

ÉLÉMENTS DE TYPOLOGIE DES JUGEMENTS À PARTIR DE L'IDÉE DE RÉALISATION DU DROIT *

Par

Jacques HÉRON

Doyen de la Faculté de droit et de sciences politiques de l'Université de Caen

1 - L'une des difficultés essentielles pour effectuer une classification, quelle qu'elle soit, consiste à trouver l'angle d'attaque de la classification, disons le critère ou les critères selon lesquels on essaiera de classer les objets examinés. En d'autres termes, la difficulté n'est pas tant de trouver les réponses que les questions, les réponses étant implicitement contenues dans l'énoncé des questions.

Quand il s'agit de classer les jugements, la première idée qui vient à l'esprit, de façon quasiment naturelle, consiste à concentrer son attention sur le juge. Le jugement est l'œuvre du juge ; ne doit-on pas en déduire que c'est en scrutant son activité et en essayant d'y discerner des différences que l'on pourra opérer les classifications qui conviennent ? L'idée est certainement judicieuse lorsqu'il s'agit de classer les jugements en raison de la façon dont ils sont confectionnés par le juge : c'est une telle démarche qui permet, par exemple, de distinguer l'ordonnance de l'arrêt ou du jugement, au sens étroit du mot. De la même façon, le degré de la juridiction qui a statué conditionne pour partie le recours dont le jugement est susceptible.

Cependant, l'exemple qui vient d'être pris montre immédiatement que le classement des jugements au regard des voies de recours ne peut pas être mené à partir du seul examen de l'activité du juge. Contre un arrêt d'appel, le plaideur doit se pourvoir en cassation ; mais chacun sait que le pourvoi en cassation n'est pas ouvert

(*) Dans cet article, je ne cherche qu'à soulever quelques questions et à suggérer quelques réflexions. C'est ce qui explique l'absence de références, dont l'utilité serait médiocre. Tous les spécialistes du droit judiciaire privé connaissent les travaux auxquels cet article fait directement ou indirectement référence. En cas de besoin, on trouvera les références dans les manuels. Par ailleurs, les idées essentielles à partir desquelles s'est construite ma réflexion sont évidemment celles que j'ai déjà exprimées dans mon manuel de droit judiciaire privé. On comprendra que je n'aie pas envie de me citer moi-même. J'opère donc une sorte de renvoi général au manuel pour tout ce qui soutient les réflexions de cet article. Les idées que j'exprime dans la seconde partie de cet article ont déjà été exposées (dans une perspective différente) dans une communication faite le 15 mars 1991 au Comité français de droit international privé sous le titre "Publicisation d'un droit et choix de la méthode de règlement". Pour cette seconde partie, on lira avec profit l'intéressant article de M. R. Martin : "La saisine d'office (essai sur sa signification)", J.C.P. 1973.IV.6316.

seulement contre les arrêts d'appel : les articles 605 et 606 du nouveau Code de procédure civile font du pourvoi en cassation la voie de recours normale contre les jugements rendus en dernier ressort, quel que soit le degré de la juridiction qui a statué, et c'est le montant de la demande qui pour l'essentiel détermine si le jugement est rendu en premier et dernier ressort ou en premier ressort seulement. Le double degré de juridiction est le principe ; par exception, lorsque la demande est modique, le législateur estime que les frais de l'instance d'appel excéderaient le montant de l'intérêt litigieux, ce qui le conduit à supprimer l'examen de l'affaire par le juge du second degré. Dans cette situation, la qualification du jugement ne fait donc que refléter les caractéristiques de la demande.

2 - En soi, l'idée que le jugement est une sorte de miroir de la demande n'a rien d'original : elle apparaît à la seule lecture des articles 4 et 5 du nouveau Code et c'est elle qu'exprime le principe dispositif. La décision du juge répond à la demande qui lui est soumise. Sans doute répond-elle aussi aux défenses opposées à la demande, mais les défenses ne sont pas autonomes par rapport à la demande, de sorte que l'examen des défenses au fond n'est rien d'autre qu'un examen plus complet de la demande (il n'en va pas de même pour les défenses procédurales, mais justement ces défenses portent sur l'application des règles de procédure). Si le jugement reflète la demande, il est raisonnable de penser qu'il reflète l'élément essentiel de la demande qu'est la prétention. Remontons encore un cran en arrière. La prétention se caractérise par la règle de droit substantiel qui permettra, si la demande est fondée, de donner satisfaction au plaideur. La typologie des jugements dépend donc, au moins pour partie, du droit substantiel invoqué dans la demande au soutien de la prétention.

