvoi en cassation.

³⁹⁷ V. par exemple Civ.2^e, 9 octobre 1985, Bull. Civ. II, n°145 ; Civ.2^e, 28 février 1996, Bull. Civ. II, n°39

2) Les difficultés particulières de mise en œuvre de
l'article 607 du nouveau code de procédure civile : la
notion d'instance.

271. Dans les mêmes conditions que l'article 544 alinéa 2, l'article 607 du nouveau code de procédure civile dispose que " peuvent également être frappés de pourvoi en cassation, les jugements en dernier ressort qui, statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin à l'instance ". Mais contrairement à ce qui se passe pour l'appel, il est apparu indispensable de définir la notion d'instance telle qu'elle résulte de ce texte.

272. La question se pose parce que malgré l'utilisation abondante³⁹⁸ de la notion d'instance, le nouveau code de procédure civile ne la définit nulle part. Or il n'est pas toujours facile de comprendre le mot instance, ni même de savoir s'il a le même sens dans tous les cas où il est utilisé par le nouveau code de procédure civile³⁹⁹.

³⁹⁸ Il n'est point besoin de chercher loin pour la découvrir puisque le premier des principes directeurs du procès est le pouvoir que l'article 1^{er} reconnaît aux parties d'introduire " l'instance " et d'y mettre fin ; alors que les articles 2 et 3 disent respectivement que " les parties conduisent l'instance... " et que " le juge veille au bon déroulement de l'instance... "

³⁹⁹ Cette question de définition de l'instance s'était déjà posée anciennement à propos de l'application dans le temps des règles de procédure civile. V. J. NORMAND, La dualité de la notion d'instance en droit transitoire. L'inapplicabilité des lois nouvelles aux instances en cassation, RTD civ. 1976, 387 et suiv.

L'ambivalence de la notion apparaît dans la définition générale donnée à l'instance et qui désigne soit une procédure engagée devant une juridiction ou la phase d'un procès, soit la suite des actes et délais de procédure à partir de la demande en justice jusqu'au jugement (ou aux autres modes d'extinction de l'instance), soit enfin un lien source de droits et d'obligations pour les parties⁴⁰⁰

273. Dans le cas de l'article 607, c'est-à-dire lorsque par exemple l'exception de procédure ou la fin de non recevoir est soulevée en appel, elle se greffe sur une instance déjà existante de sorte qu'on peut hésiter à admettre comme faisant partie de celle-ci, la décision du juge qui statue sur l'incident soulevé. C'est le plus souvent le cas, lorsque l'incident concerne une décision du juge de la mise en état accordant une provision à l'une des parties alors que l'affaire reste pendante au fond devant le tribunal. Quel est alors le sens que requiert le terme instance ?

L'assemblée plénière de la Cour de cassation a répondu récemment à la question en imposant une conception unitaire de l'instance que nous examinerons, après avoir montré les différentes conceptions possibles de l'instance.

⁴⁰⁰ Le Vocabulaire juridique, Association Henri CAPITANT, 6^e éd.1996, p.445

a- Les deux conceptions possibles de l'instance.

274. La définition de la notion d'instance dans la mise en œuvre de l'article 607 nouveau code de procédure civile a longtemps divisé la Cour de cassation. Certains auteurs en ont cherché l'explication dans la doctrine des différentes chambres de la haute juridiction⁴⁰¹. Cette situation s'explique généralement par l'ambiguïté de l'article 607 dont on ne sait avec précision quelle conception il se fait de l'instance ; mais particulièrement par l'article 776 qui fait aussi référence à la notion d'instance pour l'ouverture du pourvoi contre les ordonnances du juge de la mise en état qui accordent une provision.

Il ressort de l'analyse de la jurisprudence, que l'interprétation de ces textes peut conduire à deux conceptions différentes de l'instance.

275. On peut avoir de l'instance une conception restrictive et technique. C'est la position défendue par la 3^e chambre civile de la Cour de cassation. Affirmée pour la première fois dans un arrêt du 9 décembre 1986⁴⁰², cette conception consiste à considérer que " l'instance s'ouvre par la saisine de la juridiction qui est appelée à trancher le point

⁴⁰¹ R. PERROT, RTD civ. 1996, 478

⁴⁰² Cass. Civ.3^e, 9 décembre 1986, Bull. Civ. III, n°173 où le pourvoi immédiat est admis contre un arrêt ayant statué seulement sur une exception tirée de l'irrecevabilité d'une procédure de fixation d'indemnité en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique.

litigieux qui lui est soumis et prend fin lorsque cette juridiction a épuisé sa saisine en statuant sur celui-ci ". La même définition de l'instance est appliquée aux incidents liés aux ordonnances du juge de la mise en état lorsque celui-ci accorde des provisions à l'une des parties ; de sorte que l'arrêt statuant sur cette ordonnance est considéré comme mettant fin à l'instance sur ce point et donc susceptible de pourvoi immédiat⁴⁰³.

Cette conception de l'instance peut être appréciée pour sa rigueur dans l'application des notions fondamentales du droit judiciaire. A cet égard, elle a l'avantage, au moins théorique, de ne pas confondre l'instance avec le procès ; car il est admis que le lien d'instance est " un support technique qui permet au juge d'appréhender la matière litigieuse dans la limite de l'objet qui lui est soumis " ⁴⁰⁴. L'instance ne doit donc pas être confondue avec le procès ou le litige. C'est sans doute pour cette raison que la 3^e chambre civile, dans tous les cas où elle admet la recevabilité du pourvoi immédiat en application de l'article 607, précise constamment que " l'instance s'ouvre par la saisine de la juridiction appelée à trancher un point litigieux et prend fin lorsqu'elle a statué sur celui-ci,

⁴⁰³ Cass. Civ.3^e, 9 mai 1987, Bull. Civ. III, n°95 ; 25 janvier 1989, Bull. Civ. III, n°20 ; 13 mars 1996, Bull. Civ. III, n°67 ; 7 mai 1996 ; Procédures, n°213

⁴⁰⁴ R. PERROT, RTD Civ.1987, 603 ; H. SOLUS et R. PERROT, T3, op. cit., n°6

même si le litige demeure sur le fond entre les parties devant le tribunal".

Mais, l'adoption d'une telle définition de l'instance s'intègre mal dans l'esprit général du nouveau code de procédure civile, qui a entendu éviter le développement d'un contentieux parallèle en différant les recours jusqu'à l'arrêt sur le fond. Or, l'application de la conception que la 3^e chambre civile se fait de l'instance conduit à une extension exagérée de ce qui n'a été admis qu'à titre exceptionnel. Elle aboutit à donner une certaine autonomie procédurale à tout arrêt rendu en dernier ressort sur un incident, avec le risque de vider de son contenu l'interdiction du pourvoi immédiat, tout incident donnant lieu à une instance dessaisissant le juge qui le tranche, même s'il reste saisi de l'affaire au fond !

276. C'est probablement pour éviter cet inconvénient que les autres chambres de la Cour de cassation ont refusé de suivre la 3^e chambre civile dans sa position. Elles se font en effet une de l'instance qui s'identifie à l'ensemble du litige. Dans cette conception, l'arrêt statuant sur un incident ne sera considéré comme mettant fin à l'instance que s'il met fin au litige ; le pourvoi immédiat est donc irrecevable contre une telle décision. La même solution s'applique, qu'il s'agisse d'arrêts statuant sur des incidents de provision

ordonnée par le juge de la mise en état⁴⁰⁵, de décision confirmant, en matière matrimoniale, une ordonnance du juge aux affaires matrimoniales qui a déclaré recevable une requête en divorce pour rupture de la vie commune⁴⁰⁶ ou encore, de l'arrêt qui s'est borné à rejeter une exception d'incompétence⁴⁰⁷.

277. A ce stade, on n'a donc pas de mal à mesurer les difficultés éprouvées par la Cour de cassation dans la mise en œuvre de cette notion de " décision mettant fin à l'instance ", dont l'article 607 fait une condition d'ouverture immédiate du pourvoi contre les arrêts sur incidents. Cette situation qui fait que la troisième chambre civile admet le pourvoi immédiat là où les autres chambres le refusent n'est évidemment pas de nature à éclairer les plaideurs ni leurs conseils.

C'est donc à juste titre qu' en doctrine, le vœu a été émis très tôt qu'une notion d'usage aussi courant que celle d'instance ait un contenu précis et constant⁴⁰⁸. Les difficultés de mise en œuvre de l'article 607 sont venues

⁴⁰⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 19 juillet 1989, Bull. Civ. I, n° 294 ; 13 mars 1990, Bull. Civ. I, n°65 ; 27 octobre 1992, Bull. Civ. I, n°267 ; Civ.2^{ème}, 8 novembre 1993, Bull. Civ. II, n°320 ; 19 octobre 1994, Bull. Civ. II, n°199

⁴⁰⁶ Cass. Civ.2^{ème}, 21 mai 1997, Bull. Civ. II, n°150

⁴⁰⁷ Soc. 13 novembre 1996, Bull. Civ. V, n°378 ; Civ.2^{ème}, 14 mai 1997, Bull. Civ. II, n°143.

⁴⁰⁸ V. J. NORMAND, La dualité de la notion d'instance en droit transitoire... préc.

confirmer cette idée, de sorte que le professeur PERROT, relevant qu' "il n'est jamais bon que les plaideurs aient le sentiment que le sort de leur pourvoi dépend de la chambre à laquelle il est distribué " ⁴⁰⁹ a, dans plusieurs de ses chroniques, émis le souhait pressant que l'occasion soit donnée à l'assemblée plénière de résoudre ce problème ⁴¹⁰.

b- La consécration de l'unité de l'instance :
l'arrêt du 5 décembre 1997 ⁴¹¹.

278. Le vœu émis par la doctrine d'une harmonisation de la Cour de cassation sur la question a été finalement exaucé puisque, saisie d'un pourvoi contre une ordonnance d'un juge de la mise en état, la Cour de cassation s'est réunie en assemblée plénière pour imposer une conception uniforme de l'instance dans un arrêt du 5 décembre 1997.

Les circonstances dans lesquelles l'arrêt a été rendu sont des plus ordinaires. Un syndicat de copropriété, après avoir constaté la défectuosité d'un réseau d'évacuation d'eaux qu'il avait fait installer, a intenté une action en responsabilité contre les vendeurs constructeurs et leurs

⁴⁰⁹ R. PERROT, RTD civ.1996, 478

⁴¹⁰ V. Par ex. RTD civ.1996, préc. ; Procédures 1996, n°273 ; sur les différentes applications de l'article 607, J. BORE, La cassation en matière civile, op. cit. n° 199 et suiv.

⁴¹¹ Cass. Ass. Plén., 5 décembre 1997, J.C.P.1998, II, 10006, Concl. M. WEBER

assureurs. Le juge de la mise en état désigné pour suivre l'affaire rend une ordonnance par laquelle, en application des pouvoirs qui lui sont reconnus par l'article 771-3⁴¹² du nouveau code de procédure civile, il décide d'octroyer une provision aux demandeurs. Les assureurs des constructeurs relèvent appel de l'ordonnance qu'ils considèrent comme ayant tranché une contestation sérieuse, en faisant valoir que le sinistre en cause n'entre pas dans les polices souscrites par les constructeurs. Cette argumentation n'a pas convaincu puisque l'arrêt d'appel confirme l'ordonnance en cause, ce qui lui vaut d'être déféré devant la Cour de cassation.

Réunie en assemblée plénière, la Cour de cassation déclare irrecevable ce pourvoi par application combinée des articles 606, 607 et 608 du nouveau code de procédure civile dont elle tire la règle que "sauf dans les cas spécifiés par la loi, les jugements en dernier ressort qui ne mettent pas fin à l'instance ne peuvent être frappés de pourvoi en cassation, indépendamment du jugement sur le fond, que s'ils tranchent dans leur dispositif tout ou partie du principal". Ce principe rappelé, l'assemblée plénière n'avait plus qu'à l'appliquer au cas d'espèce en relevant que "l'arrêt attaqué se borne à confirmer une ordonnance du juge de la mise en

⁴¹² Rappelons que ce texte attribue au juge de la mise en état le pouvoir d'allouer une provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. En l'espèce, cette provision reposerait donc sur l'obligation de réparation due par l'auteur des malfaçons.

état ayant accordé des provisions; que cette décision n'a pas mis fin à l'instance engagée devant le tribunal, que dès lors, le pourvoi en cassation n'est pas recevable".

279. La nouveauté de la solution ne réside que dans la formation qui a rendu cet arrêt du 5 décembre 1997 car, si on peut y voir une condamnation de la définition de l'instance défendue par la 3^e chambre civile, il s'agit sans doute de la confirmation de la conception restrictive que les autres chambres de la Cour de cassation ont de l'instance et de l'ouverture des recours. Tant que le litige reste pendant devant le tribunal, le règlement d'incidents relatifs aux provisions accordées par le juge de la mise en état ne peut être considéré comme ayant mis fin à l'instance. Ainsi, selon la Cour de cassation, il n'existe dans cette hypothèse qu'une instance qui est celle engagée devant le tribunal ; la fin de l'instance doit donc s'entendre de la fin du litige devant celui-ci. Par conséquent, le pourvoi ne peut s'exercer immédiatement que si le règlement des contestations incidentes vide en même temps le litige devant le tribunal.

Contrairement à ce qui a pu être écrit⁴¹³ il ne nous semble pas qu'en déclarant dans son premier attendu que " sauf dans les cas spécifiés par la loi, les jugements en dernier ressort qui ne mettent pas fin à l'instance ne peuvent être frappés du pourvoi en cassation indépendamment du jugement

⁴¹³ V. Une note signée S. P., D. A. 1998, n°99, p.25

sur le fond que s'ils tranchent dans leur dispositif tout ou partie du principal ", l'assemblée plénière ait voulu s'attacher à un nouveau critère qui tiendrait du fait que la décision ait tranché dans son dispositif, tout ou partie du principal. Ce critère existait déjà et résulte en l'espèce d'une application combinée des articles 606, 607 et 608 du nouveau code de procédure civile que rappelait d'ailleurs le triple visa de la décision. Il s'agissait sans doute, pour l'assemblée plénière, de poser avec toute son autorité, une règle générale qui s'appliquerait à tout jugement ayant les caractères définis, fut-il une ordonnance émanant d'un juge de la mise en état ayant octroyé des provisions.

280. Mais au-delà de la définition de l'instance, il faut voir dans cette définition un rappel opportun du lien de dépendance qui existe entre le juge de la mise en état et le tribunal auquel il appartient. En effet, si le juge de la mise en état dispose d'importants pouvoirs juridictionnels, il n'est pas à croire qu'il constitue un véritable organe juridictionnel du tribunal saisi de l'affaire. Admettre que l'arrêt statuant sur les ordonnances de ce magistrat soit immédiatement frappé de pourvoi serait accorder à l'instance devant celui-ci, une autonomie qu'elle n'a pas du point de vue de la loi.

C'est certainement ce lien de dépendance entre le juge de la mise en état et le tribunal qu'a voulu rappeler l'assemblée

plénière en précisant que l'arrêt confirmant l'ordonnance de ce juge " n'a pas mis fin à l'instance engagée devant le tribunal ". D'ailleurs, les conclusions de l'avocat général, M. WEBER sont sans équivoque, lorsqu'il compare l'arrêt statuant sur une ordonnance de référé à celui qui statue sur l'ordonnance du juge de la mise en état : "... le juge des référés est saisi par une assignation qui constitue un acte introductif d'instance et est dessaisi de l'affaire par l'ordonnance rendue, alors que le juge de la mise en état est saisi par simples conclusions et reste saisi de l'affaire jusqu'à ce qu'il en décide le renvoi devant le tribunal. Le référé est une instance autonome préalable à l'instance au fond qui souvent ne verra jamais le jour, alors que l'ordonnance du juge de la mise en état intervient, par hypothèse, au cours d'une instance déjà pendante "⁴¹⁴.

Il faut reconnaître que le raisonnement est d'une orthodoxie procédurale incontestable et permet à ce titre de faire échec à des comparaisons qui conduisent à placer sur le même plan la juridiction du juge des référés et celle du juge de la mise en état. Il reste qu'en pratique, on ne peut s'empêcher de trouver choquant que l'arrêt qui se prononce sur l'ordonnance du juge de la mise en état ne soit soumis à aucun contrôle de légalité alors même qu'il produirait les mêmes effets que celui qui confirmerait une ordonnance du juge des référés ayant accordé des provisions.

⁴¹⁴

⁴¹⁴ Concl. sur Cass. Ass. Plén. 5 décembre 1997, préc.

281. Par ailleurs, même s'il est vrai que les cas d'ouverture du pourvoi en tant que voie de recours extraordinaire ne coïncident pas nécessairement avec ceux de l'appel, on peut se demander si le législateur lui-même n'a pas rompu le lien de dépendance entre l'instance du juge de la mise en état et celle engagée à l'origine devant le tribunal, en admettant dans certaines circonstances l'exercice de l'appel. Il semble bien qu'en droit judiciaire, le législateur n'admet l'appel contre une décision que s'il considère que le juge est dessaisi sur ce point. Dans ces conditions, il paraît un peu malaisé de vouloir rétablir au niveau du pourvoi, ce qui a été rompu depuis par l'exercice de l'appel.

282. En réalité, le poids des considérations pratiques est, sinon exclusif, du moins considérable dans la justification de la définition de l'instance retenue par l'assemblée plénière. Il s'agit d'éviter comme l'indiquent les textes du nouveau code de procédure civile le développement des contentieux parallèles. Or, c'est bien à cela qu'aurait abouti la solution contraire qui par ailleurs se serait inscrite en marge des prescriptions légales comme l'a si bien montré l'avocat général M. WEBER en faisant un parallèle entre le régime des ordonnances du juge de la mise en état et celles du conseiller de la mise en état en application de l'article 914 du nouveau code de procédure civile.

Pour autant, le 5 décembre 1997 restera-t-il pour longtemps ce "jour béni des Dieux"⁴¹⁵ tant souhaité en doctrine sur la notion d'instance ? Il est peut-être encore tôt pour le savoir⁴¹⁶. Il faudra sans doute attendre de voir la position de la troisième chambre civile qui devrait en principe se conformer à cette jurisprudence.

283. Au-delà des incidents de provisions allouées par le juge de la mise en état, le triple visa de l'arrêt du 5 décembre est d'une généralité qui conduit à penser légitimement que l'assemblée plénière a voulu dégager une règle générale avant de l'appliquer en l'espèce, à l'ordonnance du juge de la mise en état accordant une provision. A priori donc, même si tout doute n'est pas totalement aplani⁴¹⁷, la solution dégagée devrait s'appliquer à tout arrêt qui, n'entrant pas dans les cas spécifiés par la loi, ne tranche aucun point du principal et ne met pas fin à l'instance préalablement engagée devant le tribunal.

284. Au lendemain de cet arrêt, une chose reste certaine. Cette conception unitaire retenue par l'assemblée plénière confirme paradoxalement la dualité de la notion d'instance dans l'ensemble du droit processuel. Cette tendance se dégage nettement au fur et à mesure que se succèdent des assemblées

⁴¹⁵ R. PERROT, RTD civ. 1997, 749

⁴¹⁶ V. cependant dans le même sens Civ. 1^{ère}, 23 juin 1998 (deux arrêts), D.S.1999, 231, note J. MAROTTE

⁴¹⁷ R. PERROT, RTD civ. 1998, 479.

plénières de la Cour de cassation sur cette notion centrale du droit judiciaire.

Tantôt, l'instance désignera un rapport procédural précis qui se distingue nettement du litige. C'est du moins ce qui résulte des deux premières interventions de l'assemblée plénière. On se souvient en effet que concernant l'application des règles de procédure civile dans le temps, la formation la plus solennelle de la Cour de cassation avait nettement distingué l'instance devant le tribunal de celle ouverte devant la cour d'appel. Elle avait alors admis que " l'article 16⁴¹⁸, en tant qu'il déroge au principe de l'effet immédiat des lois de procédure lorsqu'il soustrait aux règles nouvelles les instances en cours, doit être interprété restrictivement comme tendant seulement à éviter un changement de procédure, à la date du 2 mars 1959, devant une juridiction saisie antérieurement, que, par suite, lorsque cette juridiction est celle de première instance, ce texte n'impose que devant elle la continuation de la procédure ancienne ; que si la décision rendue par elle est frappée d'appel après le 2 mars 1959, l'instance d'appel qui est

⁴¹⁸ Il s'agit de l'article 16 (du décret du 22 décembre 1958 modifiant l'article 141 du code de procédure civile) disposant que ce décret ne sera applicable qu'aux instances introduites postérieurement au 2 mars 1959.

distincte, doit au contraire être soumise aux textes nouveaux... " ⁴¹⁹.

Appelée quelques années plus tard à se prononcer sur la même notion d'instance, mais cette fois concernant la recevabilité du pourvoi contre un arrêt ayant statué sur une ordonnance du premier président en matière d'exécution provisoire, l'assemblée plénière fit de même en estimant que " l'ordonnance du premier président de la cour d'appel qui statue en référé, en vertu des articles 524 à 526 du nouveau code de procédure civile, sur une demande tendant à voir ordonner ou arrêter l'exécution provisoire du jugement frappé d'appel, met fin à l'instance autonome introduite devant ce magistrat et peut être frappée d'un pourvoi en cassation indépendamment de la décision sur le fond " ⁴²⁰.

En retenant en 1997 une conception générale de l'instance, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, loin de remettre en cause sa jurisprudence issue des deux premiers arrêts, confirme au contraire la carence d'une définition conceptuelle de la notion d'instance qui finalement est appelée à s'adapter au gré des circonstances.

⁴¹⁹ Cass. Ass. Plén., 3 avril 1962, J.C.P.1962, II, 12744, obs. de P. RAYNAUD.

⁴²⁰ Cass. Ass. Plén., 2 novembre 1990, J.C.P.1991, II, 21631, concl. de M. MONNET, note de M. ESTOUP.

285. Des articles 544, 272 et 380 pour l'appel aux articles 606 et 607 pour le pourvoi en cassation, on mesure bien la part des textes dans l'atténuation du principe de l'irrecevabilité en matière civile, des recours immédiats contre les jugements avant dire droit. En marge de cela toutefois, il arrive qu'inversement le code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel consacre exceptionnellement l'interdiction des recours immédiats.

II - L'INTERDICTION EXCEPTIONNELLE DES RECOURS IMMEDIATS EN MATIERE ADMINISTRATIVE.

286. En procédure administrative, l'interdiction des recours immédiats connaît, contrairement à ce qui se passe en matière civile, une importance très limitée. Loin du principe de portée générale applicable à tous les jugements avant dire droit qui existe en procédure civile, il s'agit plutôt en droit administratif, d'une simple règle d'exception aménagée pour la récusation.

287. Le principe en matière administrative est que toutes les décisions juridictionnelles sont susceptibles d'appel et de pourvoi en cassation sans distinction entre les jugements avant dire droit et ceux qui statuent sur l'instance principale.

Toutefois, dans son dernier alinéa, l'article R.194 du code des tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel dispose en matière de récusation que " la décision ne peut être contestée devant le juge d'appel ou de cassation qu'avec le jugement ou l'arrêt rendu ultérieurement".

Même si l'expression utilisée "arrêt rendu ultérieurement" n'est pas la même que celle qu'utilise le nouveau code de procédure civile⁴²¹, on n'a pas vraiment beaucoup de mal à reconnaître là la seule exception au principe des recours immédiats en matière administrative⁴²². Elle signifie non pas comme cela a pu être écrit que le jugement sur la demande de récusation est insusceptible d'appel et de pourvoi en cassation⁴²³, mais que ces recours ne seront recevables qu'avec celui contre la décision qui sera rendue sur l'instance principale.

288. Il convient par ailleurs, de souligner que suivant les termes mêmes de l'article R.194 du code des tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel, la règle de l'interdiction s'applique aussi bien à l'appel qu'au pourvoi en cassation. Cette précision permet de mettre fin à une incertitude à ce sujet dans le contentieux de la cassation⁴²⁴.

⁴²¹ Notamment dans les articles 150, 545 et 608.

⁴²² Cf. R. CHAPUS, droit du contentieux administratif, Op. cit.

⁴²³ V. C.T.A.C.A.A., commentaire sous l'article R.194.

⁴²⁴ Sur ce point, Jacques BIANCARELLI, Encyclopédie Dalloz, V° Récusation, n° 131, p.9

En effet, si la règle de l'appel différé a été retenue depuis dans la jurisprudence administrative⁴²⁵, le Conseil d'Etat avait en revanche admis la recevabilité du pourvoi immédiat⁴²⁶. La netteté de la rédaction de l'art. R. 194 du code des tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel ne peut donc qu'être appréciée positivement. Pour mieux comprendre la simplification induite par une telle clarté, il convient d'établir ici un parallèle avec ce qui se passe en matière civile.

Il résulte des textes du nouveau code de procédure civile qu'il faut distinguer deux régimes suivant que la demande de récusation vise un membre d'une juridiction ordinaire ou un membre d'une juridiction échevinale. Dans ce dernier cas, la compétence de juger la demande appartient au président de la juridiction échevinale; et l'article 349 nouveau code de procédure civile précise qu'il statue sans appel.

Dans le premier cas par contre, c'est-à-dire celui d'une juridiction ordinaire, c'est en principe la Cour d'appel qui connaît de la demande de récusation. Mais, le nouveau code de procédure civile qui pose ce principe⁴²⁷ reste muet sur le point de savoir si cette mesure peut être contestée ou non, et si oui, dans quelle mesure doit-elle l'être.

⁴²⁵ C.E., 29 octobre 1975, PAISNEL, Rec., p.534

⁴²⁶ C.E., Sect. 3 mai 1957, NEMEGYEI, Rec., p.279

⁴²⁷ Art. 349 N.C.P.C.

La réponse à la question, en tout cas pour ce qui concerne l'appel n'est pas évidente, même si certains auteurs pensent que l'état actuel des textes conduit à une exclusion de l'appel.⁴²⁸

289. Si l'exclusion de l'appel peut s'intégrer dans le souci du législateur de ne pas favoriser le développement de contentieux parallèles à l'instance principale, l'argument avancé ne nous semble pas décisif. Le fait que ce soit la Cour d'appel qui connaisse de la demande de récusation ne suffit pas, à notre sens, à exclure l'expression du double degré de juridiction si celui-ci n'a pas été expressément écarté par les textes⁴²⁹, d'autant plus que la Cour d'appel ne statue certainement pas en tant que juge du second degré mais comme un juge de première instance .

Une telle situation n'est d'ailleurs pas isolée et des cas comparables peuvent être relevés en procédure civile, comme par exemple le régime des ordonnances du conseiller de la mise en état. Ce magistrat étant du second degré de juridiction, il était difficile en ce qui le concerne de prévoir un appel. Mais, ses décisions étant identiques à

⁴²⁸ V. A. LE BAYON, La récusation, J-Cl. Procédure civile 1997, fasc. 685, n° 42 ; G. COUCHEZ, Rép. Proc. Civ., Dalloz avril 1995, V° Récusation, n° 53 et suiv.

⁴²⁹ C'est sans doute ce souci qui justifie que l'article 349 du N.C.P.C. ait précisé, dans le cas des juridictions échevinales, que le président de ladite juridiction statue sans appel.

celles du juge de la mise en état qui elles sont susceptibles d'appel dans certaines circonstances, l'exclusion de l'appel aurait paru empreinte d'un illogisme singulier. C'est cette considération⁴³⁰, qui semble-t-il aurait conduit les rédacteurs du nouveau code de procédure civile à prévoir une possibilité de déferé⁴³¹ devant la cour.

La logique juridique aurait donc voulu que l'appel ne fût pas exclu parce que c'est la cour d'appel qui a statué sur la demande de récusation⁴³². Mais on aurait sans doute eu assez de mal pour expliquer la différence de régime du jugement ayant statué sur une demande de récusation, suivant que ce jugement est l'œuvre d'une juridiction échevinale ou d'une juridiction ordinaire.

Ainsi l'exclusion de l'appel semble s'expliquer plus par un souci de soumettre tous les jugements sur les demandes de récusation au même régime d'appel que par le fait que c'est la cour d'appel qui connaît de la demande de récusation.

290. Il convient dans tous les cas, de relever la particularité en la matière de la procédure administrative

⁴³⁰ Sur ce point, S. DURFORT, L'appel ; notion et fonctions. Analyse socio-juridique, Thèse préc., p.193, n°331

⁴³¹ Si ce recours n'est pas techniquement un appel, il n'est pas moins vrai que dans ce cas particulier, il en a toutes les fonctions.

⁴³² Tout au plus aurait-on pu appliquer l'article 545 du N.C.P.C., le jugement sur la récusation étant un jugement sur un incident qui ne met pas fin à l'instance au fond.

qui pourtant s'est longtemps référé aux textes du nouveau code de procédure civile⁴³³. Ce n'est donc plus le cas en droit positif parce qu'elle admet l'appel mais seulement en même temps qu'avec le jugement sur le fond.

Sur le plan du pourvoi, la même solution prévaut en matière administrative alors qu'en matière civile, le silence des textes sur ce point signifie plutôt une recevabilité du pourvoi dans les conditions de droit commun⁴³⁴.

291. Quoi qu'il en soit, les décisions sur les demandes de récusation constituent en matière administrative la seule hypothèse d'admission par les textes, de l'interdiction des recours immédiats ; c'est donc le seul facteur de rapprochement issu du code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel.

En matière civile comme en matière administrative, l'introduction d'une souplesse dans les principes retenus n'est toutefois pas une caractéristique exclusive des textes car bien souvent, c'est le juge qui crée certains facteurs de rapprochement.

⁴³³ Cf. J. BIANCARELLI, la récusation art. préc.

⁴³⁴ A. LE BAYON, la récusation, art. préc.

CHAPITRE 2

LA FORCE CRATRICE DU JUGE.

292. Dans certains cas, soit le Conseil d'Etat recourt exceptionnellement à l'interdiction des recours immédiats, soit la jurisprudence civile, malgré l'irrecevabilité des recours immédiats, admet que soit annulé un jugement avant dire droit entaché d'un excès de pouvoir. La maîtrise d'une telle notion permettant d'admettre les recours là où ils sont interdits par la loi apparaît nécessaire. C'est pour cette raison qu'après avoir montré les facteurs du rapprochement (Section 1), nous préciserons le contenu de l'excès de pouvoir (Section 2).

SECTION 1: LES FACTEURS DU RAPPROCHEMENT.

293. Les facteurs du rapprochement diffèrent évidemment d'une matière à l'autre. Dans un cas, il s'agit d'interdire exceptionnellement l'exercice immédiat d'un recours alors que dans un autre, se produit le mouvement inverse consistant à rétablir les recours immédiats interdits par la loi. Ainsi, en contentieux administratif l'hypothèse se rencontre en matière d'élection (I), alors qu'en matière civile, ce sont

les recours-nullité⁴³⁵ qui permettent d'annuler le jugement avant dire droit en dépit des prohibitions des articles 545 et 608 du nouveau code de procédure civile (II).

I - L'INTERDICTION DES RECOURS IMMEDIATS PAR LE CONSEIL D'ETAT DANS LE CONTENTIEUX ELECTORAL.

294. Si en matière administrative l'interdiction des recours immédiats n'existe dans les textes que concernant les jugements rendus sur les demandes de récusation⁴³⁶, il apparaît que le Conseil d'Etat l'applique dans certaines circonstances sans qu'aucun texte ne l'exige explicitement. Mais il faut d'entrée relever que cette politique dérogatoire à l'application de l'article 228 du code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel semble avoir un domaine très limité.

⁴³⁵ Il faut entendre par là l'appel-nullité et le pourvoi-nullité. S'il est vrai que l'appel-nullité est plus fréquent et plus développé que le pourvoi-nullité, celui-ci existe et peut se révéler d'un intérêt pratique important. Par ex. Cass. com., 12 mai 1992, SARL PAEZ, D. 1992, p.345, note G. BOLARD ; O. BARRET, L'appel-nullité dans le droit commun de la procédure civile, R.T.D. civ.1990, p.199.

⁴³⁶ V. supra n°287 et suiv.

295. A notre connaissance, l'hypothèse se rencontre en matière électorale où les jugements statuant sur les actes préparatoires ne peuvent faire l'objet de recours qu'avec le jugement qui statue sur l'élection.

Dans un arrêt du 18 novembre 1989, le Conseil d'Etat fait explicitement application de cette règle en matière d'élection municipale. Après s'être vu refuser la délivrance d'un récépissé constatant le dépôt de sa candidature à une élection municipale, le postulant saisit le tribunal administratif en vue de l'annulation de la décision de refus.

