

179742 bis

UNIVERSITÉ DE DIJON

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

LES NULLITÉS DE PROCÉDURE EN MATIÈRE CIVILE

Thèse en vue de l'obtention
du Doctorat de 3^{ème} cycle en droit privé
présentée et soutenue en novembre 1984²⁸

par

Thérèse GAMBIER

Avocat à la Cour



JURY

- M. Georges BOLARD, Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique de Dijon, Directeur de la recherche
- M. Pierre RODIERE, Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique de Dijon
- M. Henri RAMEAU, Chargé de cours à la Faculté de Droit et de Science Politique de Dijon

La Faculté de droit et de science
politique n'entend donner ni
approbation, ni improbation aux
opinions émises dans les thèses.
Ces opinions doivent être considé-
rées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

1. Le nombre restreint d'ouvrages consacrés aux nullités de procédure donnerait à penser qu'elles ne méritent pas de retenir l'attention.

Il n'en est rien.

Les nullités de procédure souffrent d'être méconnues dans la rigueur de leurs principes et dans la profondeur de leur signification.

En sanctionnant l'inobservation des conditions de fond et de forme prescrites par la loi, en privant l'acte irrégulier de toute efficacité, elles assurent le bon fonctionnement de la justice et protègent les intérêts des plaideurs.

Ce double aspect peut surprendre.

Mais il n'en demeure pas moins que la menace d'une sanction aussi grave permettra d'éviter les manoeuvres d'un plaideur peu scrupuleux ou les erreurs trop fréquentes d'un auxiliaire de justice peu consciencieux. Cette sanction est facteur de sécurité dans le débat qui se déroule loyalement.

2. Mais la dualité de cette fonction est à l'origine d'un conflit qui pose au législateur un problème difficile à résoudre : doit-on multiplier les nullités de procédure et leur faire produire un effet répressif ? ou ne doit-on les prononcer qu'au gré des circonstances et privilégier leur rôle préventif ?

3. Deux solutions sont envisageables (1).

Si l'on préfère se montrer sensible à l'équité, le juge appréciera l'opportunité de la sanction. Ce système dit des "nullités comminatoires" ne va pas sans un risque d'arbitraire, le sort d'un acte ne dépendant que de la volonté du magistrat (2).

Pour échapper à cet inconvénient, il est indispensable que le juge soit lié par un texte. Ainsi apparaît le système des "nullités légales" ou de "l'automatisme des nullités" qui subordonne tout prononcé de la sanction à l'existence d'un texte de loi. Le sort des actes de procédure et l'issue du procès ne sont plus livrés à la libre appréciation du juge. Mais le bon fonctionnement d'un tel système suppose une rédaction parfaite des textes et le caractère péremptoire qu'il revêt favorise l'esprit de chicane des plaideurs (3).

Il est donc très difficile d'opter pour l'un ou l'autre de ces deux systèmes, chacun présentant des avantages mais aussi des inconvénients. C'est la raison pour laquelle l'histoire des nullités de procédure est marquée par d'incessantes fluctuations.

-
- (1) Glasson et Tissier "Précis théorique et pratique de procédure civile" 2ème éd., 1909, t. 1, n° 441 ; Morel "Traité élémentaire de procédure civile" 1ère éd., 1936-1937, n° 406 et s. ; Solus et Perrot "Droit judiciaire privé", 1961, t. 1, n° 397 et s. ; Cornu et Foyer "Procédure civile" 2ème éd., 1960, p. 428 ; Vincent "Procédure civile" 20ème éd., 1981, n° 421.
- (2) Glasson, Tissier et Morel "Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence, de procédure civile" 3ème éd., 1925-1926, n° 441 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 400 ; Vincent, op. cit., n° 421.
- (3) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 400 ; Vincent, op. cit., n° 422.

4. En droit romain, les nullités de procédure ont connu une évolution liée à celle du formalisme.

Dans un premier temps, les décevirs ont envisagé le formalisme comme une garantie des intérêts des plaideurs. Ils ont soumis chaque voie d'action en justice à des rites précis. Ainsi naquit la procédure des "actions de la loi" de l'ancien droit romain (1). Le plaideur perdait son procès s'il s'écartait d'un mot de la phrase imposée.

Un paysan romain fut débouté de sa demande pour avoir remplacé dans la formule de "l'actio de arboribus successis", le mot "arboribus" par "vites" bien qu'il s'agît de "vignes" et non d'"arbres" (2).

Ces formules sacramentelles très étroites édictées par la loi fournissaient un guide assuré aux plaideurs mais présentaient un grave inconvénient : celui de sacrifier le fond à la forme. Elles devinrent vite impopulaires.

C'est alors qu'un régime procédural nouveau est apparu : la procédure "formulaire" de l'époque classique.

Les magistrats romains ne définirent pas de nouveaux droits mais créèrent des formules nouvelles qui résumèrent le droit du demandeur. Elles variaient à l'infini, selon le caractère du litige (3). Chaque élément de la formule contenait des termes précis et immuables pour une même action.

Le formalisme procédural était aussi rigoureux que celui des "actions de la loi" et la nullité entraînait les mêmes

(1) Girard "Manuel élémentaire de droit romain" 6ème éd., 1918, p. 984 ; Monier "Manuel élémentaire de droit romain" Rééd. 1947-1954, année 1970, t. 1, p. 436 ; Cuq "Institutions juridiques des Romains", 4ème éd., 1928, t. 1, p. 407.

(2) Gaius "Institutes" 4-30 cité par Girard, op. cit., p. 1029 et s., Giffard "Précis de droit romain" 3ème et 4ème éd., 1951, t. 1, n° 224.

(3) Robert Villers "Rome et le droit privé", 1977, p. 150 et s., Girard, op. cit., p. 1029 et s. ; Giffard, op. cit., t. 1, n° 224 et s.

conséquences : un élément non inséré dans la formule provoquait la perte du procès, le juge étant lié par la rédaction de la formule et n'ayant aucun pouvoir d'appréciation. La procédure "formulaire" de l'époque classique romaine ne reniait pas le régime des "legis actiones", sa principale nouveauté était l'écrit qui remplaçait les paroles et les gestes rituels. Elle ne supposait plus de la part des plaideurs une affirmation solennelle et orale de leurs prétentions mais un exposé écrit.

La procédure "extraordinaire" du Bas Empire allait faire disparaître les formules et les causes de nullité qui y étaient attachées. Les actes écrits devenaient de plus en plus nombreux. Ils étaient rédigés par des auxiliaires de justice. Leur régularité était soumise au contrôle du juge qui disposait d'un pouvoir d'appréciation lui permettant de décider s'il devait ou non prononcer la nullité (1).

5. Ce système devait inspirer l'ancien droit français jusqu'en 1667.

Les Parlements adoptaient le système des "nullités comminatoires". Le magistrat disposait de tous les pouvoirs pour admettre ou rejeter la nullité. Pour qu'elle soit admise, il suffisait que le défendeur ait subi un grief dont l'existence était laissée à l'appréciation du juge (2), qui, de ce fait, était entièrement maître du prononcé de la nullité. Il en usait comme d'une menace et en abusait jusqu'à l'arbitraire (3).

Pour combattre ce système trop souple et mettre fin aux prérogatives des Parlements qui devenaient de plus en plus dangereux, au fur et à mesure qu'ils s'érigeaient en pouvoir

(1) Giffard, op. cit., t. 1, n° 260 ; Girard, op. cit., p. 1059 ; Cuq., op. cit., p. 890 ; Monier, op. cit., t. 1, p. 330.

(2) Glasson, Tissier et Morel, op. cit., n° 441 et s. ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 399 ; Vincent, op. cit., n° 422.

(3) Perrot "Cours de droit judiciaire privé". Les cours de droit 1977-1978, p. 140.

indépendant de celui du roi (1), l'Ordonnance de 1667 instaurait le système des "nullités légales" ou de "l'automatisme des nullités". Seules étaient sanctionnées les formalités que la loi imposait à peine de nullité (2).

Afin de tempérer cette rigueur, le Parlement de Toulouse, au lendemain de l'Ordonnance de 1667, consacrait la règle "nullité sans grief n'opère rien" redonnant au juge le pouvoir d'appréciation qu'il avait perdu. Mais cette tentative échouait. Elle était en contradiction avec les termes de l'Ordonnance de 1667 et allait à l'encontre de la réalisation de l'absolutisme royal, qui s'efforçait de faire pénétrer sur le plan juridique l'unité qui existait sur le plan politique (3).

6. Le Code de procédure civile de 1806 s'inspira largement de l'Ordonnance royale de 1667. Le régime des nullités reposait sur trois textes de lois : les articles 1029 et 1030 au titre final des "dispositions générales" et l'article 173 au titre "des exceptions" (4).

Aux termes du premier de ces textes, aucune nullité n'était comminatoire. Le juge ne pouvait refuser d'appliquer la sanction fixée par la loi, même s'il estimait qu'elle était inopportune. Quant à l'article 1030, son objet était de préciser les cas dans lesquels la nullité était encourue. Celle-ci était prononcée chaque fois qu'un texte de loi la prévoyait expressément. L'article 173 réglementait son exercice.

(1) Ellul "Histoire des institutions", 6ème éd., 1956, t. 4, p. 80 et s.

(2) Japiot "Des nullités en matière d'actes juridiques", Thèse Dijon 1909, p. 81.

(3) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 398 ; George Vincens "Les nullités de procédure civile", Thèse Montpellier 1965 p. 64 et s. ; Berriat Saint Prix "Observations sur la législation relative aux nullités de procédure" Mémoires de l'Académie des Sciences morales et politiques 1844, t. 4, p. 592.

(4) Glasson, Tissier et Morel, op. cit., t. 2, n° 441 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 402 et s. ; Morel, op. cit., n° 406 et s. ; Cornu et Foyer, op. cit., p. 428 et s. ; Vincent, op. cit., n° 422.

Le système des "nullités légales", apparemment simple, se révélait d'une application difficile car il supposait un code sans lacune. La doctrine et la jurisprudence virent très rapidement la nécessité de remédier à cet inconvénient.

7. Plusieurs systèmes furent proposés.

La doctrine et la jurisprudence créèrent celui des nullités virtuelles. Deux procédés furent mis en oeuvre. L'un ne concernait que le style des formules légales en distinguant entre les termes impératifs pour lesquels l'article 1030 s'appliquait et les termes prohibitifs pour lesquels ce texte n'avait aucun sens (1).

Mais cette différence basée sur une simple forme de rédaction ne recevait pas l'approbation de la jurisprudence qui distinguait les formalités légales "substantielles" échappant à l'article 1030, des formalités légales "accessoires" soumises à la règle posée par ce texte (2).

Cette différenciation n'était pas d'un maniement facile. Les tribunaux étaient contraints de dresser un véritable catalogue de formalités réputées "substantielles" ou "accessoires". Cette liste ne pouvait être exhaustive et obligeait les juridictions à examiner chaque cas particulier pour qualifier la formalité irrégulière. Cela n'allait pas sans confusion. Lorsqu'elle faisait allusion aux formalités substantielles,

(1) Garsonnet et César Bru "Traité théorique et pratique de procédure", 2ème éd., 1898-1904, n° 1912 et s., Glasson, Tissier et Morel, op. cit., t. 2, n° 441 ; Morel, op. cit., n° 408 ; Pigeau "Commentaires", 1827, t. 1, p. 391 ; Boncenne "Théorie de procédure civile", Poitiers 1828. Paris 1863, t. 3, p. 275 ; Carré et Chauveau "Lois de la procédure civile et administrative", 4ème éd., 1861-1867, t. 6, question n° 3392.

(2) Civ., 15 juillet 1924, D. 1924-1-201 ; Civ. 16 juin 1925, D. 1927-1-31 ; Soc., 17 novembre 1955, D. 1956-1-79.

la Cour de cassation confondait souvent les règles de fond et les règles de forme. L'obligation de signifier les actes de procédure ou de motiver les actes d'opposition était des règles de fond que la Cour de cassation qualifiait de formalités "accessoires", les jugeant secondaires.

Le critère fondé sur le but de la loi était plus scientifique et plus technique. Il avait été proposé par Japiot (1) qui soutenait que la tâche de l'interprète consistait à peser des intérêts opposés. Il fallait admettre la nullité si l'intérêt qui s'y attachait, c'est-à-dire l'intérêt protégé par la règle violée était plus digne de considération que l'intérêt adverse qui concernait la validité de l'acte (2).

Mais ce procédé qui accordait au juge un large pouvoir d'appréciation aboutissait à ignorer l'article 1030. Ce système d'interprétation, moins encore que le précédent, ne pouvait être accepté car il ouvrait la porte à l'arbitraire.

Afin de remédier aux lacunes du Code de procédure civile, la jurisprudence élaborait la théorie des équipollents qui portait de graves atteintes à l'application de l'article 1029. La nullité était écartée chaque fois que l'on pouvait suppléer à l'insuffisance de l'acte par des énonciations contenues dans celui-ci (3).

(1) Japiot, op. cit., n° 39 et s.

(2) Japiot, op. cit., n° 40.

(3) Req. 1er déc. 1829, D. 1830-1-24 ; Req. 23 nov. 1836, D. 1838-1-44 ; Civ. 31 déc. 1873, D. 1874-1-85 ; Civ. 1er juillet 1878, D. 1878-1-339 ; Civ. 20 nov. 1894, S. 1895-1-142 ; Civ. 14 nov. 1898, D. 1899-1-65 ; Paris, 15 mai 1900, D. 1908-2-287 ; Civ. 2 mai 1906, Gaz. Pal. 1906-2-8.

Cette jurisprudence libérale favorisait la renaissance du principe "pas de nullité sans grief" abandonné et condamné par l'article 1029 du Code de procédure civile de 1806. La nullité n'était pas encourue lorsque le défendeur disposait de tous les éléments nécessaires pour pallier à l'irrégularité entachant l'acte, lorsqu'il n'avait subi aucun préjudice. Les tribunaux admettaient la règle "pas de nullité sans grief" mais seulement comme prolongement de la théorie des équipollents (1). Ce n'est qu'en 1821 que ce principe fut officiellement affirmé par la Cour de cassation (2) si bien que l'on aboutissait à une discordance absolue entre la jurisprudence et les textes de loi.

8. Des réformes s'avéraient nécessaires.

Elles se firent en deux temps. La loi du 12 janvier 1933 vint modifier les articles 70 et 1029 du Code de procédure civile et consacrer légalement la règle "pas de nullité sans grief" ; le décret-loi du 30 octobre 1935 compléta l'article 173 du Code de procédure civile en insérant cette règle générale dans cet article. Le grief devenait une condition nécessaire au prononcé de la nullité.

9. Ces réformes, excellentes dans leur principe (le but visé par le législateur d'empêcher les abus et les manoeuvres dilatoires étant louable) présentaient de graves imperfections qui apparaissaient déjà dans la rédaction des textes.

(1) Colmar, 23 janvier 1818, D. 1818-1-734 ; Poitiers, 16 janv. 1824, D. 1825-2-53 ; Bourges, 21 août 1839, D. 1840-2-258 ; Alger, 19 mai 1908, D. 1909-1-251 ; Douai, 12 avril 1910, D. 1913-2-182.

(2) Req. 31 janvier 1821, D. 1821-1-618.

L'article 70 alinéa 2 de la loi du 12 janvier 1933 exigeait que l'irrégularité ait porté atteinte aux droits de la défense. L'article 173 alinéa 1 du décret du 30 octobre 1935 énonçait qu'aucune nullité ne pouvait être prononcée si elle ne lésait pas les intérêts de la partie adverse.

La construction grammaticale de ces textes donnait à penser que la nullité était préjudiciable aux intérêts de la partie adverse ou aux droits de la défense. Une interprétation littérale conduisait à admettre que les magistrats devaient constater l'existence d'irrégularités, puis refuser de prononcer la nullité, faute de grief.

Or, ce n'était pas la nullité qui portait atteinte aux intérêts de la partie adverse, mais l'irrégularité dont l'acte était entaché. Si l'inobservation de la règle prescrite n'avait pas pour conséquence de nuire aux intérêts de l'adversaire, la nullité ne pouvait être prononcée.

La rédaction de ces textes était maladroite. Leur manque d'harmonie était aussi important.

On distinguait deux conflits.

Le premier se situait entre la règle "pas de nullité sans grief" (articles 70 et 173) et le principe des nullités comminatoires (article 1029). Si la loi du 12 janvier 1933 avait pris la précaution de modifier l'article 1029 pour qu'il n'entre pas en contradiction avec l'article 70 alinéa 2, le décret loi du 30 octobre 1935 ne se reportait pas à l'article 173 dans la rédaction de l'article 1029. Ce dernier posait toujours le principe selon lequel la nullité était fixée par la loi, le juge n'ayant aucun pouvoir d'appréciation. Au contraire, l'article 173 alinéa 1 disposait que le juge ne prononçait la nullité que si l'irrégularité avait causé un préjudice dont il devait apprécier l'existence.

Cette contradiction entre l'article 1029 d'une part et les articles 70 et 173 d'autre part avait conduit certains auteurs à conclure à l'abrogation de l'article 1029 par l'article 173 alinéa 1 (1). Mais cette solution était dangereuse, car elle risquait d'entraîner la négation du formalisme et par la même une absence de protection des intérêts des plaideurs, en ouvrant la porte à l'arbitraire.

Le second conflit portait sur les articles 70 alinéa 2 et 173 alinéa 1. Pour qu'un acte de procédure puisse être annulé, il était nécessaire que l'irrégularité commise ait causé un préjudice à la partie qui s'en prévalait, c'est-à-dire "aux intérêts de la défense". L'application de l'article 70 alinéa 2 n'aurait suscité aucune difficulté si l'article 173 alinéa 1 dans la rédaction du décret-loi du 30 octobre 1935 ne s'était référé aux "intérêts de la partie adverse".

Ces deux articles étaient-ils en opposition ou étaient-ils complémentaires ? Ces deux termes traduisaient-ils une notion identique du même préjudice ?

La doctrine était partagée (2).

La jurisprudence semblait considérer ces deux termes comme deux manifestations identiques de la règle "pas de nullité sans grief" mais de façon tout à fait implicite (3).

(1) Breton, D. 1936-1-45.

(2) Breton, op. cit. ; Solus, note S. 1946-2-45 ; Pollet, v° "Nullités" n° 47 in Encyclopédie Dalloz proc. civ.

(3) Civ. 9 mai 1950, D. 1950-1-429 ; Riom 22 janvier 1951, D. 1951-1-262 ; Soc. 27 juin 1951, D. 1952-2-Somm. 50 ; Civ. 3 mars 1955, J.C.P. 1955-2-8654 ; Soc. 13 mai 1955, J.C.P. 1955-2-8564.

Ce manque d'harmonie des textes provoquait de nombreuses confusions et suscitait de nombreuses controverses. Bien plus encore, la jurisprudence réduisait progressivement la portée de ces réformes par le biais de la théorie de l'inexistence (1) et de la notion de formalité substantielle (2).

Ainsi, pour écarter l'application des articles 173 alinéa 1 et 70 alinéa 2, les Cours et tribunaux se référaient à la notion d'inexistence à propos d'un exploit non signé (3), d'un acte d'appel signifié au mari seul au lieu de l'être à chacun des époux par copie séparée (4), d'un jugement déclaratif de faillite dont il ne restait aucune trace écrite (5). Bien que cette notion ait reçu une consécration légale (6), elle n'avait en réalité qu'une application limitée à certains cas isolés.

La théorie des formalités substantielles connaissait un plus grand succès. Les juridictions limitaient la nécessité de la preuve d'un grief au cas d'omission d'une formalité accessoire ou secondaire. Les formalités substantielles échappaient à l'application des articles 1030 et 173 alinéa 1, les juges pouvaient prononcer la nullité même en l'absence de préjudice (7).

(1) Civ. 30 mars 1939, J.C.P. 1940-2-1392 ; Soc. 20 mars 1941, Gaz. Pal. 1941-1-141 ; Douai 22 novembre 1951, J.C.P. 1952-2-6698.

(2) Raynaud observations, Rev. trim. dr. civ. 1960, p. 175.

(3) Civ. 30 novembre 1939, J.C.P. 1940-2-1392.

(4) Soc. 20 mars 1941, Gaz. Pal. 1941-1-141.

(5) Douai 22 novembre 1951, J.C.P. 1952-2-6698.

(6) Article 162, rédaction du décret-loi du 30 octobre 1935.

(7) Req. 30 janvier 1939, D. 1939-1-45 ; Civ. 18 novembre 1947, D. 1948-1-177 ; Cour d'appel Dijon, 15 mai 1941, Gaz. Pal. 1941-2-41 ; Com. 27 juin 1951, Sem. Jur. 1951-4-1720 ; Com. 30 avril 1952, D. 1952-1-488 ; Nancy 2 juillet 1952, Sem. Jur. 1952-4-1991 ; Civ. 13 novembre 1952, D. 1953-1-113 ; Civ. 3 mars 1955, Sem. Jur. 1955-2-8654 ; Com. 9 janvier 1957, D. 1957-1-410 ; Soc. 24 janvier 1957, Sem. Jur. 1957-2-9973 ; Civ. 2ème 9 octobre 1958, Bull. n° 2, n° 607 p. 403 ; Paris 26 février 1959-4-3494.

L'esprit des réformes de 1933 et de 1935 se trouvait donc méconnu et les textes étaient bafoués. Une intervention législative s'avérait souhaitable et nécessaire. Elle fut réalisée le 20 juillet 1972.

10. Le régime des nullités de procédure a été profondément remanié par les articles 53 à 59 du décret du 20 juillet 1972. Ces textes ont été repris par les articles 112 à 121 du nouveau Code de procédure civile.

Le législateur de 1972 n'a opté ni pour les "nullités légales" ni pour les "nullités comminatoires". Les règles "pas de nullité sans texte" et "pas de nullité sans grief" coexistent au sein de ce système qui repose sur la distinction entre les nullités pour vice de forme et les nullités pour irrégularité de fond.

11. Cette différenciation peut surprendre. Le système précédent était fondé sur la distinction entre les nullités relatives ou d'intérêt privé et les nullités absolues ou d'ordre public, directement inspirée du droit civil.

Mais elle n'est pas nouvelle.

Depuis longtemps, la doctrine (1) et la jurisprudence distinguaient les nullités de forme dérivant d'irrégularités ou d'omissions commises dans la rédaction des actes de procédure (2), des nullités de fond sanctionnant des

(1) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 328 ; Marc de Bieville "Les nullités des actes de procédure en matière civile", Thèse, Paris, 1947.

(2) Req. 30 janvier 1939-1-45 ; Com. 30 nov. 1949, S. 1959-1-102 ; Com. 25 juin 1951, Gaz. Pal. 1951-2-191.

irrégularités plus graves résultant de l'inobservation des règles d'organisation judiciaire, des règles relatives à la représentation des parties en justice et au défaut de capacité du requérant (1). Le régime juridique des nullités de fond différait de celui des nullités de forme. Il était admis que les nullités de fond pouvaient être invoquées en tout état de cause, qu'elles n'étaient pas subordonnées à la preuve d'un grief et qu'elles pouvaient être relevées d'office par le juge.

12. Le décret du 20 juillet 1972 s'est inspiré de ce système tout en y apportant une modification concernant les nullités pour vice de forme dont le domaine est commun à celui des nullités pour irrégularités de fond (Ière Partie) mais dont la mise en oeuvre est différente (IIème Partie).