L'exemple qui vient d'être indiqué montre que cette idée est déjà utilisée pour la classification des jugements : la voie de recours est déterminée par le montant de la créance dont le demandeur se prétend titulaire. Cet exemple n'est pas unique. Le jugement est gracieux lorsque le juge statue en matière gracieuse, et l'article 25 du nouveau Code définit très justement la matière gracieuse par la demande et, au-delà de la demande, par le droit substantiel qu'invoque le demandeur : un changement de régime matrimonial ou une adoption. La même chose peut encore être dite à propos des jugements déclaratoires. C'est d'abord l'action qui a un caractère déclaratoire et ce caractère provient de l'objet de la demande : alors que, dans une demande normale, le plaideur sollicite du juge qu'il ordonne que se produise l'effet juridique de la règle, dans l'action déclaratoire, il demande seulement que le juge constate la réalisation d'un ou de plusieurs éléments du présumé de la règle substantielle.

3 - L'hypothèse sur laquelle repose cet article est que la typologie des jugements dépend pour une large part du droit substantiel invoqué dans la demande, ce qui revient à dire que l'idée que le jugement reflète la demande n'a pas été suffisamment utilisée pour la classification des jugements. L'une des questions les plus classiques en la matière est celle de la distinction des jugements déclaratif et constitutif. Il est permis de penser que la perspective adoptée dans cet article permettrait de lui apporter une réponse plus satisfaisante (I).

Dans le droit fil de cette idée, une interrogation doit venir à l'esprit. Si le jugement reflète la demande, que doit-on penser lorsque le juge peut se saisir et donc statuer d'office ? Son jugement est-il encore le miroir d'un droit substantiel et, si c'est le cas, quels traits caractéristiques présente ce droit substantiel (II) ?

I - LES JUGEMENTS DÉCLARATIF ET CONSTITUTIF

4 - On ne soutient plus guère aujourd'hui l'idée que les jugements déclaratif et constitutif se distingueraient par ce que le jugement déclaratif se bornerait à déclarer, c'est-à-dire à reconnaître un état de droit préexistant, alors que le jugement constitutif créerait un état de droit nouveau, différent de celui qui existait auparavant. Cette opposition méconnaît d'abord qu'au même titre que le jugement constitutif, le jugement déclaratif est doté d'un effet substantiel et ensuite que le jugement constitutif présente lui aussi un caractère déclaratif. La distinction se trouve généralement réduite à la question de la date à laquelle se produisent les effets substantiels du jugement. À la différence du jugement constitutif, le jugement déclaratif produit ses effets de façon rétroactive, la rétroactivité du jugement déclaratif étant une mesure de remise en état : si les parties avaient suivi les prescriptions posées par la règle de droit, les choses devraient se présenter différemment. Le jugement déclaratif poursuit le rétablissement *a posteriori* de la situation. Par exception, le jugement constitutif serait dépourvu de la rétroactivité qui caractérise normalement le jugement contentieux.

Si elle est moins critiquable que la précédente, cette présentation de la distinction n'est pas pour autant satisfaisante. D'abord, on remarquera qu'à proprement parler, elle n'explique rien. Elle ne fait que constater la différence des deux sortes de jugement : c'est un fait que le jugement constitutif est dépourvu de la rétroactivité dont est doté le jugement déclaratif. Mais elle ne dit pas pourquoi il en va ainsi. Faut-il se résigner à n'expliquer la différence entre les deux sortes de jugements que par de pures considérations d'opportunité, telles que le *favor matrimonii* ou la sécurité des tiers ? En second lieu, chacun sait que les effets du jugement de divorce ne se produisent pas tous au même moment. C'est ainsi que l'article 262-1 du Code civil dispose qu'en ce qui concerne les biens, le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre époux dès la date d'assignation. Pourquoi ces dates différentes ? Le jugement est-il moins constitutif dans certains de ses effets que dans d'autres ? Peut-on attacher une différence de nature à ce qui n'est manifestement qu'un choix contingent ?

5 - Arrivé à ce point, on est tenté de réduire l'opposition des jugements déclaratif et constitutif de droit à une classification somme toute mineure, puisque la distinction des deux sortes de jugement ne serait liée à aucune différence significative de nature. Intuitivement, cependant, on sent bien qu'une telle réduction n'est pas la réponse qui convient. Il y a quelque chose de vrai dans l'idée que le juge constate une nullité ou une responsabilité, alors qu'il fait le divorce pour faute ou le divorce-répudiation. Cela suggère un rapprochement avec la matière gracieuse. On peut dire de la même façon que le juge fait l'adoption ou le divorce sur requête conjointe et il est notable que le jugement gracieux est normalement constitutif.