N'ayant pas obtenu gain de cause, il déféra le jugement devant le Conseil d'Etat. Au visa respectivement des articles L. 265, 260, 263 et 264 du code électoral, le Conseil d'Etat estime " qu'il résulte de ces dispositions que le législateur a entendu que les jugements des tribunaux statuant sur les refus de récépissé de déclaration de candidatures, actes préliminaires aux opérations électorales, ne puissent, eu égard à la nature de la décision en cause et à la brièveté du délai imparti par la loi au tribunal administratif pour statuer, délai au terme duquel le récépissé est délivré de plein droit, être contestés qu'à l'occasion d'un recours contre l'élection " ⁴³⁷.

⁴³⁷ C.E., 28 novembre 1989, élections municipales de Juvignac, cité sous art. 228 CTACAA annoté et commenté, éd. Le Moniteur, 1998.

296. On voit bien que la solution est inspirée du souci de concentrer le contentieux électoral en évitant de détacher les actes préparatoires de l'élection proprement dite. Mais, pour imposer une telle solution en l'espèce, le Conseil d'Etat a dû lui trouver un fondement textuel. Il résulterait de certaines dispositions du code électoral que le législateur a voulu que les actes préliminaires des opérations électorales ne soient contestés qu'à l'occasion d'un recours contre l'élection.

Pour écarter l'appel, il fallait bien qu'un texte le prévoit. L'interdiction des recours immédiats n'étant prévue par aucun texte de portée générale en contentieux administratif, le Conseil d'Etat a dû s'efforcer de trouver un fondement textuel dans le contentieux spécial des élections. C'est dire qu'en l'état actuel de la législation, l'interdiction des recours immédiats n'est pas appelée à connaître une fortune particulière comparativement au développement des recours-nullité permettant en matière civile, d'annuler le jugement avant dire droit malgré la prohibition des recours immédiats.

II- LA POSSIBILITE D'ANNULATION DU JUGEMENT AVANT DIRE DROIT DANS LA JURISPRUDENCE CIVILE.

297. Conformément à la règle des articles 545 et 608 du nouveau code de procédure civile, les jugements avant dire droit ne sauraient être contestés avant le jugement sur le fond. La jurisprudence admet néanmoins que de tels jugements soient annulés s'ils sont entachés d'excès de pouvoir. C'est

ce qu'on désigne en doctrine, s'agissant de l'appel, sous le vocable de «l'appel malgré tout⁴³⁸».

L'annulation est rendue possible par l'admission des recours-nullité dont le développement témoigne sans doute de l'intérêt des justiciables à contester les décisions qui leur font grief. Si une telle possibilité d'annulation ne doit pas être confondue avec la fonction d'annulation classique des voies de recours (A), le mécanisme n'est pas propre aux jugements avant dire droit (B).

**A- Une possibilité distincte de la fonction classique
d'annulation des voies de recours.**

298. En soi, la possibilité d'annuler une décision de justice n'a rien d'extraordinaire en droit judiciaire. Selon le vocabulaire juridique, l'annulation signifie «l'anéantissement d'une décision pour irrégularité de forme ou de fond, à la suite d'un appel, d'un pourvoi en cassation ou d'un recours en révision». Ainsi, elle est même prévue explicitement par les textes qui régissent notamment les deux principales voies de recours qui sont l'appel et le pourvoi en cassation. Si l'article 604 du nouveau code de procédure civile indique seulement que le pourvoi en cassation tend à faire censurer la non conformité du jugement, il apparaît dans les articles 619 et suiv. du même code, consacrés aux effets du pourvoi en cassation que celui-ci est une voie d'annulation.

⁴³⁸ G. COUCHEZ (avec la collaboration MM. LANGLADE et LEBEAU), op. cit. p.504

La fonction d'annulation de la voie d'appel lui est dévolue par l'article 542 du nouveau code de procédure civile prévoyant explicitement que l'appel «tend à faire réformer ou annuler» le jugement attaqué. Il en résulte deux fonctions dont l'une de réformation et l'autre d'annulation⁴³⁹ ne sont pas concurrentes mais complémentaires.

299. Il apparaît donc que «l'originalité du recours-nullité ne tient pas à l'annulation qu'il permet d'obtenir»⁴⁴⁰, mais plutôt à son fondement ou à ses conditions d'ouverture. Alors que la fonction d'annulation classique est une fonction (notamment dans le cas de l'appel) qui n'est opérationnelle que si la voie de réformation est ouverte, l'annulation du jugement avant dire droit par les recours-nullité se signale par son autonomie par rapport à toute autre fonction des voies de recours.

300. Les recours-nullité sont admis alors même qu'aucune voie de recours n'est ouverte. La jurisprudence ne manque d'ailleurs pas de souligner que «s'il est interdit de poursuivre la réformation d'une décision avant dire droit, indépendamment de la réformation de la décision sur le fond, il est possible de faire constater par la voie de l'appel immédiat, la nullité d'une décision avant dire droit affectée

⁴³⁹ O. BARRET, L'appel-nullité dans le droit commun de la procédure civ., art. préc., p.99, n°1 ; G. BOLARD, L'appel-nullité, D.S.1988, Chron., p.177, n°1

⁴⁴⁰ G. BOLARD, Les recours-nullité en procédure civile, Justices 1996, n°4, 119

d'un vice fondamental tenant aux conditions même dans lesquelles elle a été rendue »⁴⁴¹.

Cette spécificité est relevée par l'ensemble de la doctrine en ce sens que ces recours sont admis alors que les recours «ordinaires» sont provisoirement ou totalement interdits⁴⁴². Ce qui justifie les expressions d'«anomalies juridiques»⁴⁴³ ou de «contra legem»⁴⁴⁴ à propos de ces recours admis en violation des interdictions légales.

Mais, si l'annulation du jugement avant dire droit par l'exercice du recours-nullité se distingue ainsi de la fonction traditionnelle des voies de recours, un tel mécanisme ne se limite pas au jugement avant dire droit.

⁴⁴¹ Paris, 7 mars 1990, Gaz. Pal.1991, 1, somm., 27.

⁴⁴² O. BARRET, art. préc. ; G. BOLARD, l'appel-nullité, préc. ; D. MAS, La portée de l'effet dévolutif de l'appel aux fins d'annulation d'un jugement sur le fond, Thèse, Nice 1987. En matière de procédure collectives, M. CABRILLAC et MASSART, Les aspects procéduraux de la loi du 25 janvier 1985, Gaz. Pal.1988, p.176 ; L. CADIET, L'évolution de l'appel dans les procédures collectives, Rev. Proc. Coll.1988, n°1, p.17 ; G. BOLARD, Heurs et malheurs des voies de recours dans les faillites, Rev. Proc. Coll.1991, n°1, p.1 ; Ph. GERBAY, Les effets de l'appel voie d'annulation, D.1993, Chron. p.243 ; B. SOINNE, Les recours-nullité dans le cadre des procédure collectives, Gaz. Pal.1987, 2, doct., p.625 ; M. MARTEAU-PETIT, Les voies de recours prétorienne en procédure civile, R.R.J.1999, n°3, p.703.

⁴⁴³ G. BOLARD, Les recours-nullité en procédure civile, préc.

⁴⁴⁴ N. FRICERO, L'excès de pouvoir en procédure civile, R.G.P.1998, n°1, p.17, spéc. p.23

B- Les recours-nullités ne se limitent pas au jugement avant dire droit.

301. L'admission de recours-nullité malgré l'interdiction des voies de recours normales n'est pas propre aux jugements avant dire droit. Elle tient d'ailleurs son origine du contentieux de l'arbitrage où, avant la réforme des années 1980, la jurisprudence admettait un tel recours nonobstant la renonciation par les parties de leur droit d'appel⁴⁴⁵.

302. La différence reste néanmoins que dans ce cas, il s'agit de rétablir un recours auquel la partie a renoncé alors que s'agissant des jugements avant dire droit, le mécanisme conduit plutôt à rétablir un recours provisoirement écarté par le législateur⁴⁴⁶.

De ce point de vue, l'analogie paraît plus marquée avec les recours admis en matière de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises malgré les prohibitions légales. En cette matière en effet, la primauté donnée au sauvetage des entreprises en difficulté a conduit le législateur à multiplié depuis la loi de 1985, les interdictions des voies de recours contre les décisions rendues. Il en est ainsi du jugement d'ouverture de la procédure, de certaines ordonnances du juge-commissaire, du jugement statuant sur le

⁴⁴⁵ Par ex. Req. 7 janv. 1857, D.P.1857, I, 406 ; Soc. 25 juin 1959, Bull. civ., IV, n°810

⁴⁴⁶ D'ailleurs, depuis la réforme des années 1980, on parle désormais de «recours en annulation» conformément aux articles 1484 et 1504 du N.C.P.C. Sur cette réforme : FRAIQUIN et BOQUET, Réformes des recours contre les sentences arbitrales, Gaz. Pal.1982, Doct., 503.

plan de cession. De là se produit un développement massif des recours-nullité⁴⁴⁷.

Si la différence est relevée en doctrine entre le recours-nullité contre les décisions rendues en matières de redressement et de liquidation judiciaires et celui admis contre le jugement avant dire droit en ce sens que le premier «conduit à rendre recevable l'appel interjeté contre un jugement insusceptible d'appel» alors que le second «ne sert qu'à modifier le régime de l'appel d'une décision susceptible d'appel»⁴⁴⁸, une telle nuance paraît sans importance particulière sur la nature même ces recours. Car dans les deux cas, il s'agit de recours admis en méconnaissance d'une interdiction légale de l'appel ou du pourvoi en cassation, que cette interdiction soit totale ou simplement provisoire.

Aussi bien, lorsque la Cour de cassation admet en matière de redressement et de liquidation judiciaires «qu'aucune disposition n'interdit de faire constater, selon les voies de recours du droit commun, la nullité d'une décision entaché d'excès de pouvoir »⁴⁴⁹, on retrouve la même condition d'excès de pouvoir pour annuler les jugements avant dire droit, notamment en matière prud'homale⁴⁵⁰. La notion d'excès de pouvoir apparaît alors comme la clef de voûte des recours-nullités admis en dépit des prohibitions légales. De la

⁴⁴⁷ V. A. PIROVANO, La contestation du plan de cession de l'entreprise, D.1988, p.273 ; également les art. de MM, CABRILLAC et MASSART, CADIET, BOLARD, SOINNE, préc., note n°5

⁴⁴⁸ G. COUCHEZ (avec la collaboration de MM. LANGLADA et LEBEAU), op. cit., n°1379.

⁴⁴⁹ Com. 3 mars 1992, D.1992, 345, note G. BOLARD.

⁴⁵⁰ Par ex., Soc. 29 janv.1981, Bull. civ., V, n°91 ; R.T.D. civ.1982, p.207, obs. R. PERROT

maîtrise d'une telle notion dépendra largement l'efficacité de l'interdiction des recours immédiats en ce qui concerne les jugements avant dire droit. Il n'est donc pas inutile de lui consacrer un développement, d'autant plus qu'elle paraît revêtir un double contenu.

SECTION 2 : LA NOTION D'EXCES DE POUVOIR FONDEMENT DES RECOURS-NULITE.

303. La notion d'excès de pouvoir n'est pas propre aux recours-nullité. Elle est bien connue en matière administrative dans le contentieux de l'annulation même si elle y a plutôt pour objet une décision administrative. Mais, il n'y a pas que l'administration qui puisse être amenée à excéder dans ses décisions ses propres pouvoirs, mais aussi le juge dont l'importance dans nos sociétés contemporaines n'a cessé de croître⁴⁵¹. Si cet état de chose peut être analysé comme un symbole d'évolution des sociétés contemporaines vers plus de justice et de liberté sociales, on a toujours craint que la puissance de juger n'expose le juge à l'excès.

Dans ce sens, la théorie de l'excès de pouvoir constitue un véritable rempart contre les éventuels débordements des juges. Si on peut être certain qu'elle interdit par conséquent au juge d'outrepasser ses pouvoirs, son

⁴⁵¹ F. KERNALEGUEN, L'excès de pouvoir du juge, *Justices*, 1996, n°3, p.151

utilisation dans le cadre des recours-nullité révèle non seulement que son contenu peut varier (I), mais aussi que son critère reste difficile à préciser (II).

I - LA DUALITE DE LA NOTION D'EXCES DE POUVOIR.

304. La recevabilité du recours-nullité permettant d'annuler le jugement avant dire droit en dépit de l'interdiction des recours immédiats est subordonnée à l'excès de pouvoir du juge ayant rendu une telle décision. Pourtant, la notion d'excès de pouvoir n'est pas définie par la loi. Si selon le vocabulaire juridique l'excès de pouvoir en procédure civile désigne la «violation de la séparation des pouvoirs» ou «l'empiétement par une autorité judiciaire sur les attributions du pouvoir législatif», l'analyse montre qu'une telle définition ne correspond que partiellement à l'acception jurisprudentielle de l'excès de pouvoir comme condition d'ouverture du recours-nullité contre le jugement avant dire droit.

En réalité, l'excès de pouvoir est loin d'être une notion homogène. Pour accueillir les recours-nullité, la notion a été progressivement élargie par la jurisprudence. Si elle a permis à l'origine d'annuler le jugement avant dire droit pour violation du principe de la séparation des pouvoirs (A), on doit y ranger aujourd'hui la violation de la loi, notamment d'un principe fondamental de procédure (B).

A- L'annulation du jugement avant dire droit pour atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

305. La violation de la séparation des pouvoirs par le juge a toujours entaché d'irrégularité la décision qu'il prend à cette occasion. Le principe de la séparation des pouvoirs s'applique à tous les organes institutionnels de la République et aussi noble soit sa mission, le juge ne peut impunément le bafouer. Voilà donc le sens originel de l'excès de pouvoir dès son apparition lors de la Révolution. Il avait alors pour objet de mettre fin aux abus des anciens parlements⁴⁵².

Dans ce sens, l'excès de pouvoir désigne sans nul doute un dépassement notoire par le juge des pouvoirs que lui confère la loi et il s'agissait strictement de faire censurer tout empiétement de l'autorité judiciaire sur le pouvoir législatif ou sur le pouvoir exécutif⁴⁵³. M. KERNALÉGUEN parle dans d'une «incompétence aiguë»⁴⁵⁴ qui amène le juge à statuer dans un domaine réservé au pouvoir législatif ou au pouvoir exécutif⁴⁵⁵.

⁴⁵² J. BORE, La cassation en matière civile Sirey 1988, p.575, n°1892

⁴⁵³ Contrairement à ce que peut laisser croire son développement actuel, la théorie de l'excès de pouvoir du juge était destinée essentiellement à protéger les pouvoirs législatif et exécutif contre les ardeurs du juge. Elle ne protégerait alors les intérêts individuels que de manière incidente.

⁴⁵⁴ L'excès de pouvoir du juge, Justices 1996, n°3, p.151

⁴⁵⁵ Par ex. Req. 9 juin 1884, D.P.1884, I, 409 à propos de l'exercice par le juge d'une prérogative de l'administration ; ou de manière extensive, lorsque le juge des loyers refuse d'appliquer une disposition législative ou réglementaire, Marseille, 26 janv.1966, D.1966, 178.

306. Mais, l'excès de pouvoir ne présente tout son intérêt que dans les hypothèses de limitation de l'appel ou du pourvoi en cassation par interdiction totale ou provisoire. Dans ces cas, il est sanctionné par l'ouverture immédiate des recours normalement interdits, par le biais des recours-nullité.

C'est ainsi que l'excès de pouvoir a été constitué, et donc les recours immédiats admis, lorsque les premiers juges en donnant une injonction à une autorité administrative de prendre les mesures nécessaires en vue de la désignation d'un expert, ont méconnu le principe de la séparation des pouvoirs⁴⁵⁶. L'excès de pouvoir contient l'idée de sanctionner un dépassement intolérable de son pouvoir légal par le juge. C'est certainement pour cette raison qu'en jurisprudence, on rencontre dans ce sens d'autres exemples d'admission des recours immédiats en dehors du cadre strict de l'atteinte à la séparation des pouvoirs⁴⁵⁷.

307. La jurisprudence utilise toutefois le plus souvent la notion d'excès de pouvoir dans des hypothèses qui témoignent d'une extension particulière de cette notion⁴⁵⁸ au point d'englober parfois la violation de la loi. Cette conception extensive de l'excès de pouvoir permet d'annuler le jugement avant dire droit lorsque le juge a méconnu un principe fondamental de droit ou de procédure.

⁴⁵⁶ V. Soc. 23 février 1977, R. T. D. Civ.1978, 621, obs. R. PERROT.

⁴⁵⁷ Dans ce sens, l'exemple type se rencontre en matière prud'homale où les recours immédiats contre les ordonnances du bureau de conciliation sont recevables si ces ordonnances ont été rendues en marge des limites définies par l'article R516-18 du code de travail. V. déjà dans ce sens, C.A. Paris, 20 mars 1975, Gaz. Pal.1975, 1, 376 ; Paris 10 mai 1976, R. T. D. Civ.1976, 625 ; Gaz. Pal.1976, 1, 389.

⁴⁵⁸ V. sur ce point, BOSQUET, J-Cl. Proc. Civ., fasc. 531, n° 122

**B- L'annulation du jugement avant dire droit pour
méconnaissance d'un principe fondamental de droit ou de
procédure.**

308. Lorsqu'il n'y a pas violation du principe de la séparation des pouvoirs, un recours-nullité peut néanmoins être ouvert immédiatement pour annuler le jugement avant dire droit pour excès de pouvoir, si le juge a méconnu un principe fondamental de procédure. Dans ce sens, la notion d'excès de pouvoir est de plus en plus utilisée pour des situations relevant moins d'un dépassement de pouvoir stricto sensu que d'une violation de la loi⁴⁵⁹. On a pu à ce titre, attirer l'attention sur un " glissement de l'excès de pouvoir vers la violation de la loi " ⁴⁶⁰.

Ainsi, l'excès de pouvoir a été reconnu constitué lorsque le juge ordonne une expertise assortie d'une astreinte⁴⁶¹, lorsqu'il méconnaît le principe de la contradiction⁴⁶² ou en cas de non respect des droits de la défense⁴⁶³. Les exemples sont nombreux en matière prud'homale où la violation d'un principe fondamental de droit ou de procédure par le bureau de conciliation a souvent entaché d'excès de pouvoir ses

⁴⁵⁹ V. notamment Civ.3^e 13 avril 1988, D1988, Somm.307, Obs. CARRIAS ; 27 novembre 1991, Bull. III n°365 ; Cass. Com., 3 mars et 12 mai 1992, D.1992, 375 ; 25 janvier1994, D. 1994, 379 ; 26 avril 1994, D. 1994, 442.

⁴⁶⁰ J. BORE, la cassation en matière civile, éd. Sirey 1988, n°1922

⁴⁶¹ Paris, 24 nov.1981, D.1982, 355, note de J. MASSIP ; R.T.D. civ.1981, 203, obs. de R. PERROT

⁴⁶² Paris, 17 janv.1989, D.1989, Somm. 182, obs. de P. JULIEN.

⁴⁶³ Notamment pour convocation irrégulière du défendeur (Civ. 2^e, 3 juillet 1985, J.C. P.1986, II, 20625, note de MM. LINDON et BENABENT ou R.T.D. civ.1986, 643, obs. de R. PERROT), composition irrégulière du tribunal (Com.6 mars 1984, D.1984, 566, note de HONORAT et MAS ou Rev.Trim.d.Civ.1984, 568, obs. PERROT) ou défaut de convocation du défendeur (Soc.3 octobre 1985, Bull. Civ. n°440 ou J.C.P.1985, IV, 353)

décisions. Il en est ainsi lorsque le bureau de conciliation a prononcé une condamnation alors que l'employeur n'a pas été régulièrement convoqué⁴⁶⁴.

309. Mais, l'annulation d'un jugement avant dire droit pour excès de pouvoir ne sanctionne pas seulement les principes fondamentaux de la procédure mais aussi tout principe fondamental de droit. Ainsi, l'atteinte au principe de l'inviolabilité du corps humain a permis à la Cour d'appel de Paris d'annuler le jugement par lequel un juge a ordonné une expertise assortie d'une astreinte⁴⁶⁵. Plus généralement, ainsi qu'il ressort d'une décision de la Cour d'appel de Versailles, l'annulation est encourue en cas de violation d'un principe juridique fondamental, de telle sorte qu'il apparaît que le juge a outrepassé ses pouvoirs⁴⁶⁶.

310. Il apparaît finalement que le concept jurisprudentiel de l'excès de pouvoir comme condition d'ouverture du recours-nullité évoque une violation particulièrement grave de la loi et qu'une telle violation peut concerner un principe fondamental de droit ou de procédure. L'affirmation reste vraie aussi bien lorsque l'excès de pouvoir désigne strictement la violation du principe de la séparation des pouvoirs que celle d'un autre principe.

Mais, cette situation considérée par certains auteurs comme reflétant «l'unité de critère de l'excès de pouvoir»⁴⁶⁷ ne

⁴⁶⁴ Soc., 3 oct.1985, Bull. Civ., V, n°440 ; 12 déc.1991, Bull. Civ., V, n°583.

⁴⁶⁵ Paris, 24 nov.1981, préc.

⁴⁶⁶ Versailles, 26 sep. 1995, D.1996, Somm. comm., 351, obs. de P. JULIEN.

⁴⁶⁷ N. FRICERO, L'excès de pouvoir en procédure civile, art. préc., p.28

doit pas occulter les difficultés réelles de détermination des vices constitutifs de l'excès de pouvoir.

II -UNE NOTION DIFFICILE A CARACTERISER.

311. Si l'excès de pouvoir ouvrant le recours-nullité peut être constitué par une violation de la loi, il reste à déterminer les lois dont la violation entraîne l'excès de pouvoir. Autrement dit, comment caractériser l'excès de pouvoir? La question se pose sachant qu'il est admis que la violation de toute règle même d'ordre public n'entraîne pas nécessairement l'ouverture des recours-nullité⁴⁶⁸. Or, les formules jurisprudentielles de «violation de principe fondamental de procédure»⁴⁶⁹, de «violation d'un principe essentiel de la procédure»⁴⁷⁰, de «méconnaissance fondamentale de la loi»⁴⁷¹ ou encore de «violation grave d'une règle d'ordre public»⁴⁷², indiquent bien que toutes les violations ne sont pas susceptibles d'ouvrir les recours-nullité.

⁴⁶⁸ G. BOLARD, l'appel-nullité, art. préc., n°12

⁴⁶⁹ Par ex. Com., 28 mai 1996, Bull. Civ., IV, n°150 ; J.C.P.1996, IV, 1625

⁴⁷⁰ Ex. Paris 31 mars 1987, D.1987, I.R., 113

⁴⁷¹ Com. 5 mars 1991, D.1991, 376

⁴⁷² Paris, 10 avril 1994, Gaz. Pal. 18-20 déc.1994, p.13

Pour éviter des recours systématiques, il semblait donc nécessaire de préciser les critères des vices ou des irrégularités constitutives d'un excès de pouvoir du juge. En réalité, même si la doctrine a fait des propositions en la matière, l'opportunité d'une telle entreprise n'est pas certaine (A). C'est donc sans fournir un critère précis que la Cour de cassation semble amorcer une conception plus restrictive destinée à maîtriser le flux des recours-nullité.(B).

A- L'inopportunité d'isoler un critère précis.

312. Certains auteurs ont tenté de faire émerger un critère tenant du caractère d'ordre public des règles qui seraient violées⁴⁷³. Il est vrai que l'idée se retrouve dans certains arrêts et que l'ordre public est parfois expressément visé dans la notion d'excès de pouvoir⁴⁷⁴. Mais on ne peut tenir pour critère la violation de règles d'ordre public car tel n'est pas toujours le cas⁴⁷⁵.

Que l'excès de pouvoir recèle en lui-même l'ordre public soit, mais comment expliquer par exemple dans le cas des jugements avant dire droit, que la violation d'une règle d'ordre public puisse entraîner la recevabilité des recours

⁴⁷³ V. L. CADIET, sur l'appel-nullité dans les procédures collectives, Rev. Proc.Coll.1988, p.17 et suiv.

⁴⁷⁴ V. Paris 10 avril 1994 préc. ; également M. PERDRIAU, formulaires de la cour de cassation. Matières civiles; v° excès de pouvoir, éd . doc. française.

⁴⁷⁵ V. G. BOLARD, L'appel-nullité, préc. ; N. FRICERO, L'excès de pouvoir en procédure civile, préc., p.28

immédiats alors même que la règle de l'irrecevabilité est aussi une règle d'ordre public⁴⁷⁶?

Cette considération conduit nécessairement à opérer une certaine hiérarchisation des règles d'ordre public. De là, d'autres auteurs, notamment M. BOLARD considèrent que seule la violation d'une règle d'ordre public constitutionnel serait de nature à ouvrir les recours-nullité.⁴⁷⁷

313. La jurisprudence ne semble avoir retenu aucune de ces propositions. Elle s'en tient toujours aux formules générales précédemment évoquées. Il faut bien la comprendre. Sans méconnaître l'utilité de critères précis qui permettraient de maîtriser les recours-nullité ainsi que le réclame une partie de la doctrine⁴⁷⁸, on peut s'interroger sur l'opportunité de déterminer précisément ces critères.

Si l'objectif des recours-nullité est de sanctionner la violation de principes fondamentaux de droit ou de procédure, enfermer de tels recours dans des critères précis n'est-il pas encourir le risque de ne pas sanctionner certaines violations ? Or, comme l'ont fait remarquer MM. SOLUS et PERROT, l'idée qui sous-tend l'ouverture des recours

⁴⁷⁶ V. Cass. Com. 2 octobre 1984, Gaz.pal.1985, 1, Pan.18 et nos développements supra n°86 et suiv.

⁴⁷⁷ G. BOLARD, l'appel-nullité, préc.

⁴⁷⁸ Par ex. A. PERDRIAU, Pour une limitation des " appels-nullité ", Gaz. Pal. 1996, 1, Doct., p.204

immédiats en admettant les recours-nullité est d'éviter de laisser subsister, même temporairement, des décisions manifestement illégales⁴⁷⁹. Il faut pour y arriver, laisser une marge aux juridictions pour que soient sanctionnées toutes les irrégularités graves, mais seulement celles-ci. Ainsi, en procédures collectives, la Cour de cassation a admis un appel-nullité contre une ordonnance du juge commissaire dès lors qu'un tel recours a pour but de faire «sanctionner une inexacte application » de la loi⁴⁸⁰.

314. En matière de jugement avant dire droit, la plupart des violations sanctionnées concernent des principes fondamentaux de la procédure. La gravité paraît donc se mesurer par rapport à l'impact de l'inobservation de la règle sur la qualité du jugement en tant qu'acte juridictionnel. Pour savoir si un vice peut ou non donner lieu à un recours-nullité, il faut voir si son existence affecte ou non celle de la décision en tant qu'acte juridictionnel. C'est, nous semble-t-il, ce qui permet au juge de sanctionner par exemple l'inobservation du principe de la contradiction parce qu'aucun jugement n'est censé en être un, s'il n'est pas l'aboutissement d'une procédure contradictoire.

Chercher dans ces conditions à isoler un critère précis du vice ouvrant le recours-nullité serait une vaine entreprise. C'est la combinaison aussi bien du caractère de la règle violée que de son effet sur la qualité juridictionnelle de la décision critiquée qui permettra au juge de se prononcer sur

⁴⁷⁹ H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, T.3, n°748, p.636.

⁴⁸⁰ En l'occurrence, les dispositions du décret du 27 déc.1985 concernant les formes et les délais de recours contre l'ordonnance du juge-commissaire. V.Com. 2 fév. 1993, Bull. Civ., IV, n°37

la recevabilité ou non du recours-nullité, suivant que le vice préserve ou non la qualité juridictionnelle de la décision. Toute tentative de systématisation est dès lors impossible dans la mesure où il appartiendra au juge de juger suivant chaque espèce. La Cour de cassation semble néanmoins amorcer une appréciation restrictive de l'excès de pouvoir.

B- L'amorce jurisprudentielle d'une appréciation restrictive de l'excès de pouvoir.

315. L'extension de la notion d'excès de pouvoir à la violation de la loi est le résultat d'une jurisprudence tolérante et libérale qui, assaillie par les recours systématiques des parties a trouvé légitime de leur permettre de faire annuler des décisions rendues en méconnaissance de certains principes fondamentaux de la procédure.

Ainsi, après avoir admis que l'excès de pouvoir stricto sensu pouvait ouvrir exceptionnellement les recours immédiats, on en est très vite arrivé à admettre en jurisprudence, l'ouverture exceptionnelle des recours immédiats comme sanction de la méconnaissance par le juge de certains principes fondamentaux de la procédure⁴⁸¹. Cette conception libérale de l'excès de pouvoir qui a trouvé un écho favorable auprès de la Cour de cassation a pour conséquence non seulement le développement d'un contentieux abondant dans un

⁴⁸¹ V. supra, n°308

domaine où le législateur a pourtant voulu l'éviter, mais surtout un allongement très sensible des procédures.

316. De tels effets expliquent que le libéralisme jurisprudentiel a très tôt suscité des réserves d'une partie de la doctrine qui voyait dans l'extension abusive de la notion d'excès de pouvoir, une violation injustifiée des textes limitatifs des voies de recours, en l'occurrence l'interdiction des recours immédiats. En ce sens, il a été reproché à la jurisprudence de laisser prospérer l'excès de pouvoir comme une plante sauvage⁴⁸².

Récemment encore, un doyen honoraire à la Cour de cassation⁴⁸³, a bien montré la conséquence que peut avoir une conception libérale et sans doute pervertie des recours-nullité sur la durée des procédures. En effet lorsqu'un jugement non susceptible d'appel⁴⁸⁴ est rendu, la partie à laquelle la décision est défavorable interjette un appel-nullité. Soit l'intimé soulève l'irrecevabilité de cet appel, soit la Cour d'appel la relève d'office ; dans tous les cas, la décision de la Cour déclarant l'irrecevabilité de l'appel sera frappée d'un pourvoi en cassation par l'appelant. La procédure ne se termine pas forcément là car,

⁴⁸² R. PERROT, R. T. D.Civ. 1987, p.148.

⁴⁸³ A. PERDRIAU, Pour une limitation des " appels-nullité ", Gaz. Pal. 1996, 1, Doct., p.204

⁴⁸⁴ Il faut y inclure aussi le jugement insusceptible d'appel et de pourvoi immédiats.

si la Cour de cassation vient à censurer la Cour d'appel, elle devra renvoyer l'affaire devant une autre Cour d'appel qui pourrait alors déclarer l'appel recevable et statuer au fond en vertu de l'article 568 nouveau code de procédure civile. C'est alors l'intimé qui, à son tour, pourrait prendre l'initiative d'un pourvoi ...

317. Il est vrai que le développement des recours-nullité peut être considéré comme un véritable substitut au pourvoi en cassation normalement interdit. M. GUINCHARD le faisait remarquer en écrivant que «l'appel-nullité dénature le second degré de juridiction et habitue les plaideurs à voir dans nos Cours d'appel une juridiction de cassation, un substitut au pourvoi en cassation»⁴⁸⁵

318. La Cour de cassation qui a approuvé les Cours d'appel dans leur conception libérale de l'excès de pouvoir semble avoir amorcé un repli tactique qui suscite bien des interrogations. Alors que l'absence de motivation était considérée comme justifiant l'ouverture immédiate des recours⁴⁸⁶, la Cour de cassation a dès 1990, précisé que " que l'absence de motivation... ne caractérise pas, à elle

⁴⁸⁵ S. GUINCHARD, Le second degré de juridiction en matière civile aujourd'hui et demain, Gaz. Pal. 1996, 2, Doct., 1004

⁴⁸⁶ Par exemple, Cass. Soc., 5 octobre 1978, Gaz. Pal. 1979, 1, 51, note C. LOYER-LARHER ; R. T. D. civ. 1979, 196, obs. R. PERROT.

seule, un excès de pouvoir justifiant, par dérogation, un appel-nullité "⁴⁸⁷.

L'absence de motivation ne constitue donc plus une cause autonome et suffisante d'ouverture des recours immédiats, encore faut-il qu'elle soit accompagnée de circonstances de nature à nécessiter l'ouverture exceptionnelle des recours immédiats.