(1) Civ. 29 octobre 1912, D. 1913-1-296 ; Civ. 2 juillet 1924, D. 1926-1-112 ; Amiens 8 novembre 1933, S. 1934-2-40 ; Besançon 10 mai 1948, D. 1948, Somm. 34 ; Soc. 24 juin 1949, Bull. IV n° 617 ; Soc. 1er décembre 1951, D. 1952-1-71.

PREMIERE PARTIE

LE DOMAINE DES NULLITES DE PROCEDURE

13. Le domaine des nullités de procédure ne peut être circonscrit qu'à partir des textes de loi qui régissent le système : les articles 112 à 121 du nouveau Code de procédure civile.

Leur lecture permet de constater que le champ d'application des nullités pour vice de forme et des nullités pour irrégularité de fond est à la fois commun et restreint. Les règles posées par ces articles ne s'appliquent qu'aux actes de procédure et ne concernent que les nullités, excluant d'autres sanctions procédurales voisines.

TITRE I

LES ACTES DE PROCEDURE

14. Le développement des relations juridiques qui accompagne l'essor d'une civilisation se caractérise notamment par l'accomplissement d'actes écrits, nombreux et variés.

A l'origine, les notions de droit et de force se confondent. On ne conçoit pas de droit qui ne soit le plus fort. Le problème de l'accomplissement d'actes écrits ne se pose pas. Au fur et à mesure que la société s'organise, le droit se perfectionne et la force recule. Les premiers efforts portent sur une réglementation de l'usage de la force. Les plaideurs prennent le soin de prévenir leur adversaire de leur intention de faire valoir leurs droits (1). Ce dialogue juridique ne peut s'établir qu'en respectant certaines règles qui se matérialisent par la rédaction d'actes soumis à des conditions de fond et de forme prescrites à peine de nullité et indispensables à la réalisation des effets souhaités par les plaideurs qui ne sont pas les seuls "acteurs" du procès.

Le juge est aussi conduit à accomplir des actes destinés à assurer le déroulement de l'instance ou à apporter une solution au litige qui lui est soumis.

15. Tout procès suppose donc une succession d'actes qui ne sont pas tous des actes de procédure. Pour les distinguer, il s'avère difficile d'échapper à la nécessité d'une étude sur la notion d'acte de procédure.

(1) G. Vincens "Les nullités de procédure civile", Thèse Montpellier 1965.

CHAPITRE I

LA NOTION D'ACTE DE PROCEDURE

16. Le nouveau Code de procédure civile ne définit pas l'acte de procédure. Il en est de même du Code de procédure civile de 1806 et de l'Ordonnance royale de 1667. Les textes légaux sont muets sur ce point.

17. La doctrine a tenté de suppléer à cette carence mais elle s'est heurtée à des difficultés d'élaboration qui ont entraîné de nombreuses divergences.

Cependant, cette recherche doctrinale n'a pas été infructueuse, chaque théorie émise contribuant à mettre en évidence les éléments caractéristiques de l'acte de procédure.

SECTION I - LES DIFFICULTES D'ELABORATION D'UNE DEFINITION.

18. La doctrine ne parvient pas à s'accorder sur la nature de l'acte de procédure. De nombreuses controverses suscitées par les ambiguïtés du terme jettent le trouble sur cette notion.

§ 1 - LES CONTROVERSES DOCTRINALES.

19. Certains auteurs prétendent que l'acte de procédure ne s'entend que de l'"instrumentum", qu'il n'est qu'un acte instrumentaire soumis à des conditions de forme. Au contraire, d'autres soutiennent qu'il est à la fois "instrumentum" et "negotium", acte instrumentaire et acte juridique.

A - L'ACTE DE PROCEDURE, ACTE INSTRUMENTAIRE.

20. Pour certains auteurs, le terme "acte de procédure" ne désigne pas l'acte de volonté, mais l'écrit qui lui sert de support.

21. Glasson, Tissier et Morel (1) excluent le "negotium" de l'acte de procédure pour ne retenir que l'"instrumentum", écrit constatant une manifestation de volonté. Dans leur étude consacrée aux "actes de procédure", ils n'énumèrent que les conditions de forme car pour ces auteurs, les actes de procédure ne sont que *"des actes formalistes en ce sens qu'on ne peut en général les remplacer par aucune autre preuve, et que la connaissance de fait qu'ont eu les intéressés ne peut équivaloir à la signification exigée par la loi, mais encore en ce sens que la plupart des formes établies par la loi pour leur rédaction et leur signification sont exigées à peine de nullité"* (2).

22. Bioche (3) définit cet acte comme *"l'écrit constatant qu'une chose a été faite ou convenue"*. Il soutient que l'acte de procédure ne comprend que l'écrit qui sert de mode d'expression à la volonté des parties. Il ne retient qu'un aspect de la distinction : l'"instrumentum", excluant le "negotium".

23. Solus et Perrot (4) exposent que la notion d'acte ne s'entend que de l'"instrumentum" *"le fond étant intimement lié à la forme"*.

(1) Glasson, Tissier et Morel, op. cit., t. 2, n° 419 et s.

(2) Glasson, Tissier et Morel, op. cit., t. 2, n° 419.

(3) Bioche "Dictionnaire de procédure civile et commerciale" 4ème éd., 1864, t. 1, p. 57 et s.

(4) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 328.

Ces auteurs justifient cette position par l'importance primordiale que le droit judiciaire privé accorde aux formes et plus spécialement à l'écrit. Après avoir remarqué que la distinction entre l'"instrumentum" et le "negotium" n'a pas la même portée en droit judiciaire qu'en droit civil, le droit judiciaire n'admettant pas qu'un acte de volonté informe produise des effets juridiques, ils exposent que "la notion d'acte de procédure s'entend uniquement de l'écrit qui, obligatoirement doit être dressé en observant les formalités imposées par la loi" (1). L'acte de procédure n'est soumis qu'à des conditions de forme.

24. Mais ces doctrines sont critiquables.

Ces auteurs soutiennent que "le fond étant intimement lié à la forme", la notion d'acte de procédure ne se compose que de l'"instrumentum" et n'est assujettie qu'à des conditions de forme. Ils ont ainsi ignoré tous les cas de nullités pour irrégularité de fond distincts des causes de nullités pour vice de forme.

25. Consciente de cette objection, une partie de la doctrine a considéré l'acte de procédure sous une double nature, à la fois "instrumentum" et "negotium", acte instrumentaire et acte juridique.

B - L'ACTE DE PROCEDURE, ACTE INSTRUMENTAIRE ET ACTE JURIDIQUE.

26. Colin, Capitant et Julliot de la Morandière définissent l'acte de procédure sous son aspect juridique comme "l'acte volontaire accompli dans l'intention d'engendrer, de modifier ou d'éteindre un droit" (2) et Japiot comme "l'acte de mise en oeuvre active, technique et pratique du droit" (3).

(1) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 328.

(2) Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, "Cours élémentaire de droit civil français" 8ème éd., 1934, t. 1, n° 49.

(3) Japiot, op. cit., n° 19.

27. Ces définitions, séduisantes par leur simplicité, ne peuvent être retenues. Elles manquent de précision et reposent sur une affirmation inexacte.

Tous les actes accomplis par un auxiliaire de justice ne sont pas des actes de procédure. Ainsi, la plaidoirie de l'avocat qui est orale, bien qu'elle émane d'un auxiliaire de justice et participe à la mise en oeuvre du droit, n'a jamais reçu une telle qualification, sauf lorsqu'elle est consignée par écrit sur le plunitif d'audience par les soins du greffier. Il existe d'autres règles précises que ces définitions ignorent. Il faut notamment que l'acte soit rédigé par écrit.

Ces auteurs ont également lié l'acte de procédure et l'action. Pour Colin, Capitant, Julliot de la Morandière et Japiot, l'acte de procédure permet de mettre en oeuvre une action qui tend à la réalisation d'un droit. Cette confusion est critiquable et ne peut plus être acceptée en l'état actuel de la législation pour qui l'action a une réalité autonome. Cette assimilation est l'héritage d'un passé historique dont ces auteurs ont subi l'influence.

Tout d'abord, l'action a semblé être *"le pouvoir reconnu aux particuliers de s'adresser à la justice pour obtenir le respect de leurs droits et de leurs intérêts légitimes"* (1). Cette conception s'inspirait directement du droit romain qui n'apercevait *"le droit qu'à travers l'action"* (2) à telle enseigne que l'on ne disait pas *"ius in rem"* ou *"ius in personam"* mais *"actio in rem"* ou *"actio in personam"*. La liaison de l'action

(1) Morel, op. cit., n° 22 ; Dans le même sens, Japiot, op. cit., n° 59 ; Vincent, op. cit., n° 13.

(2) Motulsky, "Etudes et notes de procédure civile", p. 85.

et du droit dont elle est la sanction ou de la demande en justice concrétisée par l'acte de procédure, s'était faite instinctivement.

Pour les auteurs classiques (1), l'action s'identifiait au droit. C'était, selon l'expression célèbre de Demolombe *"le droit à l'état de guerre, au lieu de l'être à l'état de paix"* (2). Ils aboutissaient à la conclusion qu'il n'y avait pas d'action sans droit.

Mais une telle position ne correspondait pas à la réalité. Dans certains cas, l'intérêt moral était suffisant pour ouvrir le recours à justice. Il en est encore de même aujourd'hui en matière d'action en nullité du mariage et d'action en déchéance d'autorité parentale.

Cette assimilation a été abandonnée par la doctrine moderne et le législateur. La doctrine moderne considère l'action comme une réalité autonome. Elle la distingue à la fois du droit préexistant et de la demande en justice (3).

L'article 30 alinéa 1 du nouveau Code de procédure civile adopte cette position en énonçant : *"l'action est le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée"*. L'action, au départ, confondue avec le droit substantiel et la demande en justice

(1) Garsonnet et César Bru, op. cit., p. 58 et s., Cuche et Vincent, Précis de procédure civile et commerciale", 11ème éd., 1958, p. 193 et s. ; Glasson, "Précis théorique et pratique de procédure civile", 1902, t. 1, n° 173.

(2) Demolombe "Cours de droit civil" 1845, t. 9, n° 338.

(3) Morel, op. cit., n° 21 et s. ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1 n° 94 et s. ; Vincent, op. cit., n° 12 bis ; Motulsky op. cit., p. 88 et s. ; Y. Lobin, V° Jurisclasseur de procédure civile, Fasc. 126-2, n° 1.

est devenue le droit permettant aux plaideurs d'exiger du juge qu'il statue au fond, c'est-à-dire qu'il examine le droit substantiel litigieux. Elle se distingue de l'acte de procédure en tant que droit subjectif. Elle n'est pas un acte juridique qui saisit le juge. L'acte de procédure étant distinct de l'action, il existe des conditions de fond propres à cet acte. Celles-ci correspondent à l'un des aspects de l'acte de procédure : le "negotium". On ne peut donc exclure le "negotium" de l'acte de procédure et ne soumettre ce dernier qu'à des conditions de forme. La nature de l'acte de procédure est double : "negotium" et "instrumentum".

28. Mais cette double nature n'est pas admise par l'ensemble de la doctrine qui ne parvient pas à élaborer une définition de l'acte de procédure qui puisse recueillir l'unanimité. Les controverses doctrinales sont nombreuses. Elles ont pour origine les ambiguïtés du terme "acte de procédure".

§ 2 - L'ORIGINE DES CONTROVERSES DOCTRINALES.

29. L'expression "acte de procédure" revêt une double signification. Elle désigne l'"instrumentum" et le "negotium" (1), deux aspects différents de l'acte de procédure qui ne peuvent être dissociés.

A - L'"INSTRUMENTUM".

29. Lié au caractère formaliste de la procédure qui se traduit entre autres par la nécessité d'exprimer toutes les démarches juridiques accomplies par les parties au cours d'un

(1) Morel, op. cit., n° 382 ; Cornu et Foyer, op. cit., p. 413 ; Japiot, op. cit., n° 19.

procès dans des actes rédigés d'une certaine façon, l'acte de procédure désigne l'écrit dressé pour constater ces opérations juridiques.

L'origine latine du terme est révélatrice de la signification de ce mot. L'"instrumentum", nom neutre, désigne le matériel ou l'outillage, tout support qui sert à exprimer une volonté : un acte instrumentaire.

30. Cet acte permet de faire constater ou de fixer un consentement, une déclaration, une offre, une prétention émanant de l'un des plaideurs.

C'est en ce sens qu'il est employé par les articles 931, 1336 et 1341 du Code civil. Tous les actes portant donation doivent être passés devant notaire dans la forme des contrats à peine de nullité pour vice de forme (article 931 du Code civil). De même, au delà d'une certaine somme ou d'une certaine valeur, tous les faits de la vie juridique qui ont pour résultat de créer, de transférer, de confirmer, de reconnaître, de modifier ou d'éteindre des obligations ou des droits, doivent être consignés par écrit devant notaires ou sous seings privés (article 1341 du Code civil). Le mot "acte de procédure" est pris dans le sens d'acte instrumentaire, solennel et probatoire. Il désigne l'"instrumentum". Ce terme peut revêtir un autre aspect.

B - LE "NEGOTIUM".

31. Il signifie en latin : faire le commerce. Il exprime l'idée d'acquisition. On peut le définir comme l'opération volontaire ayant pour but de produire des effets de droit.

Le terme "negotium" qualifie l'acte de volonté lui-même. C'est l'acte juridique.

32. Les articles 481 et 502 du Code civil visent l'acte de procédure "negotium". Ces textes concernent les actes juridiques effectués par un majeur ou par un mineur en tutelle, annulables ou révocables pour fraude. L'article 481 dispose que le mineur émancipé peut accomplir, comme un majeur, tous les actes de la vie civile sauf les actes de mariage et d'adoption pour lesquels il est considéré comme non émancipé. L'article 502 du Code civil décide que tous les actes passés après le jugement d'ouverture de la tutelle par la personne protégée seront nuls.

L'article 1167 du Code civil permet au créancier de contester en son nom personnel, les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits.

Le mot "acte" employé par ces articles, désigne l'opération juridique destinée à produire des effets de droit. Le contexte permet d'en préciser le sens. Le terme "acte de procédure" ne désigne plus l'écrit dressé pour constater cette opération, mais seulement la manifestation de volonté touchant au fond du droit.

33. Ces incertitudes de vocabulaire ont contribué à entretenir des controverses doctrinales, certains auteurs privilégiant l'un des aspects de la nature de l'acte de procédure au détriment de l'autre. Mais le débat doctrinal suscité par ces ambiguïtés permet de découvrir les éléments caractéristiques de l'acte de procédure (notamment sa nature) qui le distingueront des autres actes du procès.

SECTION II - LES ELEMENTS CARACTERISTIQUES DE L'ACTE DE
PROCEDURE.

34. L'acte de procédure constitue une espèce particulière d'acte au sein du procès. Il se caractérise par sa double nature et par une sanction spécifique qui peut frapper toute irrégularité l'entachant : la nullité de procédure.

§ 1 - LA DOUBLE NATURE DE L'ACTE DE PROCÉDURE.

35. L'expression "acte de procédure" désigne à la fois l'acte instrumentaire "instrumentum" et l'acte juridique "négotium". Ces deux composantes sont indissociables.

A - L'ECRIT.

36. La loi détermine à l'avance nonseulement les effets des actes de procédure (1) mais aussi les formes auxquelles ils sont assujettis. Celles-ci consistent dans l'exigence d'un écrit (2) qui contient diverses mentions obligatoires.

37. Si la part respective des écrits et des déclarations verbales varie selon les juridictions, il est, dans tous procès, des actes écrits car ils présentent de nombreux avantages.

L'écrit favorise la clarté et la précision de l'expression. Il est porteur de sécurité dans la discussion et dans le jugement. Il est nécessaire que le destinataire de l'acte de procédure connaisse l'objet de la demande formée

(1) Articles 54, 651 du nouveau Code de procédure civile.

(2) Articles 56, 651, 672, 673, 674, 814, 815, 961 du nouveau Code de procédure civile.

contre lui, la personne de qui il émane, la juridiction devant laquelle il devra se présenter. C'est ainsi qu'une assignation en justice ne se conçoit pas sans un écrit qui la constate (1), elle serait nulle et sans effet si l'huissier se bornait à sommer verbalement le défendeur de se présenter devant le tribunal.

L'écrit facilite aussi le contrôle juridictionnel de la validité de l'acte.

Il se suffit à lui-même et fait preuve de son existence, et de sa régularité. Aucun autre acte, aucun autre moyen de preuve ne peut le remplacer ou suppléer à l'omission de l'une de ses mentions. C'est ainsi qu'une formalité omise, incomplète ou erronée ne pourra être rectifiée, complétée ou remplacée que par les indications tirées d'une autre partie de l'acte (2). La preuve est intrinsèque. L'écrit doit justifier par lui-même que toutes les conditions prescrites par la loi pour sa validité sont réunies.

Il est appelé à jouer un rôle important et nécessaire au cours du procès et devant toutes les juridictions, qu'elles soient de droit commun ou d'exception car son importance demeure même dans les cas où le législateur permet aux plaideurs d'accomplir oralement des actes, ceux-ci étant constatés ou mentionnés par écrit au plumitif d'audience par les soins du greffier (3). L'écrit est présent devant toutes les juridictions et à tous les stades de l'instance.

(1) Articles 56 et s. du nouveau Code de procédure civile.

(2) Grenoble, 7 novembre 1905, J. Huiss. t. 87, p. 74 ; Civ. 18 janv. 1916, D.P. 1921-1-28 ; Civ. 22 février 1922, D.P. 1925-1-84 ; Com. 19 juin 1958, Gaz. Pal. 1958-2-159. Civ. 2ème, 22 avril 1966, Bull. civ. II, n° 464 p. 329 ; Civ. 12 octobre 1976, D. 1976, inf. Rap. 333 ; Civ. 2ème 14 avril 1983, Bull. civ. II, n° 92, p. 62.

(3) Articles 843, 846, 860 et 871 du nouveau Code de procédure civile ; article R 516-7 du Code civil.

38. Mais cette importance et cette nécessité ne doivent pas faire oublier le rôle de la volonté des parties, l'acte de volonté lui-même sans lequel l'écrit ne pourrait pas exister.

B - L'ACTE DE VOLONTE.

39. La volonté des parties est la base de l'acte de procédure et son élément déterminant, car sans elle, l'acte serait nul (1) et les effets souhaités resteraient "lettre morte". L'importance et l'existence de la volonté occupent une place prépondérante dans l'accomplissement des actes de procédure.

40. Le rôle de la volonté et le fondement juridique qu'il convient d'attribuer à son efficacité dans la formation des actes juridiques repose sur le principe de l'autonomie de la volonté conçu au 18ème siècle comme doué d'une valeur absolue.

Dégagé de l'archaïsme du droit romain par une évolution progressive et se distinguant d'autres systèmes juridiques tels que celui du droit anglais plus formaliste (2) ou du droit soviétique plus étatiste (3), le droit français considère comme inhérent à l'individu la volonté d'agir qui crée à elle seule des obligations et puise sa force dans la liberté de chacun. C'est ce qu'exprime le principe de l'autonomie de la volonté. La volonté est la source de tous les droits.

(1) Article 114 du nouveau Code de procédure civile.

(2) René David "Le droit anglais", P.U.F. coll. Que sais-je ?

(3) Michel Lesage "Le droit soviétique" P.U.F. coll. Que sais-je ?

Il est certain que la volonté juridique n'est pas une pure abstraction. Elle s'insère dans le milieu économique et social où elle opère. Elle ne crée pas à partir du néant mais saisit des situations de fait auxquelles elle attribue une valeur juridique en les modelant dans le cadre de la loi et conformément au but qu'elle se propose d'atteindre (1). Mais elle joue un rôle important qu'on ne doit pas sous-estimer. Sans volonté, il n'y aurait pas d'obligation concrétisée par un écrit, sans "negotium" il n'y aurait pas d'"instrumentum". La volonté est l'élément essentiel des actes de procédure, l'écrit n'étant que sa manifestation concrète mais nécessaire.

41. Mais pour que la volonté d'accomplir un acte de procédure existe, il faut que son auteur ait la capacité juridique.

Le terme "capacité" revêt une double signification comme l'expression "incapacité", son contraire. Tantôt il désigne l'aptitude ou l'inaptitude à acquérir ou à posséder des droits, à en être titulaire, il s'agit de la capacité ou de l'incapacité de jouissance ; tantôt il vise seulement l'aptitude ou l'inaptitude à exercer les droits dont une personne est investie, en ce cas, il n'est plus question que de capacité ou d'incapacité d'exercice (2).

(1) Savatier "Structures matérielles et structures juridiques", Etudes Ripert, 1950, t. 1, p. 75 et s. ; Noirel "Le droit civil contemporain et les situations de fait" Rev. trim. dr. civ. 1959, p. 456, Hébraud "Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques" Mélanges Maury, 1960, t. 2, p. 419 et s.

(2) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 283 ; Marty et Raynaud "Droit civil", 3ème éd., 1976, t. 1, Vol. 2 n° 496 ; Mazeaud et de Juglard "Leçons de droit civil", 7ème éd., 1983, t. 1, n° 1242 et s. ; Weill op. cit., 5ème éd., 1983, n° 777 et s.

L'incapacité d'exercice résulte soit de la nature, soit de la loi. Ainsi l'enfant ou le dément, incapables d'émettre une volonté, ne peuvent rédiger eux-mêmes des actes de procédure. La loi protège aussi certaines personnes : le mineur non émancipé (1), les personnes majeures lorsque leur volonté se trouve réduite à la suite d'une altération de leurs facultés mentales (2) ou lorsque l'état de leurs affaires provoque une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation de biens (3). Ces personnes frappées d'une incapacité naturelle ou légale ne peuvent accomplir des actes de procédure. Aussi sont-elles représentées par des mandataires, le plus souvent, des mandataires légaux.

La protection des mineurs non émancipés, des interdits légaux, des incapables majeurs ou des personnes placées dans un établissement recevant des malades mentaux est assurée par un système de représentation (4). Se pose alors le problème du pouvoir de représentation.

42. Les notions de capacité et de pouvoir sont voisines mais distinctes. On peut définir la capacité comme l'aptitude pour une personne à exercer les droits qui lui appartiennent et le pouvoir comme la faculté d'exercer effectivement ces droits pour le compte d'autrui (5). Le plaideur qui effectue

(1) Article 494 du Code civil.

(2) Articles 488 et s., 492 et s., du Code civil.

(3) Articles 14 alinéa 1 et article 15 de la loi du 13 juillet 1967.

(4) Articles 494 et s., 488 et s., 492 et s., du Code civil.

(5) Japiot, op. cit., n° 72 ; Vizioz, op. cit., n° 92 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 283 et s. ; Marty et Raynaud, op. cit., t. 1, n° 792 ; Carbonnier "Droit civil", 10ème éd., 1974, t. 2, p. 625.

un acte de procédure doit avoir la capacité nécessaire lorsqu'il agit en son nom personnel et avoir les pouvoirs suffisants lorsqu'il agit pour le compte de la personne qu'il représente.

Il existe deux sortes d'incapables.