Il faut vérifier si ce rapprochement est fondé. On sait que la particularité de la matière gracieuse tient à la structure de la règle de droit substantiel. En principe, la manifestation de volonté de la partie ou des parties à l'acte constitue la condition à la fois nécessaire et suffisante (sous réserve parfois de conditions de forme) de la création de l'effet de droit. Lorsque l'acte juridique est inclus dans la matière gracieuse, la création de l'effet juridique est subordonné par l'article 25 du nouveau Code à une condition supplémentaire, qui est le contrôle du juge. Le contrôle du juge devient un élément supplémentaire du présumé de la règle de droit, prenant place à côté des autres éléments relatifs aux conditions de la manifestation de la volonté et à l'objet de cette volonté. De là vient que le jugement gracieux n'est pas rétroactif pour ce qui est de ses effets : l'acte ne se formant valablement qu'avec l'approbation du

juge, il est normal qu'il ne produise ses effets qu'au moment où toutes les conditions se trouvent remplies.

6 - En dehors de la matière gracieuse, la réalisation des règles de droit n'appelle pas de façon nécessaire l'intervention du juge. Il n'en va pas seulement ainsi dans l'exécution des contrats, qui est le plus souvent spontanée. La même chose peut encore être dite à propos de l'inexécution des contrats ou même des obligations délictuelles ou quasi-délictuelles. Peu importent les données statistiques. Le seul point qui compte est qu'en cas d'inexécution d'un contrat, les parties ont la possibilité de tirer en droit les conséquences de ce qui vient de se produire, de façon en tous points identique à ce que ferait le juge. De même, en cas de survenance d'un fait générateur de responsabilité délictuelle, celui que la loi désigne comme responsable du dommage (ou son assureur) peut se rapprocher de la victime et convenir avec elle d'une réparation d'un montant égal à celui qui serait retenu par le juge.

La matière du divorce présente sur ce point une originalité marquée. À supposer qu'un mari ait commis, de façon à la fois grave et renouvelée, toutes les sortes possibles de violations des devoirs et obligations du mariage, de sorte que nul ne puisse douter même un instant que la vie commune ait été rendue intolérable pour sa femme, néanmoins ce mari ne peut reconnaître ses torts et permettre à son épouse de tirer à l'amiable les conséquences juridiques que la loi attache à son comportement. Il faut nécessairement que l'épouse saisisse le juge. Mieux même (ou pire, selon le point de vue adopté), à supposer que la demande ait été formée à un moment où n'existait pas encore le divorce demandé par un époux et accepté par l'autre, et à supposer encore que le mari ait fait preuve d'une discrétion suffisante pour que son épouse ne pût établir la réalité de ses turpitudes, le juge devait rejeter la demande sans tenir compte des aveux que pouvait en faire le mari. La seule solution pour l'épouse était que le mari acceptât de renouveler l'une ou l'autre de ses actions antérieures, de telle façon que, ce coup-là, la femme pût en prouver la réalité.

En un mot, il n'existe pas de divorce en dehors du juge, quelle que soit la volonté des parties. À la différence de la grande majorité des règles substantielles qui ne donnent lieu à une procédure qu'en cas de résistance de l'une des parties aux prétentions de l'autre, le droit du divorce présente cette anomalie (le mot n'est pas trop fort) de ne pas connaître d'autre réalisation que judiciaire. Véritablement, le juge fait le divorce, c'est sa décision qui crée l'état de divorcés. Pour caractériser cette situation, l'on ne peut mieux faire que reprendre l'expression de Pierre Hébraud : le divorce fait partie du contentieux obligatoire. Chacun de ses termes mérite une brève explication.

7 - En premier lieu, chacun sait que, malgré la prohibition du divorce par consentement mutuel, il existait avant 1975 des divorces d'accord, c'est-à-dire des divorces dans lesquels le défendeur ne contestait pas les griefs allégués contre lui. Malgré l'absence de contestation, la demande restait contentieuse parce que la loi ne reconnaissait aucun effet à l'accord des parties, de sorte qu'un juge rigoureux devait rejeter la demande chaque fois qu'il pensait que les parties, leurs conseils et leurs témoins lui jouaient une comédie, ce qui aurait été impossible si le divorce avait relevé de la matière gracieuse. En d'autres termes, le conjoint désireux de rompre le lien conjugal devait former une demande contre l'autre conjoint, quelle que pût être en fait l'attitude de ce dernier. L'exclusion de la matière gracieuse tient à ce que le divorce pour faute ne se réalise pas au moyen d'un acte juridique et que, par définition, la matière gracieuse suppose qu'un acte juridique doive être soumis au

contrôle du juge. Lorsqu'il s'agit d'un fait juridique comme l'adultère, le contrôle du juge relève nécessairement de la matière contentieuse.

