

---

## Le juge au cœur du procès civil

Le Code de procédure civile (CPC) était appelé officiellement « nouveau » jusqu'en 2007. Les codificateurs de 1971-1975 marquaient de cette façon leur volonté de rompre avec le passé en repensant à nouveau frais la physionomie du procès civil en général et la place du juge en particulier.

En effet, qu'il s'agisse de la matière litigieuse ou de la conduite de l'instance, l'évolution historique est dans le sens d'un rôle central dévolu au juge, cette dynamique cherchant à le placer au cœur du procès civil. Pour parvenir à une régulation efficace du procès, deux procédés sont *a priori* possibles : le premier consiste à poser des règles générales et à imposer au plaideur un représentant, participant à l'ordre public (officier ministériel), pour les appliquer, le juge n'intervenant que pour arbitrer les différends non résolus entre représentants, à la demande de l'un d'eux ; le second consiste à confier au juge le soin de poser *in concreto* les règles particulières de l'instance et de contrôler en continu leur application. Le premier procédé a été adopté par le code de procédure de 1806, héritant en cela de l'ordonnance de Colbert de 1667. Le second est celui du code de procédure entré en vigueur en 1976. Dans l'ancien système, les acteurs de la procédure comptaient les avoués, officiers ministériels, héritiers des procureurs de l'Ancien régime. Leur compétence et leur rectitude légaliste, appuyées par une surveillance réciproque et une discipline corporatiste devaient assurer le bon fonctionnement du procès. Le juge ne participait pas normalement au scénario. Il n'intervenait que s'il était saisi par un des avoués, pour régler ce qu'on appelait un incident de procédure ; et les avoués s'efforçaient d'éviter l'incident judiciaire, en réglant entre eux les conflits. Pourtant, les avoués laissèrent peu à peu aux avocats le soin de rédiger les conclusions, ce qui leur faisait perdre la maîtrise du temps de leur signification, et donc celle du temps du déroulement de l'instance. Très naturellement, les avoués disparurent lorsqu'on adopta le second type de procédure dans lequel ils n'avaient plus leur place. Achevant la réforme de la profession d'avoué qui avait été amorcée par la loi du 31 décembre 1971 unifiant les professions d'avocat et d'avoué près des tribunaux de grande instance, la loi du 25 janvier 2011 a ainsi fait disparaître les avoués à la Cour depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012. Les avocats doivent désormais gérer eux-mêmes l'intégralité des procédures d'appel, ce qui contribue à simplifier la liste des acteurs : les parties et leurs conseils d'un côté, le juge de l'autre.

Cependant, est-ce à dire que cela simplifie le sujet pour autant ? Loin s'en faut. D'abord, il n'est pas aisé de cerner le cœur du procès civil, même si les réformes successives adoptées depuis 1976 ont fait monter en puissance la phase de mise en état dans un souci de célérité et d'efficacité. Ensuite, et précisément, nombreux sont les avocats et les auteurs qui déplorent un rôle trop important dévolu au juge, qui remettrait en cause le principe dispositif au profit d'une procédure à la fois très dirigée et bureaucratique. Enfin, il faut tenir compte de mouvements contradictoires car, tandis que le juge de la mise en état voit son rôle renforcé, l'office du juge du fond s'est réduit, puisque le relevé d'office d'un moyen de pur droit n'est plus désormais qu'une faculté, sauf règles spéciales (Assemblée Plénière 21 décembre 2007).

Afin de mettre en valeur ces tensions, qui signalent un certain vieillissement du Code de 1971-1975, il convient d'envisager successivement le juge au cœur de la matière litigieuse (I) et la juge au cœur de la conduite de l'instance (II).

### **I - Le juge au cœur de la matière litigieuse**

Selon *Motulsky*, la clarté de la distinction entre fait et droit facilite la répartition entre l'office du juge et les pouvoirs des parties. Les parties ont la charge d'alléguer le fait (article 6 CPC) tandis que le juge est en charge du droit (article 12 CPC). Toutefois,

l'avènement du principe de collaboration resserre les liens du juge avec le fait (B) sans pour autant atténuer ceux qu'il entretient déjà avec le droit (A).