On pourrait voir dans cette solution qui ne doit d'ailleurs pas être généralisée à tous les cas de limitation des recours⁴⁸⁸, le sacrifice de certains symboles de la transparence judiciaire, car dans tous les cas où la loi n'en dispose pas autrement, il paraît indispensable que le juge dise pourquoi il statue dans un sens et pas dans un autre⁴⁸⁹. Cependant, la marge laissée par la Cour de cassation nous paraît suffisamment grande pour que les dispositions de l'article 455 du nouveau code de procédure civile ne soient pas vaines. Il s'agit d'une conciliation des dispositions

⁴⁸⁷ Soc. 21 nov. 1990, D. 1990, I. R. 292 ; R.T.D. civ.1991, 403, obs. R. PERROT ; 7 juin 1995, Dr. Soc.1996, 838, obs. Y. DESDEVISES ; J.C.P.1996, I, Chron. de droit du travail de M. PIERCHON, n°3 ; Justices 1996, n°3, 428, obs. E. DOCKES.

⁴⁸⁸ Puisqu'après cet arrêt rendu à propos des ordonnances du bureau de conciliation, la chambre commerciale de la Cour de cassation a continué de sanctionner le seul défaut de motivation V. HENRI, Les ordonnances du bureau de conciliation sont-elles susceptibles d'appel immédiats?, Droit Ouvrier, 1984, p.443

⁴⁸⁹ V. sur ce point R. PERROT, R. T. D. civ. 1991, p.403

prohibitives des recours immédiats et de celle concernant la motivation des décisions juridictionnelles. A ce titre, la démarche de la Cour de cassation nous paraît devoir être approuvée.

319. Tel n'est toutefois pas le cas d'un arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation rendu le 28 avril 1998 à propos de la violation du principe de la contradiction⁴⁹⁰. En l'espèce, un avocat poursuivi devant le Conseil de l'ordre des avocats, fait valoir une exception tirée de la nullité de la procédure d'enquête. L'exception ayant été écartée par le Conseil de l'ordre, le plaignant relève appel de la décision du Conseil de l'ordre comme entachée d'irrégularité, en l'occurrence l'inobservation du principe de la contradiction.

Dans un arrêt du 27 octobre 1995, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence déclare l'appel irrecevable en application des articles 544 et 545 du nouveau code de procédure civile. Le pourvoi contre cette décision a donné lieu à l'arrêt du 28 avril 1998. Le demandeur reprochait à la Cour d'appel d'avoir déclaré son appel irrecevable, alors que selon lui, l'application des articles 544 et 545 reçoit une dérogation en cas de violation du principe du contradictoire. La Cour de cassation répond alors en affirmant que " les dispositions des articles 544 et 545 du nouveau code de procédure civile

⁴⁹⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 avril 1998, Procédures, n° 7, 1998, p.6, note R. PERROT

ne reçoivent exception qu'en cas d'excès de pouvoir ; que ne constitue pas un tel excès la violation du principe de la contradiction " .

320. Cette décision constitue sans doute l'illustration d'une volonté de la Cour de cassation de rompre avec la conception libérale des conditions d'ouverture des recours-nullité en retenant une définition plus restrictive de l'excès de pouvoir susceptible d'ouvrir les recours immédiats malgré les limitations légales. La violation du principe de la contradiction ne serait donc plus constitutive d'un excès de pouvoir de nature à justifier la recevabilité d'un recours-nullité. La notion d'excès de pouvoir comme nous l'avons déjà évoqué devrait être limitée pour éviter une prolifération de recours là où précisément le législateur a entendu les interdire. En cela, la volonté de la Cour de cassation paraît devoir être approuvée. Pour autant, on ne comprendra guère l'affirmation qui conduit à conclure qu'en toute hypothèse, la violation du principe de la contradiction ne peut donner lieu aux recours-nullité. La voie n'est donc pas encore trouvée.

CONCLUSION DU TITRE 1

321. Il ressort de ce qui précède que la loi ou jurisprudence qui permettent dans certains cas d'atténuer la rigueur des solutions dans les deux procédures. C'est ce phénomène exceptionnel qui contribue à rapprocher les deux systèmes.

En matière civile comme en matière administrative, la mise en œuvre des textes exceptionnels montre que la jurisprudence en retient une interprétation stricte de manière à ne pas dénaturer leur caractère exceptionnel.

Quant aux exceptions résultant de la jurisprudence, l'inégalité de la portée de l'interdiction des recours immédiats dans les deux procédures, facilitent la tâche du juge administratif. Tel n'est pas le cas du juge judiciaire qui soucieux de maintenir un équilibre entre l'interdiction des recours immédiats et les droits de la défense en cas d'excès de pouvoir, éprouve du mal à contenir les assauts des parties.

En toute hypothèse, la portée du rapprochement consécutif aux différentes situations exceptionnelles reste insuffisante pour aboutir à un système cohérent et égalitaire pour les justiciables devant les deux ordres de juridiction. Pour cette raison, l'approfondissement d'un tel rapprochement nous paraît souhaitable et réalisable.

TITRE 2

**UN RAPPROCHEMENT A APPROFONDIR DE LEGE
FERENDA**

322. Les développements précédents nous ont permis de montrer un certain rapprochement des deux matières. Ils laissent à penser que finalement loin du principe de l'interdiction des recours immédiats, l'habit de libéralisme de la procédure administrative va aussi bien au juge civil.

L'affirmation n'est vraie que partiellement. En effet, si le développement des recours-nullité a pris en procédure civile l'allure d'une procédure de rétablissement des recours interdits, de même que les textes admettent sous certaines conditions souvent restrictives les recours immédiats, il semble bien que l'effort de rapprochement reste insuffisant ainsi que l'illustre la persistance de différences injustifiées (chapitre 1). L'élimination de ces oppositions serait sans doute facilitée par une clarification de la notion de jugement avant dire droit dans les deux procédures (chapitre 2).

Chapitre 1: La persistance d'oppositions injustifiées

Chapitre 2: Éléments pour une définition conceptuelle du jugement avant dire droit.

CHAPITRE 1

LA PERSISTANCE DE D'OPPOSITIONS INJUSTIFIEES

233. En dépit du rapprochement constaté, il subsiste des différences qui suscitent naturellement des interrogations. D'abord, dans le domaine même du rapprochement, l'existence de cas exceptionnels de recevabilité des recours immédiats en matière civile laisse à penser qu'il y a un régime harmonieux au moins dans ces hypothèses. Une telle croyance est erronée, car l'analyse montre que l'harmonie ne concerne uniquement que l'ouverture des recours. Le régime des délais d'exercice de tels recours reste différent d'une procédure à l'autre

Par ailleurs, le rapprochement constaté ne touche pas le régime des jugements ordonnant une mesure provisoire, alors que rien ne semble justifier la persistance de telles différences. Avant d'examiner le régime actuel de ces jugements (Section 2), il convient d'analyser d'abord celui des délais d'exercice des recours (Section1).

SECTION 1 LE REGIME DES DELAIS D'EXERCICE DES RECOURS.

324. Comme l'ouverture des recours, les délais de leur exercice constituent un critère d'évaluation du degré de protection des droits des justiciables dans un système judiciaire. Mais là aussi, il faudrait prendre garde à assimiler rapidement la longueur des délais à une bonne justice, car la notion de bonne justice implique aussi bien la protection des droits de la défense que la réduction des délais de procédure c'est-à-dire le jugement non expéditif, mais dans un délai raisonnable des affaires. Or, le moins est de remarquer que si des délais plus longs sont susceptibles de permettre aux parties de mieux s'organiser pour contester une décision, ils peuvent en même temps être source de lenteur souvent préjudiciable à une bonne justice.

Ainsi, ici comme ailleurs, un équilibre s'avère indispensable pour concilier l'effectivité du droit à l'exercice des voies de recours avec les besoins d'une bonne justice.

325. De façon générale, justice civile et justice administrative organisent différemment les délais d'exercice des voies de recours. Ainsi, alors qu'en matière civile l'appel doit être en principe exercé dans le mois de la notification de la décision contestée⁴⁹¹, le délai d'appel est

⁴⁹¹ Art. 538 NCPC

de deux mois en matière administrative.⁴⁹² . En revanche, le pourvoi en cassation est en principe recevable, en matière civile comme en matière administrative, dans les deux mois de la notification de la décision.⁴⁹³

326. Lorsque le jugement avant dire droit susceptible de recours immédiats parce qu'il a tranché une partie du principal, sa nature particulière pose la question de savoir si les parties doivent nécessairement exercer leurs recours dans les délais de droit commun ou si elles peuvent attendre la décision sur le fond et joindre leur recours à celui qu'elles pourraient exercer contre cette dernière. La réponse varie d'une procédure à l'autre. Mais, pour mieux comprendre les solutions retenues, il faut distinguer entre l'appel (I) et le pourvoi en cassation (II).

I- LA DIVERSITE DES DELAIS D'APPEL

327. En droit commun, la diversité des délais d'exercice de l'appel contre les décisions juridictionnelles est bien connue. La constatation vaut aussi bien en matière civile qu'en matière administrative. Mais, de même que pour l'ouverture de l'appel et du pourvoi, les règles régissant les délais d'exercice de l'appel diffèrent. Il convient donc de distinguer clairement les solutions en matière administrative (A) et en matière civile (B).

⁴⁹² Art. R.229 CTCAA

⁴⁹³ Art. 232 CTCAA et 612 NCPC

A- Les délais d'appel en matière administrative.

328. Si l'appel est immédiatement recevable contre les jugements avant dire droit, encore faut-il qu'il soit exercé dans les délais impartis. Mais, quel est le délai dont dispose le plaideur mécontent pour faire appel d'une telle décision?

L'état du droit sur la question a évolué depuis le décret du 24 août 1984⁴⁹⁴. L'étude du délai doit donc se faire en distinguant la solution antérieure (1) des innovations apportées par ce décret (2).

1- La solution antérieure au décret du 24 août 1984.

329. Depuis que, suite à la réforme de 1942, le Conseil d'Etat a admis la recevabilité des recours immédiats contre les jugements avant dire droit, ni l'abrogation de l'article 60 de la loi du 22 juillet 1889 rendant applicable les dispositions de l'ancien code de procédure civile aux décisions des conseils de préfecture, ni les modifications intervenues en matière civile n'ont fait changer sa ligne de conduite à la jurisprudence administrative. Ainsi, la question du délai d'exercice s'est vite posée.

⁴⁹⁴ Décret n° 84-8191984 modifiant certaines dispositions des décrets n° 53-934 du 30 septembre 1953 et 53-1169 du 28 novembre 1953 et n° 63-766 du 30 juillet 1963 et du code des tribunaux administratifs et relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat, J.O., 6 septembre 1984, 2823 ou J. C. P. 1984, III, 56139. V. sur ce décret, C. DEBOUY, Du nouveau sur l'appel des jugements avant dire droit, J. C. P. 1985, I, 3194 ; D. LABETOULE, La procédure devant la Conseil d'Etat : à propos des décrets du 29 août 1984, R.F.D.A., 1985, p.70

330. Si l'article R.192 affirmait que sauf disposition contraire, le délai d'appel devant le Conseil d'Etat est de 2 mois, aucun texte ne prévoyait un régime particulier pour jugements avant dire droit. Pour tout autre jugement, avait-on justement écrit, le délai d'appel devait obéir à ce régime de droit commun⁴⁹⁵. Or, la nature particulière des jugements avant dire droit, notamment du fait de leur insertion dans une instance principale, soulevait la question de savoir s'il fallait pour les contester respecter le délai des deux mois ou si au contraire le plaideur pouvait attendre le jugement sur le fond pour faire appel.

331. Pour résoudre cette question, le Conseil d'Etat avait, sans distinction particulière, aligné le délai d'appel des jugements avant dire droit sur celui des jugements sur le fond. Ainsi, ils doivent être attaqués sous peine de forclusion, dans les deux mois de leur notification sans attendre le jugement sur le fond⁴⁹⁶. Ces premières décisions ne firent pas disparaître toute incertitude sur la question. C'est sans doute pour réaffirmer plus fortement cette unité du régime des délais, que la haute juridiction dut préciser dans une décision de section «qu'il résulte des dispositions des articles 57 et 60 de la loi du 22 juillet 1889 et de l'article 49 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 que tout jugement avant dire droit peut être frappé d'appel avant le

⁴⁹⁵ AUBY et DRAGO, op. cit., , n°1364

⁴⁹⁶ C.E., 9 mars 1951, DIDONNA, Rec., p.148 ; 23 janvier 1957, Consorts X, Rec., p.51 ; 21 juin 1957, DUPUY, Rec., p.411.

jugement définitif, mais seulement dans le délai de deux mois à dater de sa signification »⁴⁹⁷.

332. Théoriquement, la solution avait l'avantage de la clarté en se démarquant des incertitudes qui caractérisent encore la jurisprudence civile et en s'appuyant sur des textes qui en réalité ne permettaient de faire aucune distinction entre les deux catégories de jugement. Mais il faut surtout dire qu'en empruntant cette voie, le Conseil d'Etat donnait le sentiment, dans un domaine incertain, de rechercher la sécurité à travers une relative stabilité. Car, la solution était déjà bien connue en matière fiscale de sorte que sa consécration par le Conseil d'Etat se traduisait simplement par sa généralisation aux autres contentieux.

333. Cependant, elle a montré toutes ses limites à l'épreuve des faits car, bien souvent il n'était pas facile de savoir si le jugement avant dire droit avait tranché une partie du principal ou pas ; ce qui entraîna beaucoup de recours préventifs par les parties soucieuses d'éviter toute surprise de forclusion. Ces difficultés ont nécessité l'intervention du pouvoir réglementaire.

2- Les innovations apportées par le décret du 24 août 1984.

334. Le décret du 24 août a bouleversé la jurisprudence antérieure en admettant que «le délai d'appel contre un

⁴⁹⁷ C.E., Sect., 10 avril 1964, sieur RABONI, A.J.D.A. 1964, 314 ou A.J.D.A. 1964, Chron. générale de jurisprudence administrative française, 294 ;V. également la chron. de J. FOURRE et M. PUYBASSET, R.D.P.1964, 1207.

jugement avant dire droit, qu'il tranche ou non une question au principal, court jusqu'à expiration du délai d'appel contre le jugement qui règle définitivement le fond du litige». Cette disposition nouvelle qui ne concernait alors que l'appel devant le Conseil d'Etat⁴⁹⁸ fut inscrit à l'article R.192 du code des tribunaux administratifs. Après la création en 1987 des Cours administratives d'appel, elle leur a été étendue. Elle fait actuellement l'objet de l'article R.229 al.3 du code des tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel. S'agissant d'une disposition exceptionnelle, son domaine d'application reste limité à l'appel devant les juridictions visées, à l'exclusion de tout autre. Ainsi, l'étude du régime actuel des délais d'appel nécessite de faire une distinction selon que l'appel est exercé devant une Cour d'appel ou le Conseil d'Etat (1) ou devant une juridiction administrative spécialisée (2)

a - Le délai applicable devant le Conseil d'Etat et les Cours administratives d'appel.

335. Aux termes de l'article R. 229 du code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, «sauf disposition contraire, le délai d'appel est de deux mois. Il court contre toute partie à l'instance à compter du jour où la notification a été faite à cette personne dans les

⁴⁹⁸ D. LABETOULE, art. préc.

conditions prévues aux articles R. 211 et R. 212»⁴⁹⁹. Ce délai de deux mois n'est pourtant que le délai de droit commun puisque dans son alinéa 3, l'article R.229 précise que " par dérogation aux dispositions du premier alinéa, le délai d'appel contre un jugement avant dire droit, qu'il tranche ou non une question au principal, court jusqu'à l'expiration du délai d'appel contre le jugement qui règle définitivement le fond du litige ".

Il existe donc deux types de délai d'appel selon que le jugement contesté est un jugement tranchant le litige ou qu'il est simplement avant dire droit. Alors que dans le premier cas, les textes sont on ne peut plus clairs en fixant un délai de rigueur déterminé de deux mois, dans le cas d'un jugement avant dire droit, on peut légitimement dire que le délai d'appel est indéterminé c'est-à-dire qu'il n'est pas fixé à l'avance. On sait seulement qu'il court jusqu'à expiration du délai des deux mois contre le jugement sur le fond de l'affaire.

336. Il apparaît ainsi que l'article 229 alinéa 3 a bouleversé la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat en allongeant considérablement le délai d'appel des jugements avant dire droit. Il est important de noter que pour éviter toute difficulté, le texte vise expressément tous les jugements avant dire droit qu'ils aient tranché ou non une

⁴⁹⁹ L'art. R. 211 pose le principe de la notification des décisions à toutes les parties en cause, à leur domicile réel, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, sans préjudice du droit des parties de faire signifier ces décisions par acte d'huissier de justice. Quant à l'article R. 212, il précise que le président peut décider de faire notifier aux parties la décision par la voie administrative conformément à l'article R.140.

question au principal. Désormais, la forclusion des parties désirant contester une décision avant dire droit, quelle qu'en soit la nature, se trouve alignée sur celle des jugements ordinaires; ainsi que l'a souligné la doctrine, il importe peu que la décision critiquée ait simplement ordonné une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou ait tranché une question au fond.⁵⁰⁰

337. Comme on peut le constater, l'intérêt de ce régime résulte non seulement de sa simplicité⁵⁰¹, mais surtout de son aspect protecteur des droits des parties. En effet, les plaideurs, qu'il s'agisse de l'administration ou des personnes privées, disposent désormais de la faculté soit de relever immédiatement appel du jugement avant dire droit, soit d'attendre pour le faire avec le jugement sur l'instance principale. Ce qui fait dire à monsieur CHAPUS que "les parties ont un choix : selon ce qui paraît le plus convenable à leurs intérêts, elles exerceront immédiatement ou bien différeront leur recours en appel. Et c'est sans risque qu'elles peuvent le différer et par exemple, l'exercer en même temps que leur appel contre le jugement principal"⁵⁰².

338. Toutefois, malgré les intérêts pratiques qu'il dégage, l'allongement du délai d'appel contre le jugement avant dire droit jusqu'à l'expiration du délai des deux mois contre le

⁵⁰⁰ Dans ce sens R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit. p.870, n° 969 ; C. DEBOUY, art. préc., n° 24

⁵⁰¹ C. DEBOUY, *ibidem*

⁵⁰² R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 871

jugement au fond peut poser en pratique d'énormes difficultés juridiques pouvant remettre en cause les effets classiques de l'autorité de la chose jugée.

Il en est ainsi lorsque le jugement avant dire droit est un jugement mixte qui a tranché une question au fond. En pareille hypothèse, on avait souhaité, au lendemain du décret de 1984, que lors du jugement de l'affaire au fond, le juge ne revienne pas sur le point tranché par le jugement avant dire droit⁵⁰³; ce qui du reste est bien normal puisque celui-ci est dessaisi du point tranché auquel est alors attaché autorité de chose jugée⁵⁰⁴. Mais si une telle décision est frappée d'appel par le défendeur avant le jugement sur le fond, puisqu'il a la faculté de le faire, la Cour est obligée de statuer sur cet appel avant que l'affaire ne soit réglée au fond. Or, tant que le délai d'appel contre le jugement avant dire droit reste ouvert, rien n'empêcherait, à l'occasion d'un appel contre le jugement sur le fond, que le jugement avant dire droit soit à nouveau contesté. Pourrait-on dans ce cas opposer à la partie contestataire l'autorité de la chose jugée ?

339. On considère en doctrine que cette hypothèse pourrait amener le juge d'appel à revenir sur ce qui a été déjà jugé

⁵⁰³ C. DEBOUY, art. préc. n° 34

⁵⁰⁴ C.E., 15 décembre 1989, Ministre de l'environnement c. STE SPECHINOR, Rec. p.254

en appel concernant le jugement avant dire droit⁵⁰⁵. Mais il faut alors convenir qu'il s'agirait dans ce cas d'une sérieuse entorse au principe de l'autorité de la chose jugée que rien ne semble par ailleurs justifier. Une voie de recours, en l'occurrence l'appel, n'est pas recevable du simple fait que son délai d'exercice court toujours ! Lorsque le juge tranche une partie de la question litigieuse, fut-il dans un jugement avant dire droit, il a épuisé son pouvoir sur ce point et de ce fait s'en trouve dessaisi. C'est ce qui justifie l'existence de l'appel ou du pourvoi en cassation, permettant, malgré l'autorité attachée à une telle décision de la contester devant un autre juge. Permettre pour autant un deuxième appel contre un tel jugement qui entraînerait la modification de ce qui a été déjà tranché au fond serait une atteinte condamnable à l'autorité de la chose jugée. En revanche, si le deuxième appel se limite à la contestation de la partie du jugement avant dire droit qui n'a pas touché au fond du litige, il apparaît dans ce cas difficile, d'opposer à l'appelant, une quelconque autorité de la chose jugée d'une décision qui est censée n'en avoir jamais eu.

340. Dans tous les cas, il apparaît bien que l'allongement du délai d'appel contre les jugements avant dire droit est plutôt source de complications pas toujours utiles. Du reste, une consultation de la jurisprudence montre qu'il s'agit d'un

⁵⁰⁵ V. D. CHABANOL, Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, annoté et commenté, p.350

facteur multiplicateur d'appels incidents. Ainsi, dans une affaire qui a donné lieu à un arrêt du 12 février 1990⁵⁰⁶, le Conseil d'Etat a admis la recevabilité d'un appel incident contre un jugement avant dire droit en affirmant : " Même si l'appel principal des époux W. ne porte que sur le jugement du tribunal administratif de Strasbourg en date du 5 juillet 1986, la société des assurances modernes des agriculteurs, est recevable à demander par la voie de l'appel incident, l'annulation du jugement avant dire droit qui porte sur le même litige " .

341. Plus révélatrice est l'attitude des Cours d'appel qui par le biais des appels incidents remettent en cause le principe même de la responsabilité à l'occasion d'un appel principal portant sur le montant de l'indemnité. Ainsi dans un arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Lyon, une plaignante forme un appel principal tendant à la réformation d'un jugement définitif ayant condamné la Ville de Lyon à lui verser une indemnité. La Ville de Lyon forme un appel incident tendant à l'annulation du jugement avant dire droit par lequel le tribunal administratif l'a déclarée entièrement responsable du préjudice subi par l'appelante principale.

En vertu des dispositions du code des tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel selon

⁵⁰⁶ Epoux WINSTERSTEIN, Rec. p.32

lesquelles le délai d'appel contre un jugement avant dire droit, qu'il tranche ou non une question au principal, court jusqu'à l'expiration du délai d'appel du jugement qui règle définitivement le fond du litige et après avoir relevé que le recours incident de la ville de Lyon ne soulève pas un litige différent de celui qui fait l'objet de la requête principale, la Cour, en ce que l'autorité de la chose jugée ne pouvait pas être opposée à la Ville de Lyon, a déclaré recevable le recours incident.⁵⁰⁷

342. Dans le même sens, " même si l'appel principal ne porte que sur le jugement en date du 14 mai 1987 par lequel le tribunal administratif de Nantes a liquidé le solde du préjudice causé au requérant par l'illégalité d'un permis de construire, le ministre de l'équipement, du logement, des transports et de la mer est recevable à demander, par un appel incident formé avant le désistement de la requête et expressément maintenu, l'annulation du jugement avant dire droit du 2 mai 1986 par lequel ce même tribunal a statué sur la responsabilité, dès lors que ce dernier jugement porte sur le même litige " ⁵⁰⁸

343. Coupant court aux hésitations auxquelles pouvait donner lieu l'interprétation de l'article R.229 al.3, le Conseil d'Etat vient d'ailleurs de confirmer cette tendance des Cours

⁵⁰⁷ CAA Lyon, Plén., 26 juillet 1990, Mlle CROCHET, Rec. Tables, 943.

⁵⁰⁸ CAA Nantes, 15 novembre 1990, SIMON, Rec. Tables, 944.

d'appel dans une décision d'assemblée⁵⁰⁹ dont les circonstances méritent d'être connues.

344. Suite à un accident occasionné par une explosion de gaz, l'ayant droit des victimes assigna en responsabilité devant le tribunal administratif de Poitiers Gaz de France qui appela en garantie l'Etat et ce dernier, un entrepreneur. Par un jugement du 5 octobre 1988, le tribunal statue sur l'action principale en reconnaissant la responsabilité de l'établissement public qu'il condamne à indemniser le demandeur, puis ordonne une expertise sur les appels en garantie. Gaz de France fait appel de cette décision, mais plus de deux mois après la notification de celle-ci. En application de l'article L.9 du code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel, le président de la cour d'appel de Bordeaux rend une ordonnance par laquelle il rejette l'appel pour irrecevabilité manifeste non susceptible d'être couverte en cours d'instance. C'est contre cette ordonnance que Gaz de France s'est pourvu en cassation devant le Conseil d'Etat.

La question était donc clairement posée de savoir à partir de quel moment commence à courir le délai des appels interjetés contre les jugements avant dire droit. A partir de la notification du jugement avant dire droit qui a tranché ou

⁵⁰⁹ C.E., Ass., 18 décembre 1998, Gaz de France, A.J.D.A.1999, p.158, concl. de M. COMBREXELLE ; D.1999, p.213, note C. GUETTIER.

non le principal ou à partir de celle de la décision qui mettra un terme au litige ?

Estimant que l'article R.229 institue un délai unique qui court seulement à partir de la notification du jugement qui tranche définitivement le litige, le Conseil d'Etat affirme «qu'il peut être interjeté appel contre un tel jugement (le jugement du 5 octobre 1988) après l'expiration du délai de deux mois qui suit sa notification et jusqu'à l'expiration du délai de recours contentieux applicable au jugement qui met fin à l'instance » ; d'où il tire la conséquence que l'ordonnance contestée devait être annulée.

345. Il apparaît ainsi que le Conseil d'Etat, s'appuyant sur une lecture littérale des texte définit très largement le délai d'appel des jugements avant dire droit sans distinguer entre ceux qui ont tranché le principal et ceux qui sont simplement préparatoires. Dans tous ces cas, le délai de recours ne commence à courir qu'à partir de la notification du jugement qui met fin au litige.

346. La simplicité de la solution est séduisante en tant qu'elle permet d'éviter désormais les appels préventifs. Elle remet toutefois en cause la distinction classique entre les jugements strictement avant dire droit et les jugements mixtes avec la conséquence d'entretenir une plus longue incertitude sur ce qui a été déjà tranché au principal. C'est sans doute une nouvelle conception du jugement avant dire

droit qui met une distance de plus entre le juge administratif et le juge judiciaire⁵¹⁰.

347. Aussi favorable que soit cette définition extensive du délai d'appel et largement appliquée en jurisprudence⁵¹¹, elle reste exceptionnelle et limitée. Elle ne peut être par invoquée devant les autres juridictions d'appel.

b - L'inapplicabilité de l'art. 229 al.3 devant les juridictions administratives spécialisées.

348. Le délai issu de l'article 229 alinéa 3 du code des tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel est un régime spécial. Le décret du 29 août l'avait prévu uniquement pour les appels exercés devant le Conseil d'Etat. C'est après la création des Cours administratives d'appel que son domaine d'application leur a été étendu en 1989.

Or en contentieux administratif, il existe d'autres juridictions d'appel à côté des Cours administratives et du Conseil d'Etat. Il s'agit des juridictions administratives spéciales, essentiellement les juridictions ordinales et financières comme par exemple les Chambres régionales des

⁵¹⁰V. les rapports avec la notion même de jugement avant dire droit supra, n°221 et suiv.

⁵¹¹ Par exemple C.E., 23 février 1990, Soc. STICHTING WATER TRANSPORTS, Rec. p. 934 ; C.E., 2 décembre 1992, SARL PLANTIE-VIVRAC, Rec. p. 433.

comptes⁵¹². Aucun texte n'ayant rendu applicable devant ces juridictions le délai de l'article 229, il apparaît que l'appel d'un jugement avant dire droit devant les juridictions spéciales doit être soumis au régime de délai de droit commun, c'est à dire qu'il expire deux mois après la notification du jugement, sauf dans les cas où des délais spéciaux sont expressément prévus⁵¹³.

349. Dans ce cas, l'écoulement des deux mois entraîne la forclusion⁵¹⁴ de la partie qui souhaite contester le jugement avant dire droit et rend celui-ci incontestable⁵¹⁵ à l'occasion de l'appel contre le jugement qui sera rendu sur le fond de l'affaire⁵¹⁶.

⁵¹² V. par ex. D. LAMARQUE et G. MILLER, L'appel des jugements des chambres régionales des comptes, A.J.D.A., 1999, p.1015. Sur les juridictions administratives spécialisées, V. par ex. R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, op. cit., n°95 et suiv. ; C. MEME, Encycl. Dalloz, contentieux administratif

⁵¹³ Par ex. l'appel contre les décisions des conseils régionaux de l'ordre des médecins en matière disciplinaire, d'élection au Conseil de l'ordre, d'inscription au tableau et de suspension temporaire du droit d'exercer doit être exercé devant le Conseil national de l'ordre dans le délai d'un mois (C. santé pub., art.L.411) de même que l'appel des décisions des commissions régionales de tarification sanitaire et sociale (décret n°88-45 du 15 janvier 1988, D.1988, 122)

⁵¹⁴ C.E., 10 avril 1964, RABONI, Rec. 214; AJ1964, chron. J. FOURRE et PUYBASSET, RDP1964, p.1207

⁵¹⁵ C.E., 11 octobre 1972, JUDEAUX, Rec., p.630; D.1973, p.348, note PRIEUR; 12 novembre 1969, veuve BENOIT, Rec., p.497

⁵¹⁶ V. sur ces points, R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, op. cit., n°1338

350. Il apparaît ainsi une certaine dualité du délai d'appel suivant que la contestation du jugement avant dire droit a lieu devant une juridiction administrative spéciale ou non. Rien a priori ne semble justifier cette situation qui n'est pas pour favoriser l'égalité des plaideurs devant le même ordre juridictionnel.

B- Les délais d'appel en matière civile.

351. En matière civile et de façon générale, le délai de droit commun de l'appel a beaucoup varié, tendant vers un raccourcissement remarquable⁵¹⁷. Il est actuellement de un mois pour ce qui concerne les matières contentieuses. Ce délai de droit commun s'applique-t-il également aux jugements avant dire droit ?

A priori la logique semble l'imposer. En effet, nous avons déjà montré que les recours, s'ils ne sont pas immédiatement recevables, le sont avec la décision sur le fond. Dans ces circonstances, les délais des recours contre les deux types de jugements se confondent et courent à partir de la notification du jugement sur le fond. Ce qui constitue une différence radicale avec les solutions admises en matière administrative. Mais cette solution n'est que partiellement

⁵¹⁷ sur ce point J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, op. cit. p.837, n° 1371.

vraie, car elle ne reflète pas la diversité des jugements avant dire droit. C'est pour tenir compte de cette réalité que certains délais spéciaux sont aménagés soit par les textes, soit par la jurisprudence.

1 - Les délais spéciaux d'origine textuelle.

352. Plusieurs textes du nouveau code de procédure civile prévoient des délais spéciaux pour certains jugements avant dire droit exceptionnellement susceptibles d'appel immédiat. Ainsi, si les ordonnances du juge de la mise en état peuvent exceptionnellement faire l'objet d'un appel immédiat comme en matière d'expertise et de sursis à statuer, l'article 776 alinéa 3 du nouveau code de procédure civile précise bien que le délai de cet appel est de 15 jours à compter de leur signification. Le même délai de 15 jours est applicable à l'appel contre les ordonnances du même magistrat qui mettent fin à l'instance, constatent son extinction ou qui ont trait à des mesures provisoires en matière de divorce ou de séparation de corps (art.914 du nouveau code de procédure civile) ; il en va de même pour les décisions relatives aux mesures provisoires du juge aux affaires familiales (art.1119 du nouveau code de procédure civile).

353. On remarque bien la brièveté du délai imposé par tous les textes dont il vient d'être fait état. La situation des ordonnances de référé et sur requête est particulièrement saisissante. C'est sans doute l'illustration une fois de plus, de la volonté du législateur d'éviter que l'appel admis soit le prétexte de longues et inutiles tergiversations. On

pourrait presque dire, s'il ne s'était agi de textes, que c'est " du bout des lèvres " que l'appel immédiat est admis en ces matières.

2 - Les solutions jurisprudentielles.