Si la nature de l'évènement factuel soumis au contrôle du juge permet de séparer nettement le divorce pour faute de la matière gracieuse, en revanche, le caractère obligatoire de l'intervention du juge tend à les rapprocher. En effet, s'il n'y a pas de divorce sans jugement, il faut en déduire, de façon nécessaire, que l'intervention du juge entre le présupposé de la règle dont l'effet juridique est la rupture du lien conjugal. C'est la condition *sine qua non* pour qu'il ne puisse pas exister de divorce extrajudiciaire. De là vient que la règle est une anomalie, puisqu'elle mêle dans son présupposé des éléments substantiels à des éléments procéduraux ; de là vient aussi que le jugement qui met en œuvre cette règle se distingue des autres jugements.

Le jugement ordinaire, celui que l'on qualifie de déclaratif, est en principe doté d'un effet rétroactif, parce que le juge peut dire, par exemple, au débiteur d'une somme d'argent : "vous auriez dû payer, sans que j'aie besoin de vous condamner". Il n'en va pas de même pour le jugement de divorce (et c'est ce qui lui vaut la qualification de constitutif) ; le juge peut certainement dire au mari coupable qu'il n'aurait pas dû commettre l'adultère, mais il ne saurait ajouter qu'il aurait dû en tirer les conséquences. Seul le juge a le pouvoir de le faire. Dès lors, il est normal (bien que non nécessaire) que l'effet du jugement se réalise sans rétroactivité au moment où, comme en matière gracieuse, se produit, avec la décision du juge, le dernier élément du présupposé.

8 - Quelles conséquences peut-on tirer de l'analyse qui vient d'être menée pour le régime des jugements constitutifs ? Deux d'entre elles peuvent être indiquées ici. La première est de nature procédurale. L'intervention du juge, qu'implique le présupposé de la règle, ne peut être que celle d'un juge ordinaire, c'est-à-dire d'un juge du principal, par opposition au juge des référés. La loi n'entend pas que l'on divorce par provision.

La seconde conséquence se rapporte à l'application de la loi dans le temps. Il résulte des articles 23 et 24 de la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 que c'est la date de la présentation de la requête en divorce qui détermine l'application des dispositions de la loi nouvelle. Au premier abord, cette solution peut surprendre : est-il normal qu'un divorce puisse être prononcé en application des textes nouveaux pour des faits qui se sont produits avant le 1er janvier 1976 ? De fait, à certains égards, on ne peut nier que l'application de la loi nouvelle soit entachée de rétroactivité. De façon plus précise, on dira que, si les règles qui régissent le divorce étaient des règles de droit substantiel ordinaires, les dispositions des articles 23 et 24 de la loi de 1975 en organiseraient l'application rétroactive : dans une règle substantielle ordinaire, ne se trouvent visés que des faits extérieurs et antérieurs au procès. Par conséquent, c'est par rapport au moment où ces faits se produisent que s'ordonne normalement l'application de la loi nouvelle ; à l'inverse, le moment auquel se déroule le procès est indifférent.

Cependant, le caractère hétérogène du présupposé de la règle qui conduit au jugement constitutif complique la mise en œuvre des mécanismes régissant l'application de la loi dans le temps. À côté des faits relevant du droit substantiel, se trouve également visée l'intervention du juge. La question est de savoir s'il faut ou non prendre en compte cet élément pour l'application de la loi nouvelle. Une comparaison vient à l'esprit : en droit pénal, aussi, la règle comprend des éléments de droit substantiel (les éléments constitutifs de l'infraction), auxquels s'ajoute l'intervention nécessaire du juge pour que se déclenche l'effet juridique de la règle d'incrimination : le délinquant pris de remords peut certes se livrer aux autorités

publiques, mais il ne peut s'infliger à lui-même la peine qu'il estime mériter. Or, en matière pénale, pour l'application de la loi dans le temps, on fait très justement abstraction de l'élément procédural du présumé de la règle, pour ne prendre en compte que les faits constitutifs de l'infraction.