#### A- Le juge et le droit

Les rapports entre le juge et le droit sont classiquement de deux ordres, mais leur compréhension a été troublée par la jurisprudence de la Cour de cassation.

S'agissant de la conception du rôle du juge à l'égard du droit telle qu'elle ressort du Code de 1975, deux aspects saillants doivent être rappelés. D'une part, l'article 12 alinéa 1<sup>er</sup> du CPC indique que le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Le juge a l'obligation de trancher, il ne peut donc pas se contenter d'inviter les parties à régler amiablement leur différend. En second lieu, le juge ne peut rendre une condamnation en se fondant sur l'équité. Cependant, l'alinéa 4 du même article prévoit la possibilité pour les parties, une fois le litige né, de demander au juge de statuer en amiable compositeur. Cela signifie que le juge est affranchi des règles de droit. Il peut néanmoins trancher le litige selon les règles de droit s'il les juge équitables compte tenu de l'affaire qu'il doit trancher. Deux conditions sont exigées : il faut un accord exprès des parties et que ces dernières aient la libre disposition de leurs droits (article 12 alinéa 4 du CPC). D'autre part, l'article 12 alinéa 2 dispose que le juge a un pouvoir de qualification des faits et actes litigieux, quelle que soit la dénomination retenue par les parties. Il convient de distinguer selon que les parties ont invoqué ou non un fondement juridique à l'appui de leurs prétentions. En l'absence de fondement juridique, il appartient au juge de qualifier les faits. Par ailleurs, l'article 12 alinéa 3 limite le pouvoir du juge en la matière. Ce dernier ne pourra pas modifier la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. L'immutabilité du litige s'étend alors au droit et le juge perd son pouvoir de requalification.

S'agissant des métamorphoses contemporaines de l'office du juge, l'assemblée plénière s'est prononcée le 21 décembre 2007 en faveur de la simple faculté pour le juge de relever d'office un moyen de pur droit, sauf règles spéciales : « *si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes* ». Ainsi, seule la qualification ou requalification serait obligatoire pour le juge, le relevé d'office d'un moyen de pur droit ne serait qu'une faculté. Cette distinction, très artificielle (comment qualifier sans prétendre invoquer une règle de droit ?) donne un tour plus accusatoire au procès civil : sauf dans les hypothèses où le relevé d'office est commandé par la loi (exemple de l'article L. 141-4 du Code de la consommation), cet solution éloigne le droit français de la conception équilibrée de l'office du juge qui était celle des rédacteurs du code de 1975 ; une conception qui parvenait toujours à se réclamer de l'idée simple suivant laquelle les parties se chargent des faits, le juge du droit (le fameux *da mihi factum, tibi dabo jus* : donne-moi les faits, je te donnerai le droit). Désormais les parties doivent au juge les moyens de droit, de sorte qu'on peut se demander si le juge dit encore le droit ou s'il ne fait pas que rendre un jugement arbitrant entre les prétentions des plaideurs. Or, ces prétentions sont appuyées sur des faits pour lesquels les textes donnent encore de remarquables pouvoirs inquisitoires au juge...

## B- Le juge et le fait

La saisie du fait par le juge s'incarne dans le respect du principe dispositif et dans le cadre de l'instruction civile.