354. Dans deux situations particulières, il est revenu à la jurisprudence de préciser le régime du délai de l'appel contre les jugements avant dire droit. La première, celle qui concerne les recours-nullité paraît se justifier en ce que ceux-ci sont eux-mêmes une création jurisprudentielle ; la seconde qui intéresse les jugements mixtes l'est moins et n'a été rendue nécessaire que par le silence du nouveau code de procédure civile sur ce point.

a - L'application limitée du délai de droit commun.

355. Selon l'article 538 du nouveau code de procédure civile, le délai normal de l'appel est de un mois en matière contentieuse. Formulé en des termes généraux, le texte a vocation à s'appliquer à tous les jugements contentieux, y compris les jugements avant dire droit⁵¹⁸ lorsque l'appel est exercé avec le jugement sur le fond⁵¹⁹. Mais, d'apparente

⁵¹⁸ Ceux-ci, malgré leur spécificité ne sont pas moins des jugements contentieux. V. sur cette distinction, G. WIEDERKEHR, *Justices*, 1996, p.128

⁵¹⁹ En effet, le délai d'appel contre le jugement avant dire droit court à partir de la notification du jugement sur le fond. Il n'y a pas deux appels différents, mais un seul à la fois contre le jugement avant dire droit et le jugement sur le fond.

évidence, l'application de ce texte peut l'être moins lorsque l'appel immédiat est recevable du fait de l'excès de pouvoir du juge ou de la transgression par lui d'un principe fondamental de procédure⁵²⁰. Dans cette hypothèse, la particularité de l'appel-nullité alors même que l'appel réformation serait fermé pose le problème de savoir si son exercice doit ou non obéir au délai de droit commun.

356. En droit positif, la tendance est à l'extension à l'appel-nullité, du délai de droit commun. La solution apparaît évidente et logique pour les jugements avant dire droit, car rien ne semble justifier que l'appel d'un tel jugement entaché d'un excès de pouvoir soit soumis à un délai spécial qui au demeurant n'est prévu par aucun texte. Si la même solution est admise pour l'appel-nullité en matière arbitrale⁵²¹, sa portée reste toutefois limitée car elle ne s'applique pas à l'appel-nullité en matière de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises.

En effet, dans une espèce très remarquée, la Cour de cassation a écarté l'extension en la matière du délai de droit commun. A l'occasion d'une procédure de redressement judiciaire d'une association, des réductions de créances sont proposées et refusées par certains créanciers. Pourtant, sans distinguer le sort des créanciers ayant refusé les réductions de créances proposées, le tribunal arrête un plan d'apurement du passif de l'association.

⁵²⁰ V. sur l'ouverture de l'appel-nullité, supra, n°303

⁵²¹ C.A.Besançon, 2è ch. Com., 24 avril 1996, J.C.P.1997, IV, 518 où les juges considèrent qu'il n'existe aucune raison pour que le délai d'appel-nullité ne soit pas le délai de droit commun.

L'appel du Procureur général est déclaré irrecevable par la Cour d'appel de Reims (3 juillet 1989) en application de l'article 157 alinéa 3 du décret du 27 décembre 1985 selon lequel le délai d'appel des décisions autres que celles mentionnées à l'article 174 de la loi du 25 janvier 1985 est de dix jours. Le Procureur diligenta alors un pourvoi contre l'arrêt de la Cour de Reims. Il reproche à la Cour d'avoir soumis son appel à l'article 157 du décret du 27 décembre 1985, alors que son intervention n'avait d'autre but que de réparer l'atteinte portée à l'ordre public, en vertu de l'article 423 du nouveau code de procédure civile. Il estime par conséquent que le seul délai applicable en l'espèce est celui de l'article 538 du nouveau code de procédure civile.

357. La question se trouvait donc clairement posée à la Cour de cassation de savoir si l'appel-nullité du Procureur de la république devait être soumis au délai de dix jours de l'article 157 du décret du 27 décembre 1985 ou si au contraire il dépendait du régime de droit commun d'un mois de l'article 538 du nouveau code de procédure civile.

En des termes de portée générale, la chambre commerciale de la Cour de cassation a explicitement exclu l'application du délai de droit commun en estimant " qu'en matière de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les voies de recours restent soumises aux conditions de forme et de délai qui leur sont propres, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'elles tendent à la réformation, à

l'annulation ou à la rétractation de la décision attaquée⁵²² ".

358. La solution n'a rien de surprenant, les voies de recours connaissant un régime particulièrement restrictif en matière de redressement ou de liquidation judiciaires. Elle a l'avantage de rester en accord avec l'esprit des textes qui en la matière qui font de la célérité un facteur important du sauvetage des entreprises en difficulté.

La règle est pourtant critiquée par une partie de la doctrine qui considère que le délai de dix jours n'a été prévu que pour l'appel réformation et qu'en l'absence de texte pour l'appel-nullité, il eut été plus rationnel qu'on lui appliqua le délai de droit commun de l'article 538 du nouveau code de procédure civile⁵²³.

⁵²² Cass. Com., 15 janvier 1991, D. 1992, I.R., 91, note F. DERRIDA ; Gaz. Pal. 1992, 1, 85, note J.-P. MARCHI ; J.C.P. éd. E., 1991, II, 165, note O. BARRET ; L.P.A., n° 10-23 du 22 janvier 1992, p. 23, note F. DERRIDA. Dans le même sens déjà, mais sous le régime ancien de la loi de 1967, Com. 13 mars 1990, Bull. civ., IV, n° 80. Toutefois, en sens contraire, Douai, 31 mars 1988, Gaz. Pal. 1988, 2, 584, note B. SOINNE.

⁵²³ V. O. BARRET, L'appel-nullité dans le droit commun de la procédure civile, art. préc., spéc. N°13 ou note sous Cass. Com.15 janvier 1991, J.C.P. éd. E. 1992, préc. ; N. FRICERO, L'excès de pouvoir en procédure civile, R.G.P., p. 17 ; B. SOINNE, Traité de procédures collectives, Litec 1995, n° 618 ou Le recours-nullité dans le cadre des procédures collectives, préc., spéc. n ° 12. Pour les auteurs favorables v. par exemple, G. BOLARD, l'appel nullité, D.S. 1988, préc., spéc. n ° 28 et suiv., F. DERRIDA, note sous Cas. Com. 15 janvier 1991, préc. ; HONORAT et MAS, Les perspectives de l'appel-nullité, préc. n° 17 et suiv.

359. L'argument est de poids et son adoption équivaldrait certainement à laisser plus de temps aux éventuels contestataires pour assurer l'effectivité de leur droit, compte tenu de la fonction même de l'appel-nullité. Mais, l'application de l'article 157 du décret du 27 décembre 1985 n'est-elle pas d'une certaine manière celle de l'article 538 du nouveau code de procédure civile, car, comme bien d'autres, ce texte doit être compris, au moins implicitement, en ce sens qu'il ne peut être écarté que par une disposition contraire explicite. Or, en matière de redressement et de liquidation judiciaires, il existe bien un texte contraire qui fixe précisément le délai d'appel à dix jours.

Certes, cette réglementation n'a pu à l'origine concerner l'appel-nullité qui n'existait point au moment de l'intervention du législateur. Mais poussé à l'extrême, ce raisonnement conduit à exclure cette voie de recours du champ de tous les textes antérieurs.

360. Ce n'est pas forcément la fonction d'une voie de recours qui détermine son délai d'exercice, mais bien souvent la matière dans laquelle le juge est intervenu. Une même voie de recours, ordinaire ou extraordinaire, peut voir son délai d'exercice varier sensiblement d'une matière à l'autre. En procédures collectives, toutes les voies de recours ou presque sont placées dans la même situation et on peut légitimement penser que cette tendance générale indique que le législateur n'aurait pas voulu réserver un traitement particulier à l'appel-nullité dont on a souvent tendance à oublier le caractère subsidiaire. Or c'est à ce résultat qu'aurait paradoxalement abouti l'application du délai de

droit commun en considération de la nature particulière de l'appel-nullité.

361. Il est vrai qu'on ne doit pas, par la brièveté des délais en procédures collectives, obliger tout le monde à la lecture du B.O.D.A.C.C. (Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales)⁵²⁴, mais alors l'observation vaut en la matière pour toutes les voies de recours. Il apparaît en droit positif que l'appel-nullité épouse les formes et les délais des voies de recours légales aussi bien en droit des entreprises en difficultés qu'en d'autres matières. C'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles le législateur n'a pas doté l'appel-nullité d'une réglementation particulière. La tendance de la jurisprudence n'est pas non plus à la consécration d'une nature particulière de l'appel-nullité, car les Cours d'appel ne semblent faire aucune distinction de nature entre l'appel réformation et l'appel-nullité lorsqu'elles considèrent que quand l'appel réformation n'est pas ouvert, un appel afin d'annulation peut être formé par la partie qui y a intérêt en vue de remédier à certains vices particulièrement graves affectant la régularité intrinsèque du jugement⁵²⁵.

b - L'application rigoureuse du délai de droit commun aux jugements mixtes.

362. Comme en matière administrative, la question s'est posée de savoir si en présence d'un jugement avant dire droit ayant

⁵²⁴ B. SOINNE, Traité des procédures collectives, préc. n°618

⁵²⁵ Par exemple, Paris, 17 janvier 1989, D. 1989, Somm. 182, obs. JULIEN; 7 mars 1990, Gaz. Pal. 1991, 1, Somm. 26, note MARCHI

tranché une partie du principal, les parties ont ou non le choix entre l'appel immédiat et l'appel différé. Il est vrai que sur ce point, l'interprétation que requiert l'article 544 du nouveau code de procédure civile n'était pas évidente. En effet, l'expression "peuvent être immédiatement frappés d'appel" apparaît bien ambiguë, car elle peut à la fois désigner la faculté générale de toute partie intéressée de relever appel d'une décision juridictionnelle qui lui fait grief ou celle d'exercer seulement un type d'appel en l'occurrence l'appel immédiat⁵²⁶.

363. C'est pour lever cette ambiguïté que la Cour de cassation, saisie pour la première fois sous l'empire du nouveau code de procédure civile a décidé que lorsque l'appel est immédiatement recevable, il doit être formé, à peine de forclusion, dans le délai imparti à compter de la signification de la décision contestée⁵²⁷. La rigueur d'une telle solution est sans commune mesure avec la solution libérale retenue en matière administrative⁵²⁸; d'autant plus que la haute juridiction judiciaire précise bien que le chef du jugement qui, statuant sur une partie du principal, n'a pas fait l'objet d'un recours dans le délai légal est devenu

⁵²⁶ Dans ce sens déjà, R. PERROT, R. T. D. Civ. 1976, 836

⁵²⁷ Cass. Civ. 3è, 21 juin 1978, D. 1978, I.R., 497, obs. JULIEN

⁵²⁸ Précisons de même qu'il s'agit d'une rupture avec le passé car antérieurement au nouveau code de procédure civile et sous le régime libéral de l'ancien code issu de la réforme de 1942 la faculté d'interjeter un appel immédiat n'interdisait aucunement la possibilité d'un appel différé avec le jugement définitif sur le fond : Toulouse, 11 mai 1951, D. 1951, 558 ; Cass. Civ. 25 mars 1965, Sem. Jur. 1965, II, 14356, note G. D.

définitif et ne peut de ce fait, être remis en question devant la Cour d'appel⁵²⁹.

364. Bien établie, la solution ne résiste pourtant pas à la critique. Comment expliquer en effet l'obligation faite aux parties d'interjeter immédiatement appel alors que l'esprit général du nouveau code de procédure civile en la matière est de concentrer les recours à la fin de l'instance ? Si le professeur PERROT en a relevé la cohérence procédurale en ce que la chose jugée d'une phase d'un procès par étapes successives devient irrévocable en l'absence de recours immédiat contre le jugement partiel, il en montre aussi les limites⁵³⁰.

365. La solution a en effet l'inconvénient majeur d'être source d'une multiplication des appels préventifs, car bien des incertitudes persistent sur les contours de la notion de principal et ceux de l'autorité qu'il convient d'accorder aux motifs de certaines décisions avant dire droit⁵³¹. Il en résulte une difficulté de définition même de la notion de jugement mixte⁵³². Par conséquent, la cohérence procédurale de la position de la Cour de cassation s'en trouve considérablement amoindrie car, la moindre hésitation sur la nature du jugement avant dire droit entraîne systématiquement des appels préventifs permettant aux parties de se mettre à l'abri de toute forclusion hasardeuse.

⁵²⁹ Cass. Soc., 7 février 1980, Bull. civ. V, n°131 ; 14 mai 1987, Bull. civ. V, n° 322 ou R.T.D. civ. 1987, 600, obs. R. PERROT.

⁵³⁰ R. PERROT, R. T. D. civ. 1982, 661

⁵³¹ V. supra sur l'autorité des motifs décisifs, n°197 et sur la notion de "principal", n°257 et suiv.

⁵³² V. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, op. cit. n°1209 et suiv.

366. Pourtant la Cour de cassation ne paraît pas avoir été convaincue par la solution contraire et a d'ailleurs étendu la même exigence au pourvoi en cassation⁵³³. C'est qu'en réalité, outre les difficultés pratiques qu'elle pourrait avoir à gérer quant au prolongement du délai d'appel jusqu'au jugement sur le fond, il semble que de façon générale, les parties qui ont intérêt à contester une telle décision le font immédiatement et n'ont pas souvent intérêt à attendre le jugement final. Tant que les parties conservent le droit de contester la partie du jugement ayant touché au principal dans le délai de droit commun, la position de la Cour de cassation doit être approuvée. C'est le contraire qui aurait été choquant, voir les parties être obligées d'attendre le jugement sur le fond pour contester une décision qui pourtant est censée avoir autorité de chose jugée.

II - L'UNITE DU REGIME DU POURVOI EN CASSATION.

367. En matière civile comme en matière administrative, le délai de droit commun pour exercer le pourvoi en cassation est de deux mois à compter de la signification. La matière est régie par les articles 612 du nouveau code de procédure civile et 232 alinéa 1 du code des tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel dont on peut au passage remarquer la similitude de rédaction⁵³⁴.

⁵³³ V. infra, n°369

⁵³⁴ Art. 612 N.C.P.C. " Le délai du pourvoi en cassation est de deux mois, sauf disposition contraire ".

Art. 232 al.1 C.T.A.C.A.A. " Sauf disposition contraire, le délai de recours en cassation est de deux mois ".

368. Le pourvoi en cassation contre une décision avant dire droit ne bénéficie d'aucun traitement particulier. Il est soumis à ce régime de droit commun et doit par conséquent être formé, sous peine de forclusion, dans les deux mois de la signification. Dans ces conditions, la délicate question des décisions mixtes revient inévitablement à l'esprit.

369. Dans un arrêt rendu le 19 octobre 1981, la Cour de cassation a étendu au pourvoi en cassation l'exigence, déjà formulée pour l'appel, de contestation immédiate sous peine de forclusion. A l'occasion d'un pourvoi contre une décision ayant à la fois tranché une partie du principal et ordonné une mesure d'instruction, la chambre commerciale de la haute juridiction au visa des articles 150 du nouveau code de procédure civile et 1^{er} du décret du 22 décembre 1967, a estimé " qu'il résulte de la combinaison de ces textes que les jugements en dernier ressort qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal ne peuvent être frappés d'un pourvoi en cassation pour le tout que dans le délai de droit commun de deux mois ⁵³⁵".

370. Le pourvoi contre le jugement mixte ne peut donc attendre le jugement sur le fond sans encourir la forclusion quant à la partie ayant tranché le principal. Comme pour l'appel, une partie de la doctrine y trouve une

⁵³⁵ Cass. Com., 19 octobre 1981, Gaz. Pal. 1982, 1, 164, note VIATTE ; R.T.D. civ. 1982, 661, obs. PERROT.

interprétation contestable des textes⁵³⁶. On peut toutefois relever que la Cour de cassation sur ce point n'innove pas puisque la même solution était adoptée antérieurement au nouveau code de procédure civile⁵³⁷. Elle unifie néanmoins sa jurisprudence sur le régime du délai des recours contre les jugements mixtes en adoptant la même solution aussi bien pour l'appel que pour le pourvoi en cassation.

371. On aurait pu s'attendre à la même démarche unificatrice de la part du Conseil d'Etat qui, à l'opposé de la jurisprudence civile, admet concernant l'appel, l'option des parties entre l'appel immédiat et l'appel différé⁵³⁸. Il n'en est absolument rien car, le Conseil d'Etat applique scrupuleusement le régime de droit commun au pourvoi contre les décisions avant dire droit. Si le principe de la recevabilité du pourvoi immédiat a été admis depuis⁵³⁹, le Conseil d'Etat décide en revanche qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucune règle générale de procédure ne prorogent le délai du pourvoi en cassation

⁵³⁶ Par exemple VINCENT et GUINCHARD, Procédure civile, op. cit. n°1508

⁵³⁷ Cass. Civ.2è, 22 mai 1968, Bull. civ. II, n° 143 ; Civ. 3è, 10 juin 1970, Bull. civ. III, n°390 ; Civ. 2è, 4 mai 1973, Bull. civ. II, n° 147

⁵³⁸ Sur ce point supra, p.274

⁵³⁹ C. E., 17 avril 1964, GUERTIN, D. 1964, 387 " aucune disposition législative ne s'oppose à ce qu'une décision avant dire droit fasse l'objet d'un recours en cassation ".

contre un arrêt avant dire droit jusqu'à l'expiration du délai de pourvoi en cassation contre l'arrêt définitif⁵⁴⁰.

372. Il apparaît ainsi que, même en matière administrative, quelle que soit la nature de la décision avant dire droit ou mixte, la partie qui souhaite se pourvoir en cassation contre une telle décision doit le faire dans les deux mois de droit commun, sous peine de forclusion.

L'unité des jurisprudences civile et administrative est sur ce point remarquable. Il peut certes paraître regrettable que la position du Conseil d'Etat aboutisse finalement à adopter deux solutions opposées selon que le recours exercé est un appel ou un pourvoi en cassation, opposition qui ne semble guère justifiée par la nature des recours. C'est qu'en réalité, le décret de 1984 ayant introduit en matière administrative la prorogation exceptionnelle de délai a un domaine d'application explicitement limité à l'appel. Ce régime spécial ne concerne donc pas le pourvoi et c'est donc à juste titre que le Conseil d'Etat refuse d'en étendre la règle. Une telle extension serait une violation manifeste de l'article R.232 alinéa 1 du code des tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel selon lequel le délai de

⁵⁴⁰ C.E., 9 novembre 1994, TAIEB, Rec. Tables, 1149 ; C.E., 17 janvier 1996, S.A. des établissements LAGORGE, CTACAA annoté et commenté de M. CHABANOL, p.350.

droit commun ne peut être écarté qu'en présence de disposition contraire.

373. Finalement, l'unité constatée pour le pourvoi en cassation ne doit pas occulter l'opposition des deux matières concernant le régime du délai d'appel. On pourrait se demander pourquoi ce qui est possible pour le pourvoi ne peut l'être pour l'appel ? Il n'est sans doute pas certain que l'explication se trouve dans la nature de ces voies de recours. On remarquera que c'est la position du juge administratif qui varie alors que celle du juge judiciaire reste la même aussi bien pour l'appel que pour le pourvoi. C'est qu'en réalité, en matière de voie de recours, les textes sont prépondérants et si ceux-ci sont muets sur un point précis, le juge n'a pas le pouvoir de prendre d'autres initiatives que d'appliquer le régime de droit commun; c'est bien ce que fait en l'occurrence le juge administratif. L'insuffisance du rapprochement ne s'illustre pas seulement à travers les délais d'exercice des recours, mais concerne aussi le régime des jugements ordonnant des mesures provisoires.

SECTION 2: LE REGIME DES JUGEMENTS ORDONNANT DES MESURES PROVISOIRES

374. Dans une procédure contentieuse, un jugement avant dire droit peut avoir pour objet une mesure provisoire. Cette idée

essentiellement fondée sur l'article 482 du nouveau code de procédure civile se retrouve également en matière administrative. Mais dans le chapitre du nouveau code de procédure civile consacrée aux « autres jugements » et à la suite des dispositions concernant les jugements avant dire droit, l'article 484 définit l'ordonnance de référé comme « une décision provisoire rendue ... dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires »⁵⁴¹.

En matière administrative également les ordonnances de référé revêtent la même nature et le même caractère c'est-à-dire des décisions juridictionnelles provisoires. De ce point de vue, procédure civile et procédure administrative présentent une similitude remarquable. Cependant, celle-ci se trouve rompue lorsqu'il s'agit d'envisager le régime de ces différentes décisions au regard de la recevabilité des recours. Bien plus, en matière civile les décisions ordonnant des mesures provisoires ne sont pas toutes soumises à la même règle. Il s'ensuit un régime dualiste dont tous les aspects ne sont pas forcément satisfaisants. Cependant, avant d'aborder les critiques auxquelles il s'expose (II), il faut d'abord montrer le contenu même de ce régime dualiste (I).

⁵⁴¹ L'ordonnance sur requête est aussi définie par l'article 493 comme « une décision provisoire rendue non contradictoirement... ». Mais compte tenue de son caractère particulier (absence du contradictoire), l'ordonnance sur requête nous intéresse moins ici.

I- UN REGIME DUALISTE.

375. Les différences existant entre le régime des décisions en matière de mesure provisoire laissent apparaître deux régimes.

En matière administrative, conformément au principe des recours immédiats⁵⁴², aucune distinction n'existe entre les mesures provisoires au regard de la recevabilité des recours contre les décisions qui les ordonnent. En matière civile en revanche, celles-ci n'ont pas le même régime, certaines étant susceptibles de recours immédiats, d'autres pas.

Une telle variation constitue pour le comparatiste un autre élément d'opposition malgré les rapprochements dont nous avons fait état entre les deux procédures. Toutefois, l'exposé de ce régime dualiste du provisoire ne concernera que la procédure civile où il apparaît nécessaire de faire la distinction entre les cas où les recours immédiats sont possibles (A) et ceux où ils sont exclus (B).

A- Mesures provisoires et admission des recours immédiats.

376. Les mesures provisoires sont toujours susceptibles d'être contestées immédiatement lorsqu'elles sont prises en référé ou lorsqu'elles le sont en matière de divorce et de séparation de corps. Ainsi, l'exposé consistera à préciser le régime des ordonnances de référé (1) et de celles du juge de la mise en état en matière de divorce et de séparation de corps (2).

⁵⁴² V. supra, n°90 et suiv.

1- Les ordonnances de référé.

377. Les ordonnances de référé sont doublement provisoires d'abord par leur nature ainsi que l'indique l'article 484 du nouveau code de procédure civile et ensuite par les mesures qu'elles ordonnent. Pourtant, elles sont susceptibles d'être immédiatement contestées soit en appel (a) soit devant la Cour de cassation (b).

a - L'admission de l'appel contre l'ordonnance de référé.

378. Décision juridictionnelle à part entière, l'ordonnance de référé est susceptible d'appel⁵⁴³. Si avant 1986 la question de la prise en considération du taux de ressort avait donné lieu à une controverse jurisprudentielle⁵⁴⁴, depuis le décret du 14 mars 1986⁵⁴⁵ le problème est clairement réglé par l'article 490 du nouveau code de procédure civile dans sa nouvelle rédaction.

⁵⁴³ V. L. CADIET, Droit judiciaire privé, op. cit., n°1294, J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, 25^e éd., Dalloz, 1999, n°799-1 et suiv.

⁵⁴⁴ Sur cette question en matière prud'homale, J. NORMAND, Droit Social, 1980, p.57 ; R. PERROT, R.T.D. civ. 1984, p.168 ; Y. STRICKLER, Le juge des référés, juge du provisoire, Thèse Strasbourg, 1993, p.682 et suiv.

⁵⁴⁵ Décret n°86-585

Le texte dispose que «l'ordonnance de référé peut être frappée d'appel à moins qu'elle n'émane du premier président de la Cour d'appel ou qu'elle n'ait été rendue en dernier ressort en raison du montant ou de l'objet de la demande». Cette disposition est, on ne peut plus claire, sur la prise en considération de la valeur du litige dans l'admission de l'appel. Mais surtout, il n'échappera à personne qu'elle n'impose aucune restriction particulière quant au moment de l'exercice de l'appel. Sauf à respecter les conditions de délai qui selon l'article 490 al.3 est de 15 jours⁵⁴⁶, l'appel doit être exercé dans les conditions de droit commun.

379. Cependant, le problème des recours immédiats s'est posé à propos des mesures d'instruction ordonnées en référé. Les articles 150 et 170 du nouveau code de procédure civile posant la règle de l'interdiction des recours immédiats, la question s'est posée de savoir si la mesure d'instruction ordonnée en référé doit être soumise à cette règle. Après quelques hésitations, la solution préconisée par la Cour de cassation consiste à distinguer selon que le premier président reste ou non saisi d'une demande distincte de la mesure d'instruction. Ce qui conduit à différencier le régime de l'ordonnance selon que la mesure d'instruction est ordonnée en cours d'instance ou par application de l'article 145 du nouveau code.⁵⁴⁷

⁵⁴⁶ Délai apprécié depuis en jurisprudence comme courant à partir de la signification de l'ordonnance, par ex. Rennes, 11 septembre 1974, D.1975, 55, note GIVERDON.

⁵⁴⁷ Sur cette distinction, infra, n°416 et suiv.

b - L'admission du pourvoi en cassation.

380. Contrairement à la voie d'appel explicitement admise par l'article 490, aucun des textes spécialement consacrés aux ordonnances de référé par la deuxième sous-section des dispositions spéciales du nouveau code relatives aux jugements ne vise le pourvoi en cassation. L'article 490 alinéa 1 laisse seulement entendre que les ordonnances de référé en dernier ressort ne peuvent faire l'objet d'appel alors que l'alinéa 2 du même texte ne prévoit explicitement que l'opposition dans le cas où une telle décision est rendue par défaut.

381. Ainsi, on peut hésiter à affirmer le principe même du pourvoi contre l'ordonnance de référé. Pourtant, il n'en est absolument rien en droit positif. Si anciennement, «le caractère provisoire des ordonnances de référé a fait parfois douter»⁵⁴⁸ de la recevabilité de cette voie de recours⁵⁴⁹, il ne fait plus aucun doute que comme toute décision rendue en dernier ressort, l'ordonnance de référé est susceptible du pourvoi en cassation. Comme cela a été justement souligné⁵⁵⁰ sur le fondement de l'article 604 du nouveau code de procédure civile, la fonction du pourvoi en cassation est de vérifier la conformité de la décision du juge à la règle de droit. Pour provisoire que soit l'ordonnance de référé, le premier président ne statue pas en méconnaissance de la règle de droit, d'où la nécessité de pouvoir faire sanctionner par

⁵⁴⁸ SOLUS et PERROT, op. cit., T.3, n° 1361

⁵⁴⁹ Sur cette controverse aujourd'hui périmée V. J. BORE, La cassation en matière civile, 1^{ère} éd., n°246 ; Y. STRICKLER, Le juge des référés, juge du provisoire, Thèse Strasbourg, 1993, p.723 et suiv.

⁵⁵⁰ Y. STRICKLER, ibidem

la voie du pourvoi les éventuelles violations de la loi, malgré la célérité qui fondent le recours à la justice du provisoire.

382. Toutefois, comme en matière d'appel, la question de la recevabilité du pourvoi immédiat s'est posée dans les mêmes termes d'une mesure d'instruction ou d'un sursis à statuer ordonné en référé. Ici aussi, la distinction opérée pour l'appel conserve toute sa valeur, c'est-à-dire que le pourvoi immédiat est exclu en application des articles 150, 380 et 608 du N.C.P.C.) si la mesure est ordonnée en cours d'instance pour permettre au premier président de résoudre la question pour laquelle il a été saisi. Dans ce cas, le pourvoi n'est recevable qu'avec la décision sur le fond c'est-à-dire celle qui sera rendue sur la demande en référé.

383. Par contre, le pourvoi est recevable immédiatement si le juge des référés a statué sur le fondement de l'article 145 c'est-à-dire que si l'unique objet de la demande en référé est d'obtenir une mesure d'instruction⁵⁵¹.

384. La question de la recevabilité du pourvoi immédiat s'est également posée pour l'ordonnance par laquelle le premier président statue sur une demande tendant à accorder ou à arrêter une exécution provisoire. Si la deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait dès 1986 consacré l'irrecevabilité du pourvoi immédiat, en estimant qu'«une telle décision qui statue sur un incident d'exécution provisoire sans mettre fin à l'instance ne peut être frappée de pourvoi indépendamment du jugement sur le fond»⁵⁵²,

⁵⁵¹ V. sur ce point infra, n°416 et suiv.

⁵⁵² Civ. 2è, 5 février 1986, Bull. Civ., II, n°7)

l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a depuis adopté la solution contraire en considérant que l'ordonnance du premier président «met fin à l'instance autonome introduite devant ce magistrat et peut être frappée d'un pourvoi en cassation indépendamment du jugement sur le fond »⁵⁵³.

385. Il apparaît finalement que l'ordonnance de référé malgré sa nature provisoire est susceptible de recours immédiats en ce sens que les mesures qu'elle ordonne le sont à titre principal. Ce qui le rapproche de l'ordonnance du juge de la mise en état en matière de divorce et de séparation de corps.

2- Les ordonnances du juge de la mise en état⁵⁵⁴ en matière de divorce et de séparation de corps.

386. Les mesures provisoires ne sont pas uniquement liées à la juridiction des référés. Dans une instance engagée devant une juridiction de droit commun par exemple le tribunal de grande instance, le juge de la mise en état dispose de pouvoirs lui permettant parfois d'ordonner de telles mesures.

⁵⁵³ Cass. Ass. Plén., 2 nov.1990, J.C.P.1991, II, 21631, Concl. de M. MONNET, note de P. ESTOUP ; V. plus généralement sur la notion d'instance supra, n°271 et suiv.

⁵⁵⁴ Sur la mise en état et son évolution V.G. CORNU et H. MOTULSKY, Les modifications apportées à la procédure de la mise en état par le décret du 7 décembre 1967, J.C.P.1968, I, 2150, Y. LOBIN, Quelques réflexions sur le décret du 13 octobre 1965 relatif à la mise en état des causes, D.1965, Chron., p.15; Nouvelles réflexions sur la mise en état des causes après le décret du 7 décembre 1967, D.1968, Chron. p.39; J. VIATTE, Magistrat chargé de suivre la procédure et magistrat de la mise en état, Gaz. Pal.1973, 1, Doct., p.153.

C'est en tout cas ce qui résulte explicitement de l'article 771.4 qui reconnaît la compétence du JME pour «ordonner toutes autres mesures provisoires, même conservatoires, ... ainsi que modifier ou compléter, en cas de survenance d'un fait nouveau, les mesures qui auraient déjà été ordonnées »⁵⁵⁵.

387. En principe, les ordonnances de ce magistrat ne peuvent être frappées d'appel ou de pourvoi en cassation qu'avec le jugement sur le fond conformément à l'article 776 al.2. Cependant, apportant quelques exceptions à la règle, l'alinéa 3 du même texte réserve notamment les cas où le JME ordonne des mesures provisoires en matière de divorce ou de séparation de corps⁵⁵⁶.

La disposition est considérée comme étant d'interprétation stricte. Par conséquent, elle doit être écartée lorsque les mesures n'ont pas été ordonnées en matière de divorce et de séparation de corps. C'est ainsi que le 6 février 1986, la Cour d'appel de Paris refusa d'étendre l'application de l'article 776 al.2-2° aux mesures provisoires relatives à la garde et au droit de visite en matière de filiation naturelle⁵⁵⁷. On peut se demander pourquoi ce qui possible pour le divorce où la séparation de corps ne l'est pas pour la filiation ! Mais, aussi contestable que puisse paraître une telle décision, on ne saurait faire grief à la Cour

⁵⁵⁵ Selon l'art.771.2 et 3, le JME peut allouer une provision ad litem ou en accorder au créancier si l'obligation n'est pas sérieusement contestable.

⁵⁵⁶ Sur les mesures provisoires en matière de divorce, J. RUBELLIN-DEVICHI, J.-Cl. Civ.1998, fasc.40 ; Droit de la famille, Dalloz Action, 1999, n°399 et suiv.

⁵⁵⁷ Paris, 6 novembre 1986, Gaz.Pal.87, 1, 39, note P.BERTIN

d'avoir respecté à la lettre les dispositions du texte susvisé qui ne prévoit que le cas des mesures provisoires en matière de divorce et de séparation de corps. Statuer autrement aurait sans doute conduit à ajouter au texte une situation qu'il ne prévoit pas⁵⁵⁸.