9 - Ne doit-on pas en faire de même en matière de divorce, ce qui revient à "oublier" la particularité du présumé de la règle ? Répétons-le : est-il normal de prononcer le divorce pour un adultère commis à une date où il n'entraînait pas un tel effet, ou de permettre la répudiation à la suite d'une séparation antérieure à la publication de la loi nouvelle ? *A priori* on devrait s'attacher au moment où ces faits se sont produits et, en effet, cette solution ne soulève aucune difficulté aussi longtemps que la loi nouvelle ne modifie que les causes de divorce. Rien n'interdit, pour juger les griefs réciproques que s'adressent deux époux, de les apprécier au regard de dispositions différentes, parce que les faits allégués se sont produits à des moments différents. Il est logique de traiter de façon différente deux adultères, dans un même mariage, s'ils se sont produits à des moments où la loi qui leur était normalement applicable leur attachait des conséquences différentes.

En revanche, l'application de deux lois différentes à un divorce devient très difficile, voire impossible, lorsque la loi nouvelle modifie les effets attachés par la loi ancienne à la rupture du lien conjugal. L'application concomitante de la loi ancienne et de la loi nouvelle obligerait en réalité le juge à prononcer deux divorces, avec toutes les incohérences qui pourraient en résulter. Il faut donc une seule loi. Laquelle choisir ? Puisqu'il n'existe aucune raison de choisir la loi normalement applicable au moment de l'adultère de la femme plutôt que la loi normalement applicable au moment de l'adultère du mari, il faut renoncer à déterminer la loi applicable à partir des faits (dispersés tout au long du mariage) qui constituent des causes de divorce. Dès lors, il ne reste plus que deux solutions possibles. La première consiste à appliquer la loi en vigueur au jour de la célébration du mariage. Ce choix présente l'avantage de supprimer tout risque de rétroactivité. En revanche, il conduit à généraliser la survie de la loi ancienne, avec l'inconvénient que les couples français pourraient être soumis à cinq ou six lois différentes, en fonction de la date de leurs mariages. Si l'on estime qu'il est nécessaire que tous les couples soient soumis à la même loi, la seule solution est celle que retient le législateur, consistant à prendre en compte l'intervention du juge, et le plus simple est alors de s'attacher au moment où s'opère la saisine du juge. Le droit transitoire se trouve comme figé à ce moment-là. À défaut d'être la plus juste ou même la plus rationnelle, cette solution a pour elle le mérite d'être la plus expédiente.

10 - Une dernière observation peut être apportée sur le sujet du contentieux obligatoire. On vient de voir que ce contentieux trouve sa source dans l'impossibilité pour les intéressés de tirer eux-mêmes les conséquences de leur comportement passé. Il existe donc une corrélation entre les limites apportées à la liberté des parties de faire un acte juridique et l'intervention du juge ; selon l'importance de la restriction, son intervention sera gracieuse ou contentieuse. Si la loi prévoit que la restriction peut être levée par le juge, on est dans la matière gracieuse. En revanche, si la loi ne prévoit pas que la restriction puisse être levée par le juge, il faudra former une demande contentieuse. Un exemple permet de s'en convaincre. Un père naturel peut reconnaître son enfant, en dehors de toute intervention du juge. Mais, si le père naturel décède avant d'avoir reconnu l'enfant, que faut-il faire ? La loi ne désigne pas un autre titulaire du droit de reconnaître, dont l'acte serait éventuellement soumis au contrôle du juge. Aucune reconnaissance n'étant plus possible, la seule ressource qui s'offre à la mère consiste à assigner les héritiers, dans une instance contentieuse,

alors même que ces héritiers ne discutent pas la paternité de celui qui est décédé et qu'ils souhaitent l'établissement de la filiation (cf. trib. gr. inst. Paris, 9 janvier 1978, D. 1978, 465).

II - LE JUGEMENT RENDU PAR LE JUGE QUI S'EST SAISI D'OFFICE

11 - C'est une autre question classique que de savoir, lorsque le tribunal de commerce ouvre d'office une procédure collective, ou lorsque le juge des tutelles ouvre d'office la tutelle d'un mineur sous administration légale, si le jugement relève de la matière contentieuse ou de la matière gracieuse. À notre sens, avant de chercher à répondre à cette question, il faut d'abord se demander si la question est bien posée. Cette question signifie-t-elle que le jugement rendu constitue soit un jugement contentieux ordinaire, soit un jugement gracieux ordinaire ? Si tel est le cas, alors la question est mal posée, parce que le droit mis en jeu dans ces deux exemples n'est pas de même sorte que ceux sur lesquels le juge judiciaire est ordinairement appelé à se prononcer dans les jugements qu'il rend, que ce soit en matière contentieuse ou gracieuse.