En premier lieu, le principe dispositif implique que les parties introduisent (article 1<sup>er</sup>) et conduisent l'instance (article 2). Toutefois, le principe de coopération donne au juge la charge de veiller au bon déroulement de l'instance (article 3). Il appartient dès lors aux parties de déterminer l'objet du litige par leurs prétentions respectives (article 4 CPC), étant précisé que le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé. Telle est la première limite au pouvoir du juge relativement à l'instance civile. En effet, le juge ne peut statuer ni *infra petita* ni *ultra petita*. S'agissant de l'*infra petita*, le juge ne doit pas négliger de se prononcer sur la demande d'une des parties, auquel cas l'article 463 du CPC permet au plaideur victime d'obtenir une rectification du jugement. La même procédure trouve à s'appliquer lorsque le juge statue *ultra petita*, c'est-à-dire lorsqu'il statue au-delà de ce qui lui est demandé. Par exemple, le juge ne saurait prononcer d'office la condamnation aux frais irrépétibles de l'article 700 (Civile 3ème, 5 avril 1978). Néanmoins, le juge a la possibilité d'interpréter une prétention obscure et de découvrir une prétention implicite. D'autres exceptions issues de lois spéciales peuvent également conduire à écarter l'immutabilité de la prétention. Ainsi, en cas de rejet de la demande en divorce, l'article 258 du Code civil autorise le juge à se prononcer sur la condamnation aux charges du mariage.

Une seconde limite découle de l'article 6 du Code de procédure civile qui pose le principe selon lequel les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à fonder leurs prétentions. Plus qu'une charge, c'est un monopole qui leur est octroyé par la loi. Par conséquent, interdiction est faite au juge de fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat (article 7 alinéa 1<sup>er</sup> CPC), que cela soit des faits résultant d'investigations personnelles (Civile 2ème 6 juillet 1978), de souvenirs (Sociale 26 juin 1986) ou encore d'une note en délibéré (Com 16 juin 1981). Toutefois, ce principe est tempéré par trois exceptions. Tout d'abord, en matière contentieuse, l'article 8 du CPC prévoit que le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige. De surcroît, l'article 7 alinéa 2 précise que le juge peut prendre en considération des faits, parmi les éléments du débat, que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions. Qualifiés de faits adventices (*Motulsky*), le juge a une simple faculté de les prendre en considération. Ainsi, en matière de responsabilité, le juge a la possibilité de relever d'office certains agissements fautifs du défendeur (Civile 2<sup>ème</sup> 8 juillet 1971) et, en matière contractuelle, il peut se fonder sur le contenu de clauses qui n'avaient pas été spécialement invoquées, afin de déterminer la nature et l'étendue des obligations des parties. Ensuite, en matière gracieuse, les principes directeurs du procès ne trouvent pas à s'appliquer. Dès lors, le juge peut fonder sa décision sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris ceux qui n'auraient pas été allégués. Cependant, les explications du requérant devront être recueillies (Civile 1<sup>ère</sup> 13 janvier 1993).

En second lieu, l'office du juge quant aux faits s'étend au cadre de l'instruction civile. Il est vrai que l'article 9 du CPC confère aux parties la charge de la preuve des faits. Néanmoins, les articles 10 et 143 du même Code indiquent que le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer, ceci étant une simple faculté (Com 14 décembre 2004). L'article 146 précise que la mesure d'instruction ne peut être ordonnée que si la partie qui allègue un fait ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver. Par ailleurs, la mesure ne doit pas être destinée à suppléer la carence des parties. Ainsi, le juge peut notamment faire comparaître personnellement les parties ou l'une d'elles (article 184), entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile à la manifestation de la vérité (article 218) ou désigner un technicien (article 232).

Placé au cœur de la matière litigieuse par le Code de procédure civile, le juge voit son rôle central amenuisé par certaines évolutions jurisprudentielles. Il conserve toutefois un rôle moteur dans la conduite de l'instance, au risque de voir certains avocats et auteurs contester le dirigisme judiciaire d'une procédure civile bureaucratique.

## **II- Le juge au cœur de la conduite de l'instance**

L'article 2 du code de procédure civile dit bien que « les parties conduisent l'instance », mais ajoute aussitôt « sous les charges qui leur incombent ». Et l'alinéa 3 donne le ton véritable : « Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires », ce qui, par voie de conséquence, oblige les parties - ou leurs représentants - « à accomplir les actes de la procédure dans les formes et les délais requis ». Le juge gère la procédure, et dans les juridictions collégiales un magistrat spécialisé remplit cette fonction de « juge de la procédure ». C'est dire combien la mise en état constitue désormais le cœur du procès civil (A), quitte à symboliser un procès civil bureaucratique (B).