388. En revanche, ne peut être justifiée par là la position qui consiste à refuser d'admettre l'appel immédiat en matière de provision ad litem en considérant que celles-ci ne sont pas visées par l'article 776 al.3⁵⁵⁹, alors qu'il est admis que les ordonnances par lesquelles le JME refuse d'accorder de telles provisions peuvent faire l'objet d'un appel immédiat⁵⁶⁰. La solution paraît d'autant plus critiquable que dans la section du code civil régissant les mesures provisoires en matière de divorce et de séparation de corps, l'article 255 cite explicitement «la provision pour frais d'instance que l'un des époux devra verser à son conjoint ».

Il est vrai qu'il ne s'agit pas là d'une disposition de procédure ; mais comment l'ignorer lorsque l'on envisage la recevabilité des recours en la matière ? Apparaît ainsi un manque de logique et de coordination auquel il serait souhaitable de remédier.

Sous cette réserve, toutes les mesures provisoires du juge de la mise en état en matière de divorce et de séparation de corps peuvent être immédiatement contestées; ce qui est loin

⁵⁵⁸ P. BERTIN, note sur cet arrêt à la Gaz.Pal.1987,1, p.40

⁵⁵⁹ Par ex. Paris 25 juin 1974, Gaz.Pal.1974, 2, 850 ; RTD civ.1975, 149, obs. R. PERROT ; 11 juillet 1975, D.1975, Somm., 78 ; RTD civ.1975, 149, obs. PERROT ; Douai, 4 octobre 1979, D.1981, IR, 381, obs. GROSLIERES.

⁵⁶⁰ Paris 22 octobre 1974, JCP1975, II, 18180, note ASSOULINE ; RTD civ.1976, ...obs. PERROT ; 17 avril 1975, Gaz.Pal.1975, 487, note VIATTE ; 25 juin 1976, JCP1976, II, 18492, note HANINE.

d'être le cas des autres mesures ordonnées par ce magistrat ou par d'autres.

B- Mesures provisoires et exclusion des recours immédiats.

389. Le principe de l'interdiction des recours immédiats s'applique à toutes les mesures provisoires ordonnées au cours d'une instance conformément aux articles 482, 545 et 608 du nouveau code⁵⁶¹. La mise en œuvre de ce principe intéresse notamment les autres mesures provisoires du juge de la mise en état et celles ordonnées en matière prud'homale.

1 - Les autres mesures provisoires du juge de la mise en état.

390. Il s'agit des mesures provisoires autres que celles ordonnées en matière de divorce et de séparation de corps. Conformément à l'article 776 du nouveau code de procédure civile, ces décisions ne peuvent faire l'objet d'aucune contestation avant la décision sur le fond.

Il en est ainsi des ordonnances par lesquelles le juge de la mise en état octroie une provision à l'une des parties lorsque l'obligation ne lui paraît pas sérieusement contestable. Il s'agit assurément là d'une décision provisoire qui permet d'anticiper sur la solution définitive.

Pourtant, une telle décision ne pourra faire l'objet d'un appel indépendamment du jugement sur le fond que si le

⁵⁶¹ Supra, n° 82

montant de la demande excède le taux de compétence en dernier ressort.⁵⁶²

Dans tous les cas, le pourvoi ne sera pas recevable avant la décision sur le fond⁵⁶³. La même rigueur s'observe à l'égard des mesures provisoires ordonnées par le bureau de conciliation en matière prud'homale.

2- Les ordonnances du bureau de conciliation.

391. Selon l'article R.516-19, les décisions rendues par le bureau de conciliation, en application de l'article 516-18 ne sont susceptibles d'appel ou de pourvoi en cassation qu'avec le jugement sur le fond⁵⁶⁴. Or, parmi les pouvoirs que ce dernier texte attribue au bureau de conciliation, il y a celui d'ordonner une mesure provisoire ou même d'allouer des provisions au créancier lorsque l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Il en résulte donc que les ordonnances du bureau de conciliation en matière de mesure provisoire ne peuvent être contestées qu'avec le jugement sur le fond.

Contrairement à ce qui vient d'être dit concernant les décisions du juge de la mise en état, ni l'appel ni le pourvoi en cassation ne peuvent s'exercer avant le jugement sur le fond.

⁵⁶² Art.776-3

⁵⁶³ Par ex. civ. 3è., 7 février 1985, D.1985, IR,263; Civ. 2è, 17 janvier 1990, Bull. civ., II, n°11; Civ. 1è, 7 octobre 1992, Bull. civ., I, n°267.

⁵⁶⁴ Supra, n°82

Ces différences de régime, même lorsque le juge ordonne la mesure provisoire en tant que juge de l'évidence nous paraissent critiquables à certains égards.

II - UNE DUALITE CRITIQUABLE.

392. Les variations sur le régime du provisoire sont imposées par les textes. Au delà de la justification qui pourrait venir de la nature du contentieux lorsqu'il s'agit de confronter procédure civile et contentieux administratif, les différences de régime résultant du nouveau code de procédure civile s'expliquent soit par la nature de la décision qui a ordonné la mesure, soit par l'effet de celle-ci.

393. Le premier des deux éléments fonde la recevabilité des recours immédiats contre les ordonnances de référé. En effet, si le juge des référés ne peut en principe ordonner que des mesures provisoires, ses décisions disposent d'une autonomie procédurale par rapport au juge du principal. Il s'agit d'une juridiction à part entière dont l'article 485 du nouveau code indique qu'elle est saisie par «voie d'assignation» et non par simple demande. Même si elle ne statue pas sur le fond, la juridiction des référés est distincte de celle du juge du principal. De ce point de vue, il apparaît normal que mêmes provisoires, les ordonnances de référé soient soustraites des limitations prévues aux articles 545 et 608 du nouveau code.

394. Le deuxième élément tenant à l'effet de la mesure tend plutôt à justifier la recevabilité des recours immédiats concernant les mesures provisoires en matière de divorce ou de séparation de corps. Contrairement au juge des référés, le

JME ne bénéficie d'aucune autonomie procédurale. Il fait partie de la même juridiction que le juge du principal. Mais, il est sans discussion possible que lorsqu'il ordonne une mesure provisoire comme la garde ou encore la pension alimentaire, celle-ci ne vaut que jusqu'à la décision sur le fond. A partir de cette dernière, la mesure prend fin de sorte que tout recours différé serait privé d'objet et équivaldrait ainsi à la suppression pure et simple des recours en la matière⁵⁶⁵.

395. La justesse de ces éléments ne fait aucun doute. Il est toutefois permis de se demander si les distinctions opérées en matière civile ne sont pas trop complexes. N'y a-t-il pas lieu de simplifier le régime de ces décisions comme c'est le cas en matière administrative ? La perspective d'un droit judiciaire européen semble l'indiquer. Mais avant d'en faire état (B), il faut souligner que la notion même de mesure provisoire paraît devoir indiquer un dépassement de ces subtilités (A).

A - La notion de mesure provisoire.

396. En matière civile, il ne fait aucun doute que la mesure provisoire doit être distinguée de la décision qui l'ordonne. Même si la mesure provisoire est au même titre que toute décision juridictionnelle l'émanation du juge, cette similitude procédurale ne suffit pas à l'identifier à la décision juridictionnelle par laquelle le juge décide d'une

⁵⁶⁵ SOLUS et PERROT, op. cit. T.3, n°395.

telle mesure; elle n'en est tout au plus que l'objet⁵⁶⁶. Mais, bien de difficultés apparaissent quand il s'agit de définir de façon générale ce que recouvre la notion même de mesure provisoire⁵⁶⁷. C'est qu'en réalité, les mesures provisoires que le juge peut ordonner dans le cadre de sa fonction juridictionnelle sont d'une extrême variété faisant obstacle à toute tentative de définition générale (1). Mais au-delà de cette diversité, il apparaît que les mesures provisoires peuvent être cernées par leur fonction (2).

1- Un obstacle sérieux: la diversité des mesures provisoires.

397. La justice du provisoire connaît ces dernières années un développement inattendu⁵⁶⁸ car, non seulement " en cours d'instance, il est souvent nécessaire de prendre des mesures provisoires " ⁵⁶⁹, mais dans certaines circonstances, le juge peut être saisi aux seules fins de prendre des mesures provisoires⁵⁷⁰. C'est donc à juste titre qu'on a pu, dans un

⁵⁶⁶ V. J. HERON, Droit judiciaire privé, op. cit., n °326 et suiv. ; G. WIEDERKEHR, L'accélération des procédures et les mesures provisoires, R.I.D.C. 1998, n°2, p. 450 ;

⁵⁶⁷ Sur ces difficultés V. G. WIEDERKEHR, ibidem

⁵⁶⁸ Sur le développement du recours au provisoire en droit privé, v. L. LORVELLEC, Remarques sur le provisoire en droit privé, Etudes dédiées à A. WEILL, Litec 1983, p.385 et suiv.

⁵⁶⁹ SOLUS et PERROT, Droit judiciaire privé, T3, n° 376

⁵⁷⁰ Cas des ordonnances de référés et sur requête. Sur ces procédures de façon générale, V. Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz Action, 1998 ; P. ESTOUP, Les procédures rapides, Litec, 1990 ; R. PERROT, L'évolution des référés, Mélanges HEBRAUD, 1981, p.645

style imagé, dire des procédures provisoires qu'elles sont pour la justice ce qu'est le SAMU pour l'hôpital⁵⁷¹: en attendant un traitement définitif, parer au plus urgent⁵⁷².

398. Mais, qu'elles soient ordonnées par le juge des référés ou par le juge du principal, la mesure provisoire n'est définie nulle part dans le nouveau code de procédure civile. Pas plus que les articles 482 et suivants, les articles 808 et suivants du nouveau code de procédure civile ne fournissent aucune définition de la notion de mesure provisoire; on y apprend seulement que le juge peut ordonner de telles mesures⁵⁷³. Si en matière de divorce l'article 524 semble définir les mesures provisoires comme des " mesures nécessaires pour assurer l'existence des époux et des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement prend force de chose jugée ", cette définition est bien trop étroite pour espérer l'appliquer aux mesures provisoires dans leur globalité.

399. A vrai dire les mesures provisoires que le juge peut être amené à prendre dans le cadre de sa fonction juridictionnelle sont d'une extrême diversité. De l'attribution de la garde des enfants en matière de divorce en passant par l'octroi de provisions, la mise sous séquestre d'un bien, la nomination d'administrateurs provisoires,

⁵⁷¹ R. PERROT, *ibidem*

⁵⁷² Même si dans bien des cas, l'urgence ne sera pas requise, par exemple pour accorder une provision : Civ. 1^{ère}, 4 novembre 1976, Bull. civ. I, n°330, Civ. 2^e, 18 janvier 1977, Bull. Civ. II, n°20 ; ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite : Civ. 3^e, 26 octobre 1982, Bull. civ. III, n°207 ; R.T.D. civ.1983, 381, obs. J. NORMAND.

⁵⁷³ Sur ce mutisme, V. G. WIEDERKEHR qui parle d'absence manifeste de toute théorie générale de la mesure provisoire : L'accélération des procédures et les mesures provisoires, *préc.* p.450

diverses interdictions, suspensions et autorisations..., la liste serait trop longue et composée a priori d'éléments sans attaches particulières les uns avec les autres.

400. Même dans une matière comme la procédure du divorce, les textes paraissent suffisamment édifiants. Selon l'article 255 du code civil, les mesures provisoires peuvent avoir pour objet soit d'autoriser la résidence séparée des époux, soit d'attribuer à l'un des époux ou partager entre eux la jouissance du logement et du mobilier du ménage, soit d'ordonner la remise d'objets personnels, soit encore de fixer la pension alimentaire et des provisions pour frais d'instance ou même d'accorder à l'un des conjoints des provisions sur sa part de communauté⁵⁷⁴. La généralité du texte ne laisse point de doute sur la diversité desdites mesures. Ramenées à l'échelle générale du droit processuel, on comprend que les mesures provisoires soient ainsi considérées comme la " fillette indisciplinée " du droit judiciaire et qui serait un défi pour les constructions harmonieuses et bien ordonnées⁵⁷⁵.

Mais pour réelle qu'elle soit, la difficulté ne doit pas être surévaluée. A travers les efforts réalisés en doctrine et en jurisprudence, il apparaît qu'on retient de la mesure provisoire une définition essentiellement fonctionnelle.

⁵⁷⁴ Sur les mesures provisoires en matière de divorce cf. Jacqueline RUBELIN-DEVICHI, J - cl. Civ, fasc.150 ; S. DIGART, Quand et comment obtenir une avance sur communauté, J.C.P.N.1993, P.459 ; J.-C. KROSS, Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales, in, Du juge aux affaires matrimoniales au juge aux affaires familiales, La réforme du 8 janvier 1993, Journées HUET-WEILLER, P.U.S., p.71 et suiv.

⁵⁷⁵ R. PERROT, Les mesures provisoires en droit français, in, Les mesures provisoires en procédure civile, Colloque Milan, 1994, p.150.

2- Un obstacle surmontable: l'unité fonctionnelle des mesures provisoires.

401. La mesure provisoire est une notion essentiellement fonctionnelle, car elle ne peut être saisie globalement qu'à travers sa fonction. Mais, quelle est donc la fonction de la mesure provisoire et dans quel but la loi permet-elle au juge dont la mission est de trancher les litiges d'ordonner de telles mesures ? Le provisoire, écrit un auteur, " est une solution d'attente, et entretient la patience ; il manifeste aussi un refus d'attendre passivement la mise en place du définitif " ⁵⁷⁶. On pourrait donc y voir une attente organisée, une attente active vers la réalisation du définitif. Le juge a recours à la mesure provisoire parce qu'il estime, en attendant une solution définitive, qu'une situation juridique mérite d'être créée ou protégée temporairement.

402. La situation objet de la mesure provisoire est ainsi frappée d'une double précarité. Précaire d'abord parce que la mesure ainsi ordonnée est temporaire, susceptible d'être modifiée et ne lie aucunement le juge du principal qui tranchera le fond du litige. Précaire ensuite parce que la mesure prise l'est en attente d'une solution définitive. C'est sans doute pour tenir compte de cette double précarité qu'un auteur propose de retenir qu' "une mesure n'est pas provisoire du seul fait qu'elle est temporaire ou révisable :

⁵⁷⁶ L. LORVELLEC, Remarques sur le provisoire en droit privé, art. préc., p.386

il faut qu'elle soit prise en attente du règlement définitif d'une difficulté "⁵⁷⁷.

Il apparaît ainsi que la mesure provisoire est une notion essentiellement fonctionnelle dont la caractéristique principale est de dépendre de l'avenir. C'est vrai en droit interne⁵⁷⁸, c'est vrai aussi en droit international où les germes d'une telle définition fonctionnelle se retrouvent dans un arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Pour rejeter la nature provisoire de l'action paulienne de l'article 1167 du code civil français, la C.J.C.E. a défini les mesures provisoires ou conservatoires comme des mesures qui " sont destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond "⁵⁷⁹

403. A ce stade, il y a lieu de faire le lien avec la décision provisoire pour remarquer que la fonction du provisoire ne change pas au gré des décisions qui ordonnent la mesure. Qu'elle ait été ordonnée en référé ou en cours d'instance par le juge du principal, qu'elle l'ait été en matière familiale, immobilière, commerciale ou en toute autre matière, la fonction de la mesure provisoire reste invariable : créer ou assurer la protection d'une situation

⁵⁷⁷ G. WIEDERKEHR, *L'accélération des procédures...*, préc.

⁵⁷⁸ V. L. LORVELLEC, *idem* ; G. WIEDERKEHR, *ibidem*

⁵⁷⁹ C.J.C.E., 26 mars 1992, aff. REICHERT II, R.C.D.I.P.1992, 714, note B. ANCEL ; J.D.I.1993, 461, obs. HUET ; V. également P. de VAREILLES-SOMMIERES qui partant de cet arrêt, définit la mesure provisoire comme *une mesure destinée à la mise en place d'un statut protecteur temporaire*, in, *La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires*, R.C.D.I.P.1996, 405

juridique en attente d'une solution définitive. De ce point de vue, on peut légitimement dire que la mesure provisoire et la décision qui l'ordonne se confondent, celle-ci épousant la fonction de celle-là. Ainsi, selon le vocabulaire juridique la décision provisoire est une décision de justice susceptible, en raison de son objet ou de sa nature, d'être révisée sur la preuve d'un fait nouveau qui modifie les données génératrices du droit...; ou qui est prise à titre temporaire, en attendant une décision définitive⁵⁸⁰.

404. C'est l'illustration d'une forte influence de la mesure provisoire sur une décision juridictionnelle dont elle n'est que l'objet. C'est ce qui semble justifier que contrairement aux jugements sur le fond, les jugements provisoires soient frappés de la même précarité sans distinguer suivant qu'ils sont des jugements provisoires par nature ou non. Ainsi, pas plus que le jugement qui avant dire droit ordonne une mesure provisoire, l'ordonnance de référé n'a autorité de chose jugée et ne lie le juge du principal. Les mesures ordonnées sont révisables en cas de faits nouveaux et surtout destinés à faire place à une solution définitive. C'est que, comme le juge qui ordonne avant dire droit une mesure provisoire, le juge des référés ne dit pas le droit⁵⁸¹; ceci est du ressort exclusif du juge du principal.

405. Cette unité est pourtant rompue lorsqu'il s'agit d'envisager le régime de recevabilité de l'appel et du pourvoi en cassation contre les jugements provisoires. La distinction réapparaît alors entre les jugements provisoires par nature (ordonnances de référé et sur requête) et les

⁵⁸⁰ G. CORNU, Le vocabulaire juridique, 6^e éd., P.U.F., 1996

⁵⁸¹ Sur ce point, J. NORMAND, R.T.D. civ.1982, 192

jugements provisoires par les mesures qu'ils ordonnent. Seules les premières peuvent faire l'objet d'appel ou de pourvoi immédiats alors que les autres ne peuvent l'être qu'avec le jugement sur le fond⁵⁸².

La distinction trouve certes, son fondement dans l'autonomie procédurale du référé. Mais elle ne conduit pas toujours à des résultats satisfaisants, le jugement ordonnant une même mesure, par exemple l'octroi de provisions, sera ou non susceptible de recours immédiats selon qu'il émane du juge des référés ou du juge de la mise en état et du bureau de conciliation en matière prud'homale.

406. Pour savoir finalement si une décision qui a ordonné une mesure provisoire est susceptible ou non de recours immédiat, la première question qui vient à l'esprit est forcément organique : de quel organe juridictionnel émane-t-elle ? Si elle émane du juge de la mise en état, il faut encore savoir si elle a trait aux mesures provisoires en matière de divorce, s'il s'agit de l'octroi d'une provision ou encore si elle met fin à l'instance ou constate son extinction. Si elle émane en revanche du bureau de conciliation dans le cadre du contentieux prud'homal, elle ne pourra en aucune manière être contestée avant le jugement sur le fond⁵⁸³.

407. Par rapport à la procédure administrative où tous les jugements sont susceptibles d'être immédiatement contestés, ces distinctions subtiles apparaissent comme des complications dont l'efficacité est loin d'être avérée. A l'heure où les réflexions sont portées sur la recherche d'une

⁵⁸² Supra, n°81

⁵⁸³ Sauf bien sûr en cas d'excès de pouvoir ou de violation d'un principe fondamental de procédure.

justice plus efficace, un rapprochement sur ce point de la procédure civile et de la procédure administrative ne peut être qu'une simplification souhaitable. C'est semble-t-il dans cette voie que des réflexions sont engagées sur le plan européen.

B - La perspective d'un droit judiciaire européen.

408. Le droit européen⁵⁸⁴ est aujourd'hui une véritable source de droit⁵⁸⁵. Comme les autres branches du droit, le droit judiciaire n'est pas épargné⁵⁸⁶. Mais comparé aux autres branches du droit, le droit judiciaire considéré comme " la branche du droit la plus nationale, voire nationaliste et la plus politique " ⁵⁸⁷ reste un peu moins influencé. Cela est d'autant plus remarquable que pour ce qui nous concerne, c'est-à-dire l'appel et le pourvoi en cassation, leur organisation reste de la souveraineté de chaque Etat. La

⁵⁸⁴ L'expression droit européen désigne évidemment le droit communautaire et le droit de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme.

⁵⁸⁵ V. par exemple J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, La justice et ses institutions, op. cit., n° 53 et suiv.

⁵⁸⁶ V. par ex. pour le droit communautaire, F. GREVISSE et J.-C. BONICHOT, Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres, Mél. BOULOUIS, p.297, Dalloz, 1991 ; G. MONTAGNIER, Droit communautaire et procédure civile, Rép. Dalloz Proc. Civ.

⁵⁸⁷ M. STORME, Le droit judiciaire : e diversitate unitas?, in, Justice et Europe, facteurs de diversité, Justices, n° 7, 1997, également, J. NORMAND, Le rapprochement des procédures civiles dans l'Union Européenne, in, Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, La Documentation française, 1998, P.265 et suiv.

Convention européenne des Droits de l'Homme n'ayant prévu aucun droit d'appel ou de pourvoi en cassation, la notion de procès équitable ne peut s'apprécier que par rapport aux conditions d'ouverture de ces recours telles que définies par les législations nationales⁵⁸⁸.

409. Cette situation explique largement que le régime de recevabilité des recours contre les jugements ordonnant une mesure provisoire soit différente d'une législation à l'autre⁵⁸⁹. Si on reconnaît en doctrine que le rapprochement des procédures n'est souhaitable que pour les disparités qui font obstacle au fonctionnement du marché intérieur⁵⁹⁰, il apparaît que pour des raisons liées à la recherche d'une égale efficacité des techniques procédurales, le droit des mesures provisoires fait partie des règles dont l'harmonisation est souhaitée⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ V. par ex. pour l'appel, C.E.D.H., 1993, A.J.D.A. 1994, 25 ; 2 mars 1994, A.J.D.A. 1995, 138, obs. FLAUSS. Pour le pourvoi, C.E.D.H., 16 juillet 1991

⁵⁸⁹ V. J. NORMAND, Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense, in, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mél. R. PERROT, Litec 1997, 337 et suiv.

⁵⁹⁰ V. par exemple L. CARTOU, L'Union européenne, éd. Dalloz, 1994, 183 et suiv.

⁵⁹¹ J. NORMAND, idem, spéc. n ° 8 et 18.

410. Si l'un au moins des projets actuels d'harmonisation⁵⁹² devait aboutir, on pourrait légitimement s'attendre dans cette perspective, à une modification du nouveau code de procédure civile sur la recevabilité des recours contre les jugements ordonnant une mesure provisoire. Ceux-ci seraient toujours susceptibles de recours immédiats⁵⁹³. Il y aurait là une incidence heureuse rapprochant sur ce point en droit interne procédure civile et procédure administrative. Tel n'est pas encore le cas.

Il faut reconnaître qu'un grand pas serait déjà franchi par une définition conceptuelle du jugement avant dire droit, dont découlerait un régime moins complexe. Il faut pour cela prendre appui sur le droit positif afin de préciser les éléments d'une telle définition.

⁵⁹² Rapport STORME : Le rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne, éd. Kluwer, 1993, cité par J. NORMAND.

⁵⁹³ J. NORMAND, Le rapprochement des procédures civiles dans l'Union européenne, in, Actes de colloque, préc.

CHAPITRE 2

ELEMENTS POUR UNE DEFINITION CONCEPTUELLE DU JUGEMENT AVANT DIRE DROIT.

411. L'absence de définition générale applicable devant toutes les juridictions a été déjà constatée. Pourtant, la notion de jugement avant dire droit est une notion de droit processuel qui ne devrait pas varier suivant la juridiction devant laquelle se retrouve le justiciable. Une définition générale et transcendante contribuerait énormément à la clarification de la matière en offrant toutes ses chances à la construction d'une théorie générale de cette catégorie de jugement.

412. En fait, les éléments d'une telle définition ne font pas défaut. De ce point de vue, les insuffisances du nouveau code de procédure civile en la matière ne doivent en aucun cas occulter ces éléments sur lesquels s'appuient la doctrine et la jurisprudence en matière civile comme en matière administrative. Aussi reconnaît-on sans difficulté majeure dans les deux procédures que le jugement avant dire droit qui ne touche pas à la question litigieuse est dépourvue d'autorité de la chose jugée et ne dessaisit pas le juge. Partant de là, si on doit reconnaître que la notion de jugement avant dire droit peut dépasser le cadre strict des jugements ordonnant des mesures provisoires ou

d'instruction⁵⁹⁴, il faut admettre que tout jugement avant dire droit est rendu au cours d'une instance et ne doit trancher aucune partie de la question litigieuse. Ce sont ces deux éléments qui caractérisent le jugement avant dire droit au sens strict de l'expression. Il en résulte que le jugement avant dire droit doit être compris comme celui qui, rendu au cours d'une instance principale, ne tranche aucune partie de la contestation soumise au juge.

Ainsi, les deux éléments cumulatifs de cette définition, l'un positif, (insistant sur l'insertion du jugement dans une instance principale) et l'autre négatif (insistant sur le fait que le jugement ne doit trancher aucun des points litigieux soumis au juge) feront l'objet de ce chapitre en ce sens qu'ils permettent de distinguer le jugement étudié des jugements voisins.

⁵⁹⁴ Par ex. on y inclut justement les décisions sur les demandes de sursis à statuer en matière administrative V. supra, n°174

**SECTION 1- L'INSERTION DU JUGEMENT AVANT DIRE DROIT DANS UNE
INSTANCE PRINCIPALE.**

413. Le jugement avant dire droit, aussi bien en procédure civile qu'en procédure administrative, doit avoir été rendu au cours d'une instance⁵⁹⁵. C'est ce critère qui permet dans bien de cas de distinguer le jugement avant dire droit d'autres jugements. Ainsi, en matière administrative, les jugements statuant sur les demandes de sursis à statuer ou même de sursis à exécution sont rangés dans la catégories des jugements avant dire droit. En revanche, doit en être exclu les décisions statuant sur les demandes de constat d'urgence en ce qu'elles donnent lieu à une instance principale et non incidente.

414. Si en matière civile comme en matière administrative le jugement avant dire droit ordonne le plus souvent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, tout jugement ordonnant de telles mesures n'est pas nécessairement un jugement avant dire droit. La diversité des situations dans lesquelles le juge peut recourir à des mesures d'instruction ou provisoires peut dans certaines circonstances rendre délicate toute distinction. C'est sans doute le cas lorsque avant tout procès, le juge ordonne une mesure d'instruction ou qu'il ordonne en référé une mesure provisoire. Pourtant,

⁵⁹⁵ Par ex. R. CHAPUS, *Droit du contentieux*, op. cit., n°1043, p.764 ; G. COUCHEZ, *Procédure civile* (avec la collaboration de MM. LANGLADE et LEBEAU), op. cit., n° 1169

le jugement avant dire droit ne doit pas être confondu ni avec la décision qui ordonne une mesure d'instruction préventive (I) ni avec celle qui ordonne en référé une mesure provisoire (II).

I - JUGEMENT AVANT DIRE DROIT ET JUGEMENT ORDONNANT UNE MESURE D'INSTRUCTION AVANT TOUT PROCES.

415. Parce qu'il est une décision juridictionnelle rendue au cours d'une instance principale, le jugement avant dire droit se distingue du jugement qui ordonne une mesure d'instruction préventive, c'est-à-dire une mesure d'instruction indépendamment de tout procès de l'article 145 du nouveau code de procédure civile⁵⁹⁶. Une telle mesure d'instruction se distingue de celle ordonnée avant dire droit en ce qu'on peut y recourir pour s'aménager des preuves pour un procès futur à condition de disposer d'un intérêt légitime. En plus, contrairement au jugement avant dire droit, la Cour de cassation considère que la décision ordonnant la mesure d'instruction préventive peut faire l'objet d'un recours immédiat. Ainsi, la distinction entre les deux types de décisions se révèle aussi bien au niveau des conditions que requiert le recours à l'article 145 (A) qu'au niveau du régime de la décision du juge (B).

⁵⁹⁶ Sur le référé préventif en général, M. JEANTIN, Les mesures d'instruction in futurum, D.1980, Chron., p.205 ; M. BOURGEOIS, Dix années d'application de l'article 145 du nouveau code de procédure civile relative aux mesures d'instruction in futurum, LPA, 4 juillet 1984, n°80 ; J.C. PEYRE, Le référé probatoire e l'article 145 du nouveau code de procédure civile, J.C.P.1984, I, 3158 ; SOLUS et PERROT, op. cit., T.3, n° 784 et suiv.

A- La distinction tenant aux conditions du recours à l'article 145.

416. Les mesures d'instruction préventives qu'autorise l'article 145 sont exclusives de toute instance au fond. On parle d'autonomie de l'article 145 par rapport à l'instance au fond (1). Mais, cette autonomie ne signifie nullement que le recours à ce texte ne connaît pas de limite car, le demandeur doit justifier d'un intérêt légitime (2).

1- Le recours à l'article 145 n'est pas lié à une instance au fond.

417. Aux termes de l'article 145 du nouveau code de procédure civile, " s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé".

419. Contrairement à l'article 482 du nouveau code de procédure civile, l'article 145 n'exige pas une saisine du juge du fond. Alors que le jugement avant dire droit qui ordonne une mesure d'instruction donne lieu à une instance incidente qui permet de préparer l'instance principale, l'article 145 donne la faculté de saisir le juge à seule fin d'obtenir une mesure d'instruction pour un litige éventuel qui n'est pas encore porté devant le juge.

420. La jurisprudence issue de l'application de l'article 145 permet même d'aller plus loin en affirmant que ce texte est incompatible avec une instance sur le fond. Ainsi la Cour de cassation considère que lorsque le juge du fond est saisi, le juge des référés ne peut ordonner une mesure d'instruction en application de l'article 145⁵⁹⁷.

Du reste, une telle application restrictive résulte de la lettre même du texte qui ne vise de telles mesures qu'« avant tout procès », donc nécessairement avant qu'une instance ait été engagée sur le fond.

421. L'appréciation du moment se faisant au jour où statue le juge des référés, l'article 145 ne saurait s'appliquer si saisi, le juge des référés n'a pas encore statué avant la saisine du juge du fond⁵⁹⁸. Si une décision de la chambre commerciale a, dans des circonstances bien particulières, admis une interprétation libérale du texte en laissant penser que le juge des référés pourrait recourir à l'article 145 dès lors qu'à la date de sa saisine le juge du principal n'était pas encore saisi⁵⁹⁹, elle est restée isolée

⁵⁹⁷ Cass. com., 15 nov. 1983, J.C.P.1984, IV, p.29 ; Bull. Civ. IV, n°307 ; Gaz. Pal.1984, 1, somm., p.79, obs. S. GUINCHARD ; RTD. Civ.1984, p.561, obs. R. PERROT ; Cass. civ.3è, 9 déc.1986, J.C.P.1987, IV, p.62 ; Cass. civ.2è, 2 avril 1990, Bull. civ., II, n°69 ; Gaz. Pal.1990, pan. P.159 ; 24 oct.1990, Bull. civ., II, n°216 ; J.C.P.1990, IV, p.413 ; 21 oct.1992, Bull. civ., II, n°246 ; J.C.P.1992, IV, n°3092

⁵⁹⁸ R. PERROT «...si le juge du fond est déjà saisi, lui seul est à même d'apprécier l'utilité de la mesure demandée, c'est-à-dire son influence sur le déroulement et l'issue de la procédure en cours », obs. sur com.15 nov.1983, préc.

⁵⁹⁹ Cass. com., 11 mai 1993, J.C.P.1994, II, 22275, note L. LEVY

2- Le recours à l'article 145 nécessite un intérêt légitime.

422. .Contrairement à l'article 482, l'article 145 suppose, en plus des exigences générales d'utilité et de légalité, que le demandeur ait un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès, la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution de cet éventuel litige⁶⁰⁰. C'est là un deuxième élément qui permet de distinguer la mesure d'instruction préventive de celle ordonnée avant dire droit. Cette exigence considérée comme la plus importante que pose le texte, en constitue aussi la limite⁶⁰¹. Elle est imposée par la lettre de l'article 145 qui ne rend la mesure d'instruction préventive que «s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige ».

423. Une telle exigence limitative devrait, pour remplir sa fonction, avoir un contenu précis. Mais, s'agissant d'une notion dont l'appréciation est laissée au pouvoir souverain du juge, elle dépend de la particularité de chaque espèce. En matière de construction immobilière où les mesures d'instruction préventives se révèlent d'un intérêt pratique important, l'attention a été attirée sur le fait que le motif légitime devrait s'entendre du risque de survenance d'un

⁶⁰⁰ J. NORMAND, R.T.D.Civ.1983, p.187 et 1990, p.134 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, op. cit., 657.