L'idée que ces jugements ne relèvent pas de la matière contentieuse au sens ordinaire du mot s'impose assez facilement à l'esprit. Lorsque le juge des tutelles ouvre une tutelle d'office, il n'est pas saisi d'une prétention qui lui serait soumise par un demandeur contre un défendeur. Dans le cas de la procédure collective prononcée d'office, on pourrait certes dire que la faillite est ouverte contre le débiteur et que cela correspond à un cas de contentieux obligatoire, en ce sens que le débiteur en faillite ne pourrait pas tirer lui-même toutes les conséquences de sa situation financière. Il est vrai qu'il existe une certaine ressemblance entre l'ouverture de la faillite et le schéma du contentieux obligatoire. Le redressement judiciaire de l'entreprise suppose de façon nécessaire un jugement ouvrant la procédure. Mais la ressemblance est limitée. Le contentieux obligatoire se rencontre lorsqu'un demandeur ne peut pas obtenir d'un défendeur l'effet de la règle juridique, sans l'intervention du juge. Dans la faillite, il manque soit le demandeur (lorsque le juge se prononce d'office), soit le défendeur (lorsque le débiteur prend l'initiative de la procédure). Au demeurant, la situation procédurale qu'est susceptible d'occuper le débiteur selon qu'il prend ou qu'il ne prend pas l'initiative de la procédure pose une question plus fondamentale : comment se fait-il qu'une même personne puisse ainsi changer de position procédurale sans que le fond de l'affaire soit modifié ? L'ouverture de la procédure produira les mêmes effets, quelle que soit la personne qui en a pris l'initiative. C'est là une situation qui, à notre connaissance au moins, est sans équivalent en matière contentieuse ordinaire.

12 - Puisque ces situations ne relèvent pas de la matière contentieuse, faut-il en déduire qu'elles relèvent de la matière gracieuse ? Il n'en est rien. Du fait que l'on ne trouve pas un demandeur face à un défendeur, on peut seulement conclure que l'intervention du juge ne relève pas de la matière contentieuse. Cependant la matière gracieuse ne regroupe pas tout ce qui échappe à la matière contentieuse, elle se définit de façon positive par des traits spécifiques que définit l'article 25 du nouveau Code. Le domaine de la matière gracieuse est limité aux actes juridiques dont le législateur impose qu'ils soient soumis au contrôle du juge pour produire leur effet. *A contrario*, tous les actes du juge qui ne répondent pas à la définition de l'article 25 du nouveau Code ne relèvent pas de la matière gracieuse. Tel est le cas ici : lorsque le juge ouvre une tutelle d'office, quel est l'acte juridique, quelle est la manifestation de volonté dont la loi subordonne la force obligatoire à un contrôle judiciaire ?

On dira peut-être que le dépôt de bilan est un acte juridique sur lequel le juge va statuer par la suite. Pour autant on ne saurait inclure les procédures collectives dans la matière gracieuse. En effet, en déposant son bilan, le débiteur ne fait que satisfaire à une obligation pesant sur lui et dont l'inexécution est sanctionnée par la faillite personnelle. À l'opposé, les époux ne sont pas tenus de divorcer par requête conjointe, ni de changer de régime matrimonial. Ce n'est que s'ils entendent changer leur régime matrimonial qu'ils doivent saisir le juge.

13 - Si ces affaires ne relèvent ni de la matière contentieuse, ni de la matière gracieuse, où doit-on les classer ? La seule solution consiste à remonter de cette classification à une classification antérieure. Devant le juge judiciaire, les demandes contentieuses et gracieuses mettent le plus souvent en jeu des règles de droit privé. Mais chacun sait à quel point les limites de compétence du premier et du second ordres de juridiction peuvent être contingentes et que l'on ne saurait poser une relation de stricte égalité entre le droit public et les matières qui relèvent du juge administratif. S'il est impossible de ranger nos deux exemples dans la matière contentieuse ou dans la matière gracieuse de droit privé, il faut s'interroger sur leur appartenance au droit public.