Les uns ne peuvent faire des actes de procédure que par l'intermédiaire de leurs mandataires légaux. Il en est ainsi de l'Etat représenté par les commissaires de la République ou par l'agent judiciaire du trésor (1), des créanciers d'un débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation de biens représentés par leur syndic (2), du mineur non émancipé représenté par son tuteur (3), de la personne placée dans un établissement d'aliénés représentée par un mandataire légal (4) ; les autres ne peuvent réaliser certains actes qu'assistés par un tiers : curateur ou conseil de famille (5). Ces personnes ont besoin d'être protégées en raison de l'altération de leurs facultés personnelles ou de l'amointrissement de leurs facultés de discernement. Un acte de procédure n'a de valeur que s'il émane d'une volonté "saine et raisonnable" (6), que si cette volonté existe réellement.

D'autres personnes physiques ou morales ne disposent d'aucun moyen juridique pour accomplir un acte de procédure. Quels que soient les procédés auxquels elles ont recours : représentation, assistance, autorisation.

(1) Article 54, Loi du 10 août 1871.

(2) Articles 14 et 15, Loi du 13 juillet 1967.

(3) Articles 464 et s. du Code civil.

(4) Articles 490 et s. du Code civil.

(5) Articles 407 et s. du Code civil.

(6) Carbonnier, op. cit., t. 2, n° 152.

Elles n'ont pas la capacité de jouissance (1). Celle-ci est attribuée par le législateur. L'incapacité n'atteint pas l'exercice du droit mais le droit lui-même. Un acte de procédure effectué au nom d'une personne physique décédée ou par des groupements non dotés de la personnalité juridique, est nul car ces personnes n'existent pas juridiquement (2). Elles n'ont pas le droit de rédiger des actes de procédure. Leur volonté existe mais elle n'est pas reconnue par la loi.

43. L'acte de procédure doit donc émaner d'une personne qui a l'aptitude d'accomplir de tels actes et dont la volonté doit présenter les qualités de conscience et de discernement nécessaires à sa réalisation. "... Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit" (3). Un acte n'a de valeur que si son auteur sait ce qu'il fait (capacité d'exercice) et si la loi l'autorise à le faire (capacité de jouissance).

Tous les actes de procédure reposent sur l'existence d'une volonté dont l'importance et la nécessité apparaissent en examinant les conditions de capacité ou de pouvoir.

(1) Japiot, op. cit., n° 73 et 74 ; Vizioz, op. cit., n° 92 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 283 ; Planiol et Ripert "Traité élémentaire de droit civil", 12ème éd., 1942-1946, n° 14 ; Marty et Raynaud, op. cit., t. 1, n° 793 ; Carbonnier, op. cit., t. 1, p. 620 ; H.L. et J. Mazeau, op. cit., t. 1, n° 1244, 1245.

(2) Solus et Perrot, op. cit., p. 264 et s. ; Amiens, 28 juillet 1947 S. 1948-2-21 ; Com. 19 juillet 1950, J.C.P. 1951-2-5952 ; Civ. 1ère, 22 janvier 1963, Bull. civ. I n° 50 p. 42 ; Civ. 1ère, 22 juillet 1964, Bull. civ. Ière n° 410 p. 319.

(3) Article 498 du Code civil.

44. Mais pour caractériser cet acte de volonté, pour en apprécier la réalité, pour en vérifier l'existence, il est nécessaire que cette volonté se manifeste extérieurement. L'efficacité juridique de celle-ci en dépend. Il faut un acte écrit. L'acte de procédure présente à la fois un aspect volontaire et un aspect matériel. Il est "negotium" et "instrumentum". Il désigne globalement l'opération juridique et sa constatation matérielle.

Cette double nature qui caractérise l'acte de procédure ne permet pas à elle seule de déterminer parmi les actes accomplis au cours d'un procès, ceux que l'on peut qualifier d'actes de procédure. Il existe un autre élément spécifique : la sanction de l'irrégularité entachant l'acte de procédure.

§ 2 - LA SANCTION DE L'ACTE DE PROCÉDURE IRRÉGULIER.

45. La nullité sanctionne l'irrégularité qui peut vicier un acte de procédure. Le régime et les effets particuliers de cette sanction permettent de les distinguer des autres actes du procès.

A - LE RÉGIME.

46. Les nullités des actes de procédure donnent lieu à un procès élevé par voie d'exception.

47. Ce moyen de défense qui ne conteste pas le fond du droit comme la défense au fond mais la "marche" de la procédure tend à faire ajourner la discussion de la demande que la procédure soit irrégulière, éteinte ou qu'il y ait un motif de la suspendre "*constitue une exception de procédure tout*

moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours" (1).

Ces exceptions s'opposent aux défenses au fond. Sans contredire les prétentions de l'adversaire, elles sont destinées à faire repousser la demande pour des raisons techniques : l'instance est mal engagée devant un juge incompétent (exception d'incompétence), la procédure est entachée d'irrégularité (exception de nullité), la solution du litige doit être retardée pendant un certain délai (exception dilatoire). La nullité est donc soulevée au moyen d'une exception qui s'attaque à la régularité de l'acte de procédure.

48. La mise en oeuvre de l'exception de nullité qui fera l'objet d'une étude approfondie dans la IIème Partie de cet ouvrage, varie en fonction de la formalité qu'elle tend à garantir. La distinction entre les nullités pour vice de forme et les nullités pour irrégularité de fond est importante mais elle disparaît lorsqu'on considère les effets de cette sanction.

B - LES EFFETS.

49. Les nullités de procédure anéantissent l'acte de procédure vicié et déclenchent l'application de sanctions à l'encontre des officiers ministériels et des auxiliaires de justice responsables.

50. L'acte nul est réputé non avenu. Il est rétroactivement anéanti. Le plaideur est contraint de le refaire. C'est ainsi que la nullité d'une assignation oblige le

(1) Article 73 du nouveau Code de procédure civile.

demandeur à procéder à la rédaction d'un nouvel acte en s'exposant à de nombreux frais et à une perte de temps souvent importante (1).

Les actes subséquents peuvent également se trouver affectés par le prononcé des nullités. Ils le sont chaque fois qu'ils se trouvent dans un lien de dépendance avec l'acte nul et ne se conçoivent pas sans lui (2). La nullité de l'assignation, exploit introductif d'instance, entraîne la destruction de tous les actes de procédure accomplis postérieurement en dépit de la régularité de ceux-ci. Le plaideur doit non seulement recommencer l'acte vicié mais aussi la procédure subséquente. Il lui faut, selon l'expression consacrée par la pratique "*reprendre la procédure sur ses derniers errements*".

En principe, la nullité d'un acte de procédure est sans influence sur le droit. Il suffit de refaire l'acte annulé. Mais il arrive qu'elle rejaillisse sur le fond du droit (3) et entraîne sa perte. Il en est ainsi chaque fois que l'acte annulé ne peut plus être accompli parce que la loi ayant édicté un délai de rigueur, celui-ci est expiré au moment où la nullité est prononcée : tel, un acte d'appel qui ne peut plus être refait parce que le délai d'un mois est épuisé, ou en première instance, toutes les actions qui doivent être exercées dans de très brefs délais à peine de forclusion. Il en est de même si la prescription est acquise à ce moment.

(1) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 421.

(2) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 420 ; Morel, op. cit., n° 412.

(3) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 422 ; Vincent, op. cit., n° 427 ; Cornu et Foyer, op. cit., p. 431 ; Lobin, V° Nullités, in Encyclopédie Dalloz, n° 177 ; Tomasin, V° Nullités des actes de procédure, Fascicule 1381, n° 37 et s., in Jurisclasseur de procédure civile.

Dans ces conditions, le débat sur les nullités prend une importance considérable : toute l'issue du procès dépend d'une querelle de procédure.

51. La partie qui succombe perd son procès au fond mais elle peut rechercher en justice les responsables.

Il aurait injuste de faire supporter au plaideur seul, une responsabilité qu'il n'a pas puisque, dans certains cas, le législateur lui impose l'assistance d'un officier ministériel ou d'un auxiliaire de justice (1).

Il convenait donc de prévoir des sanctions contre le véritable auteur de l'irrégularité.

Ces sanctions peuvent revêtir un double aspect. Elles sont civiles et parfois pénales (2).

L'auxiliaire de justice (3) ou l'officier ministériel (4) est tenu de réparer le préjudice subi par le plaideur du fait de la nullité. Tout auxiliaire de justice ou tout officier ministériel doit supporter les frais relatifs à tous les actes inutiles ou nuls, le caractère "inutile" étant laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond (5). Le plaideur, victime de la nullité, peut aussi demander à la juridiction compétente la condamnation du responsable au versement de dommages et intérêts.

(1) Articles 18 et s., 441 et s., du nouveau Code de procédure civile.

(2) Cornu et Foyer, op. cit., p. 431 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 424 et s. ; M. Vismar, V° Rédaction des actes des huissiers, Fascicule 140 n° 130 et s., in Jurisclasseur de procédure civile ; D. Tomasin, V° Nullités des actes de procédure, Fascicule 138-1 n° 39 et s., in Jurisclasseur de procédure civile.

(3) Article 698 du nouveau Code de procédure civile.

(4) Article 650 du nouveau Code de procédure civile.

(5) Req. 25 juillet 1876, D.P. 1877-1-125.

Ces sanctions civiles peuvent se doubler de sanctions pénales et disciplinaires.

C'est ainsi qu'une peine d'amende peut être prononcée à l'encontre de l'huissier de justice qui a délivré un acte de procédure sans en indiquer le coût sur l'original et la copie de l'exploit (1).

Des poursuites disciplinaires peuvent être exercées contre l'officier ministériel qui a commis une faute professionnelle en rédigeant l'acte nul ou en le signifiant dans des conditions irrégulières. Ces peines sont prononcées par la Chambre de discipline dont il relève (2).

Les nullités de procédure, entraînent des effets redoutables à l'encontre des officiers ministériels qui engagent leur responsabilité civile, pénale et disciplinaire lorsque le préjudice subi par les parties provient de leur fait (3) et à l'égard des plaideurs qui peuvent perdre leur procès au fond.

52. Les effets et le régime des nullités de procédure sont spécifiques à la sanction qui vient frapper un acte de procédure irrégulier. Cette sanction particulière et la double nature de l'acte permettent de déterminer, au sein des actes du procès, les actes de procédure.

(1) Article 24 du décret n° 67-18 du 5 janvier 1967.

(2) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 425.

(3) Cour d'appel de Dijon, Ch.corr. 2 mai 1984, Revue droit et pratique judiciaire, juillet 1984, V° observations G. Bénar sur la distinction entre nullité intrinsèque et nullité extrinsèque.

CHAPITRE II

LA DETERMINATION DES ACTES DE PROCEDURE

53. Pour certains auteurs (1), l'expression "actes de procédure" concerne tous les actes se rattachant à une instance. Ils sont aussi désignés sous le vocable d'"actes judiciaire" et peuvent émaner d'un juge ou d'auxiliaires de justice ayant le pouvoir de représenter les plaideurs, ou beaucoup plus rarement, des justiciables eux-mêmes. Dans un sens plus large, les actes de procédure englobent aussi les actes extrajudiciaires qui sont destinés à assurer la conservation d'un droit en dehors de toute instance tels les commandements, les protêts, les sommations, les congés etc... Les limites entre ces catégories ne sont pas très précises (2), les actes extrajudiciaires étant la suite ou le préliminaire d'une instance, ainsi la sommation de payer qui précède très souvent un recours devant une juridiction.

D'autres auteurs (3) distinguent les actes de procédure des décisions rendues par les magistrats. Ce terme n'est réservé qu'aux actes accomplis par les auxiliaires de justice (huissiers, avocats, avoués). Les actes du juge en sont exclus.

(1) Japiot, op. cit., n° 20 ; Garsonnet et Cezar Bru, op. cit., t. 2, n° 86 ; Cornu et Foyer, op. cit., p. 413 et s.

(2) Vincent, op. cit., n° 402.

(3) Glasson, Tissier, Morel, op. cit., t. 1, n° 419 et s. ; Morel, op. cit., n° 384 et s. ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 331 et 465.

54. Ces deux courants doctrinaux suscitent de grandes incertitudes quant à la détermination des actes de procédure. Parmi les actes accomplis au cours du procès, on peut se demander si le vocable "acte de procédure" désigne tous ceux qui se rattachent à une instance ou seulement l'une des deux catégories d'actes du procès. Ce problème trouve sa réponse en étudiant les actes du juge et de ses auxiliaires, les actes des parties ou de ses mandataires.

SECTION I - LES ACTES DU JUGE ET DE SES AUXILIAIRES.

55. Les actes accomplis par les magistrats sont nombreux et variés.

Les juges sont appelés à effectuer des actes d'administration judiciaire lorsqu'ils radient une affaire du rôle et des actes juridictionnels lorsqu'ils rendent une décision (1).

Les actes d'administration judiciaire et les actes juridictionnels sont toujours rédigés avec l'assistance d'un greffier qui en dresse acte authentique et qui joue un rôle matériel en consignait par écrit les actes du juge. Les actes des greffiers ne feront pas l'objet d'une étude particulière car ils sont liés à ceux du juge comme étant effectués sous la direction des magistrats.

C'est à propos des actes juridictionnels que se sont posés et que se posent encore les plus grands problèmes de classification : les actes juridictionnels sont-ils des actes de procédure ?

(1) Vizios "Etudes de procédure civile", 1956, p. 40.

La doctrine hésite sur la réponse mais elle apporte une solution en déterminant les éléments caractéristiques de l'acte juridictionnel.

§ 1 - LES HÉSITATIONS DOCTRINALES.

56. Il n'est pas de sujet où règne plus de divergences que celui de la classification des actes du juge. Appartiennent-ils à la catégorie des actes de procédure ? Certains auteurs le pensent (1), d'autres, au contraire, y sont opposés (2).

A - LES REPONSES DOCTRINALES AFFIRMATIVES.

57. En définissant l'acte de procédure comme "*la mise en oeuvre technique et pratique du droit*", il est tout naturel pour Japiot (3) de considérer les actes accomplis par le juge comme des actes de procédure.

Cette définition trop large est inexacte. Elle recouvre tous les actes qui ont pour but ou pour effet de sauvegarder ou d'exercer un droit par des moyens judiciaires, sans distinguer selon leur auteur ou leur rédacteur. Pour Japiot, tout acte accompli au cours d'un procès est un acte de procédure. Mais cela ne sera, que si certaines conditions sont remplies et certaines règles respectées, si ces actes ont une double nature et s'ils sont soumis au régime

(1) Japiot, op. cit., n° 20 ; Garsonnet et Cézair Bru, op. cit., t. 2, n° 86 ; Cornu et Foyer, op. cit., p. 413 et s.

(2) Glasson, Tissier et Morel, op. cit., t. 2, n° 419 et s. ; Morel, op. cit., n° 384 et s. ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 331, 465 et s. ; Boitard et Colmet Daage "Leçons de procédure civile" 14^{ème} éd., 1885, t. 1, p. 271 ; Marc de Bieville "Les nullités de procédure en matière civile", Thèse Paris 1947.

(3) Japiot, op. cit., n° 20.

particulier des actes de procédure (1). La définition énoncée par Japiot ne peut pas être retenue. Le problème de la classification des actes du juge reste entier.

58. Pour Garsonnet et Cézair Bru (2), l'expression "acte de procédure", désigne les faits et les écrits destinés à les constater. Ces auteurs distinguent deux acceptations du terme dont l'une désigne les actes judiciaires et les actes extrajudiciaires. Ils rangent parmi les actes judiciaires, les demandes en justice, les conclusions et les jugements ; parmi les actes extrajudiciaires, ceux qui ont pour but de sauvegarder un droit.

59. Pour Cornu et Foyer (3), les actes de procédure comprennent tous ceux qui se rattachent à une instance. Les actes du juge sont une variété d'actes de procédure. Ces auteurs constatent qu'ils sont soumis à de multiples conditions de validité sanctionnées par la nullité. Ils en concluent que le régime des nullités des actes de procédure s'appliquent, mais ils remarquent que cette sanction est mise en oeuvre par des voies procédurales qui ne sont pas celles du droit commun en raison du principe selon lequel "les voies de nullité n'ont lieu en France contre les jugements". Cette différence ne représente pour eux qu'une exception au régime de droit commun des nullités de procédure.

(1) Cf. Supra n° 34 à 53.

(2) Garsonnet et Cézair Bru, op. cit., t. 2, n° 86 p. 148.

(3) Cornu et Foyer, op. cit., p. 433 et s.

60. En fait, il ne s'agit pas d'une exception mais de la mise en oeuvre des nullités de procédure. C'est l'une des raisons pour lesquelles une autre partie de la doctrine s'est prononcée en faveur de l'exclusion des actes du juge.

B - LES REPONSES DOCTRINALES NEGATIVES.

61. Solus et Perrot (1) constatent que l'assimilation des actes du juge aux actes de procédure est des plus téméraires. Quelles que soient les imprécisions de vocabulaire, que le terme "acte de procédure" désigne tous les actes accomplis par le magistrat et par les auxiliaires de justice ou par ces derniers seulement, il est certain que les actes du juge qui ont leurs règles propres échappent au régime des actes de procédure *"tant en ce qui concerne leur élaboration que la mise en oeuvre des sanctions attachées à d'éventuelles irrégularités"* (2). Les jugements ne peuvent être critiqués qu'au moyen d'une voie de recours en raison de la règle "voies de nullité n'ont lieu contre les jugements". Les actes du juge ne sont donc pas des actes de procédure.

Solus et Perrot nuancent leur propos en distinguant les actes de juridiction comme les arrêts, les jugements, les ordonnances, des actes de pure administration judiciaire accomplis pour l'instruction du procès ou pour le bon fonctionnement de la justice. Ces derniers pourraient être considérés comme des actes de procédure car ils assurent "le déroulement correct de l'instance".

(1) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 331.

(2) Note précitée (1).

62. D'autres auteurs sont plus rigoureux. Boitard et Colmet Daage (1), Morel (2), Marc de Bieville (3), Vincent (4) remarquent que la nature, le régime et la variété des actes du juge les excluent des actes de procédure. Vincent constate que la distinction entre l'acte juridictionnel et l'acte administratif n'est pas toujours familière au juge (5). Elle ne dépend pas de l'analyse de la nature de l'acte mais du souci du magistrat de ménager une voie de recours au plaideur.

La différence entre ces deux types d'actes n'est pas précise. On observe souvent un flottement en jurisprudence, les juridictions ne sachant quelle qualification retenir (6).

Cette distinction doit être rejetée.

On doit considérer les actes d'administration judiciaire comme des actes relevant de l'autorité judiciaire, émanant d'une même personne : le juge. Les actes administratifs et les actes juridictionnels appartiennent donc à une même catégorie d'actes : les actes du juge.

63. Ceux-ci forment une classe à part, autonome, distincte de celle des actes de procédure. Morel avait constaté que les articles 1029 et suivants du Code de procédure civile ne

(1) Boitard et Colmet Daage, op. cit., t. 1, p. 271.

(2) Morel, op. cit., n° 384.

(3) Marc de Bieville "Les nullités en matière d'actes de procédure", Thèse Paris 1947.

(4) Vincent, op. cit., n° 66 et s., n° 401 et s.

(5) Vincent, op. cit., n° 86.

(6) Riom 25 novembre 1946, J.C.P. 1947-2-3999 ; Paris 6 avril 1946, D. 1946-1-405.

concernaient que les actes accomplis par des auxiliaires de justice, il ne parlaient pas des actes du juge (1). Cette remarque est toujours actuelle. Les articles 114 et suivants du nouveau Code de procédure civile ne mentionnent pas ces actes. Ils sont donc exclus du régime des actes de procédure.

64. Ce courant doctrinal s'oppose au précédent. Il est impossible de ranger avec certitude les actes du juge parmi les actes de procédure. La doctrine est impuissante à résoudre ce problème de classification. Les théories émises à ce sujet sont nombreuses et contradictoires. Les actes du juge sont difficiles à classer. Pour lever ces difficultés, il importe de préciser leurs caractères.

§ 2 - LES CARACTÈRES DES ACTES DU JUGE.

65. La définition d'un critère précis des actes du juge a donné lieu à de nombreuses controverses doctrinales(2) qui ne feront pas l'objet de développements dans le cadre de cette étude. Plusieurs théories ont été proposées. Pour certains auteurs, l'acte du juge se reconnaît à des signes extérieurs, c'est-à-dire en utilisant des critères formels (3), pour

(1) Morel, op. cit., n° 384, note 1 in fine.

(2) Vizioz, op. cit., p. 58 et s. ; Japiot, op. cit., n° 130 et s. ; Morel, op. cit., n° 71 et s. ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 465 et s. ; Cornu et Foyer, op. cit., p. 89 ; Waline "Du critère des actes juridictionnels", Rev. dr. publ. 1933, p. 565 ; De Soto "La notion de juridiction", D. 1956 chron. 45.

(3) Carré de Malberg "Contribution à la théorie générale de l'Etat", 1920, t. 1, p. 768 et s. ; Japiot, op. cit., p. 125 ; Jèze, "L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux", Rev. dr. publ. 1909, p. 667.

d'autres il faut analyser l'activité même du magistrat et faire intervenir des critères matériels (1). Aucun de ces auteurs ne parvient à dégager un critère unique qui permettrait de le définir avec précision.

Cependant, la doctrine donne de précieuses indications concernant les caractères de cet acte. On constate qu'il ne peut pas être une variété d'acte de procédure. Sa nature, son régime et ses effets l'en éloignent.

A - UNE NATURE DIFFERENTE.

66. En envisageant l'acte du juge sous un aspect externe, certains auteurs l'ont défini d'après l'organisation de l'autorité qui le crée et d'après la procédure qui précède son émission.

67. Pour Carré de Malberg (2), l'acte du juge émane d'une "juridiction" c'est-à-dire d'une autorité ayant le caractère et le statut d'un tribunal. L'activité du juge ne se distingue pas de celle d'un administrateur si bien que c'est en considérant son aspect extérieur qu'on parvient à le distinguer des autres actes. Il provient "d'organes spécialisés, hiérarchisés, indépendants et autonome" (3). Il est accompli par un juge et non par des plaideurs.

(1) Duguit, "Traité de droit constitutionnel", 3ème éd., 1924-1938, t. 2, p. 418 et s.

(2) Carré de Malberg, op. cit., t. 1, p. 768 et s.

(3) Carré de Malberg, op. cit., t. 1, p. 768 et 777.

Pour renforcer ce critère organique, Carré de Malberg a pensé le combiner avec un critère procédural. Selon cet auteur, la séparation de la justice d'avec l'administration ne répond pas seulement au désir d'assurer l'indépendance des juges, ce qui se traduit par des règles d'organisation, elle "se fonde aussi sur la nécessité de soumettre la juridiction à des formes procédurales destinées à fournir aux administrés et aux justiciables des garanties de vérité, c'est-à-dire de conformité à la loi ou de haute impartialité du droit qui doit leur être dit" (1). C'est la raison pour laquelle "la juridiction se distingue essentiellement de l'administration par ses formes destinées à garantir aux justiciables la haute valeur de la sentence du juge" (2). Il est certain qu'une autorité chargée de juger doit se conformer à une procédure établie en vue de donner un caractère contradictoire aux débats. C'est ainsi que le législateur a réglementé avec minutie la procédure devant les tribunaux dans le nouveau Code de procédure civile, dans le Code de procédure pénale et dans les textes particuliers à certaines juridictions, notamment aux juridictions administratives.