⁶⁰¹ J. NORMAND, R.T.D. civ.1990, préc. ; H. SOLUS et R. PERROT, op. cit., T.3, n°788.

dommage et non du dommage lui-même⁶⁰². Si, on concède en doctrine que la notion de motif légitime est difficile à définir⁶⁰³, il faut admettre qu'en plus des conditions générales d'intérêt et d'utilité, elle évoque l'existence d'un «risque processuel sérieux»⁶⁰⁴ dont la solution pourrait dépendre de la mesure sollicitée. Ainsi, la Cour de cassation considère qu'un tel motif n'existe pas lorsque la prétention pour laquelle est sollicitée préventivement la mesure d'instruction est manifestement vouée à l'échec⁶⁰⁵ ou encore si elle porte atteinte aux droits ou aux intérêts légitimes d'autrui⁶⁰⁶.

⁶⁰² M. PEISSE, Le référé préventif en matière de construction immobilière, Gaz. Pal.1987, 2, doct., 658

⁶⁰³ G. COUCHEZ (avec la collaboration de MM. LANGLADE et LEBEAU), op. cit., n°857

⁶⁰⁴ G. CORNU, J. FOYER, Procédure civile, op. cit., n°82, p.359, v. sur l'ensemble des applications jurisprudentielles J. NORMAND, R.T.D. civ.1990, p.134

⁶⁰⁵ Par ex. Civ.1^{ère}, 29 avril 1985, Bull. civ., I, n°131

⁶⁰⁶ Com. 5 janv.1988, Bull. civ., IV, n°7

424. La tendance générale de la jurisprudence indique une interprétation restrictive de la notion de motif légitime de manière à limiter tout abus. Même si la Cour de cassation considère que les dispositions de l'article 146 al.2⁶⁰⁷ ne font pas obstacle à l'article 145, le juge ne doit pas par ce biais, «être la providence de ceux qui, mal assurés de leurs griefs, attendent de lui qu'il ordonne une mission exploratoire propre à alimenter une argumentation pour laquelle leurs matériaux leur font encore défaut »⁶⁰⁸.

425. Aucun texte ne prévoit explicitement de telles conditions s'agissant des mesures d'instruction ordonnées préventivement en matière administrative, la mise en œuvre de l'article R.128 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel obéit à des conditions similaires. En effet, selon l'article R.128 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, «le président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel... peut, sur simple requête qui, devant le tribunal administratif, sera recevable même en l'absence d'une décision administrative préalable, prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction ». Issu du décret du 2 septembre 1988, ce texte visant toute mesure d'instruction paraissait inclure la possibilité de mesures d'instruction préventives d'autant plus que le président du tribunal administratif peut y recourir même en l'absence de décision préalable. C'est ce que semble exprimer d'ailleurs M. CHAPUS qui parle de « le référé conservatoire » qui

⁶⁰⁷ « En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve »

⁶⁰⁸ J. NORMAND, R.T.D. civ.1990, p.135

permettrait de prononcer des «mesures destinées à préserver l'avenir »⁶⁰⁹.

426. La mise en œuvre du texte montre d'ailleurs que le Conseil d'Etat a progressivement affiné son autonomie en l'affranchissant des conditions classiques de la procédure de référé. Ainsi, après avoir affirmé que l'ordonnance de référé rendue en application de l'article R.128 ne doit pas, conformément aux prescriptions de l'article R.130, «faire préjudice au principal »⁶¹⁰, le C.E. semble avoir abandonné cette exigence depuis un arrêt Société Stan⁶¹¹. La cour administrative d'appel de Bordeaux avait rejeté une demande d'expertise (présentée par la Société Stan aux fins d'évaluer divers préjudices qu'elle aurait subis du fait d'une commune) en estimant «qu'une telle mesure qui, pour être utile, impliquerait qu'une appréciation soit portée par le juge des référés ou par l'expert sur les conditions dans lesquelles le contrat a pris fin préjudicie au principal ». Ce raisonnement est censuré par le Conseil d'Etat, estimant que la cour a fait «une inexacte application » de l'article R.128. En abandonnant l'interdiction de préjudicier au principal, le Conseil d'Etat exige néanmoins que la mesure demandée soit utile.

427. Mais depuis le décret du 29 mai 1997⁶¹², la question mérite d'être posée de savoir si l'article R.128 al.1 s'applique vraiment aux mesures d'instruction préventives. En effet, ce décret a introduit à l'article R.128 un deuxième

⁶⁰⁹ R. CHAPUS, op. cit., n°1531 et suiv.

⁶¹⁰ En ce sens, C.E., 6 janvier 1989, LOVERA, A.J.D.A.1989, p.94

⁶¹¹ C.E., 16 décembre 1996, Société Stan, Rec. p.344

⁶¹² Sur ce décret, D. CHAUVVAUX, AJ, 1997, p.692.

alinéa selon lequel le président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel « peut notamment charger un expert de procéder, lors de l'exécution de travaux publics, à toutes constatations relatives à l'état des immeubles susceptibles d'être affectés par des dommages ainsi qu'aux causes et à l'étendue des dommages qui surviendraient effectivement pendant la durée de sa mission ». Ainsi, selon M. CHAPUS, «il est malaisé de comprendre en quoi la rédaction initiale de l'article R.128 ne se prêtait pas à une intervention de l'expert avant tout dommage »⁶¹³. Mais, il faut convenir qu'à partir du moment où il a été jugé nécessaire d'adopter une disposition spécifique à l'expertise avant tout procès, on doit observer désormais que ce référé échappe à l'article R.128al.1⁶¹⁴.

Il en résulte que l'article R.128 al.2 du code des tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel a un domaine d'application beaucoup plus réduite que l'article 145 du nouveau code de procédure civile.

428. Aussi bien de part ses conditions que son régime propre, la distinction du jugement ordonnant avant dire droit une mesure d'instruction de celui qui ordonne une telle mesure avant tout procès ne fait aucun doute. La différence ainsi dégagée s'appuie sur le fait que le jugement avant dire droit est rendu au cours d'une instance pour les besoins du juge saisi alors que la mesure d'instruction préventive constitue la demande principale dont le juge est saisi.

Si une telle distinction présente plus d'intérêt en matière civile qu'en matière administrative au regard de la

⁶¹³ Droit du contentieux administratif, op. cit. n°1546

⁶¹⁴ C. GABOLDE, C.T.C.A.A. annoté, préc., p.240

recevabilité des recours, elle n'est pas inconnue en matière administrative.

B- La distinction tenant au régime de recevabilité des recours.

429. Faut-il, compte tenu de sa spécificité, soumettre les mesures d'instruction préventives à un régime différent de celui des autres mesures d'instruction ? Avant de recevoir une réponse définitive de la Cour de cassation, la question a fait l'objet d'une controverse qui n'était pas dénuée de tout fondement. Il n'est pas inutile de s'attarder sur cette situation antérieure (1) à laquelle la Cour de cassation a mis fin depuis 1982 (2).

1-La Controverse initiale.

430. La question de savoir si l'ordonnance de référé qui ordonne la mesure d'instruction avant tout procès peut faire l'objet de recours immédiats a longtemps agité la doctrine et la jurisprudence⁶¹⁵. La difficulté de la question était accrue par le fait que deux textes apparemment d'égale importance pouvaient s'avérer applicables. En effet, si l'article 145 inclinait à consacrer une solution en faveur de la recevabilité des recours immédiats, l'article 150 situé dans le même chapitre que le précédent (chapitre concernant les dispositions d'ordre général) dispose expressément que « la décision qui ordonne ou modifie une mesure d'instruction ... ne

⁶¹⁵ Sur cette controverse, v. M. JEANTIN, Les mesures d'instruction in futurum, préc.

peut être frappée d'appel ou de pourvoi en cassation indépendamment du jugement sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi ».

431. La tendance des Cours d'appel semblait indiquer une solution en faveur de la recevabilité de l'appel immédiat⁶¹⁶ lorsqu' intervint le 18 mai 1978 un arrêt de la 3^e chambre civile de la Cour de cassation⁶¹⁷ qui suscita quelques hésitations. Avant de statuer sur la constatation de la résiliation de plein droit d'un bail commercial, un arrêt rendu en référé avait ordonné une expertise. La décision fut déférée devant la Cour de cassation qui, après avoir rappelé les dispositions de l'article 150 du nouveau code de procédure civile, affirma en des termes très généraux «que les décisions rendues en matières de référé n'échappent pas à cette règle ».

Le doute était donc permis. Mais, malgré quelques hésitations en doctrine⁶¹⁸, le professeur PERROT a définitivement montré qu' «on aurait bien tort d'attribuer à cet arrêt une portée générale »⁶¹⁹ en faisant remarquer qu'en l'espèce la mesure d'instruction avait été ordonnée non pas sur le fondement de l'article 145, mais pour les besoins propres du juge des référés; donc en cours d'instance. C'est dans ce sens que s'est prononcée plus tard la Cour de cassation mettant fin à

⁶¹⁶ Lyon, 28 janv. 1975, D.1975, somm., p. 97 ; R.T.D. civ.1976, p.199, obs. PERROT ; 3 déc. 1975, J.C.P.1976, IV, 6607, obs. J.A. ; R.T.D. civ.1976, 629, obs. PERROT ; Nîmes, 10 nov. 1975, Gaz. Pal.1976, 1, p.194, note de L. B.

⁶¹⁷ Bull. Civ., III, n° 207; R.T.D. civ. 1979, p.432, obs. PERROT

⁶¹⁸ Sur l'état de la doctrine, J. CABANNES, concl. sur, Cass. ch. Mixte, 7 mai 1982, D.1982, p.542

⁶¹⁹ Obs. sur Civ. 3^e, 18 mai 1978, R.T.D. civ.1979, préc.

cette controverse qui doit donc être considérée désormais comme périmée.

2- Une controverse aujourd'hui périmée.

432. C'est par trois arrêts du 7 mai 1982⁶²⁰ que la chambre mixte de la Cour de cassation a mis fin à la controverse sur la recevabilité des recours immédiats contre les ordonnances de référés ordonnant des mesures d'instruction sur le fondement de l'article 145.

Etaient en cause des décisions ayant ordonné en appel des mesures d'instruction avant tout procès. La Cour de cassation prit nettement position en faveur de la recevabilité du pourvoi immédiat en posant comme principe que « l'article 150 du nouveau code de procédure civile n'est applicable que si le juge reste saisi d'une demande distincte de la mesure d'instruction ordonnée; qu'il n'en n'est pas ainsi lorsque le juge des référés a épuisé sa saisine en prescrivant, avant tout procès et en vertu de l'article 145 du même code, les mesures destinées à établir la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige ».

433. Il en résulte que l'ordonnance de référé qui ordonne une mesure d'instruction n'échappe pas par sa nature aux dispositions de l'article 150 du nouveau code de procédure civile. La motivation des arrêts du 7 mai 1982 permet en effet de distinguer deux situations : lorsque le juge a été saisi aux seules fins de prononcer une mesure d'instruction sur le fondement de l'article 145, il épuise sa saisine en se

⁶²⁰ D.1982, p.543; Gaz. Pal.1982, 2, p.571, note J. VIATTE; R.T.D. civ.1982, p.688, obs. R.PERROT et 1983, p.185, obs. J. NORMAND

prononçant sur une telle demande. En pareille hypothèse et comme l'a relevé M. PERROT, «non seulement la raison d'être de l'article 150 ne se retrouve plus, mais en outre il serait irrationnel de différer l'exercice d'un recours au jour où sera rendu un jugement sur le fond, alors que peut-être aucune instance judiciaire ne s'ensuivra »⁶²¹.

En revanche, si la mesure d'instruction est ordonnée par le juge pour lui permettre de statuer sur une demande principale dont il a été saisi, celle-ci restant pendante devant le juge, l'article 150 retrouve alors tout son intérêt, fut-il devant le juge des référés⁶²².

434. Il apparaît ainsi que l'élément décisif qui permet à la Cour de cassation de distinguer les mesures d'instruction de l'article 145 et des autres c'est-à-dire celles qui sont régies par l'article 150, réside moins dans la nature de la mesure ordonnée que dans le fait que dans le caractère incident ou principal de la demande. C'est le même élément qui doit fonder la distinction entre les jugements avant dire droit et les jugements provisoires.

⁶²¹ R.T.D. civ.1982, préc.

⁶²² Déjà civ.3è, 18 mai 1978, préc.

II - JUGEMENT AVANT DIRE DROIT ET JUGEMENT PROVISOIRE.

435. La problématique reste la même que précédemment car il s'agit, en définitive, de ne pas confondre le jugement avant dire droit qui ordonne une mesure provisoire avec le jugement qui ordonne la même mesure à titre principal⁶²³.

Pourtant, au-delà même de leur unité fonctionnelle (ils répondent en effet aux mêmes besoins dont l'un est immédiat et l'autre définitif⁶²⁴), il existe des raisons qui peuvent entretenir une éventuelle confusion. Ils ne doivent pas cependant être confondus dans la mesure où juridiquement une distinction entre les deux sortes de jugements s'impose.

S'agissant d'abord des risques d'une confusion, ils résident dans l'utilisation extensive de la notion de " jugement provisoire " dont MM. VINCENT et GUINCHARD ont relevé l'ambiguïté en faisant remarquer, qu' " on aurait tort de voir dans la catégorie de jugements dits provisoires, un ensemble uniforme " ⁶²⁵.

436. La confusion qui peut exister entre le jugement avant dire droit en tant que jugement provisoire et le jugement provisoire par nature, est une conséquence de cette ambiguïté. En effet, en application de l'article 482 du nouveau code de procédure civile, le jugement avant dire

⁶²³ L'expression " principal " ne doit pas être confondue ici avec " le principal " tel qu'il est utilisé dans son sens technique par le nouveau code de procédure civile. Elle désigne ici simplement le contraire de l'accessoire et vise donc en réalité les ordonnances de référé et sur requête.

⁶²⁴ V. Louis LORVELLEC, Remarques sur le provisoire en droit privé, Etudes dédiées à A. WEILL, Dalloz, 1983, 384.

⁶²⁵ Procédure civile, op. cit. n°1202, p.739

droit ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire. Lorsqu'il ordonne une mesure provisoire, il est qualifié de " jugement provisoire " ⁶²⁶.

Or, les articles 484 et 493 du même code définissent l'ordonnance de référé et l'ordonnance de requête comme des " décisions provisoires " .

Ainsi, la distinction entre les deux catégories de décisions n'est pas nette et les expressions légales de " mesures provisoires " et de " décisions provisoires " contribuent très peu à clarifier les choses, puisque les mesures ordonnées par ces dernières sont également provisoires.

Les risques de confusion sont tout de même limités puisque des mêmes expressions légales de " mesures provisoires " et de " décisions provisoires ", résulte un critère de distinction des deux catégories de décisions. Les mesures provisoires ont pour but d' " aménager la situation des parties pour la durée de l'instance " ⁶²⁷, donc ne peuvent être ordonnées qu'au cours d'une instance au principal ; alors que les " décisions provisoires " relèvent de la nature de l'ordonnance du juge des référés dont le propre est de ne pas toucher au principal.

437. En réalité, le jugement avant dire droit qui ordonne une mesure provisoire ne devrait pas être qualifié de " jugement provisoire " ⁶²⁸ mais de jugement qui ordonne une mesure provisoire, comme le prescrit le nouveau code de procédure

⁶²⁶ J. VINCENT et S. GUINCHARD, *ibidem*

⁶²⁷ C. BLERY, thèse préc., p.312, n°389.

⁶²⁸ V. L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n °1177, qui estime que seules les décisions provisoires par nature sont des jugements provisoires.

civile. En dépit de l'intitulé " les autres jugements " de la section du code concernant les jugement avant dire droit, les ordonnances de référé et sur requête, on peut se demander si le code n'a pas soigneusement voulu éviter cette anomalie terminologique en n'utilisant nulle part l'expression de " jugement provisoire" !

SECTION 2- LE JUGEMENT AVANT DIRE DROIT NE TRANCHE AUCUN POINT DE LA MATIERE LITIGIEUSE.

438. Pour garder sa nature avant dire droit, le jugement étudié ne doit pas toucher à la question de droit soumise au juge. Le fait de toucher l'un des points litigieux change la nature du jugement. Mais avant de voir cette incidence de la question litigieuse sur la qualification du jugement avant dire droit (II), il est utile d'avoir des précisions sur le contenu de la matière litigieuse (I).

I- LA NOTION DE MATIERE LITIGIEUSE.

439. Il est bien connu que toute décision de justice est une réponse à une question de droit précise. La matière litigieuse est donc formée de l'ensemble des questions dont les parties attendent la réponse du juge, laquelle en principe devrait mettre fin à leur " querelle ", au moins devant lui. La question litigieuse est ainsi composée de l'ensemble des prétentions des parties. Elle rejoint sans

doute la notion de «principal» au sens de l'objet du litige déterminé par les prétentions des parties⁶²⁹.

De ce point de vue, on peut constater que la matière litigieuse a un double contenu. Elle peut n'être constituée que du «principal» au sens de l'acception jurisprudentielle dominante de cette notion comme désignant le fond de l'affaire⁶³⁰. Par exemple, il s'agit pour le juge de répondre à la question de savoir si X est ou non responsable d'une situation donnée.

440. Mais l'analyse montre aussi que le litige peut être uniquement de question de procédure, notamment des incidents de procédure. C'est sans doute dans cette logique que l'article 480 du nouveau code de procédure civile considère les jugements qui se prononcent sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident comme des jugements sur le fond.

441. Il apparaît donc que la question posée au juge peut varier d'une question de procédure à une question de fond. Mais, dans tous les cas, c'est-à-dire, qu'il s'agisse d'une question de procédure ou de fond, le jugement avant dire droit n'y répond pas. Car, le juge ne dit pas le droit en rendant une telle décision. Il ne donne pas une solution aux parties en disant le droit, en appliquant le présupposé d'une règle de droit à la situation des parties.

442. Le propre de cette catégorie de jugement est de laisser pendants, et entièrement devant le juge, tous les points litigieux qui ont été à l'origine de la saisine de celui-ci.

⁶²⁹ art .4 N.C.P.C.

⁶³⁰ V. supra, n° 259

Si tel n'est pas le cas, le jugement cesse d'être strictement avant dire droit.

II- L'INCIDENCE DE LA QUESTION LITIGIEUSE SUR LA QUALIFICATION DU JUGEMENT AVANT DIRE DROIT.

443. Le jugement avant dire droit qui touche à une partie, aussi minime soit-elle du point litigieux, cesse d'être un jugement avant dire droit, au moins au sens strict de la notion. L'exemple est celui de l'article 480 qui range parmi les jugements sur le fond ceux qui statuent sur une exception de procédure ou une fin de non-recevoir. Mais surtout, les articles 544 et 606, du point de vue de la recevabilité de l'appel et du pourvoi en cassation, assimilent largement le jugement avant dire droit qui tranche un point du principal au jugement sur le fond⁶³¹. Il faut cependant ajouter ici que le jugement avant dire droit peut devenir mixte alors qu'il n'a pas touché au principal au sens jurisprudentiel de l'expression. Il s'agit des décisions qui statuent sur une exception de procédure, une fin de non-revoir et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire⁶³².

444. La distinction doit donc être faite entre ces deux types de jugements. Une telle analyse classique pourtant reconnue en matière administrative⁶³³ semble dépourvue actuellement d'une grande signification pour le Conseil d'Etat. Certes, la notion de jugement avant dire droit telle qu'elle résulte de

⁶³¹ Voir supra, n°254 et suiv. nos développements sur les jugements mixtes.

⁶³² V. G. COMBES, préc.

⁶³³ V. R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, op. cit., p.764

l'arrêt Gaz de France doit être limitée aux appels interjetés devant le Conseil d'Etat et les Cour administratives d'appel⁶³⁴. On peut néanmoins se demander s'il ne s'agit pas là du début de la disparition des jugements mixtes devant les juridictions administratives. Une telle situation ne nous paraît pas souhaitable pour les raisons que nous avons déjà évoquées⁶³⁵.

445. Pour une définition générale du jugement avant dire droit indifférente aux frontières des ordres juridictionnels, il nous paraît préférable sur ces bases traditionnelles que nous venons de dégager et qui caractérisent le mieux les jugements étudiés.

⁶³⁴ Arrêt Gaz de France du 18 déc. 1998, préc.

⁶³⁵ Supra p.n°221 et suiv.

CONCLUSION DU TITRE 2

446. Le régime actuel des décisions ordonnant des mesures provisoires n'est pas homogène en matière civile. La clarification d'un tel régime dans le sens de la recevabilité des recours immédiats aura une heureuse incidence de rapprocher davantage la procédure civile de la procédure administrative. Toutefois, pour avoir un régime cohérent dans les deux procédures, une définition générale de la notion de jugement avant dire droit nous paraît nécessaire. Rien ne justifie une différence de cette notion par rapport aux ordres juridictionnels.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

447. En dépit du rapprochement constaté, il apparaît bien que des efforts restent à faire pour aboutir sinon à une harmonisation, du moins à un rapprochement plus prononcé des procédures étudiées.

448. La diversité actuelle des délais aussi bien en matière civile qu'en matière administrative n'est pas dans l'intérêt des parties ni même du bon fonctionnement de la justice. La lenteur toujours décriée de la justice ne trouvera sans doute pas sa solution dans la seule limitation des droits de la défense, en l'occurrence l'exercice des voies de recours et encore moins dans la reconnaissance trop libérale de ces droits. Il faut en réalité combiner le réalisme qui consiste à éviter la dénaturation de ces droits par l'exercice des voies de recours à des fins dilatoires, avec une volonté de clarté par des règles simples et efficaces. Il faut constater qu'on en est bien loin en l'état actuel du droit.

449. Par ailleurs, la volonté de simplicité devra être étendue aux jugements ordonnant des mesures provisoires. Ceux-ci sont susceptibles de recours immédiats en matière administrative alors qu'en matière civile, ils ne le sont pas toujours.

450. L'élimination de ces différences souvent injustifiées ne sera possible qu'avec l'adoption d'une définition conceptuelle du jugement avant dire droit moins ambiguë que les solutions actuelles du droit positif. La notion de jugement avant dire droit est une notion de droit judiciaire qui transcende les frontières des ordres juridictionnels. A ce titre, rien ne justifie que son contenu varie inconsidérément au gré des juridictions devant lesquelles elle est évoquée.

CONCLUSION GENERALE.

451. La question des voies de recours contre les jugements avant dire droit est particulièrement délicate. En matière administrative, les principes retenus posent moins de difficultés dans la mesure où l'accès aux juges d'appel et de cassation est favorisé par l'admission des recours immédiats contre toute décision juridictionnelle ; même si des efforts restent à faire dans la clarification du régime des délais.

452. En matière civile en revanche, si le nouveau code de procédure civile limite l'exercice des recours en les différant jusqu'au jugement sur le fond, il est apparu très vite nécessaire de les rétablir. D'abord c'est la loi elle-même qui va ouvrir exceptionnellement les recours immédiats contre certaines décisions en les soumettant toutefois à l'autorisation du juge. C'est encore la loi qui rétablit l'appel et le pourvoi immédiats lorsque le jugement avant dire droit tranche une partie du principal, aussi minime soit-elle ; il prend alors le nom de jugement mixte. Il est vrai que dans ces différentes situations les juges veillent à ce que la porte entrouverte ne se transforme en un moyen de rétablissement systématique des recours interdits. Mais à une époque où rien ne semble pouvoir résister au renforcement progressif des droits de la défense et, où l'effectivité des droits est ressentie comme une exigence nécessaire de l'Etat de droit, c'est la jurisprudence elle-même qui, dans bien des cas, prête main forte à l'entreprise de restitution des recours interdits lorsqu'elle s'estime en présence d'un excès

de pouvoir du juge ou d'une violation par lui, d'un principe fondamental de procédure⁶³⁶.

453. C'est qu'en réalité, la limitation des droits des plaideurs aussi justifiée soit-elle au regard d'une bonne justice, ne se fait pas sans difficulté car, pour emprunter un langage plus familier, « chasser le naturel, il revient au galop ». La jurisprudence, souvent sous la pression des parties, finit toujours par compenser les restrictions en inventant des contournements prétoriens. On l'a déjà observé à propos de l'exécution provisoire qui même justifiée, n'en constitue pas moins une atteinte à l'effet suspensif de l'appel qui est une sorte de prolongement des droits de l'appelant ! La réaction de la jurisprudence a été de créer une sorte de compensation en admettant que dans certaines conditions, l'exécution provisoire puisse être aménagée ou même arrêtée. C'est bien la même démarche qui caractérise les recours-nullité. Aujourd'hui, on peut se demander si le domaine couvert par la règle de l'interdiction des recours immédiats en matière civile n'est pas moins important que celui de ses exceptions.

454. Au regard de l'acception que requiert la notion de jugement avant dire droit, il faut convenir que les deux systèmes paraissent extrémistes. On peut reprocher à la procédure administrative d'un libéralisme excessif, car l'institution des recours différés contre le jugement qui se borne à ordonner une mesure d'instruction ne semble pas injustifiée compte tenu de la nature d'une telle décision plus proche d'une mesure d'administration judiciaire que

⁶³⁶ Même si la Cour de cassation semble de plus en plus exigeante en la matière.

d'une décision juridictionnelle⁶³⁷. Elle le fait bien pour les jugements statuant sur les demandes de récusation !

455. Quant à la procédure civile, elle encourt le grief d'être rigoriste en soumettant le jugement ordonnant une mesure provisoire à la règle de l'interdiction des recours immédiats. L'expérience montre d'ailleurs que l'essentiel du contentieux entraîné par l'interdiction des recours immédiats concerne les mesures provisoires. C'est le cas en matière immobilière et surtout en matière prud'homale concernant les décisions du bureau de conciliation. L'idéal en l'occurrence serait la recevabilité immédiate des recours ainsi que l'indique la perspective d'un droit judiciaire européen.

456. Finalement, une solution intermédiaire est envisageable avec pour principe commun aux deux procédures, la recevabilité des recours immédiats dont des exceptions seront admises en fonction de la nature des décisions attaquées. Ainsi, en matière civile, l'interdiction des recours immédiats sera limitée aux seuls jugements ordonnant des mesures d'instruction à l'exclusion de ceux qui ordonnent des mesures provisoires. En matière administrative en revanche, la nature particulière des décisions d'instruction autorisent que celles-ci soient soumises à l'interdictions des recours immédiats.

⁶³⁷ V. *supra*, n° 65 et suiv.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES GENERAUX, TRAITES ET MANUELS

AUBY Jean- Marie et

AUBY Jean-Bernard

- Institutions administratives, 6è éd., Précis Dalloz, 1991, 567 p.

AUBY Jean-Marie et

DRAGO Roland

- Traité de contentieux administratif, t1, 3è éd., L.G.D.J., 1984, 1014p
- Traité de contentieux administratif, t2, L.G.D.J., 1984, 718p.
- Traité des recours en matière administrative, Litec, 1992, 686 p.

BENABENT Alain

- Droit civil. La famille, 8è éd., Litec, 1996, 612 p.

BOULOC Bernard, CHAVANNE Albert,

LEVASSEUR Georges, MONTREUIL Jean

- Droit pénal général et procédure pénale, 12è éd., Sirey, 1996, 898p.

CADIET Loïc

- Droit judiciaire privé, 2è éd. Litec, 1998, 934 p.

CARBONNIER Jean

- Flexible droit, 8è éd., L.G.D.J., 1995, 441 p.

CHABANOL Daniel

-La pratique du contentieux administratif devant les tribunaux administratifs et les Cours administratives d'appel, 2è éd., Litec, 1992, 396p.

-Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel annoté et commenté, Le Moniteur, 1998, 426p.

CHAPUS René

-Droit du contentieux administratif, 7è éd., Montchrestien, Domat Droit public, 1998, 1251 p.

CORNU Gérard,**FOYER Jean**

- Procédure civile, 3è éd., P.U.F. Thémis, 1996, 898 p.

COUCHEZ Gérard avec la collaboration de**LANGLADE Jean-Pierre et de LEBEAU Daniel**

- Procédure civile, Dalloz, 1998, 610 p.

CROZE Hervé et**MOREL Christian**

-Procédure civile, P.U.F. Droit fondamental, 1988, 444 p.

DEBBASCH Charles et**RICCI Jean-Claude**

-Contentieux administratif, 7è éd., Dalloz, 1999, 893p.

FANACHI Pierre

-La justice administrative, 4è éd, P.U.F. Que sais-je ?, 1995, 128 p.

GABOLDE Christian

- Procédure des tribunaux administratifs et des Cours administrative d'appel, 6è éd., Dalloz, 1996, 476 p.

GARSONNET et CEZAR-BRU

Traité théorique et pratique de procédure (organisation judiciaire, compétence et procédure en matière civile et commerciale), t.5, 2è éd. Larose, 1902, 711p.

GOHIN Olivier

- Contentieux administratif, 2è éd., Litec, 1998, 426p.

GUIDECCELLI-DELAGE

- Institutions judiciaires et juridictionnelles, 2è éd., P.U.F. Droit fondamental, 1993, 368 p.

GUINCHARD Serge (sous la direction de)

- Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz Action, 1999, 1552 p.

GUINCHARD Serge et**MOUSSA Tony (sous la direction de)**

- Droit et pratique des voies d'exécution, Dalloz Action, 1999, 1629p.

HAURIOU M.

- Précis de droit administratif et de droit public, 11è éd., Sirey 1927, 1068p.

HERON Jacques

- Droit judiciaire privé, Montchrestien Domat Droit privé, 1991, 761 p.

JAVILLIER Jean-Claude

- Droit du travail, 4è éd., L.G.D.J., 1992, 612 p.

JEANTIN Michel

- Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté, 4è éd., Précis Dalloz, 1995, 631p.

KERNALEGUEN Francis

- Institutions judiciaires, Litec, 1994, 278 p.

LANGAVANT Emmanuel**ROUAULT Marie-Christine**

- Le contentieux administratif, Masson, 1987, 359 p.

LYON-CAEN Gérard,

PELLISSIER Jean, SUPIOT Alain

- Droit du travail, 17è éd., Précis Dalloz, 1994, 919 p.

MARTIN Raymond

- Théorie générale du procès (Droit processuel), éd. Juridique et Technique, 1984

MAZEAUD Henri et Léon,

MAZEAUD Jean et CHABAS François

- Leçons de droit civil, T.2. Obligations, théorie générale, 9è éd., Montchrestien, 1998, 1353p.

MOREL René

- Traité élémentaire de procédure civile (organisation, compétence, procédure), Sirey 1949, 606p.

MOTULSKY Henri

- Droit processuel, Montchrestien, 1973, 294 p.

- Ecrits. T.1, Etudes et notes de procédure civile, Dalloz, 1973, 392p.

PACTEAU Bernard

- Contentieux administratif, 4è éd., P.U.F. Droit fondamental, 1997, 453 p.

PEISER Gustave

- Contentieux administratif, 10è éd., Mémentos Dalloz, 1997, 246 p.

PERROT Roger

- Cours d'institutions judiciaires. Les cours de droit, 1972, 410 p.

- Institutions judiciaires, 7è éd., Montchrestien, Domat Droit privé, 1995, 599 p.

PRADEL Jean

- Procédure pénale, 9è éd., Cujas, 1997, 984 p.

RASSAT Michèle-Laure

- Procédure pénale, P.U.F., Droit fondamental, 1990, 861 p

- Institutions judiciaires, P.U.F., 1993, 302 p.

RIPERT Georges et

ROBLOT René

- Traité de droit commercial, T.2, 13è éd., L.G.D.J., 1992, 1288 p.

ROYER Jean-Pierre

- Histoire de la justice en France, 2è éd., P.U.F., 1995, 808p.

SOINNE Bernard

- Traité des procédures collectives, 2è éd., Litec, 1995, 2812 p.

SOLUS Henry et

PERROT Roger

-Traité de droit judiciaire privé, T.1. Introduction, notions fondamentales, organisation judiciaire, Sirey, 1961, 1147 p.

- Droit judiciaire privé, T.2. La Compétence, Sirey, 1973, 992 p.

- Droit judiciaire privé, T.3. Procédure de première instance, Sirey, 1991, 1358p.

SOYER Jean-Claude

- Droit pénal et procédure pénale, 10è éd., L.G.D.J., 1993, 391 p.