Certes l'impossibilité d'inclure ces matières dans les catégories traditionnelles du droit privé ne suffit pas à justifier leur rattachement au droit public. Il faut rechercher les traits caractéristiques qui permettent de façon positive d'y procéder. Le premier tient à la saisine d'office, dont M. R. Martin a justement remarqué qu'elle est étrangère à la fonction juridictionnelle du juge judiciaire. La raison en est que la saisine d'office ne s'accorde pas avec la notion de droit privé, dont le titulaire est un particulier ; il est aberrant dans une telle hypothèse que le juge se saisisse de lui-même d'une affaire et force le particulier à prendre ce dont celui-ci ne veut pas. À l'opposé, si le juge exerce une prérogative de l'État, dont il est un organe (certes particulier), si donc il fait valoir un droit public, il est normal qu'il puisse agir d'office : il est celui que la règle de droit désigne comme titulaire.

La seconde raison tient de plus près encore à la nature de la règle de droit public. Les règles de droit privé constituent un ensemble de règles qui permettent de répondre *a priori* à toute question de droit parce que toute personne est susceptible d'en être le destinataire : il faut et il suffit qu'elle remplisse les conditions posées par le présumé, par exemple qu'elle soit propriétaire ou locataire d'un bien. C'est ce qui explique que la règle de droit privé puisse être indifféremment utilisée par une personne privée ou par une personne publique : l'État, un département ou une région peuvent *a priori* conclure un contrat de droit privé. À l'opposé, le droit public est constitué par l'ensemble des règles, dérogatoires du droit privé, dont une personne publique est spécifiquement destinataire, ou, comme on dit encore, est destinataire *jure imperii*.

14 - Appliquons ces idées aux deux matières prises en exemple. En principe, la loi assure la protection des mineurs par des règles de droit privé en les confiant à ceux qui remplissent la condition d'en être les parents légaux. Mais la confiance accordée aux parents n'est pas absolue. L'État se réserve la possibilité de reprendre le pouvoir accordé aux parents qui n'en s'en montrent pas dignes ou de combler le vide que crée leur disparition ; il prévoit que, le cas échéant, il assumera lui-même la protection du mineur. La règle appartient au droit public, puisqu'elle désigne l'État en tant que tel et non en raison de conditions abstraites que toute personne serait *a priori* susceptible de remplir. La particularité de la situation (qui occulte l'appartenance de la règle au droit public) tient à ce que l'État a choisi comme organe le juge judiciaire. L'État a estimé que la protection des mineurs était une matière trop sensible pour la

confier à une administration ordinaire, ou même au juge administratif. Mais rien ne l'interdirait, et il en existe des exemples à l'étranger.

Les procédures collectives relèvent du droit public en ce que d'abord elles constituent les voies d'exécution du droit commercial. Comme le dit la formule exécutoire, l'État vient prêter main forte aux créanciers. La même chose peut être dite des règles qui intéressent la sauvegarde de l'entreprise ou le maintien des emplois. L'État prend en main l'entreprise en difficulté par l'intermédiaire du tribunal et de ceux qui l'assistent ; il s'est reconnu le pouvoir de modifier les droits des créanciers, selon ce qu'il estime opportun pour la sauvegarde de l'entreprise ; il peut exproprier le débiteur de tout ou de partie de son entreprise. C'est l'État qui choisit parmi les candidats à la reprise, qui accepte ou refuse le plan de continuation et pose les conditions auxquelles il le subordonne. Par l'organe de son tribunal, l'État est le sujet de toutes ces règles de droit. Pour surmonter la surprise que peut susciter une telle présentation du droit des faillites, il suffit de laisser de côté cette circonstance particulière que l'État agit par l'entremise d'un tribunal. On saisit mieux alors les liens qui unissent les procédures collectives aux expropriations et aux nationalisations, puis aux concessions et aux privatisations, dont l'appartenance au droit public n'est pas discutée.

15 - Toute la spécificité de l'activité du juge en matière de protection des mineurs et de procédures collectives tient donc à ce qu'il agit à un double titre. D'une part, il exerce le droit dont l'État est titulaire. À ce titre, il est un administrateur, comme peut l'être le préfet ou le directeur départemental de l'équipement. Mais, d'autre part, il ne cesse pas d'être juge. C'est même parce qu'il est juge que la loi lui confie la mission de gérer la matière de l'enfance en danger et celle des entreprises en difficulté. Sur ce point, un rapprochement s'impose avec la matière gracieuse. De ce que l'activité gracieuse du juge présente un caractère exceptionnel par rapport à son activité contentieuse, il ne résulte pas que le jugement gracieux n'est pas spécifique de l'activité du juge. Tout au contraire, si la loi confie au juge la mission d'examiner et d'approuver certains actes juridiques sensibles, c'est pour qu'il agisse en juge. À défaut son intervention n'aurait pas de sens. Il en va de même ici.