### **A- La mise en état, cœur du procès civil**

Alors que le Code de 1806 ne confiait au juge aucun pouvoir d'initiative dans la conduite de l'instance, une loi de 1935 a institué un juge chargé de suivre la procédure, lequel a été remplacé par le juge de la mise en état. Désormais, le juge de la mise en état est chargé de l'instruction de l'affaire en vertu de l'article 763 du CPC. Il peut inviter les avocats à fournir les explications de fait nécessaires à la solution du litige (article 765) ou obtenir la communication et la production de pièces (article 770)...

Le juge de la procédure type est le juge de la mise en état devant le tribunal de grande instance. C'est en lui faisant référence que nous allons présenter le profil d'un tel juge. Mais son rôle est transposé dans toutes les juridictions. Le tribunal de commerce peut « confier à l'un de ses membres le soin d'instruire l'affaire en qualité de juge rapporteur » (article 861 du CPC). Le juge d'instance, juge unique, a reçu les pouvoirs propres à lui permettre de diriger la procédure. Il peut « mettre en demeure les parties de produire, dans le délai qu'il détermine, tous les documents et justifications propres à l'éclairer », ou encore « inviter les parties à fournir les explications qu'il estime nécessaires à la solution du litige » (article 844 du CPC). Le conseil des prud'hommes peut désigner un ou deux conseillers « pour mettre l'affaire en état d'être jugée » (article R. 516-21 du Code du travail). La technique de la mise en état de l'affaire par un juge de la procédure est donc généralisée à toutes les juridictions. Les missions confiées à ce juge de la procédure sont les suivantes : d'abord il fixe des délais. Dans l'ancien système, des délais standards étaient inscrits dans la loi. Le juge de la mise en état fixe désormais des délais *in concreto*. Il peut les proroger, en reporter le terme (article 764). La manière est plus souple, mais les avoués se chargeaient autrefois de plier les textes à la pratique. Le juge de la mise en état surveille la communication des pièces, adresse au besoin des injonctions aux avocats postulants (article 770 du CPC). Ces communications étaient faites autrefois par les avoués, et sous l'arbitrage au besoin du président de la compagnie. Le juge peut maintenant intervenir pour l'obtention de pièces détenues par un tiers (article 138 et s. du CPC). L'exécution des mesures d'instruction est contrôlée par le juge « chargé de l'instruction » (article 156 du CPC). Les difficultés auxquelles se heurterait l'exécution sont réglées, à la demande des parties, ou à l'initiative du technicien commis, soit par le juge qui procède à la mesure, soit par le juge chargé du contrôle de celles qui sont exécutées par un technicien (art. 777). Le décret du 28 décembre 1998 (art. 155-1 du CPC) a consacré une pratique suivie par certains tribunaux importants d'un juge spécialement chargé de contrôler l'exécution des mesures d'instruction confiées à un technicien, notamment des expertises.

La montée en puissance des juges et conseillers de la mise en état marque encore plus nettement une dissociation du procès civil classique en deux phases distinctes : celle d'instruction et de règlement des incidents, puis, vidée de ce contentieux accessoire, celle de jugement au fond. La volonté affichée des réformes est la réduction des délais et donc la célérité et qualité de la justice. Cependant, il semble qu'avec cette évolution constante des pouvoirs du juge de la mise en état, on ait bouleversé la physionomie traditionnelle du procès civil et ainsi complexifié la procédure, au risque d'en faire une procédure bureaucratique qui échappe aux parties.