STEFANI Gaston,

LEVASSEUR Georges, BOULOC Bernard

- Procédure pénale, 16è éd., Précis Dalloz, 1996, 898 p.

TERRE François,

SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves

- Droit civil. Les obligations, 7è éd., Précis Dalloz, 1999

THOUROUDE Jean-Jacques

- Pratique du contentieux administratif, éd., Moniteur, 1992, 348 p.

TURPIN Dominique

-Contentieux administratif, Hachette, Les fondamentaux, 1994, 160p.

VILLEBRUN Jacques

(avec le concours de QUETANT Guy-Patrice)

- Traité de la juridiction prud'homale, T.2 Réformes de la juridiction prud'homale depuis décembre 1987, L.G.D.J., 1992, 624p.

-Traité de la juridiction prud'homale, 3è éd., revue et corrigée, L.G.D.J., 1998, 846p.

VINCENT Jean et

GUINCHARD Serge

- Procédure civile, 24è éd., Précis Dalloz, 1996, 1046 p.

- Procédure civile, 25è éd., Précis Dalloz, 1999, 1166p.

VINCENT Jean, GUINCHARD Serge,

MONTAGNIER Gabriel, VARINARD André

- La justice et ses institutions, 4è éd., Précis Dalloz, 1996, 867 p.

- La justice et ses institutions, 5è éd., Précis Dalloz, 1999, 748p.

II- OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES ET THESES.

ABDEL-KHALEK Omar

- La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, LGDJ 1967, 232p.

AMBRA Dominique (d')

- L'objet de la fonction juridictionnelle: dire le droit et trancher les litiges, L.G.D.J. 1994, 339 p.

ANTOINE Michel

- Le dur métier de Roi. Etudes sur la civilisation politique de la France d'Ancien Régime, PUF 1986, 343p.

BARROT Robert

- Réflexions sur la justice actuelle, éd. Lacassagne-Lyon, 1992, 127p.

BAYON (Le) A.

- La récusation, J-Cl. proc. civ., 1997, fasc.685

BEAUCHARD Jean

- Appel. Parties à l'instance d'appel. Appelant. Intimé, J-Cl. de procédure civile, 1994, fasc. 713, p. 1-23

BIANCARELLI Jacques

- La récusation, Encycl. Dalloz, Contentieux administratif, p.1-9

BLARY Corinne

- L'efficacité substantielle des jugements civils, Thèse, Caen, 1994, (microfiche), 477p.

BORE Jacques

- La cassation en matière civile, 2è éd., Dalloz 1998, 956 p.
- La cassation en matière pénale, L.G.D.J., 1985, 1232p.
- Cassation (pourvoi en), Rép. Pén. Dalloz, p.1-95

BOSQUET Yves

- Jugements avant dire droit. Effets et exécution des jugements avant dire droit, J-Cl. de procédure civile, fasc.532

BOUBLI Bernard

- Les prud'hommes, P.U.F., Que sais-je ? 1984, 127p.

CALON Jean-Paul

- La cour de cassation, J-Cl. de procédure civile, 1992, fasc. 760, p.1-8
- Décisions susceptibles de pourvoi, J-Cl. de procédure civile, 1992, fasc. 763, p.1-9
- Délai du pourvoi en cassation, J-Cl. de procédure civile, 1992, fasc. 762, p.1-4

- Pourvoi en cassation. Cas d'ouverture, J-Cl. de procédure civile, 1998, p.1-10

**Centre régionale de formation
des avocats d'Alsace**

- Du juge aux affaires matrimoniales au juge aux affaires familiales, Actes de Colloque, Journée D. HUET-WEILLER 14 oct.1993, P.U.S.1995, 220p.

C.R.A.J.E.F.E.

- Entreprises en difficulté, Les principales innovations du décret du 21 octobre 1994, LPA14 février 1994, n° spécial, 48p.

CNRS

- Le Conseil d'Etat 1799-1974, CNRS, 1974, 1012p.

CHAUDET Jean- Pierre

- Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse, L.G.D.J.,1967, 528p.

CHENON E.

- Origines, conditions et effets de la cassation, Paris, 1882

COMBES Gérard

- Jugements avant dire droit, J-Cl. de procédure civile, fasc. 530-531

CONSEIL SUPERIEUR DE

LA PRUD'HOMIE

- Les juridictions du travail dans les Etats membres de la C.E.E., Documentation française, 1990, 412p.

COUCHEZ Gérard

- Récusation, Rép. civ., Dalloz, 1995

COUDEVILLE LOQUET Martine

- L'exercice abusif des voies de droit en procédure civile, Thèse, Pau 1991, (microfiche), 469p

COULON Jean-Marie

- Réflexions et propositions sur la procédure civile, rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, Documentation Française, 1997, 169p.

COUR DE CASSATION

(colloque des 11 et 12 déc.1997)

- Le nouveau code de procédure civile : vingt temps après, Documentation Française, 1998, 332p.

COUV RAT Pierre

- Conciliation, J- cl., Procédure civile 1994, fasc.160

DEBBASCH Charles

- Procédure administrative contentieuse et procédure civile, L.G.D.J.1962, 467p.

DEGHILAGE

- Le décret du 17 décembre 1973 et les difficultés d'exécution d'une mesure d'instruction, JCP1974, IV, 6374

DELAGE C

- La recevabilité du pourvoi en cassation des décisions avant dire droit ou contenant des dispositions avant dire droit, Rev. Huiss., 1986, p.1516.

DELAPORTE V.

- Redressement et liquidation judiciaires. Voies de recours, J-Cl. Com., fasc.2205

DERRIDA Fernand, GODE Jean-Pierre,**SORTAIS Pierre**

- Redressement et liquidation judiciaire des entreprises. Cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985, 3è éd., Dalloz, 1991, 675p.

DESDEVISES Yvon et**TERRE François**

- Conciliation, J-Cl de procédure civile fasc. 160,1994

DEVOLVE Guillaume

- Chose jugée, Encycl. Dalloz, contentieux administratif, p.1-20

DURFORT Sylvie

- L'appel : notion et fonctions. Analyse socio-juridique, Thèse, Rennes 1990, (microfiche), 719p.

FAIVRE Pierre

- Appel, Rép. Pén. Dalloz, p. 1-22

FRICERO Nathalie

- Péremption d'instance, J-Cl. de procédure civile, 1994, fasc. 681, p.1-10
- Appel. Délai, J-Cl. de procédure civile, 1994, fasc. 715, p.1-18

FRIER Pierre-Laurent

- L'urgence, L.G.D.J., 1967, 599p.

FRISON-ROCHE M.-A. et**MAZEAUD Denis (avec la coordination de)**

- L'expertise, éd. Dalloz, Thèmes et commentaires, 1995, 143p.

GATUMEL Denis

- Le droit du travail en France, 10è éd. Francis Lefebvre, 1999, 508p.

GAUDMET Yves

- Appel, Encycl. Dalloz, Contentieux administratif, p.1-27

GENIN-MERIC Régine.

- Mesures d'instruction exécutées par un technicien. Intervention du technicien dans l'instruction du litige, J-Cl. de procédure civile, 1995, fasc. 660-662

GERBAY Philippe

-Appel. Jugements susceptibles ou non. Jugements susceptibles d'un autre recours, J-Cl. de procédure civile, 1992, fasc. 712, p. 1-20

GIVERDON Claude

-Appel. Effet dévolutif. Prétentions nouvelles, J-Cl. de procédure civile, 1995, fasc. 717-2, p. 1-17

-Appel. Appel-nullité, J-Cl. de procédure civile, 1997, fasc. 717-3, p. 1-6

GUILLIEN Raymond

-L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée, Bordeaux, 1931

GUYON Yves

-Droit des affaires, T.2, 7è éd., Economica, 1999, 488p.

HAENEL Hubert et**ARTHUIS Jean**

- Justice sinistrée : démocratie en danger, Economica, 1991, 132p.

HOONAKKER Philippe

- L'effet suspensif des voies de recours dans le nouveau code de procédure civile : une chimère ? Contribution à l'étude de l'exécution provisoire, Thèse, Strasbourg III, 1988, (microfiche), 644p.

ISAAC Guy

- La procédure administrative non contentieuse, L.G.D.J., 1968, 732p.

ISALA Henri

-Les cours administratives d'appel, approche critique, Economica, 1993, 296p.

JEANTIN Michel

- Incidents de procédure. Mesures d'instruction, J-Cl. de procédure civile, fasc. 634

JESTAZ Philippe

- L'urgence et les principes classiques du droit civil, L.G.D.J., 1968, 329p.

LAGARDE Xavier

- Réflexion critique sur le droit de la preuve, L.G.D.J.1994, 448 p.

LIENHARD Claude

- Le juge aux affaires familiales, Dalloz,1994, 98p.

MARTIN Raymond et**MAS Denys**

- Voies de recours. Dispositions communes, J-Cl. de procédure civile, fasc. 705,p. 1-10

MAS Denys

- L'effet dévolutif de l'appel aux fins d'annulation d'un jugement sur le fond, Thèse, Nice,1987, (microfiche), 226p.

MASSOT Jean et**FOUQUET Olivier**

- Le Conseil d'Etat, juge de cassation, Berger-Levrault, 1993, 216p.

MIGUET Jacques

- Immutabilité et évolution du litige, L.G.D.J.1977, 703 p.
- L'exécution provisoire, J-Cl. de procédure civile, fasc.516-519

MIRABAIL Solange

- La rétractation en droit privé français, L.G.D.J.1997, 348p.

MONTESQUIEU

- De l'esprit des lois, éd. R. LEROUX, T.4, 488p.

NORMAND Jacques

- Le juge et le litige, L.G.D.J., 1965, 526p.
- Les principes directeurs du procès, J-Cl. de procédure civile, fasc.150

PERDRIAU André

- Le contrôle de la cour de cassation, J-Cl. de procédure civile, 1998, fasc.789, p.1-30

PERROT Roger et**FRICERO Nathalie**

- L'autorité de la chose jugée, J-Cl. de procédure civile, fasc.554

Revue Juridique**d'Ile de France**

- La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1997, 254p.

RONTCHEVSKY Nicolas

- L'effet de l'obligation, Economica, 1998, 510p.

RUBELLIN-DEVICHI**Jacqueline**

- Répertoire de procédure civile, arbitrage, fasc. 1005 et 1010
- Procédure de divorce. Mesures provisoires, J-Cl., civil, fasc. 150,p. 1-46

RUSQUEC (du) Emmanuel

- Le serment judiciaire, J-Cl. de procédure civile, 1994, fasc. 673, p.1-10

SAULNIER-RIGOUX B.

- La conciliation, Thèse Metz, 1998, 288p.

SORBONE (la)

- Colloque des 5 et 6 février 1998, La médiation : quel avenir ? Le médiateur de la république, 1998, 223p.

SUPIOT Alain

- Les juridictions du travail, T.9, Dalloz droit du travail, 1987, 768p.

SUN Tsu

- L'art de la guerre, Flammarion, 1972, 266p.

TEYSSIE Bernard

- Juris-classeur de droit du travail, fasc. 70-50

TOMASIN Daniel

- Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, L.G.D.J., 1975, 280 p.

III- ARTICLES ET CHRONIQUES DE DOCTRINE**ALMAIRAC Georges**

- Du jugement du tribunal à un arrêt de la Cour, J.C.P.1978, I, 2884

APPERT Bernard

- Délais de procédure, D.S., 1976, Chron., p.140-143
- Le délai d'un mois des articles 272 et 380 du nouveau code de procédure civile, Bull. avoués, 1988, p.38

AUBERT Françoise

- Les délais et les voies de recours, in, Les principales innovations du décret du 21 octobre 1994, colloque CRAJEFE Nice, 11 mars 1995, LPA du 14 juin 1995, p.25

BANDRAC Monique

- L'action en justice, droit fondamental, in, Nouveaux juges nouveaux pouvoirs, Mél. R. PERROT, Dalloz, 1996, p.1-17
- De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas, in, La justice entre deux millénaires, Mélanges offertes à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, p.171-183

BARANES William, FRISON-ROCHE M.-A.**ROBERT Jacques Henri**

- Pour le droit processuel, D.1993, Chron., p.9-11

BARRERE Jean

- La rétractation du juge civil, in, Mél. Pierre HEBRAUD, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p.1-28

BARRET Olivier

- L'appel-nullité (dans le droit commun de la procédure civile), R.T.D. civ., 1990, p.199-228

BAZEX Michel

- L'implosion du dualisme de juridiction, Pouvoirs, 1988, n°46, p.35-42

BECHILLON (de) Denys

- Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, R.D.P., 1994, p. 1793-1824

BERTIN Ph.

- Les règles communes à toutes les mesures d'instruction et l'enquête selon le décret du 17 décembre 1974, Gaz. Pal. 1974, 2, Doct., p.152-

BLAISE Alain

- Arrêt et aménagement de l'exécution provisoire par le premier président, J.C.P., 1985, I, 3183

BLARY-CLEMENT Edith

- Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil, J.C.P., 1991, I, 3534

BOLARD Georges

- De la déception à l'espoir : la conciliation, in, Mél. Pierre HEBRAUD ? Université des Sciences sociales de Toulouse, 1981, p.47-58
- L'appel-nullité, D.S., 1988, Chron., p.177-184
- Heurs et malheurs des voies de recours dans les faillites, Rev. Proc. Coll., 1991, p.1-10
- Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri MOTULSKY, J.C.P., 1993, I, 3693
- Le juge et les droits de la défense, in, Etudes offertes à Pierre BELLET, p.49-70
- Les recours- nullité en procédure civile, Justices, 1996, n° 4, p. 119-126

BOULOUIS Jean

- Supprimer le droit administratif ? Pouvoirs, n°46, p.5-12

BROUCHOT J.

- Les voies de recours contre les décisions pénales distinctes des décisions sur le fond, J.C.P.1964, I, 1828

BURDEAU François

- Les crises du principe de dualité de juridictions, in, Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790, R.F.D.A., 1990, p.724-733

CADIET Loïc

- L'évolution de l'appel dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises, Rev. Proc. Coll., 1989, p.371-387.
- Sur l'appel-nullité dans les procédures collectives, Rev. Proc. Coll., 1988, p.17-25
- Le spectre de la société contentieuse, in, Ecrits en hommage à Gérard CORNU, P.U.F., 1994, p.29-50
- Les métamorphoses de la juridiction familiale, in, Ecrits en hommage à Jean FOYER, P.U.F., 1997, p.33-58

CADIET Loïc et

GUINCHARD Serge

- Le double degré de juridiction, in, Justice et double degré de juridiction, Justices, 1996, n°4, p.1-9

CHAMPAUD Claude

- Société contemporaine et métamorphose de l'expertise judiciaire, in, Ecrits en hommages à Jean FOYER, P.U.F., 1997, p.59-79

CHAPUS René

- Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique, in, Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790, R.F.D.A., 1990, p.739-744

-De la valeur des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles en matière administrative, D.1966, Chron.p.99-106

- De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile, E.D.C.E., n°29, 1977-1978, p.13-65

CHEVALLIER Jacques

- Du principe de séparation au principe de dualité, in, Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790, R.F.D.A., 1990, p. 712-718

CHOUCROY

- La décision frappée de pourvoi : le regard d'un avocat aux conseils, Mél. BRETON et DERRIDA, Dalloz, 1991, p.59-61

COHEN-TANUGI Laurent

- L'avenir de la justice administrative, Pouvoirs, 1988, n°46, p.13-20

COULON Jean-marie

- Les évolutions possibles de la procédure civile, in, Le second degré de juridiction en matière civile aujourd'hui et demain, Colloque Versailles, Gaz. Pal.1996, 2, p.1000-1003

DAMIEN André et BORE Jacques

- Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile, in, Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790, R.F.D.A., 1990, p.777-791

DESDEVISES Yvon

- L'abus du droit d'agir en justice avec succès, D.S., 1979, Chron., p.21-22

- Variations sur le fond en procédure civile, in, La terre, la famille et le juge, Etudes offertes à Henri-Daniel COSNARD, Economica, 1990, p.390-395

DEVOLVE Guillaume

- Dualité de juridictions et autorité de la chose jugée, in, Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790, R.F.D.A., 1990, p.792-797

DOSNER-DOLIVET Annick

- Premières réflexions sur le décret n°89-511 du 20 juillet 1989 modifiant certaines dispositions de procédure civile, J.C.P., 1989, I, 3419.

DRAGO Roland

- Actualité du principe de séparation en France et dans les Etats de la C.E.E., in, Juridiction administrative et juridiction judiciaire 200ans après la loi de 1790, R.F.D.A.1990, p.581-584
- Le juge judiciaire, juge administratif, in, Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790, R.F.D.A.1990, p.757-763

DRAI Pierre

- Etre juge... et juger..., in, Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790, R.F.D.A.1990, p.694-697

DURFORT Sylvie

- L'aspect sociologique, in, Justice et double degré de juridiction, Justices, 1996, n°4, p.35-49

DURRY Georges

- Les jugements dits mixtes, R.T.D. civ.1960, p.5-32

ESTOUP Pierre

- Une réforme souhaitable : l'assouplissement de certaines règles relatives à la motivation des jugements, Gaz. Pal., 1990, 2, Doct., p.413-416

EYMARD Maurice et

DOUCEDE Marc

- L'incompétence. Voies de recours et juridiction de renvoi, Gaz. Pal.1987, 2, Doct., p.609-612

FLAUSS Jean-François

- Vers une évolution du contentieux disciplinaire devant la juridiction ordinaire, *Gaz. Pal.*, 1982, 1, *Doct.*, p.338-341

FOUGERE Louis

- 1790-1990. Deux siècles de dualisme juridictionnel, in, *Juridiction administrative et juridiction judiciaire 200 ans après la loi de 1790*, *A.J.D.A.*1990, p.579-580

FOULON Marcel

- Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du nouveau code de procédure civile, in, *La justice entre deux millénaires*, *Mélanges offertes à Pierre DRAI*, Dalloz 2000, p.311-327.

FRAIQUIN et BOQUET

- Réformes des recours contre les sentences arbitrales, *Gaz. Pal.*1982, *Doct.*, p.503

FRICERO Nathalie

- L'excès de pouvoir en procédure civile, *R.G.P.*, 1998, p.17-44

FRISON-ROCHE Marie-Anne

- Principe et tendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice, *J.C.P.*1997, I, 4051
- Autorité de la chose jugée et voies de recours dans les procédures collectives, in, *Redressement et liquidation judiciaires : questions procédurales*, *L.P.A.*, n° spécial, 28 octobre 1998, p.16-22

FRISON ROCHE Marie-Anne**GUILLOT Jean-Louis**

- La réforme des voies de recours par la loi du 10 juin 1994, *LPA* du 14 septembre 1994, p.113

FROMONT Michel

- La justice administrative en Europe. Convergences, Mélanges René CHAPUS, Droit administratif, Montchrestien, 1992, p. 197-208

GAZZANIGA Jean-Louis

- L'appel des sentences interlocutoires en droit canonique du décret de Gratien au Concile de Trente, in, Mél. Pierre HEBRAUD ? Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p.353-366

GEORGEL Jacques

- Le juge et la montre, in, Etudes en l'honneur de Georges DUPUIS, Droit public, L.G.D.J., 1997, p.115-124

GERBAY Philippe

- Réflexions sur la juridiction du premier président de la Cour d'appel, D.S., 1980, chron., p.65-72

- La Cour de cassation et les atteintes au double degré de juridiction en matière civile, Bull. avoués, 1982, 2, 34

- Les effets de l'appel voie d'annulation, D., 1993, Chron., p.143-148

GHESTIN Jacques

- Autorité de la chose jugée : quelle portée, Droit et patrimoine, 1993, p.59-61

GILLET Jean-Louis

-Le second degré de juridiction en matière civile, sa place et sa portée, in, Le second degré de juridiction en matière civile aujourd'hui et demain, Colloque , Versailles, Gaz. Pal.1996, 2, p-996-999

GIVERDON Claude, AVRIL Pierre et**VERDUN G.**

-Restrictions au droit d'appel des jugements concernant plusieurs parties ou comportant des chefs de décision de natures différentes, Gaz. Pal., 1986, 2, Doct., p.517-521

GOHIN Olivier

- Le contentieux administratif. Les recours contentieux ; les voies de recours, in, Documents d'études, n°2-10, La documentation française, 1997, p.36-42

GRANET-LAMBRECHTS F.

- La portée de l'effet suspensif de l'appel et du pourvoi en cassation au regard des mesures accessoires au divorce, Gaz. Pal., 1983, 2, Doct., p.552-560

GROSLIERE Jean-Claude

- Le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme orchestre du divorce), D.S., 1976, Chron., p.73-80

GUILLIEN Raymond

- Retours sur quelques sujets d'acte juridictionnel et de chose jugée, in, Etudes offertes à Jean VINCENT, Dalloz, 1981, p. 117-136

GUINCHARD Serge

- L'expertise judiciaire civile : L'expert, le juge et les parties, in, L'expertise, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1995, p.69-81

- Rapport de synthèse. Le second degré de juridiction en matière civile aujourd'hui et demain, Colloque, Versailles, Gaz. Pal.1996, 2, p.1004-1012

- Le procès équitable : droit fondamental ? in, Les droits fondamentaux, A.J.D.A., n° spécial du 20 juillet au 20 août 1998, p.191-208

HEBRAUD Pierre

- La loi du 23 juillet 1947 sur la Cour de cassation, D.1947, p.125-128

HENO Blanche

- Le déclin des fins de non-recevoir dans le droit de la filiation, J.C.P., 1975, I, 2706

HENRY Michel

- Les ordonnances du bureau de conciliation sont-elles susceptibles de recours immédiats, *Droit Ouvrier*, 1984, p. 443-447

HERON Jacques

- Les réformes de la justice civile, *Justices* 1995, n°2, p. 267-274
- Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ?, in, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Dalloz, 1996, p. 131-147
- Réflexions sur le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile, *R.G.P.*1999, n°1, p.65-86

HEURTE

- Les règles générales de procédure, *AJDA*1964, p.4-9

HILAIRE Jean

- Un peu d'histoire, *Justices*, 1996, n°4, p.9-16

JEANTIN Michel

- Les mesures d'instruction in futurum, *D.*1980, *Chron.*, p.205-210

JEULAND Emmanuel

- Les effets du jugement provisoire hors du territoire du for, *R.R.J.*1996, n°1, p. 173-191

JUILLIARD Roland et**APPERT Bernard**

- Voies de recours du nouveau code de procédure civile et en matière de divorce, *D.S.*, 1976, *Chron.* p.119-122

KERNALEGUEN Francis

- L'excès de pouvoir du juge, *Justices*, 1996, n°3, p.151-159

KOUBI Geneviève

- Le « vice propre à la délibération » dans le droit de la décentralisation, A.J.D.A.1992, p.779-784

KRIEGK J.-F.

- La procédure revisitée à travers des principes généraux : la voie d'appel, Gaz. Pal.1997, 2, p.1167-1169

LAFERRIERE François-Julien

- La dualité de juridiction, un principe fonctionnel ? in, L'unité du droit, Mél. en hommage à Roland DRAGO, Economica, 1996, p.395-424

LAGRANGE (de) E.

- Les interdictions au droit d'interjeter appel ou de se pourvoir en cassation, R.C.L.F., 1938, p.561-614

LAMARQUE Danièle et

MILLER Gilles

- L'appel des jugements des chambres régionales des comptes, A.J.D.A., 1999, p.1015-1021

LANDAUER Donald

- Sur l'article 65 du décret du 28 août 1972, Gaz. Pal., 1973, 1, Doct., p.414-415

LARGUIER Jean

- Remarques sur l'évolution d'une voie de recours : le domaine de l'appel des ordonnances rendues par le juge d'instruction, in, Droit pénal contemporain, Mél. En l'honneur d'André VITU, Cujas, 1989, p.287-331

LARHER-LOYER Christiane

- La jurisprudence d'appel, J.C.P.,1989, I, 3404.

LEMONDE Marcel

- L'appel en matière criminelle. Le beurre et l'argent du beurre? in, Justice et double degré de juridiction, Justices, 1996, n°4, p.85-98

LEVASSEUR Georges

- De quelques singularités des voies de recours en matière répressive, Mél. Jean VINCENT, Dalloz, 1981, p.213-232

LONG Marceau

- L'état actuel de la dualité de juridictions, in, Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790, R.F.D.A.1990, p.689-693

MAGNET Jacques

- Les singularités du double degré dans la juridiction des comptes, in, Justice et double degré de juridiction, Justices, 1996, n°4, p.111-117

MARION Alain

-Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et quelques moyens d'y remédier, Pouvoirs 1988, n°46, p.21-34

MARTEAU-PETIT Mireille

-Les voies de recours prétoriennes en procédure civile, R.R.J., 1999, n°3, p.703-727

MARTIN Raymond

- Le juge devant la prétention, D.S.1987, chron. p.35-38

- Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou de requalifier ?, D.S., 1994, Chron., p.308-310

- La règle de droit adéquate dans le procès civil, D.S., 1990, p.163-164

- Le juge de la mise en état à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'Homme, R.G.P. 1999, n°3, p.321-325

MAS Denys

- A propos des ordonnances du bureau de conciliation : les incidents de provisions en matière sociale, Droit social, 1985, p. 581-591

MEHDI Rostane

-L'aspect européen, in, Justice et double degré de juridiction, Justices, 1996,n°4, p51-71

MIGUET Jacques

- Exécution provisoire et exécution immédiate : le cas des mesures d'instruction, in, Mél. Louis BOYER, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 1996, p.453-468

MOLFESSIS Nicolas

- La protection constitutionnelle, in, justice et double degré de juridiction, Justices, 1996, n°4, p.17-33

MOTULSKY Henri

- Pour une délimitation plus précise de la chose jugée en matière civile, D.1958, Chron., p.1- ; Etudes et notes de procédure civile, Dalloz, 1973, p. 201-234
- La réforme du code e procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès, J.C.P., 1966, I, 1996 ; Etudes et notes de procédure civile, Dalloz, 1973, p.130-183
- Prolégomènes pour un nouveau code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, D., 1972, Chron., p.91; Etudes et notes de procédure civile, Dalloz, 1975, p.275-303

NORMAND Jacques

- La dualité de la notion d'instance en droit transitoire. L'inapplicabilité des lois nouvelles aux instances en cassation, R.T.D. civ., 1976, p.387-
- Les procédures d'urgence en droit du travail, Droit Social, 1980, p. 45-58
- Remarques sur l'expertise judiciaire au lendemain du nouveau code de procédure civile, in, Mél. dédiées à Jean VINCENT, Dalloz, 1981, p.255-271
- Le juge et le fondement du litige, in, Mél. Pierre HEBRAUD, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p.595-625
- La part des motifs dans la détermination de la chose jugée, R.T.D. civ., 1988, p386-392

- Les limites du référé-probatoire (art.145, NCPC), RTD civ.1990, p.134-139
- Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'union européenne et le respect des droits de la défenses, in, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?, Mélanges R. PERROT, Dalloz, 1998, p. 337-350
- Le rapprochement des procédures civiles dans l'union européenne, in, Le nouveau code de procédure civile: vingt ans après, Documentation Française, 1999, p. 265-283
- Les facteurs d'accélération de la procédure civile, in, La justice entre deux millénaires, Mélanges offertes à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, p.427-438

PACTEAU Bernard

- Dualité de juridictions et dualité de procédures, in, Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790, R.F.D.A. 1990, p.752-756
- Paradoxes et périls du principe de l'effet non suspensif de l'appel en contentieux administratif, in, Mélanges René CHAPUS, Montchrestien, 1992, p. 493-501
- Du nouveau en procédure contentieuse administrative : la « communication des moyens d'ordre public » (décret du 22 janvier 1992), R.F.D.A., 1992, p.480-485
- Les Cours administratives d'appel. De nouveaux juges pour une justice administrative nouvelle, in, Justice et double degré de juridiction, Justices, 1996, n°4, p.99-109

PAILLET Michel

- L'exécution des jugements et le double degré en matière administrative, in, Justice et double degré de juridiction, Justices, 1996, n°4, p.139-158

PANSIER

- L'abus de procédure, J.C.P., 1983, I, 3105 et 3111

PARCHEMINAL Hervé

-Le juge aux affaires familiales. Nouveau juge des conflits familiaux (L.n°93-22, 8 janvier 1993), J.C.P., 1994, I, 3762.

PARMENTIER Maurice

-Les jugements mixtes au regard de la recevabilité du contredit et de l'appel, Bull. avoués, 1984, p.109-

PARODI Claude

-L'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile, Répert. Notariat Defrénois, 1976, Art.31115 et 31120

PERDRIAU André

-Les dispositifs implicites des jugements, J.C.P., 1988, I, 3352

-Pour une limitation des «appels-nullité », Gaz. Pal., 1996, 1, Doct., p. 204-208

-Le décret n99-131 du 26 février 1999 relatif à la Cour de cassation, J.C.P.1999, I, 121

PERROT Roger

-Les mesures provisoires en droit français, in, Les mesures provisoires en procédure civile, Colloque, Milan, 1994, p.150

-Les incidents de provisions, Gaz. Pal., 1980, 1, Doct., p.314-322

-L'évolution du référé, in, Mél. Pierre HEBRAUD, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p.645-663

-Du «provisoire» au «définitif», in, La justice entre deux millénaires, Mélanges Offertes à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, p.447-461

PEYRE Jean-Claude

-Le référé probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile, J.C.P., 1984, I, 3158

PICARD Etienne

-La cassation en matière civile : premier bilan en matière de responsabilité et premiers arrêts en matière de sursis, J.C.P.,G.1994, I, Doct., 3751

PISSALOUX Jean-Luc

-Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse, R.D.P.1999, p.781-828

PRADEL Jean

-Le second degré de l'instruction pénale, in, Justice et double degré de juridiction, Justice, 1996, n°4, p.73-84

PRETOT Xavier

-L'autorité judiciaire est-elle encore la gardienne de la liberté individuelle ? R.D.P.1997, p.667-677

PUYBUSQUE (de) Nayral

-De l'appel des jugements avant dire droit, Gaz. Pal.1976, 2, Doct., p.700.

RENAUT Marie-Hélène

-Le principe dispositif et ses conséquences aberrantes, Rev. Huis. de justice, 1997,p.783-789

RENOUX Th.

-Le droit au recours juridictionnel, J.C.P.1993, I, 3675

RIVES Georges

-La juridiction du Conseiller de la mise en état, R.T.D. civ.1984, p.645-670

ROUAULT Marie-Christiane

-Décret n°97-563 du 29 mai 1997 relatif au fonctionnement des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et à la procédure devant ces juridictions, L.P.A., n°4 du 9 janvier 1998, p.4-13

ROUGEAUX J.-P.

-Les recours incidents dans le contentieux des travaux publics, C.J.E.G.,n° 294, 1975, Chron., p.80-84

ROUHETTE Georges

-L'ordre juridique processuel. Réflexions sur le droit du procès, Mélanges offertes à Pierre REYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985, p.627-718

RUSQUEC (du) Emmanuel

-Le concept de motif grave et légitime de l'article 272, Gaz. Pal., 1979, 1, Doct., p.97-

-Le motif décisoire et le motif grave et légitime, J.C.P., 1979, II, 19075

-La nature juridique de l'appel, Gaz. Pal., 1989, 2, Doct., p. 403-404

-Les conditions de la compétence générale du premier président statuant en référé, Gaz. Pal., 1976, 2, Doct., p. 84-88

SAMPIERI-MARCEAU J.-F.

-Le jugement définitif en matière civile: un faux ami susceptible de tous les recours, Gaz. Pal., 1992, 2, doc. P.845-846

SARGOS Pierre

-Points communs et divergences des deux ordres de juridiction, in, Juridiction administrative et juridiction judiciaire 200 ans après la loi de 1790, A.J.D.A.1990, p.585-590

SAVATIER Jean

-Décisions prud'homales en premier ou en dernier ressort, Dr. Soc.1997, p.170-175

SAUVEL

-La justice retenue de 1806-1872, R.D.P.1970, p.237

SOINNE Bernard

-Les recours-nullité dans le cadre des procédures collectives, Gaz. Pal.1987, 2, Doct., p. 695-701

SPORTOUCH Jean-Marc

-Les recours au juge du provisoire en droit du travail, Droit Social, 1987, p.503-509

STIRN Bernard

-Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation, in, Juridiction administrative et juridiction judiciaire 200 ans après la loi de 1790, A.J.D.A, 1990, p.591-594

STRICKLER Yves

- L'exécution des jugements et le double degré en matière civile, in, Justice et double degré de juridiction, Justices, 1996, n4, p.127-137

TERNEYRE P.