Le critère organique et procédural proposé par Carré de Malberg contribue à mettre en évidence la différence de nature existant entre l'acte du juge et l'acte de procédure. Ce dernier émane des parties et non d'un magistrat ; ses règles de forme et de fond destinées à protéger les plaideurs contre les manoeuvres frauduleuses de leur adversaire, n'ont pas à garantir "la haute valeur de la sentence du juge". Elles sont totalement étrangères à celles prescrites pour les actes du juge (3).

(1) Carré de Malberg, op. cit., t. 1, p. 768.

(2) Carré de Malberg, op. cit., t. 1, p. 782.

(3) Articles 648 et s., 651 et s., articles 604 et s. du nouveau Code de procédure civile.

68. Une partie de la doctrine a défini l'acte du juge sous son aspect interne.

Pour Japiot et Duguit (1), il tranche une contestation c'est-à-dire un litige.

Cette idée a inspiré de nombreux auteurs (2) et en particulier Hébraud (3) pour qui cet acte permet au juge de se prononcer sur un droit qui a fait devant lui l'objet d'une contestation.

Il se compose de deux éléments : la constatation qu'une atteinte a été portée ou pas à la loi et la décision prise à la suite de cette constatation, étant précisé que pour qu'un tel acte intervienne, il faut soutenir que le droit a été violé. L'acte du juge doit son caractère spécifique *"a ce qu'il est une manifestation de volonté logiquement nécessaire d'une constatation dans le domaine du droit objectif et du droit subjectif"* (4).

Il est caractérisé par la réunion de deux éléments : la constatation et la décision qui sont étroitement imbriquées l'une à l'autre pour ne former qu'un ensemble indivisible, le second élément étant commandé par le premier.

(1) Japiot, op. cit., n° 147 ; Duguit, op. cit., t. 2, p. 418 et s.

(2) Cormenin, "Questions de droit administratif" 5ème éd., 1840, t. 1, p. 58 et t. 2, p. 376 ; Gérando "Programme du cours de droit public et administratif" ; Foucart "Eléments de droit public et administratif" t. 3, p. 274 ; Duguit "Etudes de droit public", 1901-1903, t. 1, p. 416 ; Jèze "Les principes généraux du droit administratif", Revue générale d'administration 1903, t. 3, p. 269 ; Hauriou "Précis de droit administratif", 10ème éd., 1921, p. 405 ; Vizioz "Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française de droit public", p. 49.

(3) Hébraud, Rev. trim. dr. civ. 1960, p. 706.

(4) Duguit, "L'acte administratif et l'acte juridictionnel", Rev. dr. publ. 1906, p. 449.

L'acte du juge se différencie de l'acte des parties en ce qu'il constate une atteinte à la loi et tranche un litige. Il ne porte pas le procès à la connaissance de l'adversaire ou de la juridiction saisie. Il n'y a aucun point commun entre ces deux types d'actes. Ils ne peuvent appartenir à la même catégorie.

69. L'acte du juge a une nature qui lui est propre. Il a une réalité autonome. Il se distingue de l'acte de procédure non seulement par sa nature mais aussi par son régime et ses effets.

B - UN REGIME DIFFERENT.

70. La sanction des conditions de validité des jugements est mise en oeuvre par des moyens procéduraires qui ne sont pas ceux des actes de procédure.

Les articles 112 à 121 du nouveau Code de procédure civile disposent que la nullité d'un acte de procédure doit être soulevée au moyen d'une exception de procédure. Au contraire, l'article 460 du nouveau code de procédure civile indique que "*la nullité d'un jugement ne peut être demandée que par les voies de recours prévues par la loi*". Cette disposition traditionnelle découle de la règle "*voies de nullité n'ont lieu contre les jugements*". A la différence des actes de procédure, les actes du juge ne peuvent pas faire l'objet d'une action en nullité principale (1). Seules les voies de recours permettent la remise en cause de leur validité. Lorsque les voies de recours ordinaires ou extraordinaires sont épuisées, les jugements sont inattaquables, les vices dont il sont entachés sont couverts, si graves soient-ils.

(1) Vincent, op. cit., n° 77 ; Cornu et Foyer, op. cit., p. 443 et s., Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 293.

Il n'existe pas dans le domaine des nullités de procédure des délais impératifs pour soulever l'exception de nullité. Si les textes exigent que ce moyen de défense soit présenté dans un ordre précis lorsqu'il vient en concurrence avec d'autres, il n'est pas prescrit de délai d'un mois comme en matière d'appel pour contester l'irrégularité d'un acte et obtenir son annulation.

Les nullités des jugements ne sont soumises qu'à un seul régime : celui des voies de recours alors que le régime des nullités des actes de procédure varient selon le type d'irrégularités entachant l'acte vicié.

71. Les effets des nullités des jugements ne sont pas toujours semblables à ceux des nullités des actes de procédure.

Si le jugement nul est considéré comme non avenu, s'il ne peut produire aucun des effets spécifiques auxquels il était destiné, il n'atteint pas le fond du droit. La juridiction saisie de la demande statue à nouveau et rétablit le plaideur dans ses droits (1).

La nullité du jugement peut entraîner à l'égard du magistrat fautif une sanction civile ou disciplinaire différente de celle qui frappe l'auxiliaire de justice. Il n'existe ni peine d'amende ni paiement des frais suscités par le jugement annulé. La responsabilité civile des magistrats ne peut être mise en cause que par une procédure particulière : la prise à partie (2).

(1) Benabent, V° "Jugements", in Encyclopédie Dalloz.

(2) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 816 et s.

72. Le régime des actes du juge diffère donc profondément de celui des actes de procédure. Les effets en sont également distincts.

C - DES EFFETS DIFFERENTS.

73. L'acte du juge a autorité de chose jugée et dessaisit le magistrat.

74. Il produit un effet qui n'appartient qu'à lui seul. Il est muni de la "*force de vérité légale*" (1). Ce qui est jugé doit être tenu pour vrai, s'impose comme tel et ne peut plus être remis en cause, du moins lorsque les délais impartis pour intenter les voies de recours sont expirés. Ce caractère est tellement spécifique aux actes de juridiction que certains auteurs (2) en ont fait un principe de distinction.

L'acte du juge possède une autorité qui n'est accordée ni aux actes de procédure ni aux actes législatifs, ni aux actes administratifs. Cette autorité est reconnue par l'article 1351 du Code civil.

La doctrine classique (3) affirmait que l'autorité de la chose jugée reposait sur une présomption légale de vérité. Les textes du Code accrédiétaient cette thèse puisque l'article 1351 du Code civil la classait parmi les présomptions légales.

(1) Japiot, op. cit., p. 125 ; Jèze "L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux", Rev. dr. publ. 1909 p. 667 ; "De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel", Rev. dr. publ. 1913 p. 437 et s.

(2) Japiot, op. cit. ; Jèze op. cit.

(3) Pothier, "Obligations" 1825, n° 842, 851 à 910.

Mais la doctrine moderne (1) conteste un tel fondement en se basant sur certaines décisions jurisprudentielles.

Si l'autorité de la chose jugée repose sur une présomption légale de vérité, on ne peut admettre qu'elle puisse s'attacher à des jugements rendus au mépris d'une règle d'ordre public (2).

En réalité, l'autorité de la chose jugée est justifiée si l'on considère que "*la stabilité des rapports juridiques exige que les décisions de justice soient respectées au même titre que la loi*" (3). C'est un fondement différent que les auteurs modernes proposent : celui de la stabilité des relations juridiques. Si les décisions juridictionnelles n'étaient pas respectées au même titre que la loi, les procès n'auraient plus de fin et la fonction essentielle des jugements qui est précisément de mettre un terme aux litiges, ne serait pas suivie d'effet.

Le nouveau fondement n'exclut pas toute idée de présomption de vérité. Le législateur a voulu attribuer l'autorité de la chose jugée aux décisions du magistrat parce que, dans la majorité des cas, les actes du juge sont l'expression de la vérité judiciaire. Mais cette autorité n'est que l'aboutissement de la fonction juridictionnelle et la présomption de vérité n'est qu'une justification qui

(1) Morel, op. cit., n° 577 ; Perrot "Chose jugée", Encyclopédie Dalloz n° 4 ; Foyer "L'autorité de la chose jugée ; essai d'une définition", Thèse Paris 1954 ; Motulsky, op. cit., p. 201.

(2) Civ. 24 juillet 1941, S. 1942-1-141 ; Soc. 4 juin 1969, J.C.P. 1969-4-5573 ; Civ. 3 novembre 1966, J.C.P. 1966-2-14880.

(3) Perrot, note précitée (1).

figure parmi "les éléments intellectuels et constructifs" (1) qui ont déterminé le législateur à protéger ce qui a été jugé.

Sans doute, ce principe de l'autorité de la chose jugée ne s'attache-t-il qu'aux jugements ayant un caractère contentieux et définitif, qu'au dispositif de la décision et non aux motifs (2), il n'a qu'une autorité relative puisqu'il est enfermé dans le cadre de la triple identité de l'article 1351 du Code civil (3) et en règle générale il n'a aucun effet à l'égard des tiers (4), mais il n'en demeure pas moins qu'il est l'élément essentiel permettant de le différencier des autres actes et notamment de l'acte de procédure.

75. L'acte du juge a également pour effet de dessaisir le magistrat. Cette règle est posée par l'article 481 du nouveau code de procédure civile : "S'il n'est avant-dire droit, le jugement dessaisit le juge qui l'a rendu". Une fois statué sur le litige, le magistrat ne peut plus revenir sur sa décision même avec le consentement des parties sauf en cas de rétractation sur opposition, tierce opposition, ou recours en révision, en cas d'interprétation ou de rectification d'erreurs matérielles (5).

(1) Gény, "Sciences et techniques de droit privé positif". 1914-1924, t. 1, p. 347.

(2) Garsonnet et Cézard Bru, op. cit., t. 3, n° 710 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 497 ; Morel, op. cit., n° 547 ; Vincent, op. cit., n° 535. Req. 14 juillet 1873, D.P. 1874-1-308 ; Civ. 15 novembre 1967, J.C.P. 1968-2-15344, Civ. 24 décembre 1901, D.P. 1902-1-361 ; Civ. 22 octobre 1935, D. 1935-1-521, Soc. 13 février 1975, J.C.P. 1975-4-112.

(3) Civ. 20 novembre 1944, D. 1945-1-184 ; Civ. 4 décembre 1973, D. 1974-4-238 ; com. 13 octobre 1975, D. 1975, Inf. Rap. 259 ; Civ. 19 avril 1977, Bull. civ. I, n° 168 p. 131 ; Civ. 12 juillet 1977, J.C.P. 1977-4-237.

(4) Civ. 14 novembre 1956, Bull. civ. I, n° 411 p. 327.

(5) Article 481 du nouveau Code de procédure civile.

Il s'agit là d'une différence importante avec les actes de procédure qui saisissent le juge au lieu de le dessaisir.

76. Ainsi la nature, le régime juridique, les effets des actes du juge ne permettent pas de les assimiler à d'autres comme les actes des parties ou de leurs mandataires. L'acte du juge a une nature et des caractères qui lui sont particuliers. Il n'est pas un acte de procédure. Ce terme ne désigne que les actes des parties.

SECTION II - LES ACTES DES PARTIES OU DE LEURS MANDATAIRES.

77. Les actes des parties sont effectués à la requête des plaideurs par des auxiliaires de justice, la loi autorisant rarement des particuliers à les accomplir eux-mêmes (1).

Pour protéger les parties au procès des graves conséquences qu'entraînent les irrégularités de fond ou les vices de forme, le législateur a confié le soin de rédiger et de signifier les actes nécessaires au déroulement de la procédure à des hommes de loi qualifiés. Ces actes accomplis au nom et pour le compte des intéressés par les avoués, les avocats et les huissiers, sont des actes de procédure.

(1) Actes d'appel en matière de contentieux de la sécurité sociale : décret n° 58-1291 du 22-12-1958 article 24 ; demande en justice devant un tribunal paritaire décret n° 58-1293 du 22-12-1958, article 11.

§ 1 - LES ACTES DES AVOCATS OU DES AVOUÉS.

78. Les actes des avocats ou des avoués dont la notification se fait, au cours de l'instance, entre les avocats ou les avoués constitués par les plaideurs sont nombreux et variés, la mission de ces auxiliaires de justice étant d'intervenir à tous les stades du procès à la place des particuliers. Ces actes ont la double nature et le régime juridique caractérisant les actes de procédure.

A - LA DOUBLE NATURE.

79. L'avocat, défenseur des justiciables, a pour mission d'assister ses clients et de soutenir leur défense par ses paroles et par ses écrits (1). Il représente les plaideurs (2) devant toutes les juridictions hormis devant la Cour d'appel où les avoués exercent le monopole de la représentation dans le ressort de la Cour dont ils dépendent (3).

Lorsqu'il représente les parties, l'avocat postule et conclut, c'est-à-dire qu'il accomplit tous les actes de procédure nécessaires devant toutes les juridictions situées dans le ressort de son barreau (4). C'est ainsi qu'il rédige les requêtes en matière gracieuse, les assignations portant signature de l'huissier, les placets, les conclusions qui exposent au tribunal les prétentions et les arguments des

(1) Hamelin et Damien "Nouvel abrégé des règles de la profession d'avocat", 1973 ; Civ. 18 novembre 1946, D. 1947-1-40.

(2) Articles 134 à 136, Loi du 31-12-1972 et articles 82 à 126, Décret 9-6-1972.

(3) Article 37, Décret 22-12-1958.

(4) Article 5, Loi du 31-12-1971.

plaideurs. Les avocats ou les avoués accomplissent aussi des "actes du palais" : constitutions d'avocat, constitutions d'avoué devant la Cour d'appel, sommations de communiquer les pièces, conclusions, actes de désistement, actes de reprise d'instance...

80. Tous ces actes sont rédigés par écrit et accomplis par les avocats ou les avoués au nom et pour le compte des parties qu'ils représentent. Ils sont à la fois "instrumentum" et "negotium". "Instrumentum" car rédigés par écrit, "negotium" puisqu'effectués au nom des parties, posés en leur nom, les plus importants, à leur initiative ou sur leur décision expresse et produisant effet en leurs personnes. Cependant cette double nature ne suffit pas à elle seule à les qualifier d'"actes de procédure" et à les distinguer de certains actes du procès comme les actes du juge, qui sont, aussi "instrumentum" puisque rédigés par écrit et "negotium", en tant qu'opération volontaire destinée à produire des effets de droit. Encore faut-il que le régime de la sanction frappant l'acte irrégulier soit semblable à celui des actes de procédure.

B - LE REGIME JURIDIQUE.

81. Les actes des avocats et des avoués sont soumis à des conditions de validité sanctionnées par la nullité. La sanction est similaire à celle des actes de procédure.

82. La rédaction des actes des avocats ou des actes des avoués n'est pas soumise à des règles aussi strictes que celles des actes des huissiers. Mais un minimum d'indications doit être mentionné : la date, la désignation des avocats ou des avoués, la désignation des parties, la signature de l'avocat ou de l'avoué. Ces formalités sont prescrites à peine de nullité.

Ainsi la constitution d'avocat ou d'avoué qui est "une déclaration portant qu'un avocat ou qu'un avoué est chargé de représenter une partie à l'instance soit en demande, soit en défense et de faire ou de recevoir en son nom tous les actes de procédure" (1) est contenue dans l'assignation introductive lorsqu'elle émane du demandeur (2) et dans un acte de constitution notifié à l'avocat ou à l'avoué de la partie adverse lorsqu'elle émane du défendeur (3). Cet acte doit indiquer, si le défendeur est une personne physique, ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance, si le défendeur est une personne morale, sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui le représente légalement (4). Une copie est remise au secrétariat-greffe dès la notification. Toutes ces formalités sont prescrites à peine de nullité (5). Le régime de la sanction est déterminé par les articles 112 à 121 du nouveau Code de procédure civile.

Les conclusions qui sont des actes d'avocat à avocat, ou devant la Cour d'appel, des actes d'avoué à avoué fixant les prétentions des parties et déterminant les points sur lesquels le juge devra statuer (6) doivent porter la signature de l'avocat ou de l'avoué de la partie rédactrice (7) et contenir les mentions qui figurent dans l'acte de constitution à peine de nullité (8). Elles doivent être notifiées

(1) Giverdon, V° "Actes de procédure", in Encyclopédie Dalloz, n° 194.

(2) Article 752 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Articles 814 al. 1 et 960 al. 1 du nouveau Code de procédure civile.

(4) Articles 814 et 960 du nouveau Code de procédure civile.

(5) Articles 648 et 901 du nouveau Code de procédure civile.

(6) Articles 4 et 5 du nouveau Code de procédure civile.

(7) Articles 815 et 961 du nouveau Code de procédure civile.

(8) Articles 815 al. 1 et 961 al. 1 du nouveau Code de procédure civile.

par l'avocat (ou l'avoué) de chacune des parties à celui de l'adversaire (1). Une copie est remise au secrétariat-greffe avec justification de la notification (2).

83. Les actes des avocats ou des avoués sont aussi soumis à des conditions de fond sanctionnées par la nullité.

C'est ainsi que l'auxiliaire de justice doit avoir pouvoir et capacité pour assurer la représentation d'un plaideur. Il y a défaut de pouvoir lorsqu'un avocat ou un avoué prétend représenter une partie alors que celle-ci ne l'a pas choisi (3), l'a révoqué (4), ou si l'avocat a cessé ses fonctions, tous les actes accomplis postérieurement sont nuls (5). Le défaut de capacité résulte d'une absence de capacité de jouissance. Cette irrégularité ne se rencontrerait que dans l'hypothèse où un avocat ou un avoué serait décédé. Il faudrait imaginer qu'un acte soit accompli après le décès d'un avocat au nom de celui-ci. En pratique, cette irrégularité n'existe pas.

84. Qu'on l'envisage sous l'un ou l'autre de ses aspects indivisiblement liés, acte instrumentaire ou acte juridique, l'acte de l'avocat ou de l'avoué est soumis à de multiples conditions de validité sanctionnées par la nullité. La réunion de cette double nature et de cette sanction en font un acte de procédure qui sera mis en oeuvre par un huissier de justice.

(1) Articles 753 al. 1 et 909 al. 1 du nouveau Code de procédure civile.

(2) Articles 753 al. 2 et 909 al. 2 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Article 19 du nouveau Code de procédure civile.

(4) Article 418 du nouveau Code de procédure civile.

(5) Trib. Gr. Inst. Mulhouse, 25 mars 1977, Gaz. Pal. 1977-2-Somm. 234.

§ 2 - LES ACTES DES HUISSIERS.

85. Les actes des huissiers de justice que l'on désignait par le vocable d'"exploits" jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile sont nombreux.

Ces auxiliaires de justice jouent un rôle très important dans la mise en oeuvre du formalisme procédural (1). Ils accomplissent des actes dont les éléments constitutifs et la sanction frappant l'irrégularité les entachant sont caractéristiques des actes de procédure.

A - LES ELEMENTS CONSTITUTIFS.

86. Les huissiers de justice ont seuls compétence pour signifier les actes de procédure (2) qu'ils ont eux-mêmes rédigés ou qui ont été rédigés par d'autres personnes (avocats, avoués ou juges).

Ils expriment la volonté des plaideurs, rédacteurs de l'acte destiné à produire des effets de droit. Ils ne peuvent agir que si l'une des parties le demande et décide d'indiquer à son adversaire son désir de faire respecter ses droits ou de l'y obliger. Les actes d'huissier sont donc des actes de volonté.

Ils sont aussi actes instrumentaires car ils sont rédigés par écrit et assurent ainsi la preuve du respect des formes prescrites par la loi (3). Ils servent de support à la volonté des parties.

(1) Vincent, op. cit., n° 402.

(2) Article 1, Ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 modifiée par le décret n° 55604 du 20 mai 1945.

(3) Garsonnet et César Bru, op. cit., t. 2, n° 91, Article 55 du nouveau Code de procédure civile.

87. Les actes des huissiers reçoivent des appellations différentes selon leur objet.

Ils se nomment "assignations" lorsqu'ils sont destinés à citer une personne à comparaître devant le juge, "signification" lorsqu'ils ont pour but de faire connaître un acte, "sommation" lorsqu'ils intiment un ordre ou une défense, "constat" lorsque l'huissier consigne par écrit une situation de fait en vue d'assurer au requérant un instrument de preuve, "procès verbal" lorsque l'huissier décrit et rapporte les opérations auxquelles il a procédé (1).

Chacun de ces actes doit mentionner à peine de nullité la date, la désignation du requérant, de l'huissier instrumentaire et du destinataire (2). Ces indications doivent être complétées par les mentions particulières à chaque catégorie d'actes. C'est ainsi, que l'assignation devra en outre préciser la juridiction saisie, l'objet de la demande et l'exposé des moyens, les conséquences du défaut de comparaître, les pièces sur lesquelles la demande est formée (3). La sommation devra contenir en plus la réponse de la personne à qui elle est adressée (4).

88. Mais un acte de procédure n'a d'efficacité que si son destinataire en a eu officiellement connaissance (5). Il peut lui être notifié par voie d'huissier (6). Dans ce cas,

(1) Garsonnet et Cezar Bru, op. cit., t. 2, n° 89 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 350.

(2) Article 648 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Article 56 du nouveau Code de procédure civile.

(4) Article 813 de l'ancien Code de procédure civile.

(5) Garsonnet et Cézard Bru, op. cit., t. 2, n° 88 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 350.

(6) Article 651 du nouveau Code de procédure civile.

il porte le nom de signification (1) qui peut être faite à personne, à domicile ou à parquet (2), le décret du 28 août 1972 ne distinguant plus que trois modes de signification au lieu de cinq.

Pour que la signification atteigne son but, il est souhaitable qu'elle soit adressée à la personne elle-même. C'est la raison pour laquelle l'article 654 du nouveau Code de procédure civile précise avec netteté qu'elle "doit" être faite à personne. L'huissier doit accomplir toutes les diligences nécessaires pour rencontrer l'intéressé (3). Lorsqu'il s'agit d'une personne morale, la signification est faite à son représentant légal ou à toute personne habilitée à cet effet (4).

Si la signification à personne s'avère impossible, l'article 655 du nouveau Code de procédure civile prévoit qu'elle peut être effectuée à domicile ou à défaut à résidence. Si l'huissier ne trouve pas la personne concernée, la copie de l'acte sera remise à toute personne présente capable de l'adresser à l'intéressé. L'huissier laissera à la résidence ou au domicile du destinataire un avis de passage daté, avertissant ce dernier de la remise de la copie (5). Si personne ne veut ou ne peut recevoir l'acte, l'huissier le déposera en mairie en laissant un avis de passage (6).

(1) Article 651 al. 1 du nouveau Code de procédure civile.

(2) Articles 654, 655 et 659 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Lyon, 18 juin 1968, Gaz. Pal. 1968-2, Somm. 18 ; Paris, 20 décembre 1972, D. 1973-4-6263 ; Clermont-Ferrand, 7 janvier 1971, J.C.P. 1973-2-17268 ; Paris 14 novembre 1974, J.C.P. 1975-4-6531.

(4) Article 654 al. 2 du nouveau Code de procédure civile.

(5) Décret 26 novembre 1965.

(6) Article 656 du nouveau Code de procédure civile.

Enfin, si le destinataire de l'acte n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus ou s'il demeure dans un territoire d'outre-mer ou s'il est domicilié à l'étranger, la signification se fera à parquet (1).