Pour comprendre l'activité du juge en matière de protection des mineurs ou de procédures collectives, il faut sans cesse garder présentes à l'esprit ces deux missions que le juge assume en même temps de façon consubstantielle. Concrètement, il nous semble qu'il faut adopter la démarche suivante : le juge étant d'abord choisi par l'État en tant qu'il est juge, il reste soumis en principe aux règles qui régissent son activité ordinaire ; par exception, il faut écarter ou aménager ces règles chaque fois qu'elles sont incompatibles avec l'autre titre auquel agit le juge.

La première modification est celle qui manifeste l'appartenance de ces règles au droit public, à savoir la possibilité de se saisir d'office. En deuxième lieu, la saisine d'office implique aussi la mise à l'écart de l'article 7 du nouveau Code qui confère aux parties le monopole de l'allégation des faits. Dans les procès de droit privé, ce monopole est accordé aux parties parce qu'au sens propre, les faits sont l'affaire des parties. Il n'en va pas ainsi lorsque la règle fait partie du droit public : peut-on imaginer que l'État soit privé de la possibilité d'alléguer les faits relatifs aux droits dont il est titulaire ? De même, il faut sans doute écarter la notion d'*infra petita* ou d'*ultra petita* lorsque ce sont les prérogatives de l'État qui sont en jeu. En revanche, il est moins facile de dire si les règles relatives au dessaisissement du juge et à l'autorité de la chose jugée doivent être écartées ou seulement aménagées. L'exercice des voies de recours donne aussi lieu à de nombreuses hésitations et il n'est pas étonnant que, dans la loi de 1985, les difficultés inhérentes à la matière,

jointes à la volonté d'originalité à tout prix du législateur, aient porté la matière à des sommets jusqu'alors inconnus de complexité.

16 - Il serait présomptueux, dans un article de taille limitée, de vouloir apporter des réponses définitives à toutes ces interrogations. Son objet n'était que de montrer que la typologie des jugements dépend pour une large part des droits substantiels que le jugement réalise, selon l'expression de Henri Motulsky. On se contentera d'apporter pour finir deux précisions sur la question du juge judiciaire agissant dans le domaine du droit public. En premier lieu, les procédures collectives laissent subsister, au profit des créanciers, des prérogatives à l'encontre du débiteur. Dans la limite de ce qui leur est accordé, les créanciers peuvent agir contre le débiteur selon les règles du droit privé. Leurs actions subissent quelques aménagements procédurux, mais pour l'essentiel elles conduisent à des jugements contentieux ordinaires. Ainsi en va-t-il par exemple du jugement d'admission des créances.

La seconde précision est que, si la saisine d'office manifeste l'existence d'une règle de droit public, l'inverse n'est pas vrai : il existe d'autres hypothèses dans lesquelles le législateur confie au juge judiciaire le soin de trancher des difficultés nées de l'application de règles de droit public. L'état civil est une administration de l'État (même si l'État en charge la commune). Lorsqu'un officier de l'état civil refuse de recevoir l'un des prénoms choisis par les parents, la décision qu'il rend est de même nature que celle que rend un fonctionnaire qui refuse de délivrer une carte grise ou de communiquer un document. La requête soumise au tribunal de grande instance ne relève donc pas de la matière gracieuse, comme l'a jugé à tort la Cour de cassation (Civ. 1ère, 1er octobre 1986, Bull. civ. I, n° 232, p. 22) : il existe un litige tenant au refus de l'administration de l'état civil d'accepter le prénom, et le particulier entend obtenir du juge la condamnation de l'administration représentée par le ministère public.

Pourquoi donc la Cour de cassation a-t-elle raisonné en termes de juridiction gracieuse ? Deux raisons peuvent être avancées. La première tient à l'acte introductif d'instance. Comme en matière gracieuse, la demande est contenue dans une requête, ce qui ne fait pas ressortir que la demande est dirigée contre quelqu'un. La seconde raison est que le juge judiciaire applique presque toujours des règles de droit privé, et presque toujours de façon contentieuse, de sorte qu'il a tendance à classer tout ce qui ne relève pas du contentieux de droit privé dans la matière gracieuse de droit privé. Cet exemple montre une fois encore les risques d'une telle démarche. La morale à en tirer est qu'il faut sortir de la procédure et remonter jusqu'aux droits mis en jeu pour trouver une typologie adéquate des jugements rendus par le juge judiciaire.