-Le droit constitutionnel au juge, LPA1991, n145, p.4

TERRE François

-Perspectives et avenir du dualisme juridictionnel, in, Juridiction administrative et juridiction judiciaire 200 ans après la loi de 1790, A.J.D.A., 1990, p.595-600

THERY

- L'article 145 du nouveau code de procédure civile, Rev. Jurid. du Centre-Ouest, 1988, 2, 210

TRUCHET Didier

-Fusionner les juridictions administrative et judiciaire ?, Etudes dédiées à Jean-Marie AUBY, Dalloz, 1992, p.316-3

VALLENS Jean-Luc

-La réforme du droit des entreprises en difficulté : les aspects procéduraux de la réforme, LPA du 14 septembre 1994, p.120-

VAREILLES-SOMMIERES (de) J.

- La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires, R.C.D.I.P., 1996, p.397-437

VEDEL Georges

-La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ?,
in, Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790, R.F.D.A.,
1990, p. 698-711

VIAATTE Jean

-L'amende civile pour abus du droit de plaider, Gaz. Pal.,
1978, 1, Doct, p. 305-307

VINCENT Jean

-Les pouvoirs du juge en matière de provision, in, Mél.
Pierre KAYSER, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1979,
p.417-439

VIZIOZ

- La réforme de l'appel, J.C.P1943, I, 307

WIEDERKEHR Georges

- L'accélération des procédures et les mesures provisoires,
R.I.D.C., 1998, p.449-462

IV- NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS ET COMMENTAIRES
ANCEL B.

-Note sur CJCE, 26 mars 1992, REICHERT II,
R.C.D.I.P.1992, p.714

AUBY Jean- Marie

-Note sur C.E., Ass. 4 octobre 1974, dame David,
D.1975, p.369

BARRET Olivier

-Obs. sur Cass. Com., 15 janvier 1991, J.C.P. E, 1991,
II, 165

BENABENT ALAIN

-Note sur C.E., 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux
avocats de France, D.1979, p.606

BOLARD Georges

-Note sur Cass. Com., 3 mars 1992 et 12 mai 1992,
D.S.1992,p.346-348

BORE Jacques

-Obs. sur C.E. Ass., 12 octobre 1979, Rassemblement des
nouveaux avocats de France, J.C.P. 1980, II, 19288

BOURGEOIS

-Note sur Cass. Soc. 31 juin 1987, LPA1988, n°62, p.11

CABANNES Jean

-Concl sur cass. ch. Mixte, 10 juillet 1981, D.1981,
p.637

-Concl. sur cass. ch. Mixte, 7 mai 1982, D.1982, p.541

-Concl. sur cass. Ass. Plén., 24 novembre 1989, D. 1990,
p.25-

CADIET Loïc

-Obs. sur cass. Ass. Plén., 24 novembre 1989, Ordre des
avocats au barreau d'Aix-en-Provence, J.C.P.1990, II, 21407

COMBREXELLE

-Concl. sur C.E. Ass., 18 décembre 1998, Gaz de France,
A.J.D.A.1999, p.158-162

CROZE et MOREL

-Obs. sur Civ. 3è, 15 janvier 1985, Gaz. Pal.1985,
pan., p.146

DEBOUY Christian

-Note sur C.E. Ass., 12 octobre 1979, Rassemblement des
nouveaux avocats de France et autres, A.J.D.A., 1980, p.
248252

DERRIDA Fernand

-Note sur Cass. Com., 15 janvier 1991, L.P.A., 1992,
p.23-24

-Note sur Cass. Com., 26 avril 1994, D.1994, p.543-544

DRAGO Roland

-Note sur C.E., Ass., 4 octobre 1974, dame David,
J.C.P.1974, II,17967

ESTOUP Pierre

-Note sur Cass. Ass. Plén., 2 novembre 1990, JCP1991,
II, 21631

FLAUSS

-Obs. sur CEDH, 16 juillet 1991, AJDA1995, p.138
-Obs. sur CEDH,

FOURRE J. et PUYBASSET

-Chron. sur C.E. section, 10 avril 1964, Raboni,
RDP1964, p.1207

FRANC

-Concl. sur C.E. Ass., 12 octobre 1979 Rassemblement des
nouveaux avocats de France, J.C.P.1980, II, 19288

FRANC et BOYON

-Note sur C.E., Ass. 4 octobre 1974, dame David,
A.J.1974, p.525

GAEREMYNCK Jean

- Concl. sur C.E., section, 5 juillet 1991, Société de fait
Couderc, R.F.D.A. 1991, p.942-948

GENTOT

- Concl. sur C.E., Ass. 4 octobre 1974, dame David, Rec.,
p.464

GREVISSE

- Concl. sur C.E., 15 juillet 1957, ville de Strasbourg,
A.J.D.A.1958, p.20

GUETTIER Christophe

-Note sur C.E. Ass., 18 décembre 1998, Gaz. de France,
D.S.1999,p.215-217

GUINCHARD Serge

- Note sur cass.2è civ. 10 janvier 1985, Gaz. Pal. 1985, 2, Somm. Comm., p.113-114
- Obs. sur Com., 2 octobre 1984, Gaz. Pal.1985, pan., p.18

GUINCHARD Serge et MOUSSA Tony

- Obs. sur Cass. Ass. Plén., 24 novembre 1989, Gaz. Pal.1990, 2,Somm. p.358

HAURIOU

- Note sur C.E., 13 décembre 1889, S. 1892, 3, p.17

HEBRAUD

- Note sur Paris, 10 décembre 1959, J.C.P.1960, II,11438
- Obs. sur Soc. 7 mars 1968, R.T.D. civ.1968, p.183

HENDERYCKSEN

- Note sur Pau, 7 février 1986, JCP1986, II, 20710

HERON Jacques

- La recevabilité du pourvoi immédiat, Obs. sur Cass. Ass. Plén., 5 décembre 1997, R.G. P.1998, n°3, p.449-460

HONORAT et MAS

- Note sur Com. 6 mars 1984, D.1984, p.566

HUET

- Obs. sur CJCE, 26 mars 1992, J.D.I. 1993, p.461

JEGOUZO Y.

- Note sur C.E.20 décembre 1992, Association de sauvegarde du site Alma Champ deMars, AJDA1992, p.821

JEOL Michel

- Concl. sur Cass. Ass. Plén., 4 juin 1994, J.C.P.1994, II, 22309

JULIEN Pierre

- Note sur Civ. 2è, 10 mars 1977, D.1977, IR, p.261
- Note sur Civ. 3è, 11 janvier1978, D.1978, IR, p.86
- Note sur C.E., 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France, Gaz. Pal. 1980, 1, p. 7-8

-Note sur Com. 16 janvier et 28 avril 1980, D.1980, IR, p.465

-Note sur Civ. 2^e, 2 mai 1984, D.1985, IR, p.263

KIRSCH

-Concl. sur Paris, 10 mai 1976, Gaz. Pal.1976, 1, p. 424-428

LABETOULE

-Concl. sur C.E., 27 octobre 1978, Debout, Rec., p.395

LAMY Francis

-Concl. sur C.E., Section, 30 octobre 1992, Ministre d'Etat, ministre des affaires étrangères et Secrétaire d'Etat aux grands travaux C. Association de sauvegarde du site Alma Champ de Mars, AJDA1992, p.821-827

LAURENT

-Concl. sur C.E., 4 mars 1955, veuve Sticotti, RDP1955, p.733

LEVY Marc

-Note sur Paris, 7 avril et 23 juin 1978, Gaz. Pal.1978, 2, p.552-554

LOYER-LARHER Christiane

-Note sur Rennes 19 février 1979 et 6 février 1980, Gaz. Pal.1981,1, p. 61-63

-Note sur Soc. 5 octobre 1978, Gaz. Pal.1979,1, p. 52-53

LYNDON et BENABENT

-Note sur Civ. 2^e, 3 juillet 1985, JCP1986, II, 20625

MARCHI J.-P.

-Note sur Com. 15 janvier 1991, Gaz. Pal.1992,1, p.85

MAROTTE Jean

-Note sur Civ.1^{ère}, 23 juin 1998, D.S.1999, p.231

MINTER-FEUILLET (Le) Brigitte

-Obs. sur Com., 15 juillet 1987 et Civ.2^e, 24 février 1988, J.C.P.1988, II, 21189

MONNET

-Concl. sur Cass. Ass.Plén., 2 novembre 1990, JCP1991, II, 21631

MORANGE G.

-Note sur C.E., Ass. 7 février 1947, D'Aillières, J.C.P.1947, II, 3508

MOTULSKY Henri

-Note sur Civ.2è, 12 décembre 1957, J.C.P., 1958, II, 10545; Etudes et notes de procédure civile, Dalloz, 1973, p.341-353

-Note sur T. Civ. de Tunis, 9 mars 1955, J.C.P., 1955, II, 8925; Etudes et notes de procédure civile, Dalloz, 1973, p.341-347

NORMAND Jacques

-La portée de la chose jugée. Un renouvellement de critères?, Obs. sur Cass. Ass. Plén., 4 juin 1994, R.T.D. civ. 1995, p. 177-183

-Obs. sur C.E., 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France, R.T.D. civ.1980, p.

ODENT R.

-Concl. sur C.E., Ass. 7 février 1947, D'Aillières, R.D.P.1947, p.68

PERDRIAU André

-Note sur Com. 28 avril 1998, J.C.P., 1998, II, 10168

PERROT Roger

-Jugement mixte. Le régime de l'appel : peut-il être différé jusqu'au jugement sur le fond ?, Obs. sur Amiens, 11 décembre 1975, R.T.D. civ. 1976, p. 836-838

- Procédure prud'homale. Les pouvoirs juridictionnels du bureau de conciliation : ses limites, Obs. Paris, 20 mars 1975 et Lyon 19 novembre 1975, R.T.D. civ. 1976, p. 395-397

-Procédure prud'homale. Le problème de l'appel immédiat contre les ordonnances du bureau de conciliation, Obs. sur R.T.D. civ. 1976, p. 625-628

-Appel. Jugements susceptibles d'appel : la prohibition de tout recours immédiat contre les ordonnances rendues par les bureaux de conciliation en matière prud'homale, Obs. sur Paris, 10 mai 1976, R.T.D. civ. 1976, p. 403-404

-Procédure prud'homale. Le problème de l'appel immédiat contre les ordonnances du bureau de conciliation, Obs. sur Amiens, 25 mai 1977, R.T.D. civ. 1978, p. 725-727

-Procédure devant le tribunal de grande instance. Juge de la mise en état : les suites d'une condamnation à provision, Obs. sur Paris, 23 novembre 1977, R.T.D. civ. 1978, p. 724-725

-Procédure prud'homale. Le problème de l'appel immédiat contre les ordonnances du bureau de conciliation : le caractère sérieusement contestable de l'obligation, Obs. sur Soc., 5 octobre 1978, R.T.D. civ. 1979, p. 196-198

-Jugement avant dire droit: appel pour excès de pouvoir, Obs. sur Soc. 23 février 1977, R.T.D. civ. 1977, p. 621-622

-Jugement mixte: la notion de jugement mixte susceptible d'un recours immédiat, Obs. sur Civ.3è, 16 février 1977, R.T.D. civ. 1977, p. 622-624

-Jugement mixte: la notion de "principal", Obs. sur Civ.2è, 10 mars 1977, R.T.D. civ. 1977, p. 425-426

-Jugement avant dire droit : la prohibition d'un appel immédiat est-elle d'ordre public ?, Obs. sur Soc., 26 octobre 1978 et civ. 20 juin 1979, R.T.D. civ.1980, p. 168-169

-Mesure d'instruction confiée à un technicien. Le juge chargé du contrôle; absence de tout recours immédiat contre ses décisions, Obs., RTD civ1980, p.410-411

-Procédure prud'homale. Le problème de l'appel immédiat contre les ordonnances du bureau de conciliation en matière de provision, Obs. sur Paris, 30 avril 1980, R.T.D. civ. 1981, p. 691-692

-Mesure d'instruction. Refus d'une partie d'y apporter son concours : sanction et excès de pouvoir, Obs. sur Paris, 24 novembre 1981, R.T.D. civ. 1982, p. 203-205

-Procédure prud'homale. Appel immédiat contre les ordonnances du bureau de conciliation en matière de provision, Obs. sur Soc. 29 janvier 1981, R.T.D. civ. 1982, p. 207-208

-Jugement mixte. Régime de l'appel (ou du pourvoi en cassation) : peut-il être différé jusqu'au jugement sur le fond ?, Obs. sur Amiens, 11 décembre 1981, R.T.D. civ. 1982, p. 661-662

-Mesure d'instruction ordonnée en référé: recours contre l'ordonnance, Obs. sur Cass. Ch. Mixte, 7 mai 1982, R.T.D. civ.1982, p.788-790

-Jugement avant dire droit. La prohibition de tout appel immédiat est d'ordre public : le « devoir » du juge d'appel

d'en relever d'office l'irrecevabilité, Obs. sur Com. 2 octobre 1984, R.T.D. civ. 1985, p. 215-216

-Procédure prud'homale. Bureau de conciliation : le problème de l'appel immédiat contre ses décisions, Obs. sur Soc. 12 juin 1986, R.T.D. civ. 1987, p. 146-148

-Procédure prud'homale. Bureau de conciliation : le problème de l'appel immédiat contre ses décisions : la notion d'excès de pouvoir, Obs. sur Soc. 16 juillet et 8 octobre 1987, R.T.D. civ. 1988, p. 399-401

-Recours en cassation. Recevabilité : le problème du pourvoi immédiat contre une décision qui rejette une exception de procédure ou une fin de non-recevoir (la notion d'instance), Obs. sur Civ. 7 octobre 1987, R.T.D. civ. 1988, p. 189-190

-Procédure prud'homale. Appel immédiat contre les décisions du bureau de conciliation : excès de pouvoir et défaut de motivation, Obs. sur Soc. 21 novembre 1990, R.T.D. civ. 1991, p. 403

-Procédure prud'homale. Appel immédiat contre les décisions du bureau de conciliation: excès de pouvoir et défaut de motivation, Obs. sur Soc. 21 novembre 1990, R.T.D. civ.1991, p.403

-Appel immédiat: ordonnance de référé ordonnant une mesure d'instruction, Obs. sur Cass. 24 mars 1993, R.T.D. civ.1993, 891-892

-Mesure d'instruction préventive: le "suivi", Obs. sur Civ.2è, 21 juin 1995, R.T.D.civ.1995, p.679-680

-Sursis à statuer: recours contre l'ordonnance refusant l'autorisation d'appel, Obs. sur Com. 24 janvier 1995, R.T.D. civ. 1995, p. 681-682

-Cassation: la recevabilité du pourvoi immédiat et la notion d'instance, Obs. sur Civ. 3è 13 mars 1996, R.T.D. civ.1996, p.478-480

-Cassation: irrecevabilité de l'ordonnance présidentielle statuant sur une demande d'autorisation d'appel en matière d'expertise, Obs. sur Civ.2è, 26 février 1997, R.T.D. civ.1997, p. 748-749

-Effet dévolutif - Jugement avant dire droit et jugement sur le fond, note sur Cass. 2è civ., 21 janvier 1998, Procédures, p. 7-8, n°110

-Appel-nullité, la notion d'excès de pouvoir, Obs. sur Cass. civ.1^{ère}, 28 avril 1998, Procédures, 1998, n° 165

PRIEUR

-Note sur C.E., 11 octobre 1972, Judeaux, D.1973, p.348

RAYNAUD Pierre

-Obs. sur Cass. Ass. Plén., 3 avril 1962, J.C.P.1962, II, 12744

RIBOULET

-Concl. sur C.E., 26 juillet 1912, Cie d'Orléans et du Midi, D.P.1916,3, p.19

RIGAUD

-Concl. sur C.E., 17 avril 1964, GUERTIN, D. 1964, p.387-389

RUSQUEC (du) Emmanuel

-Note sur Lyon, 19 janvier 1978, Gaz. Pal., 1978, 1, p.97 ou J.C.P.1979, II, 19075

-Note sur Rennes, 23 février 1979, Gaz. Pal.1979, 1, p. 264-265

-Note sur Cass. civ. 2è, 17 mai 1993, J.C.P.1993, II, 22162

-Note sur Cass. civ.2è, 9 décembre 1997, J.C.P.1998, II, 10090

-Note sur Cass. civ.2è, 18 février 1999, J.C.P.1999, II, 10128

SCHrameck O.

-Obs. sur C. const., 9 avril 1996, A.J.D.A.1996, p.371

STAHL J.-H. et CHAUVAUX Didier

-chron. de jurisprudence européenne, A.J.D.A.1996, p.348

TOMASIN Daniel

-Note sur Civ. 1^{ère}, 1^{er} avril 1981, J.C.P.1982, II, 19897

VIATTE Jean

-Note sur Cass. civ.2è, 11 avril 1975, Gaz. Pal.1975, 2, p.615

-Note sur Cass. ch. Mixte, 10 juillet 1981, Gaz. Pal.1981, 2, p.627

-Note sur Cass. com., 19 octobre 1981, Gaz. Pal.1981, 1, p.164

-Note sur Cass. Civ.2è, 10 février 1982, Gaz. Pal.1982, 1, p.479-480

-Note sur Cass.ch.mixte, 7 mai 1982, Gaz. Pal.1982, 2, p.571-572

WALINE Marcel

-Note sur C.E., Ass. 7 février 1947, D'Aillières, R.D.P.1947, p.

WEBER J.-F.

-Concl. sur Cass. Ass. Plén., 5 décembre 1997, J.C.P. 1998, II,10006

WIEDERKEHR Georges

-Jugement. De la distinction entre décision contentieuse et décision gracieuse, Obs. sur Civ.1^{ère}, 17 octobre 1995, Justices, 1996, n° 4, p. 266-274

-De la distinction des actes juridictionnels et non juridictionnels, Obs. sur Civ.3è, 18 mai 1994, Justices, 1995, n° 1, p. 246-248

-Décisions gracieuses, jugements sur le fond, dessaisissement du juge et autorité de la chose jugée, Obs. sur Civ.1^{ère}, 6 avril 1994, Justices, 1995, n° 2, p.283-287

-Limites de l'autorité de chose jugée. Dispositif du jugement, Obs. sur Civ. 1^{ère}, 8 juillet 1994, Justices, 1995, n° 2, p.292-293

-Jugement mixte. Tribunal de sécurité sociale. Expertise technique, Obs. sur Cass. civ.2è, 20 juin 1996, Justices, 1997, n°8, p.142-143

-Appel immédiat. Jugement mixte. Fin de non-recevoir. Droit transitoire. Qualification, Obs. sur Cass. Civ.1è, 14 mai 1996, Justices, 1997, n°7, p. 171-181

-Jugement. Motifs, dispositif, portée respective, Obs. sur Cass. Civ.2è, 28 février 1996, Justices, 1997, n°5, p.285-287

-Appel-nullité autonome. Recevabilité. Effet dévolutif, Obs. sur Cass. Com., 28 mai 1996, Justices, 1997, n°7, p.182-187

-Appel-nullité . Violation du principe de la contradiction, Obs. sur Civ.1^{ère}, 22 avril 1998, R.G.P., n° 4, 1998, p654

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

A

Abus

- de droit.....42, 43
- de voies de recours.....44, 46, 47, 48, 49, 50

Acte

- juridictionnel....67, 68, 69, 70
- de malveillance...44

Action en justice...4

Amende civile 49, 50, 51

Appel différé

- domaine.....78, 80, 81, 82, 83
- valeur.....86 et s.

Appel immédiat...90, 91 et s., 234 et s.

Appel- nullité....297, 298 et s.

Arbitrage.....301

Autorisation judiciaire...235, 237 et s.

Autorité de la chose jugée

- absence (de).....176, 177 et s.
- au principal.....81 et s.
- au provisoire.....84 et s.
- avant dire droit.....185 et s.
- dispositif.....189 et s.
- motifs.....192 et s.

B

Bureau de conciliation.....82 et s., 391 et s.

C

Cassation

- v. pourvoi

Chose jugée 7, v. également Autorité de la chose jugée

Compétence

- contredit.....12 et s.

Contradictoire

- principe du.....133, 134, 134 et s.

Convention des Droits de l'Homme...148 et s.**D****Délai**

- Appel.....327, 328 et s.
 - . CAA et CE....335 et s.
 - . juridictions spécialisées 348 et s.
 - . ordonnances du JME.....352 et s.
 - . appel-nullité.....356 et s.
 - . jugements mixtes.....362 et s.
- Pourvoi.....367 et s.

Dessaisissement.....180, 204, 213, 215**Dilatoire**

- comportement.....20, 52
- manœuvre v. abus de droit

Dispositif

- autorité.....177, 189, 190
- jugement mixte.....261, 262, 263

E**Effet suspensif.....156, 453****Exception de procédure.....23, 266****Excès de pouvoir**

- notion.....303 et s.
- critère.....312 et s.

Exécution immédiate....158**Exécution provisoire.....158, 453****Expertise**

- décision ordonnant.....237, 239, 240 et s.

F**Fin de non-recevoir.....266, 269****Force de chose jugée.....210****Fond**

V. jugement

I**Incident de procédure.....23, 217, 264 et s.****Instruction**

V. mesure d'instruction

Instance

- décision mettant fin.....267 et s., 278, 279 et s.
- notion.....271 et s.
- lien (de).....275

J**Juge**

- de l'exécution (décision du).... 243
- de la mise en état ...129, v. également ordonnance (du)

Jugement

- avant dire droit
- . notion....19, 166, 167 et s., 411 et s.
- . nature.....65, 66 et s.
- . effet....175 et s.
- classification....15, 16 et s., 203 et s.
- définitif.....210
- distinct du jugement sur le fond.....24 et s.
- effets processuels.....175 et s., 215
- exécutoire.....158
- irrévocable.....210
- interlocutoire....v. préparatoire
- mixte.....254 et s.
- préparatoire.....23, 160, 161, 162
- provisoire.....435 et s.
- sur le fond.....204, 206 et s., 209, 210, 211, 212 et s.

Juridiction

- double degré (de).....10 et s.
- dualité (de).....108 et s., 119 et s.
- spécialisée.....48 et s.

L

Litige.....275, 276

M**Matière**

litigieuse.....438 et s

Mesure

- administration judiciaire (de) 75, 171, 172 et s.
- instruction (de).....19, 169 et s.
- . en cours d'instance.....80 et s., 413, 414
- . préventive.....415 et s.
- . exécution.....69, 158
- provisoire.....19, 168 et s., 374 et s., 389 et s., 396 et s., 401 et s.

Motif

- décisoire.....192, 193, 194 et s.
- décisif.....197, 198, 199, 200 et s.
- grave et légitime.....248, 249, 250 et s.

O**Objet**

- litige (du).....257

Obligation

- sérieusement contestable.....238, 391

Ordonnance

- bureau de conciliation.....82 et s., 391
- JME.....237 et s., 385, 390
- référé.....374, 377, 417

Ordre public

- moyen de.....135, 136, 137 et s., 140 et s.
- règles de.....86 et s.

P**Pourvoi**

- différé.....37, 83, 100, 101, 102
- immédiat.....245 et s., 272 et s.

Prétention.....257

Principal (le).....206, 207, 209, 254, 257, 258, 259

Procédure

- accusatoire.....124 et s.
- collective.....14, 302
- inquisitorial...v. accusatoire
- règle générale de.....110 et s.

Provision

- décision octroyant.....283, 287, 288, 291, 406

R

Récusation.....286, 287, 288, 289, 290, 291

Référé

- v. ordonnance

Ressort

- taux de 11

S

Sursis à statuer.....170 et s., 237, 239, 243 et s.

V**Voies de recours**

- ordinaires.....5, 6
- extraordinaires....v. ordinaires

TABLES DES MATIERES

INTRODUCTION	9
PARTIE I L'opposition actuelle des procédures civile et administrative	38
TITRE I Les manifestations de l'opposition	42
CHAPITRE I L'exclusion des recours immédiats en matière civile	45
SECTION I Les justifications de la règle de l'exclusion des recours immédiats	46
I Une justification fonctionnelle: protéger le droit à l'exercice des voies de recours	47
A- L'influence générale de la théorie de l'abus de droit	48
B- La distinction de l'interdiction des recours immédiats de la théorie classique de l'abus de droit: le caractère préventif des articles 545 et 608 du NCPC	55
II L'influence de la nature du jugement avant dire droit	61
A- Les dégradations textuelles de la «juridictionnalité»	62
B- la critique des dispositions textuelles	67
SECTION II L'importance actuelle de la règle de l'exclusion des recours immédiats	72
I L'extension du champ d'application de la règle de l'exclusion des recours immédiats	73
A- Les décisions soumises à l'interdiction des recours immédiats	74
B- Les voies de recours concernées	79
II Le caractère d'ordre public de la règle de l'exclusion des recours Immédiats	81

CHAPITRE II L'admission des recours immédiats en matière administrative	86
SECTION I L'affirmation du principe	86
I L'origine de l'appel immédiat	87
II Les raisons de l'admission de l'appel immédiat	90
SECTION II L'extension du principe au pourvoi en cassation	93
I L'arrêt Dussert du 31 octobre 1962	94
II L'arrêt Guertin du 17 avril 1964	94
CONCLUSION DU TITRE I	97
TITRE II La recherche des raisons de l'opposition	99
CHAPITRE I Une raison à écarter: le dualisme juridictionnel	102
SECTION I Les arguments d'ordre général	103
I L'importance des règles générales de procédure dans la construction de la procédure administrative contentieuse	104
II L'évolution récente des deux ordres de juridiction	110
A- L'évolution structurelle de l'ordre administratif	111
B- L'évolution des caractères généraux des procédures	113
1- Le recul du caractère accusatoire de la procédure civile	114
2- Le développement du contradictoire et de la publicité des audiences en matière administrative	122
a- L'extension du domaine du contradictoire : le décret du 22 Janvier 1992	122
b- Vers un principe général de la publicité des audiences devant les juridictions	

administratives	133
SECTION II Les arguments étroitement liés aux Jugements avant dire droit	137
I Les effets des recours sur les jugements avant dire droit	138
A- L'existence d'une contrariété des effets de l'appel	139
B- L'insuffisance de cette contrariété pour justifier l'opposition actuelle	140
II Le régime unitaire initial des recours contre les jugements avant dire droit	142
CHAPITRE II La notion de jugement avant dire droit: une notion ambiguë	151
SECTION I L'absence d'une définition générale du Jugement avant dire droit	152
I Les limites de l'article 482 du NCPC	153
A- La conception restrictive du jugement avant dire droit	153
B- Le jugement avant dire droit saisi par ses effets	158
1- La relativisation de l'absence d'autorité de la chose jugée	161
2- La limitation de la chose jugée au dispositif	169
a- Un principe acquis: la condamnation des motifs décisifs	173
b- Un principe fragile: la résistance des motifs décisifs	178
II Les incertitudes de la distinction du jugement avant dire droit et du jugement sur le fond	182
A- Le contenu de la distinction légale	182
B- L'introuvable critère de distinction entre le jugement avant dire droit et le jugement	

sur le fond	185
1- La conception restrictive du fond	187
2- La conception large du fond	189
SECTION II L'émergence d'une notion particulière du jugement avant dire droit en matière administrative	194
I Une conception extensive	195
II Une conception critiquable	198
CONCLUSION DU TITRE II	201
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	202
PARTIE II Le rapprochement des deux procédures	203
TITRE I Les manifestations du rapprochement en droit positif	206
CHAPITRE I La volonté du législateur	209
SECTION I Le régime légal d'autorisation judiciaire	210
I Un domaine rigoureusement défini	211
A- La limitation objective du domaine de l'autorisation judiciaire	211
B- La limitation de l'exigence de l'autorisation judiciaire à la voie d'appel	219
II Une condition difficile à définir	223
SECTION II Les autres régimes légaux facteurs de rapprochement	228
I L'admission des recours immédiats en matière civile	228
A- Le jugement avant dire droit qui tranche une partie du principal	229
1- L'extension circonstancielle de la notion de principal	231

2- L'exclusivité du dispositif	235
B- Le jugement sur incident mettant fin à l'instance	238
1-Les conditions générales de mise en œuvre des articles 544 al.2 et 607 du NCPC	238
a- Il doit s'agir d'un jugement sur incident	238
b- Le jugement sur incident doit avoir mis fin à l'instance	240
2-Les difficultés particulières de mise en œuvre de l'article 607 du NCPC: la notion d'instance	243
a- Les deux conceptions possibles de l'instance	245
b-La consécration de l'unité de l'instance: l'arrêt du 5 décembre 1997	249
II L'interdiction exceptionnelle des recours immédiats en matière administrative	258
CHAPITRE II La force créatrice du juge	264
SECTION I Les facteurs du rapprochement	264
I L'interdiction des recours immédiats par le Conseil d'Etat dans le contentieux électoral	265
II La possibilité d'annulation du jugement avant dire droit dans la jurisprudence civile	267
A-Une possibilité distincte de la fonction classique d'annulation des voies de recours	268
B-Les recours-nullités ne se limitent pas au jugement avant dire droit	271
SECTION II La notion d'excès de pouvoir fondement des recours-nullités	273
I La dualité de la notion d'excès de pouvoir	274
A-L'annulation du jugement avant dire droit pour atteinte au principe de la séparation des pouvoirs	275
B-L'annulation du jugement avant dire droit	

	pour méconnaissance d'un principe fondamental de droit ou de procédure	277
II	Une notion difficile à caractériser	279
	A-L'inopportunité d'isoler un critère précis	280
	B-L'amorce jurisprudentielle d'une appréciation restrictive de l'excès de pouvoir	283
	CONCLUSION DU TITRE I	289
TITRE II	Un rapprochement à approfondir de lege ferenda	290
CHAPITRE I	La persistance d'oppositions injustifiées	292
SECTION I	Le régime des délais d'exercice des recours	293
I	La diversité des délais d'appel	294
	A- Les délais d'appel en matière administrative	295
	1- La solution antérieure au décret du 24 août 1984	295
	2- Les innovations apportées par le décret du 24 août 1984	297
	a- Le délai applicable devant le C.E. et les C.A.A.	298
	b- L'inapplicabilité de l'art. R.229 al.3 devant les juridictions administratives spécialisées	307
	B-Les délais d'appel en matière civile	309
	1- Les délais spéciaux d'origine textuelle	310
	2- Les solutions jurisprudentielles	311
	a- L'application limitée du délai de droit commun	311
	b- L'application rigoureuse des délais de droit commun aux jugements mixtes	316
II	L'unité du régime du pourvoi en cassation	319
SECTION II	Le régime des jugements ordonnant des mesures provisoires	323

I	Un régime dualiste	325
	A- Mesures provisoires et admission des recours immédiats	325
	1- Les ordonnances de référé	326
	a- L'admission de l'appel contre l'ordonnance de référé	326
	b- L'admission du pourvoi en cassation	328
	2- Les ordonnances du juge de la mise en état en matière de divorce et de séparation de corps	330
	B- Mesures provisoires et exclusion des recours immédiats	333
	1- Les autres mesures provisoires du juge de la mise en état	333
	2- Les ordonnances du bureau de conciliation	334
II	Une dualité critiquable	335
	A- La notion de mesure provisoire	336
	1- Un obstacle sérieux : la diversité des mesures provisoires	337
	2- Un obstacle surmontable : l'unité fonctionnelle des mesures provisoires	340
	B- La perspective d'un droit judiciaire européen	344
CHAPITRE II Eléments pour une définition conceptuelle du jugement avant dire droit		347
SECTION I L'insertion du jugement avant dire droit dans une instance principale		349
I	Jugement avant dire droit et jugement ordonnant une mesure d'instruction avant tout procès	350
	A- La distinction tenant aux conditions du recours à l'article 145	351

1- Le recours à l'article 145 n'est pas lié à une instance au fond	351
2- Le recours à l'article 145 nécessite un intérêt légitime	353
B- La distinction tenant au régime de recevabilité des recours	358
1- La controverse initiale	358
2- Une controverse aujourd'hui périmée	360
II Jugement avant dire droit et jugement provisoire	362
SECTION II Le jugement avant dire droit ne tranche aucun point de la matière litigieuse	364
I La notion de matière litigieuse	364
II L'incidence de la question litigieuse sur la qualification du jugement avant dire droit	366
CONCLUSION DU TITRE II	368
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	369
CONCLUSION GENERALE	371
BIBLIOGRAPHIE	374
INDEX ALPHABETIQUE	417