L'acte de procédure peut non seulement être notifié par voie de signification d'huissier, mais aussi dans certains cas prévus par la loi (2), en la forme ordinaire, c'est-à-dire sous enveloppe ou sous pli fermé par voie postale ou par remise de l'acte contre émargement ou récépissé (3). Cette seconde modalité de notification ne constitue pas un acte d'huissier puisqu'elle est effectuée en dehors de son ministère. Elle est peu utilisée dans la pratique car elle présente de nombreux dangers, certains destinataires de mauvaise foi n'hésitant pas à affirmer qu'ils ont reçu une enveloppe vide alors qu'en réalité ils ont eu connaissance de l'acte. Le recours à un huissier de justice permet d'éviter ces inconvénients.

89. Les actes des huissiers accomplis pour les parties, comme les actes d'avocat ou d'avoué sont des actes de procédure. Ils sont à la fois "negotium" puisque rédigés au nom des plaideurs, sous leur direction ou à leur initiative et "instrumentum" car ils nécessitent un écrit. Ils ont donc la double nature qui caractérise l'acte de procédure.

(1) Article 659 du nouveau Code de procédure civile.

(2) Articles 671, 674, 675 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Article 667 du nouveau Code de procédure civile.

Leurs conditions de validité ainsi que leur sanction sont identiques à celles des actes d'avocat ou d'avoués, les articles 649 et 694 du nouveau Code de procédure civile précisant que la nullité des actes de procédure sanctionne l'irrégularité entachant un acte d'huissier.

B - LES ARTICLES 649 ET 694 DU NOUVEAU CODE DE PROCEDURE CIVILE.

90. L'article 649 du nouveau Code de procédure civile dispose que *"la nullité des actes d'huissier de justice est régie par les dispositions qui gouvernent la nullité des actes de procédure"*. Ce texte reproduit l'article 40-1 inclus par le décret du 17 décembre 1973 dans celui du 28 août 1972. Cet article vise à la fois les actes d'huissier et les actes de procédure soumettant la nullité des actes d'huissier autre que les significations aux dispositions des articles 112 à 116 du nouveau Code de procédure civile, sur la nullité des actes de procédure. La même règle est proclamée par l'article 694 en ce qui concerne les notifications.

91. Cependant la question se pose de savoir si ces textes visent aussi bien les nullités résultant de l'omission ou de l'inexactitude des mentions à porter sur les actes et les significations, que celles relatives à des textes spéciaux.

Sous l'empire de l'article 173 de l'ancien Code de procédure civile, la Cour de cassation avait appliqué la règle "pas de nullité sans grief" à un congé qui ne contenait pas les mentions exigées à peine de nullité par l'article 5 du décret du 30 septembre 1953 sur les baux commerciaux (1).

(1) Civ. 3ème, 16 avril 1973, Bull. civ. III, n° 286, p. 206.

Une décision plus récente s'est fondée sur ce principe pour refuser de prononcer la nullité d'un congé donné en application de l'article 830-1 du Code rural, ce texte ne prévoyant pas cette sanction (1). Un arrêt de la Cour de cassation a fait appel à cette règle pour prononcer la nullité d'un congé délivré suite à une occupation insuffisante des lieux en vertu de l'article 10-7 de la loi du 1er septembre 1948 (2). Mais la Cour de cassation l'a écartée dans l'hypothèse d'un congé fondé sur l'âge de la retraite d'un preneur de bien rural qui ne reproduisait pas l'avant dernier alinéa de l'article 845-1 du Code rural au mépris des exigences de ce texte (3).

Elle n'a pas appliqué cette règle relevant des dispositions de l'article 114 parce que la nullité était expressément prévue par le Code rural. Dans tous les autres cas, elle a fait appel à cette sanction telle que régie par les dispositions qui gouvernent les nullités des actes de procédure.

Les congés autres que ceux visés par l'article 845-1 du Code rural sont soumis au régime de droit commun : celui des nullités de procédure (4). Les articles 649 et 694 du nouveau Code de procédure civile visent toutes les nullités des actes d'huissier sauf dispositions contraires de la loi.

(1) Civ. 3ème, 7 mars 1978, Bull. civ. III, n° 105 p. 83.

(2) Civ. 3ème, 9 juillet 1979, Bull. civ. III, n° 152 p. 118.

(3) Civ. 3ème, 24 février 1976, Bull. civ. III, n° 84 p. 63 ; Civ. 3ème, 25 mai 1976, Bull. civ. III n° 224 p. 172 ; Civ. 3ème, 1er juin 1976, Bull. civ. III n° 242 p. 189 ; Civ. 3ème, 15 mars 1977, Bull. civ. III, n° 119, p. 93.

(4) Civ. 3ème, 8 juin 1982, Bull. civ. III, n° 146, p. 106.

Hormis les exceptions légales, toutes les irrégularités entachant un acte d'huissier peuvent être frappées de nullités. La double nature de ces actes et la particularité de leur sanction dont le régime est celui fixé par les articles 112 à 121 du nouveau Code de procédure civile permettent de les classer parmi les actes de procédure.

92. Le domaine des actes de procédure est restreint. Il ne concerne que les actes accomplis par les avocats, les avoués et les huissiers de justice. Les actes du juge en sont exclus.

C'est aussi un domaine spécifique. Les dispositions des articles 112 à 121 du nouveau Code de procédure civile ne s'appliquent qu'aux nullités de procédure à l'exclusion d'autres sanctions procédurales voisines.

TITRE II

LES NULLITES DE PROCEDURE

ET

LES SANCTIONS VOISINES

93. Les nullités de procédure côtoient d'autres sanctions procédurales : les déchéances, les fins de non-recevoir et l'inexistence qui, du fait de leur régime plus souple ou plus rigide risquent de se confondre avec les nullités.

CHAPITRE I

LES NULLITES ET LA DECHEANCE

94. L'inobservation des délais de procédure entraîne en principe, la déchéance c'est-à-dire la perte du droit d'accomplir l'acte.

95. Certains auteurs (1) distinguent la déchéance de la forclusion. La première notion recouvre tous les cas où la perte d'un droit résulte du défaut d'accomplissement d'un acte, d'une formalité ou d'une obligation ; la seconde correspond seulement au défaut d'accomplissement de l'acte dans le délai fixé par la loi dont le point de départ est la date de signification. L'inobservation des délais est sanctionnée par une déchéance. L'acte tardif subi une forclusion.

Cette distinction n'est pas reprise par le législateur qui emploie indifféremment l'une ou l'autre expression. C'est ainsi qu'en matière de distribution, le défaut de production dans le délai légal est sanctionné par une forclusion en procédure de contribution judiciaire (2) et par une déchéance dans l'ordre judiciaire (3).

(1) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 459 ; Cornu et Foyer, op. cit., p. 422.

(2) Article 660 de l'ancien Code de procédure civile.

(3) Article 775 de l'ancien Code de procédure civile.

Il en est de même en jurisprudence où les deux termes sont couramment employés (1).

Cette différence si ténue soit-elle existe, mais elle n'a aucune incidence pratique. La déchéance est liée à la forclusion, elle en est toujours la conséquence directe et indissociable. L'absence de distinction légale et jurisprudentielle n'entraîne donc aucun effet préjudiciable.

96. La déchéance ou la forclusion résulte de ce que l'acte n'a pas été accompli en temps utile. Mais il ne s'agit pas chaque fois de l'inobservation d'un délai. Dans certains cas, la loi fixe un ordre précis de présentation des moyens de défense. Le plaideur qui soulève une fin de non-recevoir ou qui fait valoir une défense au fond ne peut plus opposer l'exception de nullité pour vice de forme (2). Dans d'autres cas, la loi exige que la partie qui a un droit à faire valoir l'exerce avant l'accomplissement d'un acte. C'est ainsi que des défenses au fond, de nouvelles pièces, ou des conclusions ne peuvent être proposées après l'ordonnance de clôture (3). Dans toutes ces hypothèses, les plaideurs encourent la déchéance et perdent le droit d'accomplir l'acte ou la formalité dans le délai imparti par la loi.

97. Cette sanction est rigoureuse. Pour en atténuer la rigueur, on a pu songer à appliquer la règle de l'article 114 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile en exigeant la preuve d'un grief.

(1) Civ. 2ème, 16 avril 1975, Bull. civ. II, n° 105, p. 86 ; Civ. 2ème, 28 avril 1976, Gaz. Pal. 1976-1. Somm. 127 ; Versailles 2 mars 1978, D. 1978, Inf. Rap. 365 ; Civ. 15 mars 1978, D. 1978 Inf. Rap. 365 ; Civ. 2ème 8 mai 1980, Gaz. Pal. 1980-2-559 ; Civ. 2ème 31 janv. 1980, Gaz. Pal. 1980-1-299.

(2) Article 112 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Article 783 du nouveau Code de procédure civile.

SECTION I - LA RIGUEUR DE LA SANCTION DE DECHEANCE.

98. Cette sanction est rigoureuse par son automatisme et par ses effets qui s'apparentent à ceux des nullités.

§ 1 - L'AUTOMATISME DE LA SANCTION.

99. En principe, l'expiration d'un délai est sanctionnée par une déchéance. Le juge n'a pas à rechercher l'existence d'un grief. La déchéance n'est pas comminatoire. Son régime est rigoureux mais il comporte des exceptions au principe de l'automatisme (1).

A - LE PRINCIPE.

100. Si le délai imparti par la loi pour accomplir un acte de procédure n'est pas respecté, le prononcé de la déchéance est automatique.

Le juge ne peut ni refuser de la prononcer, ni rechercher si elle a causé un préjudice. Il ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation (2). Son rôle est similaire à celui qu'il assume en matière de nullités pour irrégularité de fond.

101. La déchéance est encourue même si le retard est imputable à l'auxiliaire de justice mandaté pour agir. Cette sanction ne s'applique pas en cas de collusion frauduleuse

(1) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 459 et s. ; Garsonnet et César Bru, op. cit., t. 1, n° 32 ; t. 2 n° 63 à 84 ; t. 3 n° 112, 324 et suivants ; Glasson, Tissier et Morel, op. cit., t. 2, n° 439 ; Morel, op. cit., n° 392, 414 et suivants, 446, 449, 513, 520 à 526 ; Vincent, op. cit., n° 428.

(2) Lyon, 19 février 1960, D. 1960-1-770 ; Civ. 10 décembre 1855, D. 1856-1-59.

entre le mandataire et l'adversaire (1). Le plaideur forclos n'a d'autre ressource que de demander des dommages-intérêts à l'auxiliaire de justice négligent (2). De même, l'erreur de droit ou l'erreur de fait ne peuvent être invoquées pour échapper à la déchéance (3). Ces effets ne sont pas sans rappeler ceux des nullités.

102. Cet automatisme est plus important lorsque la déchéance intéresse l'ordre public. Dans ce cas, non seulement les parties ne peuvent renoncer à s'en prévaloir (4) mais elle peut être soulevée en tout état de cause même pour la première fois en appel, les juges doivent la relever et la prononcer d'office.

103. Mais l'expiration d'un délai n'entraîne pas toujours et nécessairement la déchéance. Le principe de l'automatisme de la sanction souffre des exceptions.

B - LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE.

104. Dans certains cas, le juge peut relever le défendeur de la forclusion.

En principe, cette faculté ne lui est offerte que dans les cas limitativement énumérés par la loi. Il en

(1) Nîmes, 15 octobre 1956, Sem. Jur. 1957-2-10226.

(2) Conseil d'Etat, 19 juillet 1854, D. 1855-3-10.

(3) Civ. 31 juillet 1922, D.P. 1925-1-237 ; Trib. civ. Seine, 13 février 1957, D. 1957-1-294.

(4) Civ. 19 juin 1908, D. 1909-1-139 ; Civ. 7 mars 1911, D. 1912-1-94 ; Civ. 4 janvier 1921, D. 1922-1-255 ; Civ. 31 juillet 1922, D. 1925-1-237 ; Trib. civ. Seine, 13 février 1957, D. 1957-1-294.

est ainsi à la suite d'une guerre (1), de grèves (2) ou de situations similaires (3). Les articles 540 et 541 du nouveau Code de procédure civile autorisent aussi le juge à relever de la forclusion le plaideur qui n'a pu, sans faute de sa part, exercer, dans le délai, la voie de recours qui lui était offerte.

Cependant, la jurisprudence a parfois accepté que le juge relève de la forclusion, la partie qui a succombé seulement s'il s'agit d'une véritable force majeure. C'est ainsi que le relevé de forclusion a été admis dans le cas d'inondations qui avaient paralysé les communications ferroviaires et postales (4). La faute d'un tiers ou la perte d'une lettre adressée par un avocat à un avoué pour interjeter appel ne suffisent pas à justifier le relevé de forclusion (5). La jurisprudence se montre très rigoureuse sur l'appréciation du caractère de la force majeure.

105. Les juges sont tenus de prononcer la déchéance lorsqu'ils en sont requis. Ils doivent, comme en matière de nullités pour irrégularité de fond (6), la relever d'office

(1) Loi 6 brumaire an 5 article 2 ; loi 21 septembre 1814 ; Loi 3 août 1870 ; décret 9 septembre et 3 octobre 1870, D. 1870-4-87 et 95 ; Loi 28 mai 1871, D. 1871-4-144 ; Décret 10 août 1914, D. 1914-4-90 ; Loi 27 septembre 1940, D. 1940-4-317 ; Ordonnance 16 juin 1944, J.O. 24 juin et 12 septembre 1944.

(2) Loi n° 68-696 du 31 juillet 1968 ; Loi n° 74-1115 du 27 décembre 1974.

(3) Loi n° 56-672 du 9 juillet 1956 modifiée par la loi n° 57504 du 17 avril 1957.

(4) Crim. 21 octobre 1943, D. 1944-1-11.

(5) Soc., 27 janvier 1951, S. 1952-1-11 ; Com. 16 juillet 1951, Gaz. Pal. 1951-2-197.

(6) Article 120 du nouveau Code de procédure civile.

lorsqu'elle a un caractère d'ordre public. Au contraire, si la déchéance n'intéresse qu'un intérêt privé, la forclusion doit être invoquée par les parties, le magistrat ne peut la relever d'office.

Aucune des nullités, amendes ou déchéance prévues par la loi n'est comminatoire. Qu'elle soit d'ordre public ou d'intérêt privé, le juge ne peut refuser de prononcer la déchéance sauf dans les cas où le relevé de forclusion est possible et ceux où il peut accorder des délais de grâce (1). La déchéance est une sanction rigoureuse puisque, hormis ces exceptions, le juge doit la prononcer dès qu'elle est invoquée par les plaideurs. Elle est encourue de plein droit. Elle est automatique.

Le législateur vise ainsi un double but : éviter que les procès ne s'éternisent et protéger les plaideurs contre toute surprise de leur adversaire en laissant à chacune des parties le temps matériel d'organiser sa défense (2). Ce but justifie l'automatisme de cette sanction. Les enjeux sont en effet trop importants pour que l'on abandonne le prononcé de la déchéance à la simple appréciation du juge. Rigoureuse par son automatisme, cette sanction l'est aussi par ses effets.

(1) Lyon, 19 février 1960, D. 1960-1-770.

(2) Morel, op. cit., n° 414.

§ 2 - LES EFFETS DE LA SANCTION.

106. La déchéance produit des effets à l'égard de l'acte et des personnes à l'encontre de qui elle s'applique.

A - LES EFFETS A L'EGARD DE L'ACTE.

107. La déchéance prive l'acte tardif de ses effets légaux. Faute d'avoir été effectué dans le délai fixé par la loi, un acte ne peut plus être refait par les plaideurs. Elle entraîne la perte du droit de l'accomplir (1).

C'est ainsi qu'en matière contentieuse, le plaideur qui n'a pas interjeté appel dans le délai d'un mois à compter de la signification du jugement (2) est déchu de son droit d'appel. S'il le faisait, l'acte serait irrecevable et frappé de nullité.

La déchéance, comme la nullité, peut avoir des répercussions sur le fond du droit dans la mesure où la sanction de celui-ci est subordonnée à l'accomplissement d'un acte dans un délai déterminé. Le titulaire du droit ne pourra plus en demander la sanction devant les tribunaux (3).

108. Les déchéances sont très proches des nullités. L'acte tardif, comme l'acte nul, est dépourvu de tout effet juridique. Les conséquences de la déchéance et des nullités sont identiques. Mais la déchéance vise le cas où la forclusion

(1) Japiot, op. cit., n° 51 ; Morel, op. cit., n° 419 ; Vincent, op. Cit., n° 434 ; Cornu et Foyer, op. cit., p. 421 et s. ; Vizioz, op. cit., n° 292 ; Glasson, Tissier et Morel, op. cit., t. 2, p. 355.

(2) Article 538 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Solus et Perrot "Droit judiciaire privé", 1961, t. 1, n° 469.

étant encourue et connue, le plaideur s'abstient d'effectuer l'acte dans le délai requis ; au contraire, la nullité concerne l'hypothèse où l'une des parties a accompli un acte en violation de la loi, en dehors du délai imparti par les textes. Cette différence de nature ne permet pas d'appliquer la nullité là où il y a déchéance. Si les effets de ces deux sanctions sont similaires ou pour le moins très proches, leur nature est distincte.

109. Les déchéances sont rigoureuses non seulement par les effets qu'elles produisent sur l'acte et sur le fond du droit mais aussi à l'encontre des personnes.

B - LES EFFETS A L'ENCONTRE DES PERSONNES.

110. Tous plaideurs soumis à un délai de procédure s'exposent à la déchéance. Ils ne peuvent y échapper. Cette sanction entraîne de graves conséquences (1) à l'encontre des personnes qui n'ont pas toutes les facultés mentales ou le discernement nécessaires pour accomplir des actes de procédure même si le retard provient de la négligence d'un mandataire (2).

Le destinataire de l'acte de procédure encourt aussi la déchéance. Cette certitude s'estompe lorsqu'on envisage le cas de l'auteur de la signification du jugement.

La jurisprudence appliquait la règle "Nul ne se forclôt soi-même". Lorsqu'un délai avait pour point de départ une signification de jugement, celui-ci courait à

(1) Cf. Supra n° 108 à 110.

(2) Nimes, 15 octobre 1956, Sem. Jur. 1957-2-10026.

l'encontre du destinataire de l'acte mais ne produisait aucun effet à l'égard de son auteur. La déchéance résultant de l'inobservation du délai d'appel des jugements contradictoires d'instance et de commerce était opposable à celui qui avait reçu l'acte de signification mais ne l'était pas à son auteur (1). Celui-ci conservait le droit d'interjeter appel tout en ayant la possibilité de soulever la déchéance. Il perdait ce droit si son adversaire lui avait signifié le jugement. Pour justifier cette règle qui n'était inscrite dans aucun texte, on faisait observer que les initiatives d'un plaideur ne devaient pas se retourner contre ses propres intérêts (2).

Le décret du 30 octobre 1935 condamna cette règle tout au moins en ce qui concerne l'appel. L'article 445 de l'ancien Code de procédure civile faisait courir le délai à l'encontre des deux plaideurs. La déchéance concernait l'auteur de la signification comme son destinataire.

Il s'agissait d'une réforme fragmentaire limitée au délai d'appel. Qu'en était-il de la requête civile et du pourvoi en cassation ? La doctrine répondait par l'affirmative (3) en reconnaissant à la maxime "nul ne se forclot soi même" la valeur d'un principe général informulé.

L'article 66 du décret du 28 août 1972 a mis fin à son application. La règle "nul ne se forclôt soi même" a été abandonnée. Désormais la déchéance concerne toutes les personnes sans aucune exception : l'incapable, le destinataire de l'acte de signification ou son auteur.

(1) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 463 ; Morel, "Traité élémentaire de procédure civile", 1ère éd., 1936-1937, n° 420 ; Cornu et Foyer, "Procédure civile" 2ème éd., 1960, p. 423.

(2) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 463.

(3) Cornu et Foyer, op. cit., n° 423.

111. L'extrême rigueur de cette sanction qui se caractérise par son automatisme et ses effets a pu faire songer à la possibilité d'une atténuation.

SECTION II - L'ATTENUATION POSSIBLE.

112. Séduite par l'application de la règle édictée par l'article 114 du nouveau Code de procédure civile, certaines juridictions ont décidé que la déchéance ne pouvait être prononcée en l'absence de la preuve de l'existence d'un grief, malgré la position de la Cour de cassation qui n'avait jamais cessé de repousser cette solution.

§ 1 - L'EXISTENCE D'UN GRIEF.

113. Pour atténuer la rigueur de la déchéance, certaines juridictions ont décidé d'appliquer la règle posée par l'article 114 du nouveau Code de procédure civile.

C'est ainsi que le tribunal de grande instance de Saint-Etienne a exigé la preuve de l'existence d'un grief malgré la position de la Cour de cassation. Cette décision encourt de nombreuses critiques.

A - LA DECISION DU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE SAINT-ETIENNE.

114. Deux jugements rendus par le tribunal de grande instance de Saint Etienne les 6 et 19 novembre 1973 (1) se sont prononcés sur la durée du délai imparti au créancier

(1) Tribunal de grande instance de Saint-Etienne, 6 et 19 novembre 1973, Sem. Jur. 1974-4-6403.

saisissant pour assigner en validité le débiteur. Ce délai n'a pas cessé d'être de huit jours à compter de l'acte de saisie-arrêt.

115. Le second jugement concerne plus particulièrement la sanction de celui-ci. Sur ce point, le tribunal de grande instance de Saint-Etienne a cru devoir admettre la recevabilité d'une assignation en validité formée hors délai. Le délai de huit jours accordé au saisissant pour dénoncer la saisie-arrêt au débiteur et l'assigner en validité a été maintenu par l'article 11 du décret du 9 septembre 1971. La saisie-arrêt, signifiée le 5 mars devait être dénoncée le 13 mars au plus tard et non le 14 mars ; le débiteur saisi aurait pu penser que cette dénonciation tardive le mettait à l'abri des suites de la saisie mais le tribunal en a décidé tout autrement. Après avoir effectué cette constatation, il expose que ce retard n'entraîne pas la nullité de la saisie faite pour le débiteur défaillant qui s'était abstenu de comparaître après l'assignation en validité, d'apporter la preuve du grief que lui cause l'irrégularité. Cette solution est audacieuse et n'est pas exempte de critiques.

B - LES CRITIQUES.

116. Les critiques sont nombreuses et variées.

Il semble que le tribunal de grande instance ait éprouvé une certaine irritation à l'encontre d'un débiteur saisi qui avait fait l'objet d'une injonction de payer et qui s'était abstenu de comparaître après avoir reçu l'assignation en validité. Mais *"on ne fait pas un bon jugement avec*

de bons sentiments" (1). Le tribunal de grande instance de Saint-Etienne n'aurait jamais dû se laisser entraîner dans cette voie.