#### B- La mise en état, symbole d'un procès civil bureaucratique

Le code de procédure civile a souhaité qu'un dialogue direct entre le juge de la mise en état et les parties puisse éventuellement avoir lieu, lorsque l'instruction de l'affaire nécessite un échange d'explications de tous pour avancer, ou si une conciliation apparaît possible. Aux termes de l'article 767, en effet, « le juge de la mise en état peut, même d'office, entendre les parties [al. 1<sup>er</sup>]. L'audition des parties a lieu contradictoirement à moins que l'une d'elles, dûment convoquée, ne se présente pas ». On le voit, si l'audition des parties est décidée, elle doit être contradictoire ; elle sera réputée contradictoire si une des parties, régulièrement convoquée, ne se présente pas. Quoi qu'il en soit, l'audition reste une simple faculté pour le juge de la mise en état et elle est rare en pratique. Une partie ne saurait donc faire grief à un arrêt d'avoir été rendu sans son audition ou celle de son avocat, dès lors qu'il ne résulte pas des pièces du dossier qu'elle ait demandé à se défendre elle-même ou qu'un avocat se soit présenté à l'audience pour assurer la défense de ses intérêts (Civile 2<sup>ème</sup> 1<sup>er</sup> déc. 1971). De là la figure d'un procès civil bureaucratique, où l'oralité et les plaidoiries tendent à s'effacer au profit d'un échange de pièces dûment consignées sur un bordereau. Il convient en effet de rappeler qu'au cours de la mise en état une renonciation « conventionnelle à plaidoiries » peut être convenue, ce que suggère souvent le juge de la mise en état au nom de l'impératif de célérité. Pour inciter les parties à accomplir les diligences nécessaires dans les délais, le juge de la mise en état dispose de pouvoirs étendus, qu'il s'agisse des injonctions, des délais impartis ou de la radiation. S'agissant de cette dernière, le juge peut prononcer la clôture à l'égard du seul avocat négligent, ou la radiation à l'égard des deux afin de sanctionner un défaut de ponctualité. Il s'agit donc d'un dispositif très nourri qui peut parfois conduire à confondre vitesse et précipitation...

Le nouveau système est-il plus efficace que l'ancien ? - car c'est au critère de l'efficacité qu'il faut ici se poser la question. Ce n'est pas certain. Le cours de la justice n'est pas plus rapide depuis que le juge y veille directement ; la situation se serait même plutôt dégradée. Il est vrai que les causes d'engorgement des juridictions se trouvent autre part que dans la procédure. Certains affirment que la situation ne serait pas pire si l'on en était resté à l'ancienne technique de régulation de l'instance assurée par les avoués. En effet, les deux systèmes de régulation peuvent fonctionner si l'on y met les moyens. Or, il est douteux que l'action de l'État, à travers les juges et les greffiers qui dépendent financièrement de lui, soit la plus efficace. Les avoués étaient des professionnels libéraux qui obéissaient aux injonctions de la clientèle. Le nouveau système a paru plus moderne, peut-être parce qu'il s'est inspiré du modèle allemand, suivant un code qui datait seulement de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, alors que le nôtre remontait à Colbert. Il est vrai aussi que cette mainmise sur la technique accompagnait l'affirmation du pouvoir du juge sur la matière du litige. Dans la mesure où le juge intervenait plus activement dans la formation de la matière du litige, il était normal qu'il contrôle les mécanismes de l'instruction.

**Conclusion :** Le juge au cœur du procès civil ? Au terme de cette étude, le tableau est contrasté. Les réformes successives ont bien conçu le juge comme l'acteur essentiel du procès, tant au regard de la matière litigieuse que de la conduite de l'instance. Cependant, cette place centrale est tantôt fustigée au nom du dirigisme judiciaire qui fait bon marché du principe dispositif, tantôt battue en brèche par des

évolutions jurisprudentielles qui voient le relevé d'office d'un moyen de pur droit comme une simple faculté. La « politique judiciaire » qui conduit à réduire l'office du juge pour le relevé des moyens de pur droit est très certainement due, par-delà les impératifs de célérité, à la crainte d'une prolifération du contentieux et d'une mise en cause de la responsabilité de la justice si les juges avaient le devoir de relever d'office les moyens de droit que les parties ont omis de soulever. C'est dire combien la place du juge dans le procès civil est aussi une question politique et économique.