117. Il a été victime de la séduction qu'exercent les règles posées par les articles 112 à 116 du nouveau Code de procédure civile selon lesquels aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul, si le vice de forme n'est pas expressément prévu par la loi et s'il n'est pas démontré que l'irrégularité de l'acte ait causé un préjudice à celui qui s'en prévaut. Mais tel n'était pas le problème soumis à cette juridiction. Les textes des articles 112 à 116 du nouveau Code de procédure civile ne concernent que les nullités pour vice de forme. Ils ne s'appliquent pas à la déchéance bien qu'elle ait aussi pour conséquence de compromettre l'efficacité de l'acte accompli hors délai. Mais cette inefficacité trouve son origine dans la déchéance du droit de diligenter l'acte et non dans un vice de forme inhérent à cet acte. Toute recherche sur l'existence d'un grief est donc vaine d'autant plus que la position de la Cour de cassation est immuable sur ce point : les nullités de procédure et la déchéance sont deux sanctions différentes. La Cour de cassation n'avait jamais cessé de l'affirmer avant 1972.

§ 2 - LA POSITION DE LA COUR DE CASSATION.

118. La Cour de cassation refuse d'assimiler le régime de la déchéance à celui des nullités.

Cette juridiction n'a cessé de le rappeler antérieurement et postérieurement à la réforme du 20 juillet 1972.

(1) Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1974 p. 677.

A - LA POSITION DE LA COUR DE CASSATION
AVANT 1972.

119. De nombreux arrêts s'opposent à l'extension de la règle "Pas de nullité sans grief" au delà de ses limites. Celle-ci ne concerne que les nullités pour vice de forme et ne s'applique pas à la déchéance. La Cour de cassation ne cesse de l'affirmer.

La Chambre sociale a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui soutenait que la déchéance n'était que la conséquence de la nullité. Elle a rappelé que *"l'article 173 du Code de procédure civile dont la société appelante a entendu faire état, ne concerne que les nullités de forme, cette disposition n'étant applicable ni à une nullité d'ordre public, ni à un vice de fond tiré d'une déchéance"* (1).

De même, la Chambre civile a confirmé un arrêt rendu par la Cour d'appel de Poitiers en refusant de prononcer la nullité de la surenchère (2). L'article 715 du Code de procédure civile qui édicte une déchéance, est exclu des textes qui font l'objet du renvoi de l'article 965 du Code de procédure civile applicable aux conditions de formalités de la surenchère en matière de vente des immeubles appartenant à des mineurs. Il ne saurait être fait grief aux juges du fond d'avoir faussement appliqué l'article 173 du Code de procédure civile.

(1) Soc. 19 avril 1961, Bull. civ. IVème, n° 421, p. 339.

(2) Civ. 2ème, 3 mars 1966, Bull. civ. IIème, n° 300, p. 217.

Le 22 avril 1971, la Chambre sociale a énoncé à nouveau que "l'article 173 du Code de procédure civile aux termes duquel aucune nullité d'exploit ou d'acte de procédure ne pourra être admise que s'il est justifié qu'elle nuit aux intérêts de la partie adverse ne concernant que les nullités de forme, n'est pas applicable à un délai fixé à peine de déchéance" (1) en l'espèce, l'alinéa 2 de l'article 89 du décret n° 58-1292 du 22 décembre 1958 aux termes duquel "l'appelant doit, à peine de déchéance, faire personnellement ou par représentant une déclaration au greffe de la Cour d'appel dont il lui sera donné récépissé conformément à l'article 457 du Code de procédure civile".

120. La Cour de cassation ne cesse donc de rappeler que les deux domaines sont différents. Les règles applicables aux nullités de procédure et en particulier celle relative à l'exigence d'un grief sont sans effet sur la déchéance. Le jugement rendu par le tribunal de grande instance de Saint-Etienne le 19 novembre 1973 rompt avec le principe sans cesse réaffirmé par la Cour de cassation. Ce jugement réussira-t-il à ébranler la jurisprudence de la juridiction suprême ?

B - LA POSITION DE LA COUR DE CASSATION DEPUIS 1972.

121. La tentative du tribunal de grande instance de Saint-Etienne n'a pas été suivie par la Cour de cassation qui s'est abstenue d'étendre la règle "pas de nullité sans grief" au delà de ses limites.

(1) Soc. 22 avril 1971, Bull. civ. n° 300, p. 253.

La nécessité de démontrer l'existence d'un préjudice ne concerne que les nullités pour vice de forme à l'exclusion des nullités pour irrégularité de fond et des déchéances. Dans un arrêt du 20 février 1974 (1), la Chambre sociale de la Cour de cassation a rappelé que le délai d'un mois prescrit en matière prud'homale pour déclarer un appel au greffe de la Cour (2) a pour sanction la déchéance de l'appelant sans que les nouvelles dispositions de l'article 114 du nouveau Code de procédure civile s'appliquent.

Cet arrêt n'est pas novateur. Il s'inscrit dans le courant de la jurisprudence de la Cour de cassation. La réforme réalisée par le décret-loi du 20 juillet 1972 n'a pas modifié l'attitude de la Cour.

Mais cet arrêt mérite attention car il a réalisé le "coup de frein" nécessaire à la force d'expansion de la règle "pas de nullité sans grief". Peu de temps après le jugement rendu par le tribunal de grande instance de Saint Etienne, la Chambre sociale a rappelé que la déchéance ne nécessite pas la preuve d'un grief pour être prononcée même si parfois elle a pour conséquence de compromettre l'efficacité de l'acte effectué hors délai, ce qui peut être source de confusion avec la nullité (3).

122. La Cour de cassation a donc affirmé sa volonté de ne pas assimiler le régime de la déchéance à celui des nullités pour vice de forme. Ces deux sanctions sont différentes même

(1) Soc. 20 février 1974, D.S. 1974, Inf. rap. 75 ; J.C.P. 1974-4-6430 ; Bull. civ. IVème n° 129 p. 120.

(2) Article R-511-17 du Code du travail.

(3) Solus et Perrot, note D. 1960-770.

si leurs effets sont similaires et les risques de confusion possibles. Toute recherche sur l'existence d'un grief est vaine car l'inefficacité de l'acte trouve son origine dans la déchéance du droit de le diligenter et non dans un vice de forme inhérent à celui-ci. Mais les dangers d'absorption des nullités par une sanction différente sont importants. Ils se manifestent aussi à l'égard des fins de non-recevoir.

CHAPITRE II

LES NULLITES ET LES FINS DE NON-RECEVOIR

123. Informé des prétentions du demandeur, le défendeur peut former une demande reconventionnelle en faisant valoir différents griefs à l'encontre de son adversaire ou riposter en tentant de faire échouer la demande en soulevant une défense au fond, une exception de procédure ou une fin de non-recevoir.

Les défenses au fond qui "*constituent un moyen tendant à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire*" (1) ne feront pas l'objet d'une étude, la défense au fond qui examine le fond du droit, n'est pas source de confusion avec les exceptions de nullité et les fins de non-recevoir qui placent le débat sur un autre plan.

Les exceptions de nullité et les fins de non-recevoir expriment la résistance que le défendeur oppose à la demande de son adversaire. Ces deux moyens de défense ont leurs propres caractères et produisent chacun des effets différents. Mais si leur distinction théorique est aisée, il n'en est pas de même dans la pratique.

(1) Article 71 du nouveau Code de procédure civile.

SECTION I - UNE DISTINCTION THEORIQUE AISEE.

124. Bien que leur but soit identique à celui des exceptions de nullité puisqu'il s'agit de contester à l'auteur d'une prétention le droit de s'expliquer sur elle, les fins de non-recevoir se distinguent des nullités de procédure par leur nature et leur domaine.

§ 1 - LA NATURE DES FINS DE NON-RECEVOIR.

125. Les fins de non-recevoir sont des moyens de défense de nature spécifique. La doctrine qui a inspiré le législateur et les textes de loi qui régissent la matière mettent en évidence leur particularité.

A - LA DOCTRINE.

126. La différence de nature entre les fins de non-recevoir et les exceptions de nullité ne peut se concevoir qu'en se référant à la théorie de l'action amorcée par Vizioz (1) puis développée par Morel (2) et Motulsky (3). L'action est

(1) Vizioz, "Etudes de procédure civile", 1956, p. 28 et s., p. 203 et s.

(2) Morel, "Traité élémentaire de procédure civile", 1ère éd., 1936-1937, n° 27 et s.

(3) Motulsky, "Etudes et notes de procédure civile" p. 85 et s. ; note sous civ. 6 juin 1962, J.C.P. 1963-2-13191.

le droit permettant au plaideur d'exiger du juge qu'il statue au fond, qu'il examine le droit substantiel litigieux (1). Elle est soumise à différentes conditions que la doctrine a tenté d'énumérer (2).

127. Selon Morel, *"la seule condition de recevabilité mise par la loi à l'exercice de l'action, c'est l'intérêt de celui qui agit"* (3), la capacité étant une condition de régularité de l'instance (4).

L'article 31 du nouveau Code de procédure civile exprime en partie cette thèse puisqu'il écarte la condition de capacité.

Pour qu'une demande soit recevable, il faut que l'auteur de celle-ci soit titulaire du droit d'action, c'est-à-dire qu'il ait à faire valoir *"un intérêt légitime au succès de sa prétention"* (5). Mais il faut aussi qu'il ait qualité, que l'objet de la demande soit licite, que le délai imparti pour agir ne soit pas outrepassé, que la demande n'ait pas été jugée. La capacité doit être exclue des conditions du droit d'action. Elle ne le commande pas. *"La capacité de jouissance est antérieure au droit d'action et même à sa régularité car elle est nécessaire pour ouvrir l'action en justice. Quant à la capacité d'exercice qui est celle d'accomplir des actes processuels en tant que parties, elle est assortie à la régularité de la procédure et non au droit d'action"* (6).

(1) Articles 30 et 31 du nouveau code de procédure civile, op. cit., t. 1, n° 22.

(2) Vincent, op. cit., n° 17 et s. ; Japiot, op. cit., n° 60 et s. ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 222.

(3) Morel, op. cit., n° 26.

(4) Vizioz, Rev. trim. dr. civ. 1940-1941 p. 125 et 313.

(5) Article 31 du nouveau Code de procédure civile.

(6) Motulsky, "Droit processuel", p. 65.

La capacité n'est pas une condition du droit d'action, seuls l'intérêt, la qualité, la licéité de l'objet, l'absence de prescription des délais et l'autorité de la chose jugée sont des conditions du droit d'agir. Si l'une d'entre elles fait défaut, la demande est irrecevable. Cette négation du droit d'action se fait sous forme d'une fin de non-recevoir de telle sorte que l'action et ce moyen de défense participent à la même fonction processuelle qui ne concerne ni la marche de la procédure ni la légitimité du droit prétendu. On lit chez Motulsky : *"Si comme nous le pensons, l'action est le droit d'obtenir une décision sur le fond et la fin de non-recevoir le moyen tendant à nier ce droit, les conditions de l'une ou de l'autre doivent refléter la même image, droite ou renversée. Ces conditions se délimitent donc à leur tour par la double frontière déjà signalée : est du domaine de l'action et de la fin de non-recevoir, tout facteur processuel qui, d'un côté ne concerne pas la marche de la procédure et qui, de l'autre, n'entame pas le problème du bien fondé de la prétention"* ; puis, *"A de rares exceptions près dont on trouve un exemple en matière de recherche de paternité naturelle (art. 340 C. civ.), toutes les conditions d'ouverture de l'action ne naissent à une vie juridiquement perceptible qu'au moment de leur négation sous forme de fins de non-recevoir"* (1).

128. La fin de non-recevoir est donc fondamentalement différente de l'exception de procédure. Elle ne concerne pas la marche de la procédure. Elle ne conteste que les conditions d'ouverture de l'action en justice.

(1) Motulsky, op. cit., p. 358.

B - LES TEXTES LEGISLATIFS.

129. L'article 122 du nouveau Code de procédure civile définit la fin de non-recevoir comme *"tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée"*.

L'article 73 du nouveau Code de procédure civile dispose que l'exception de procédure, dont l'exception de nullité, tend à faire déclarer la procédure irrégulière ou à en suspendre le cours.

Les exceptions de nullité diffèrent des fins de non-recevoir, non seulement parce que le défendeur porte le litige sur un élément étranger aux conditions d'existence du droit d'action, mais aussi parce qu'elles ajournent l'examen des prétentions du demandeur alors que les fins de non-recevoir permettent d'opposer un obstacle définitif à celui-ci.

Les fins de non-recevoir entraînent des conséquences plus graves que les exceptions de nullité. Elles dénieient au demandeur la sanction du droit dont il se prévaut en contestant son droit d'agir en justice. Elles aboutissent à tenir en échec la demande. Elles sont *"un moyen d'é luder le débat au fond"* (1). Une nouvelle demande peut être présentée avec succès si l'obstacle originel vient à disparaître, par exemple si le plaideur se trouve investi de la qualité qu'il

(1) Hébraud, obs. à propos de Paris, 4 avril 1952, Rev. dr. intern. priv. 1952, p. 739 et Rev. trim. dr. civ. 1952, p. 809.

n'avait pas au moment d'engager une action en justice. Le procès pourra être repris parce que le fond du droit n'aura pas encore été examiné (1).

Au contraire, l'exception de nullité permet au défendeur, après régularisation de la procédure de représenter une demande et de poursuivre l'instance si l'irrégularité n'a pas entraîné la perte du droit. L'obstacle n'est que temporaire (2).

130. Les définitions légales des articles 73 et 122 du nouveau Code de procédure civile, premiers textes énonciatifs en la matière (3), permettent de distinguer sans aucune confusion possible les fins de non-recevoir des exceptions de nullité. Ces moyens de défense ont non seulement une nature spécifique, mais aussi un domaine différent.

§ 2 - LE DOMAINE DES FINS DE NON-RECEVOIR.

131. On sait que le domaine des nullités de procédure est celui des actes de procédure, les actes du juge en étant exclus (4).

(1) Vincent, "Procédure civile", 20ème éd., 1981, n° 39.

(2) Vincent, op. cit., n° 37 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 306 ; Garsonnet et Cézard Bru, op. cit., t. 2, n° 106 ; Cattala et Terré, "Procédure civile et voies d'exécution" 1976, p. 156 ; Cornu et Foyer, op. cit., p. 314.

(3) Vincent, op. cit., n° 32.

(4) Cf. Supra n° 66 à 77.

Le domaine des fins de non-recevoir est différent. L'énumération de l'article 122 du nouveau Code de procédure civile révèle cette distinction. Les fins de non-recevoir sont nombreuses et variées. Elles concernent le jugement, les parties au procès et l'expiration des délais.

A - LE JUGEMENT.

132. Une demande ayant déjà fait l'objet d'une décision juridictionnelle, ne peut plus être soumise à un tribunal, exception faite de l'exercice des voies de recours. La chose jugée fait obstacle à un nouvel examen des prétentions pour lesquelles se trouve réalisée la triple identité de parties, de cause et d'objet (1).

C'est par une fin de non-recevoir que le plaideur opposera la chose jugée (2). De même les tiers invoqueront la relativité de la chose jugée si l'on veut se prévaloir à leur encontre d'une décision qui leur est étrangère (3). Dans ces deux cas, l'opposition se fera au moyen d'une fin de non-recevoir que la jurisprudence considère comme d'intérêt privé et qui ne peut pas être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation (4).

133. Les fins de non-recevoir peuvent donc être invoquées à l'encontre des jugements où elles seront toujours opposées à l'une des parties au procès.

(1) Boyer, "Les effets des jugements à l'égard des tiers", Rev. trim. dr. civ. 1951, p. 163; J. Normand "Le juge et le litige", D. 1965, Chron. 140; Motulsky "La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge", D. 1964, Chron. 235.

(2) Article 122 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Vincent, op. cit., n° 28; D. Thomass in "Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile", Thèse, Toulouse 1973.

(4) Civ. 6 novembre 1940, S. 1941-1-48; Civ. 24 mars 1942 D. 1942-1-97.

B - LES PARTIES.

134. Tout plaideur doit pouvoir justifier d'un intérêt et avoir qualité. Le défaut d'intérêt ou le défaut de qualité est sanctionné par une fin de non-recevoir (1).

135. L'intérêt est une condition de recevabilité déjà révélée par de vieux adages : "*pas d'intérêt, pas d'action*", "*l'intérêt est la mesure de l'action*". Celle-ci signifie que les tribunaux n'ont pas à connaître des litiges qui ne procureraient aux plaideurs que des satisfactions purement platoniques (2). Mais la notion d'intérêt est multiforme. Aussi la doctrine et la jurisprudence se sont-elles efforcées d'en donner une définition et d'en découvrir les éléments caractéristiques.

Pour Morel (3) et Vincent (4), l'intérêt est fonction de l'utilité que le demandeur escompte de son initiative devant les tribunaux. Pour Motulsky "*il n'y a pas d'intérêt si le résultat du procès ne peut influencer sur le résultat juridique de l'intéressé*" (5).

L'intérêt pour agir correspond à l'idée d'utilité du droit d'action qui se traduit par la modification des droits et des obligations du plaideurs. Le titulaire du droit substantiel litigieux doit avoir besoin de la justice pour exercer ce droit. Il faut un trouble dans l'exercice de

(1) Article 122 du nouveau Code de procédure civile.

(2) Trib. Civ. Seine, 3 décembre 1924, S. 1925-1-152.

(3) Morel, op. cit., n° 27 et s.

(4) Vincent, op. cit., n° 18 et s.

(5) Motulsky, op. cit., p. 85.

celui-ci et que la mesure demandée au juge puisse faire cesser ce trouble. L'intérêt pour agir est la condition qui naît du trouble apporté au droit substantiel litigieux et l'aptitude du juge à rétablir le demandeur dans ses droits (1).

Cette définition est implicitement consacrée par la Cour de cassation. La double condition apparaît aussi bien dans des arrêts qui admettent l'existence d'un intérêt pour agir (2) que dans ceux qui le rejettent (3). Le législateur abonde aussi en ce sens lorsqu'il accorde le droit d'agir à tous ceux qui y ont intérêt (4). L'exercice du droit doit être troublé pour que ces personnes puissent agir. L'intérêt doit être juridique (moral et légitime), né et actuel. L'absence de l'un ou de plusieurs de ces caractères permet de soulever une fin de non-recevoir fondée sur le défaut d'intérêt. On ne peut citer que quelques exemples caractéristiques de ce moyen de défense.

L'absence d'un intérêt légitime, contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs donne lieu à une fin de non-recevoir qui entraîne pour une société propriétaire d'un hôtel où l'on se livrait à la prostitution, le rejet d'une demande en restitution de recettes que le gérant de l'hôtel s'étaient procurées par la pratique du proxénétisme (5).

(1) G. Bolard, "Essai sur l'application judiciaire du droit international privé", Thèse Dijon 1968, t. 2, n° 252 et s., p. 501 et s.

(2) Civ. 9 janvier 1951, D. 1952-1-33 ; Civ. 11 juin 1953, Gaz. Pal. 1953-2-290 ; Civ. 1ère, 20 décembre 1965, Bull. civ. I n° 719 p. 550.

(3) Civ. 12 février 1968, Sem. Jur. 1968-2-15484 ; Civ. 1ère, 19 mars 1975, Bull. civ. I, n° 119 p. 107 ; Civ. 2ème, 12 avril 1976, Bull. civ. II, n° 119, p. 92.

(4) Articles 184 et 339 du Code civil.

(5) Com. 12 novembre 1974, Bull. IV, n° 283, p. 232.

De même, le défaut d'intérêt né et actuel, soulevé au moyen d'une fin de non-recevoir, donne lieu au débouté d'une demande si cette condition de recevabilité du droit d'action n'existe pas. La Cour de cassation a censuré un arrêt d'une Cour d'appel qui avait déclaré irrecevable une demande présentée par les employés du Réseau de chemins de fer de la Méditerranée au Niger tendant à la liquidation de leurs droits à pensions différées de retraite acquis lorsqu'ils auraient atteint l'âge de 55 ans, au seul motif qu'aucun des demandeurs n'ayant atteint l'âge de la retraite n'avait d'intérêt né et actuel, alors que leurs droits à l'encontre du Réseau étaient d'ores et déjà contestés et que les intéressés avaient un intérêt né et actuel à ce qu'il soit statué sur leur existence et la personnalité de leur débiteur (1).

136. Le défaut de qualité entraîne la même sanction. Il s'agit d'une fin de non-recevoir distincte de celle fondée sur le défaut d'intérêt.

On pourrait en douter.

Certains auteurs (2) ont soutenu que la qualité n'était qu'un aspect particulier de l'intérêt. En fait, la frontière entre ces deux notions est floue (3), ce qui peut être source de confusion d'autant plus que les rédacteurs du nouveau Code de procédure civile n'ont pas donné de définition.

(1) Soc. 12 février 1970, Bull. IV, n° 104, p. 79.

(2) Vizioz, op. cit., p. 34 ; Vincent, op. cit., n° 23 et s.

(3) Morel, op. cit., n° 30 ; Japiot, op. cit., n° 69 ; Cornu et Foyer, op. cit., p. 287 et s. ; Giverdon, op. cit., D. 1952, Chron. 85.

Celle-ci peut être déduite des règles qui président à la charge de l'allégation et à l'autorité de la chose jugée. Selon l'article 1351, l'autorité de la chose jugée est relative. Elle ne vaut que pour le même objet, la même cause et les mêmes parties. Si le demandeur établit l'existence du droit substantiel litigieux, le procès sera inefficace, il n'aura pas intérêt à agir.

La qualité pour agir s'apprécie alors que l'on ne sait nullement si le droit substantiel existe. La qualité pour agir est l'aptitude à être titulaire du droit substantiel litigieux si ce droit existe (1). Le plus souvent elle s'apprécie au stade de l'allégation dont elle constitue un aspect irréductible, la charge de l'allégation pouvant être suffisante pour faire prospérer la demande et la qualité faire défaut.

137. On ne saurait donc confondre l'intérêt à agir et la qualité pour agir, la fin de non-recevoir pour défaut d'intérêt et la fin de non-recevoir pour défaut de qualité. Non seulement le législateur a pris soin de les distinguer mais en plus la qualité pour agir n'implique pas nécessairement un intérêt suffisant pour faire valoir une prétention. Les deux fins de non-recevoir sont distinctes.

La Cour de cassation a confirmé, à juste titre, une décision qui avait débouté un créancier hypothécaire ; celui-ci n'ayant aucune chance de voir couvrir sa créance de son action en partage des biens immobiliers indivis appartenant à son débiteur (2). Ce créancier ne justifiait pas d'un intérêt. Sont également dépourvus d'intérêt, les

(1) G. Bolard, op. cit., n° 247 et s., p. 488 et s.

(2) Civ. 2ème, 4 octobre 1972, Bull. civ. II, n° 228, p. 173.

héritiers qui demandent la nullité d'un testament émanant d'une personne ne laissant aucun patrimoine, celui-ci ayant fait l'objet d'une confiscation générale (1). Ces héritiers avaient qualité pour agir mais ils étaient dépourvus d'intérêt.

138. Le défaut d'intérêt et le défaut de qualité donnent naissance à deux fins de non-recevoir distinctes. Ils correspondent à une fonction juridictionnelle précise : celle de trancher les litiges. Les fins de non-recevoir sanctionnent aussi la violation des conditions tenant à l'organisation judiciaire : l'expiration des délais de procédure.

C - L'EXPIRATION DES DELAIS DE PROCEDURE.

139. L'exercice des droits est enfermé dans un délai dont l'inobservation est sanctionnée au moyen d'une fin de non-recevoir (2). Ces délais ont pour fonction de protéger le plaideur des manoeuvres de son adversaire en lui laissant le temps nécessaire pour organiser sa défense. Ils ont pour but d'éviter que le procès ne s'éternise en raison de l'inertie des parties au procès (3). Ils sont facteurs d'ordre et de sécurité. Ils ne concernent que la recevabilité de la demande et sont donc sanctionnés par une fin de non-recevoir.

140. Ces délais sont stricts. C'est ainsi que les actions possessoires doivent être formées dans l'année du trouble (4), que les nullités de mariage ne sont plus recevables toutes

(1) Civ. 1ère, 22 février 1977, Bull. Civ. I, n° 97 p. 75.

(2) Article 125 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Cornu et Foyer, op. cit., p. 418.

(4) Article 23 de l'ancien Code de procédure civile.

les fois qu'il y a eu cohabitation pendant six mois (1), hormis le cas de bigamie, que l'action en désavoeu de paternité doit être exercée dans les six mois de la naissance (2), que l'appel d'une décision juridictionnelle ne peut être interjeté que dans le délai d'un mois à compter de la notification du jugement si l'on est en matière contentieuse, quinze jours si l'on est en matière gracieuse (3).

141. L'inobservation de ces délais prescrits par la loi entraîne l'irrecevabilité de la demande soulevée au moyen d'une fin de non recevoir. Celle-ci sanctionne non seulement la prescription et le délai préfix mais aussi la déchéance découlant de l'inobservation des délais.

La Chambre sociale de la Cour de cassation (4) s'est prononcée en ce sens en affirmant *"si l'article 53 du décret du 20 juillet 1972 prévoit que la nullité d'un acte de procédure ne peut être prononcée qu'à charge pour celui qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité... cette disposition ne concerne que les nullités de forme et n'est pas applicable à un délai préfix à peine de déchéance devant être prononcée d'office"*.

La règle "pas de nullité sans grief" est inapplicable chaque fois que la demande est irrecevable en raison de l'inobservation d'un délai. La Cour de cassation se conforme à l'article 124 du nouveau Code de procédure civile qui dispose que les fins de non-recevoir doivent être

(1) Article 181 du Code civil.

(2) Article 316 du Code civil.

(3) Article 538 du nouveau Code de procédure civile.

(4) Soc. 20 février 1974 précitée.

accueillies sans qu'il soit nécessaire de justifier de l'existence d'un grief. Il en est de même en cas d'inobservation des délais prescrits en matière de saisie-arrêt (1) ou de saisie immobilière (2). La Cour de cassation adopte la même position pour un appel tardif formé devant une Cour d'appel incompétente (3). S'il n'y a pas de contestation sur le point de départ du délai, l'inobservation de celui-ci n'est pas sanctionnée par une nullité mais par une fin de non-recevoir. Ces deux domaines sont distincts.

142. L'article 122 du nouveau Code de procédure civile cite à titre d'exemple, le terme "tel" étant à cet égard très significatif, les fins de non-recevoir les plus fréquentes : celles tirées de la chose jugée, du défaut de qualité ou d'intérêt, de l'expiration d'un délai. Lorsque l'on compare le domaine des fins de non-recevoir à celui des exceptions de nullités, on constate qu'il s'agit de deux moyens de défense dont la nature et le champ d'application sont différents. L'exception de nullité concerne la procédure, la fin de non recevoir sanctionne le défaut d'existence du droit d'action. Aucune ambiguïté n'est donc possible. Mais cette clarté sur le plan théorique, s'efface très vite dans la pratique.

(1) Civ. 2ème, 16 juillet 1979, Bull. II, n° 226, p. 155.

(2) Civ. 2ème, 12 mars 1980, Bull. II, n° 57, p. 44.

(3) Civ. 2ème, 21 janvier 1981, Gaz. Pal. 1981-1-332.

SECTION II - UNE DISTINCTION PRATIQUE DIFFICILE.

143. Les fins de non-recevoir diffèrent des nullités pour vice de forme et des nullités pour irrégularité de fond.

Mais si la distinction est aisée pour les premières, les fins de non-recevoir ne concernant pas la rédaction des actes de procédure mais l'existence du droit d'action, les difficultés surgissent lorsqu'on les compare aux nullités pour irrégularité de fond. Les risques de confusion sont nombreux.

§ 1 - LES RISQUES DE CONFUSION.

144. Les nullités pour irrégularité de fond sanctionnent un acte de procédure entaché d'un vice inhérent à la personne des parties ou de leur représentant (1). Les fins de non-recevoir concernent un défaut du droit d'agir qui peut trouver son origine dans la personne des plaideurs (2).

La frontière entre ces deux moyens de défense est ténue. Les risques de confusion sont donc nombreux. Ils sont aggravés par la similitude des régimes juridiques et par des hésitations de qualification.

(1) Article 118 du nouveau Code de procédure civile.

(2) Article 122 du nouveau Code de procédure civile.

A - LES SIMILITUDES DE REGIME.

145. Le régime des fins de non-recevoir est semblable à celui des nullités pour irrégularité de fond. La lecture des articles 123 à 125 d'une part et des articles 118 à 120 d'autre part, est à ce sujet fort éloquente.

146. Les termes de l'article 123 du nouveau Code de procédure civile rappellent, par leur formulation, ceux de l'article 118. Les fins de non-recevoir, comme les nullités pour irrégularité de fond, peuvent être proposées en tout état de cause. Il n'en a pas toujours été ainsi. Cette règle consacre toute une évolution jurisprudentielle.

Dans le droit français du siècle dernier, la Cour de cassation assimilant les fins de non-recevoir aux défenses au fond, admettait qu'elles soient évoquées pour la première fois devant la Cour d'appel (1) ; lorsqu'il s'agissait d'une fin de non recevoir d'ordre public, elle pouvait être présentée pour la première fois devant la Cour de cassation (2). Mais ce système favorisait l'esprit de chicane des plaideurs en permettant de prolonger les procès. Le décret-loi du 30 octobre 1935 a modifié l'article 192 du Code de procédure civile en assimilant les fins de non-recevoir aux exceptions (3).

La jurisprudence libéralisa ce système en distinguant les fins de non-recevoir liées à la procédure qui devaient être soulevées in limine litis, des fins de non-

(1) Req. 27 avril 1875, D.P. 1875-1-483.

(2) Req. 8 décembre 1885, D. 1887-1-492.

(3) Civ. 2ème, 12 juillet 1972, D. 1972, Somm. 203.

recevoir liées au fond qui pouvaient être proposées en tout état de cause (1).

La règle nouvelle de l'article 123 du nouveau Code de procédure civile a supprimé toute différence. Les fins de non-recevoir peuvent être soulevées en tout état de cause comme les exceptions de nullités pour irrégularité de fond. De même que pour ces dernières, le texte de l'article 123 émet une restriction : on ne doit pas, dans une intention dilatoire, s'abstenir de les proposer en temps utile. Le plaideur retors peut être condamné à verser des dommages-intérêts au demandeur si ce dernier a subi un préjudice.

147. Les prescriptions de l'article 124 du nouveau Code de procédure civile sont semblables à celles des articles 119 à 120.

Les fins de non-recevoir, comme les nullités pour irrégularité de fond, peuvent être accueillies sans que celui qui les invoque ait à rapporter la preuve d'un grief (2).

148. Le juge doit relever d'office les fins de non-recevoir lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, il en a seulement la faculté lorsqu'elles résultent du défaut d'intérêt (3).

(1) Grenoble, 23 février 1949, D. 1949-217 ; Nancy, 31 mars 1965, D. 1965-1-639 ; Civ. 2ème, 6 juin 1962, J.C.P. 1963-2-13191 ; Civ. 1ère, 18 novembre 1970, J.C.P. 1971-2-16780 ; Civ. 2ème, 2 décembre 1971, Bull. civ. II n° 330, p. 242 ; Civ. 2ème, 12 juillet 1972, Bull. civ. II, n° 218, p. 177.

(2) Civ. 3ème, 12 mai 1976, Bull. civ. III, n° 203, p. 158 ; Civ. 2ème, 11 juillet 1977, Bull. civ. II, n° 182, p. 128.

(3) Article 125 du nouveau Code de procédure civile.

Les fins de non-recevoir, et les nullités pour irrégularité de fond ont un régime similaire.

149. De même, l'article 126 du nouveau Code de procédure civile est proche de l'article 121. Si la cause d'irrecevabilité ou de nullité a disparu au moment où le juge statue et si la régularisation est possible, l'irrecevabilité ou la nullité sera écartée. Cependant, une nuance est perceptible : alors que la nullité pour irrégularité de fond peut être "couverte" (1), c'est la situation qui donne lieu à une fin de non-recevoir qui peut être "régularisée" (2). Mais dans l'ensemble ces deux régimes sont similaires.

150. Cette ressemblance n'existe plus si l'on compare les fins de non-recevoir aux nullités pour vice de forme. La différence de régime impose une opération de qualification qu'il est parfois très difficile à réaliser.

B - LES HESITATIONS DE QUALIFICATION.

151. Les hésitations de qualification ont une origine historique. La doctrine et la jurisprudence ont souvent confondu les nullités de procédure et les fins de non-recevoir.

Cornu et Foyer (3) considéraient la capacité comme une condition de validité de la demande sanctionnée

(1) Article 121 du nouveau Code de procédure civile.

(2) Article 126 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Cornu et Foyer, op. cit., p. 284.

par une fin de non-recevoir, Vizioz (1), Morel (2) et Vincent (3) comme une condition de régularité sanctionnée par une exception de nullité.

La jurisprudence préféra parfois l'exception à la fin de non-recevoir (4) mais ces décisions restent isolées. Certains auteurs soutenaient que le pouvoir relevait du concept de qualité sanctionnée par une fin de non-recevoir (5). Mais Giverdon (6) dissociait déjà pouvoir et qualité estimant que le pouvoir s'appréciait dans la personne du représentant tandis que le représenté gardait la qualité pour agir.

Les difficultés de qualification ne sont donc que la résurgence des hésitations du passé.

152. Cette opération est d'autant plus délicate que la réalité des faits est mouvante.

La capacité et le pouvoir concernent le plaideur qui agit, la capacité étant appréciée dans la personne de celui qui a qualité, le pouvoir dans la personne qui a reçu mandat de telle sorte qu'on peut se demander si le plaideur

(1) Vizioz, op. cit., p. 203.

(2) Morel, op. cit., n° 312 et 320.

(3) Vincent, op. cit., n° 367 et 370.

(4) Civ. 27 juin 1884, S. 1884-1-334 ; Civ. 4 novembre 1901, D. 1902-1-185 ; Angers, 9 janvier 1930, S. 1930-2-62 ; Civ. 12 mars 1954, Gaz. Pal. 1954-1-320.

(5) Solus et Perrot, op. cit., n° 271 et s. ; Cornu et Foyer, op. cit., p. 287 et s.

(6) Giverdon "La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice", D. 1952, chron. 85.

dépourvu de la capacité ou du pouvoir n'est pas, en même temps, dénué du droit d'agir c'est-à-dire de la qualité pour agir.

La frontière entre le défaut de pouvoir ou de capacité entraînant la nullité pour irrégularité de fond et le défaut de qualité donnant naissance à une fin de non-recevoir est étroite.

Le domaine du contentieux de la propriété en est un exemple concret (1).

Supposons que l'ancien syndic d'un immeuble intente une action en malfaçon contre un entrepreneur. Il n'a plus le pouvoir de représenter le syndicat et il est dépourvu de la qualité pour agir sanctionnée par une fin de non-recevoir (2) puisque la demande est introduite personnellement par le syndic au lieu de l'être par le syndicat représenté par le syndic.

153. Les textes légaux manifestent aussi des hésitations de qualification.

C'est ainsi qu'au sein du système législatif des fins de non-recevoir et des nullités qui reposent sur des définitions et des catégories précises, apparaît une notion aux contours incertains : l'irrecevabilité.

C'est sous cette appellation que l'article 57 du nouveau Code de procédure civile impose les mentions de la requête conjointe alors que celles de l'assignation sont

(1) Cl. Giverdon, "Les nullités et fins de non-recevoir dans la procédure d'appel", Gaz. Pal. 14-15 juillet 1982.

(2) Article 32 du nouveau Code de procédure civile.

prescrites à peine de nullité (1). C'est aussi sous la menace de cette sanction que le contredit de compétence doit être motivé (2), que la requête initiale formulée pour demander le divorce pour rupture de la vie commune doit préciser les moyens par lesquels l'époux demandeur assurera son devoir de secours (3), que les conclusions doivent contenir des mentions relatives à l'identification des parties (4). Ces incertitudes légales révèlent l'insuffisance des définitions proposées en matière de fins de non-recevoir et de nullités.

154. Les difficultés de qualification sont d'autant plus vives que les catégories prévues par les textes sont insuffisantes.

La jurisprudence est incertaine lorsqu'elle doit qualifier les irrégularités qui trouvent leur origine dans la violation d'une règle d'organisation judiciaire. Elle est hésitante lorsqu'elle doit sanctionner un acte utilisé pour effectuer une opération juridique qui ne lui correspond pas.

§ 2 - LES INCERTITUDES JURISPRUDENTIELLES.

155. Si la qualification de "fins de non-recevoir" est incontestable lorsqu'il y a violation des conditions de qualité, d'intérêt, d'absence de chose jugée ou d'observation

(1) Article 648 du nouveau Code de procédure civile.

(2) Article 82 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Article 1123 du nouveau Code de procédure civile.

(4) Articles 960 et 961 du nouveau Code de procédure civile.

des délais, il n'en est pas de même lorsque la sanction de l'irrégularité commise n'a pas été prévue par le législateur. On constate alors une erreur de qualification ou une absence de qualification.

A - L'ERREUR DE QUALIFICATION.

156. Cette erreur consiste à donner à un vice de forme ou à une irrégularité de fond une qualification qui n'est pas la sienne.

157. C'est ainsi que la Cour de cassation (1) considère que le défaut de motivation du contredit de compétence, prescrit à peine d'irrecevabilité par l'article 82 du nouveau Code de procédure civile, est une fin de non-recevoir alors que l'irrecevabilité trouve son origine dans la nullité de l'acte qui forme contredit (2) et qui a pour résultat d'entraîner l'absence de toute saisine. L'irrecevabilité n'est que la conséquence d'un vice inhérent à l'acte de contredit lui-même (3). La fin de non-recevoir est employée au lieu et place de la nullité pour vice de forme.

L'article 75 du nouveau Code de procédure civile impose la qualification de "fin de non recevoir" au défaut d'indication de la juridiction revendiquée alors que tout

(1) Civ. 2ème, 7 juin 1974, Bull. civ. IIème, n° 185, p. 155.

(2) Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 853.

(3) Solus et Perrot, op. cit., t. 2, n° 759.

semblerait indiquer qu'il s'agit d'une nullité pour vice de forme, la mention de la juridiction devant laquelle est portée le litige étant une formalité prescrite à peine de nullité (1).

158. La qualification de fins de non-recevoir est également utilisée par la jurisprudence au détriment des nullités pour irrégularité de fond.

La Cour de cassation a décidé que "lorsqu'un appel a été formé en désignant comme appelant un fils au lieu du père, on ne peut admettre que le mandataire chargé de faire appel pour le père a commis une erreur matérielle dans la désignation du requérant dès lors que l'acte d'appel comporte un ensemble de mentions concordantes relatives à l'état civil du fils, à sa profession et à son domicile, distinct de celui de son père, et qu'ainsi l'auteur de l'appel est clairement désigné et complètement identifié. Faute de qualité, ce fils est irrecevable en son appel et le simple dépôt de conclusions au nom du père est inopérant et ne peut couvrir cette irrecevabilité, le père étant étranger à cette procédure comme n'ayant pas interjeté appel bien que le jugement lui ait été signifié" (2).

Après avoir rappelé que le défaut de pouvoir d'une partie figurant au procès comme représentant d'une personne morale constitue "une irrégularité de fond affectant la validité d'un acte de procédure", la Cour de cassation (3) censure une décision qui a écarté l'exception d'irrecevabilité d'un

(1) Article 648 du nouveau Code de procédure civile.

(2) Civ. 2ème, 15 février 1978, Bull. civ. II, n° 36, p. 30.

(3) Civ. 2ème, 22 juin 1978, D. 1978, Inf. Rap. 412 ; Bull. civ. II, n° 167, p. 130.

appel diligenté au nom d'une société anonyme par son président en exercice, fondée sur le défaut de qualité de celui-ci par suite de l'irrégularité de sa nomination. La Cour de cassation énonce que la Cour d'appel n'était pas saisie d'une demande en annulation de cette nomination. Il appartenait seulement à cette juridiction *"de dire si l'appelant avait qualité pour agir"*.

Il convient de remarquer la terminologie fluctuante de cet arrêt qui fait état successivement d'une exception d'irrecevabilité et de la recherche de la "qualité" alors qu'il s'agit d'un défaut de "pouvoir" sanctionné par une nullité pour irrégularité de fond.

La jurisprudence utilise la qualification de fins de non-recevoir aussi bien lorsqu'il s'agit d'un acte qui n'a pas été accompli dans les formes prescrites par la loi que lorsqu'elle sanctionne le défaut de pouvoir d'une personne.

159. Certes, la qualification de fin de non-recevoir présente un intérêt en matière de nullités pour vice de forme : celui de ne pas invoquer un grief. Mais la finalité de la fin de non-recevoir est déformée puisqu'elle sanctionne l'absence d'existence du droit d'action et non les modalités utilisées pour agir en justice.

L'intérêt est, au contraire, inexistant en matière de nullités pour irrégularité de fond, le régime de ces dernières étant semblables à celui des fins de non-recevoir.

On ne comprend donc pas les raisons de ces erreurs de qualification.

160. Il est fréquent aussi que la jurisprudence sanctionne une irrégularité sans en indiquer la qualification. Cette absence suscite de nombreuses incertitudes.

B - L'ABSENCE DE QUALIFICATION.

161. La jurisprudence sanctionne une irrégularité en ne précisant pas s'il s'agit d'une fin de non-recevoir ou d'une nullité pour irrégularité de fond. Elle utilise une formule qui permet toutes les interprétations. Elle invoque la notion d'"irrecevabilité".

Dans la plupart des cas, ce vocable désigne une fin de non-recevoir, mais il peut aussi s'appliquer aux nullités pour vice de forme ou pour irrégularité de fond.

On sait que les conclusions prises par les plaideurs doivent mentionner l'identité des parties (1). La Cour de Paris (2) a indiqué que *"si l'intimé n'a pas répondu à la sommation de faire connaître son domicile actuel, c'est à bon droit que l'appelant soulève l'irrecevabilité de ses conclusions d'appel incident"*. Un vice de forme est sanctionné par l'irrecevabilité. Lorsque la représentation des parties est obligatoire, l'acte de procédure doit être signifié au représentant (3). La Cour de cassation a décidé qu'il n'y avait pas à rechercher si l'omission avait causé un grief sans qualifier la sanction de cette absence de notification (4). Est-ce une nullité pour irrégularité de fond ? ou une fin de non-recevoir ?

(1) Article 960 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile. Cf. supra n° 83.

(2) Cour de Paris, 5 juillet 1977, D. 1978, Inf. Rap. 153.

(3) Article 678 du nouveau Code de procédure civile.

(4) Civ. 3ème, 6 décembre 1978, Bull. civ. III, n° 365, p. 280.

En matière prud'homale, il a été décidé que le délai d'appel n'avait pas couru, faute de notification de la décision aux deux parties par le secrétaire de la juridiction (1). De même, en matière de contredit (2), il est nécessaire de faire connaître aux parties la date du jugement ou à défaut de la leur notifier (3).

162. Dans chacune de ces hypothèses, il ne s'agit pas d'un vice de forme, la preuve d'un grief n'est donc pas nécessaire. Mais on ne sait quelle qualification employer : fin de non-recevoir ? nullité pour irrégularité de fond ? inexistence ? Il règne la plus grande incertitude, la jurisprudence ne qualifiant pas la sanction, tout se dilue dans la notion vague d'"irrecevabilité". Les interprétations sont donc possibles.

Il ressort une impression de confusion et d'incertitude fort regrettable qui trouve son explication dans le fait que la qualification d'"irrecevabilité" et l'erreur de qualification en fins de non-recevoir n'interviennent que comme la conséquence du régime que la jurisprudence veut appliquer. Pour des raisons d'opportunité, les magistrats décident de ne pas se référer au régime des nullités.

163. Si les confusions sont nombreuses dans la pratique, il n'en demeure pas moins que les fins de non-recevoir et les nullités de procédure ont une nature juridique différente. Les fins de non-recevoir présentent l'avantage d'être

(1) Soc. 11 décembre 1980, Gaz. Pal. 17 mai 1981.

(2) Article 82 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Civ. 2ème, 20 mai 1974, Bull. civ. II, n° 175, p. 147 ; Civ. 11 janvier 1978, D. 1978, Inf. Rap. 410 ; Civ. 2ème, 4 mars 1981, Gaz. Pal. 28-30 septembre 1981.

accueillies sans que celui qui les invoque ait à justifier de l'existence d'un grief. Ce qui n'est pas le cas pour les nullités pour vice de forme. Le régime des fins de non-recevoir est plus souple. C'est la raison pour laquelle elles les concurrencent et quelquefois les remplacent. Les fins de non recevoir comme l'inexistence, constituent un "pôle d'attraction" pour les nullités de procédure.

CHAPITRE III

LES NULLITES DE PROCEDURE ET L'INEXISTENCE

164. La notion d'inexistence a toujours été l'une des plus obscures et des plus controversées du droit.

Le terme "inexistence" ne se rencontre pas dans les textes de loi, la jurisprudence elle-même ne l'a que très rarement employé (1) mais il est d'usage en doctrine.

C'est ainsi que Morel (2) puis Glasson, Tissier et Morel (3) distinguent l'inexistence de la nullité en indiquant que l'inexistence tient "*à l'absence de formes qui doivent être nécessaires*" pour qu'il y ait en fait un acte. Ces auteurs remarquent qu'il existe des cas douteux dans lesquels on peut se demander s'il y a nullité ou inexistence sans toutefois exposer les causes de ces incertitudes.

Cornu et Foyer (4) développent une thèse semblable à propos des jugements.

(1) Req. 30 décembre 1902, D.P. 1903-1-137 ; Trib. civ. Saint-Claude 6 janvier 1937, Rev. trim. dr. civ. 1937, p. 195; Douai, 22 nov. 1951, J.C.P. 1952-2-6698 ; Soc. 5 nov. 1954, Ann. just. paix 1955-24.

(2) Morel, op. cit., n° 405.

(3) Glasson, Tissier et Morel, op. cit., t. 3, p. 57.

(4) Cornu et Foyer, op. cit., p. 447.

Dans une étude comparative entre les nullités pour violation d'une formalité substantielle et l'inexistence, Solus et Perrot (1) critiquent Glasson et Tissier qui ont présenté la formalité substantielle comme celle sans laquelle l'acte perd sa raison d'être et "ne peut exister" (2). Pour Solus et Perrot, un acte de procédure n'est pas inexistant par le seul fait qu'une formalité substantielle a été méconnue. Il n'y a aucune dépendance entre ces deux notions qui se situent sur deux plans différents. Vincent remarque "qu'il ne faudrait pas que, sous prétexte d'enfermer les plaideurs dans un réseau très strict d'obligations, afin d'accélérer la procédure, on donne artificiellement la vie à des actes qui ne méritent même pas ce nom" (3).

165. Toutes ces théories permettent de cerner la notion d'existence. Il est possible de proposer une définition.

Un inventaire des cas d'inexistence montre que celle-ci trouve sa source soit dans l'absence d'un élément essentiel à la formation de l'acte (4), soit dans un vice tel que l'acte peut être considéré comme inexistant (5).

Parmi les actes qualifiés d'inexistants, certains, faute d'un élément essentiel à leur formation, ne peuvent être considérés comme des actes juridiques. Ils sont

(1) Solus et Perrot, op. cit., n° 416.

(2) Glasson et Tissier, op. cit., t. 2, n° 441.

(3) Vincent, op. cit., n° 426 bis.

(4) Morel, note précitée n° 2 p. 111 ; Glasson, Tissier, Morel, note précitée n° 3 p. 111 ; Cornu et Foyer, note précitée n° 4, p. 111.

(5) Vincent, note précitée n° 3

inexistants au sens littéral du mot, ils sont absolument non formés. On ne peut les confondre avec la nullité qui sanctionne un acte accompli par les plaideurs.

On peut relever en jurisprudence des cas incontestables d'inexistence : l'absence de signification d'un appel au procureur général alors que l'intimé réside en pays étranger (1), un jugement déclaratif de faillite dont il ne reste aucune trace écrite (2), des conclusions d'appel incident non portées à la connaissance de l'adversaire (3).

166. Mais la plupart des cas d'inexistence concerne des actes de procédure entièrement formés, entachés d'un vice tellement grave qu'ils doivent être considérés comme inexistant. Dès que l'on envisage ces hypothèses, la distinction entre les nullités de procédure et l'inexistence s'estompe rapidement. On ne trouve plus de séparation nette entre l'absence complète d'un élément et son insuffisance, entre l'inexistence et la nullité. On ne sait plus à partir de quel degré on passe de la nullité à l'inexistence. La distinction est difficile.

SECTION I - LES DIFFICULTES D'UNE DISTINCTION.

167. Les difficultés d'une distinction entre les nullités et l'inexistence trouvent leur origine dans le double rôle de l'inexistence qui tantôt complète les nullités et tantôt en concurrence leur application.

(1) Alger, 29 mai 1899, D.P. 1900-2-325.

(2) Douai, 22 novembre 1951, J.C.P. 1952-2-6698.

(3) Angers, 6 avril 1949, J.C.P. 1949-4-1222.

§ 1 - L'INEXISTENCE, COMPLÉMENT DES NULLITÉS.

168. Au premier abord, le système des nullités de procédure tel qu'il est réglementé par les articles 112 à 121 du nouveau Code de procédure civile se présente comme un ensemble de règles parfaitement cohérent.

Mais aussi efficace soit-il, ce système n'est pas parfait et présente des lacunes. C'est la raison pour laquelle, la jurisprudence a recours à la théorie de l'inexistence chaque fois que les nullités de procédure ne suffisent pas à qualifier la sanction frappant l'irrégularité.

Malgré les réticences doctrinales (1), l'inexistence apporte au régime des nullités de procédure un complément indispensable tant sur le plan de sa mise en oeuvre que sur celui de ses effets.

A - LA MISE EN OEUVRE DES NULLITES ET L'INEXISTENCE.

169. Si le juge estime qu'il faut sanctionner l'irrégularité commise sans qu'il soit nécessaire de rechercher l'existence d'un grief, il pourra qualifier la sanction de "fin de non-recevoir" (2) ou d'"inexistence". Il s'agit d'un intérêt pratique important puisque l'inexistence permet d'échapper aux règles des articles 112 à 121 du nouveau Code de procédure civile.

(1) Cuche et Vincent, op. cit., n° 62, 366, 439 et 505 ; Cornu et Foyer, op. cit., p. 446 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 416.

(2) Cf. supra n° 156 à 163.

Si l'on s'en tient à une interprétation restrictive de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile, c'est naturellement vers cette notion que les magistrats se tournent lorsqu'ils se trouvent en présence d'un acte auquel il manque un élément essentiel à sa formation ou qui n'a pas l'apparence de l'acte pris comme modèle (1).

Chaque fois que l'acte de procédure n'a plus qu'une "vie artificielle" (2), les juges font appel à la théorie de l'inexistence. Ainsi la signification d'un jugement par un huissier incompetent (3), un jugement signifié qui n'avait que le nom parce qu'il s'agissait d'une photocopie sans signature du greffier (4), un acte exigé par la loi qui n'avait pas été effectué (5), ont été sanctionnés par l'inexistence.

Celle-ci présente l'intérêt d'échapper aux règles des articles 112 à 116 du nouveau Code de procédure civile.

Contrairement à la nullité pour vice de forme, elle ne requiert pas la preuve d'un grief (6). Si le magistrat estime qu'il est absolument nécessaire de sanctionner l'irrégularité commise sans qu'il soit utile de rechercher l'existence d'un préjudice, il fera appel à la notion d'inexistence. L'irrégularité commise ne restera pas impunie quel que soit le stade de la procédure.

(1) Hébraud, Rev. trim. dr. civ. 1958 p. 122.

(2) Vincent, op. cit., n° 426 bis.

(3) Civ. 2ème, 30 novembre 1977, Bull. civ. IIème, n° 225, p. 162.

(4) Paris 2 novembre 1979, Bull. av. n° 74 ; Reims, 6 décembre 1978, Rev. trim. dr. civ. 1979 p. 435.

(5) Soc. 5 janvier 1945, Gaz. Pal. 1945-1-78 ; Soc. 15 décembre 1944, Gaz. Pal. 1945-1-78 ; Civ. 2ème, 12 mai 1976, Bull. civ. II, n° 154 p. 120.

(6) Civ. 2ème, 19 janvier 1977, Gaz. Pal. 1977-1-384.

L'inexistence permet aussi d'échapper à l'irrecevabilité des exceptions de nullités de procédure lorsque celles-ci n'ont pas été soulevées in limine litis (1).

170. Mais elle présente un danger en risquant d'être utilisée par les plaideurs à des fins purement dilatoires.

Cependant il serait inadmissible qu'un procès puisse se poursuivre sur le fondement d'un acte atteint d'une irrégularité aussi grave que le règlement d'un litige repose par exemple sur un exploit d'huissier dans lequel le rédacteur aurait omis d'indiquer le nom des parties et l'objet de la contestation (2).

171. L'inexistence est une sanction utile mais d'un maniement délicat. Aussi la jurisprudence l'utilise-t-elle avec parcimonie (3). La Cour de cassation ne considère pas comme inexistant un arrêt rendu suite à un appel signifié au nom d'une personne décédée (4).

Malgré cette tentative de refoulement, l'inexistence complète les nullités de procédure lorsque la mise en oeuvre de cette sanction est insuffisante. Elle en parachève aussi les effets.

(1) Article 74 du nouveau Code de procédure civile.

(2) Douai, 3 novembre 1952, Rev. trim. dr. civ. 1953 p. 383 ; Paris, 27 novembre 1963, D. 1964-1-275.

(3) Louis Ségur, "l'inexistence en procédure civile" J.C.P. 1968, doct. 2129.

(4) Com. 19 juillet 1950, J.C.P. 1951-2-5952.

B - LES EFFETS DES NULLITES ET DE L'INEXISTENCE.

172. Par le jeu de l'inexistence, la jurisprudence complète les effets des nullités et quelquefois en aggrave les conséquences.

Une ordonnance de référé rendue le 19 juillet 1957 par le Président du tribunal civil de la Seine (1) en offre un exemple caractéristique.

Une opposition au prix de vente d'un fond de commerce avait été faite par simple lettre recommandée qui n'indiquait ni la cause ni le montant de la créance. Cette opposition était irrégulière mais l'opposant avait assigné le débiteur devant le tribunal de commerce pour obtenir la condamnation à paiement. La nullité de cet acte exigeait pour être reconnue la main levée de l'opposition. Par souci de rapidité, le créancier s'adressa au Président du tribunal civil statuant en référé pour obtenir la disposition des deniers malgré l'opposition.

Le juge considéra que l'opposition était dépourvue de toute réalité juridique, il rappela que s'il s'agissait d'une nullité, il n'aurait pu ordonner la mainlevée et précisa qu'une lettre recommandée dénommée à tort "opposition" ne pouvait produire des effets.

Il ne s'agissait pas pour le juge des référés de donner mainlevée mais de dire qu'il n'y avait pas opposition. Le juge a considéré l'opposition comme inexistante.

Un tel exemple est assez rare en jurisprudence.

(1) Trib. civ. Seine, 19 juillet 1957, J.C.P. 1957-4-3059.

173. L'apport de l'inexistence est beaucoup plus important lors de la mise en oeuvre des nullités malgré les quelques tentatives de refoulement (1) justifiées par la crainte de concurrence.

§ 2 - ^{سبب منافى} L'INEXISTENCE, CONCURRENT DES NULLITÉS.

174. Passant de la simple juxtaposition avec les nullités, l'inexistence va se glisser à l'intérieur même de celle-ci et en concurrencer le régime juridique.

175. La jurisprudence a institué un système qui n'exclut pas une certaine ambiguïté.

Son effort a porté sur les conditions d'ouverture et de mise en oeuvre des nullités.

En dépit des textes légaux (2), elle a créé la notion de formalité substantielle. La sanction s'impose, même si la loi ne le dit pas expressément.

176. Ce concept conduit aux confins de la notion d'inexistence auquel il s'apparente. Le raisonnement de la Cour de cassation est en effet particulier.

(1) Com. 19 juillet 1950, J.C.P. 1951-2-5952.

(2) Article 1030 de l'ancien Code de procédure civile aujourd'hui abrogé par le décret n° 72-684 du 20 juillet 1972, article 114 du nouveau Code de procédure civile.

A - LA NOTION DE FORMALITE SUBSTANTIELLE.

177. La Cour de cassation a estimé qu'un acte dépourvu d'une forme essentielle, devait être annulé même en l'absence de disposition légale. La nullité est inhérente à la nature du vice. Si le législateur n'a pas édicté de sanction, on doit en déduire qu'il a estimé inutile de formuler une règle aussi évidente et aussi nécessaire (1).

La jurisprudence est allée plus loin.

Elle a déclaré que, dès l'instant où la formalité apparaîtrait substantielle, l'acte serait annulé sans qu'il soit besoin de rechercher l'existence d'un grief (2). Même en l'absence de préjudice, les tribunaux pourront prononcer la nullité dès lors que le vice invoqué concerne une formalité substantielle.

178. Il devient nécessaire de préciser la notion de "formalité substantielle".

Après hésitations, la Cour de cassation a indiqué dans un arrêt de principe que *"... le caractère substantiel est attaché dans un acte de procédure à ce qui tient à sa raison d'être et lui est indispensable pour remplir son objet"* (3).

(1) Level, "Sur la notion de formalité substantielle en droit judiciaire privé", Rec. gén. Lois et Décrets 1959, Doctr. p. 5.

(2) Civ. 18 novembre 1947, D. 1948-1-177.

(3) Civ. 3 mars 1955, Sem. Jur. 1955-2-8654 ; Gaz. Pal. 1955-1-426.

Cette formule conduit aux confins de la notion d'inexistence. Certains commentateurs (1) l'ont précisé en remarquant que la formalité substantielle est définie comme celle sans laquelle l'acte perd sa raison d'être et ne peut exister. Le raisonnement de la Cour de cassation est donc particulier.

B - LE RAISONNEMENT DE LA COUR DE CASSATION.

179. Prenant prétexte de l'importance des formalités violées qu'elle qualifie d'essentielles, la Cour de cassation raisonne comme si la violation de celles-ci devait entraîner l'inexistence.

Elle créé une série de nullités qui pourront être prononcées en dehors de toute existence de texte et de préjudice. Cette création prétorienne est analogue à celle de l'inexistence. Le raisonnement est semblable.

Comme pour l'inexistence, il faut une irrégularité si grave que l'acte en perde sa nature ou son caractère (2).

Inexistence et nullités sont soumises au même régime.

La violation d'une formalité substantielle est sanctionnée sans que celui qui l'invoque ait à justifier de l'existence d'un grief.

(1) Note G.M. sous Civ. 3 mars 1955, J.C.P. 1955-2-8654 ; note Madray sous civ. 3 juillet 1958, J.C.P. 1958-4-3268.

(2) Japiot, op. cit., n° 38.

La notion de nullité d'une formalité substantielle tend à se confondre avec celle de l'inexistence. La définition et le régime sont semblables. La Cour de cassation raisonne comme si la violation d'une formalité substantielle devait entraîner l'inexistence de l'acte.

180. Cependant, s'il en était ainsi et si l'acte était effectivement dépourvu de toute existence, l'absence de préjudice ne pourrait donner naissance à un acte qui n'a jamais eu d'existence juridique (1).

Pourtant, il suffit d'examiner les cas dans lesquels la Cour de cassation considère comme substantielles certaines formalités, pour constater immédiatement qu'il ne s'agit presque jamais d'inexistence mais bien de simples nullités.

Ainsi lorsque la jurisprudence estime "substantielle" la date de l'assignation (2), la désignation du défendeur (3) ou l'objet de l'exploit (4), il ne s'agit pas d'inexistence. La Cour de cassation fait implicitement appel à cette notion pour lui emprunter son pouvoir destructeur et annuler l'acte.

L'inexistence se glisse à l'intérieur des nullités et en concurrence l'application. Elle forme l'arrière plan de ces décisions. Elle ne complète plus le régime des nullités.

(1) Louis Segur, "L'inexistence en procédure civile", D. 1968, Doctr. 2129.

(2) Com. 27 juin 1951, Sem. Jur. 1951-4-1720 ; Civ. 13 novembre 1952, D. 1953-1-113 ; Civ. 3 juillet 1958, Sem. Jur. 1958-4-3288.

(3) Civ. 3 mars 1955, Sem. Jur. 1955-2-8654 ; Paris 26 février 1959, Sem. Jur. 1959-4-3494.

(4) Civ. 20 novembre 1950, Sem. Jur. 1951-4-1561.

Du fait de la proximité de sa nature et de son régime juridique, elle constitue "un pôle d'attraction" pour les nullités de procédure.

La Cour de cassation hésite à qualifier la sanction à appliquer et l'on assiste à de brusques revirements de jurisprudence. Le défaut de signature de l'huissier en est une illustration.

SECTION II - UNE ILLUSTRATION PRATIQUE : LE DEFAUT DE SIGNATURE DE L'HUISSIER INSTRUMENTAIRE.

181. La notion d'inexistence a "*une réalité intellectuelle et pratique incontestable*" (1) mais son application est délicate.

Lorsqu'un acte est privé d'un élément essentiel à sa vie juridique, l'hésitation entre les nullités pour inobservation d'une formalité substantielle et l'inexistence est fréquente. Ces deux sanctions étant proches, les difficultés de qualification sont nombreuses, comme en témoigne le défaut de signature de la copie d'un acte d'huissier qui jusqu'en 1972 rendait l'exploit inexistant.

(1) Hébraud, Rev. trim. dr. civ. 1958, p. 122.

§ 1 - LA PÉRIODE ANTÉRIEURE À 1972.

182. Avant 1972, la nullité pour violation d'une formalité substantielle tendait à absorber l'inexistence.

183. Il subsistait deux cas qui ne recueillaient pas toujours l'agrément des juridictions et de la doctrine.

A - LA POSITION DE LA JURISPRUDENCE.

184. C'est en matière de formalités que la Cour de cassation a, pour la première fois, effectué une distinction entre les actes nuls et les actes inexistantes.

Elle s'est définitivement prononcée pour l'inexistence d'une enchère émise par un simple particulier (1).

Cette solution est particulièrement importante car elle constitue un élément nouveau dans la distinction des actes nuls et des actes inexistantes.

Jusqu'alors, les juridictions et la doctrine confondaient l'inexistence et les nullités.

Certains auteurs (2) soutenaient que le terme "acte nul" était synonyme "d'acte inexistant" lorsqu'il était renforcé par d'autres expressions plus énergiques comme "nul de droit" ou "nul de plein droit".

(1) Req. 30 décembre 1902, D.P. 1903-1-137.

(2) Beudant "Cours de droit civil français", 2ème éd., 1934-1953, t. 1 n° 280 ; note D.P. 1980-1-145.

Mais cette solution ne pouvait être retenue. Le législateur utilisait ces expressions dans des sens très divers.

L'article 502 du Code civil déclarait que les actes passés par l'interdit judiciaire étaient nuls de droit. On pouvait en conclure qu'ils étaient inexistants. Or il n'en était rien, car ces actes étaient seulement annulables, la nullité étant relative et ne pouvant être invoquée que par l'interdit.

La terminologie des auteurs était très défectueuse et variait de l'un à l'autre. Le sens des mots "inexistant" et "annulable" était précis mais le mot "nul" restait ambigu parce qu'il était tantôt employé dans le sens d'"inexistant" tantôt dans celui d'"annulable" (1).

La jurisprudence était aussi confuse que la doctrine. Elle manifestait une certaine résistance à admettre l'inexistence et préférait décider que les actes pouvaient être nuls de plein droit ou annulables (2).

C'est à la suite de ces hésitations que, le 30 décembre 1902, la Cour de cassation s'est prononcée pour l'inexistence d'une enchère faite sans le ministère de l'avoué. Elle a distingué, pour la première fois, les actes nuls des actes inexistants.

(1) Beudant, op. cit., t. 1, n° 280 ; Laurent, "Principes de droit civil français" 1869-1903, t. 1, n° 71, t. 2, n° 269, t. 15, n° 450 et 465, t. 22, n° 391 ; Demolombe, "Cours de droit civil", 1845, t. 29, n° 22 ; Aubry et Rau, "Cours de droit civil français", 7ème éd., 1961, t. 1, p. 179.

(2) Bordeaux, 25 juin 1884, D.P. 1885-1-161 ; Civ. 9 novembre 1887, D.P. 1888-1-161 ; Req. 5 mai 1879, D.P. 1880-1-145.

185. Malgré cet arrêt de principe, la jurisprudence a continué à se montrer hésitante lorsqu'une irrégularité affectant un acte de procédure résultait du défaut de signature de l'huissier instrumentaire. Ce vice entraînait-il le prononcé de l'inexistence ou celui de la nullité ?

De nombreux arrêts considéraient qu'il y avait nullité.

Le 25 mars 1891, la Cour de cassation avait censuré un jugement rendu par le Tribunal civil de Mayenne, la signature de l'huissier qui signifiait un exploit étant une formalité essentielle à sa validité (1).

A propos d'une demande en partage, la Cour d'appel de Lyon, le 12 juin 1908, avait décidé que les assignations, comme tous les actes émanant d'un officier ministériel, devaient porter la signature de leur rédacteur sur l'original et sur la copie, à peine de nullité, peu importait sa place (2). L'arrêt visait l'article 61 du Code de procédure civile.

Peu de temps après, la Cour de cassation (3) confirmait un arrêt de la Cour d'appel qui avait prononcé, sur le même fondement, la nullité d'un acte d'appel non revêtu de la signature de l'huissier.

Mais ni l'article 61 ni aucun autre texte de loi ne prescrivait que les actes d'huissier devaient porter la signature de leur rédacteur. Cependant tout le monde

(1) Civ., 25 mars 1891, D.P. 1891-1-223.

(2) Lyon, 12 juin 1908, D. 1908-2-305.

(3) Civ. 31 janv. 1912, D. 1913-1-46.

s'accordait en jurisprudence et en doctrine pour déclarer que l'inobservation de cette formalité substantielle entraînait le prononcé de la nullité (1).

Mais le 30 novembre 1939, la Cour de cassation sanctionnait par l'inexistence le défaut de signature de l'huissier sur un acte de procédure (2).

Quelques années plus tard, la Cour d'appel de Douai prononçait la nullité d'un acte d'appel non revêtu de la signature de l'huissier qui l'avait délivré, en exposant que *"la dernière jurisprudence de la Cour suprême, comme celle des Cours d'appel, est unanime à admettre que la signature de l'huissier dans l'exploit qu'il a délivré est l'élément primordial et essentiel, seul susceptible de donner valeur, force et vie audit exploit, et que, faute de signature, ce document doit être considéré comme nul et non venu en sorte que le contenu de cet acte est dénué de fondement"*. (3).

La Cour d'appel de Douai considérait que la signature de l'huissier n'était pas une simple formalité mais l'élément essentiel de l'acte dont l'absence devait entraîner le prononcé de la nullité.

Mais la motivation de cet arrêt était floue et suscitait des critiques.

(1) Paris, 10 février 1879, D. 1879-2-114 ; Civ. 25 mars 1891, D.P. 1891-1-223 ; Lyon, 12 juin 1908, D.P. 1908-2-305 ; Boitard et Colmet Daage, op. cit., t. 1, p. 253 ; Carré et Chauveau, "Questionnaire", question 305 ter ; Rodière, "Cours de compétence et de procédure en matière civile", 4^{ème} éd., 1875, t. 1, p. 201 ; Bonfils, "Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale", 1885, p. 710.

(2) Civ. 30 novembre 1939, J.C.P. 1940-2-1392.

(3) Douai, 3 novembre 1952, Gaz. Pal. 1953-1-150.

En effet, la Cour de Douai avait confondu l'inexistence et la nullité. Elle avait décidé que "l'exploit remis le 22 août 1952 à Me X... pour l'huissier Y..., et qui seul saisissait régulièrement la Cour, n'étant pas revêtu de la signature de celui-ci, est dénué de valeur légale, étant atteint d'une nullité radicale et fondamentale qui le rend inexistant" et elle avait prononcé la nullité de cet exploit.

186. Cette confusion montrait à quel point les incertitudes et les hésitations étaient nombreuses. La doctrine n'adoptait pas une position plus déterminée. Elle était très partagée.

B - LA POSITION DE LA DOCTRINE.

187. Certains auteurs se prononçaient en faveur de l'inexistence, d'autre au contraire, soutenaient que la seule sanction applicable était la nullité.

Hébraud (1) était favorable à l'inexistence.

L'auteur constatait que cette notion découlait surtout de l'absence de formes nécessaires à la vie de l'acte. Mais il remarquait qu'elle ne devait avoir qu'un domaine extrêmement réduit. Seul le défaut de signature d'un huissier rendait l'exploit inexistant.

Au contraire, Raynaud (2), qui critiquait un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation (3) décidait que l'exploit litigieux n'était "*pas nul, mais inexistant*"

(1) Hébraud, note sous Com. 18 novembre 1947, D. 1948-1-177.

(2) Raynaud, obs. Rev. trim. dr. civ. 1940-1941, p. 497.

(3) Soc., 20 mars 1941, Gaz. Pal. 1941-1-141.

à l'égard de l'une des parties au procès, exposait que la référence à la notion d'inexistence ne traduisait pas la pensée de la Cour de cassation.

L'arrêt indiquait que l'acte était inexistant seulement à l'égard de l'une des parties comme si l'inexistence pouvait être relative. La Cour de cassation parlait d'inexistence au lieu de nullité.

De même, Solus et Perrot (1) estimaient que l'absence de signature d'un exploit d'huissier donnait lieu à une nullité absolue telle que l'absence de tout grief ne pouvait la couvrir *"car il s'agissait d'une nullité de fond à laquelle l'article 173 alinéa 1 du code de procédure civile était inapplicable"*. Ces auteurs considéraient la formalité de la signature manuscrite de l'huissier comme substantielle. Sa violation entraînait le prononcé de la nullité.

188. La doctrine comme la jurisprudence était donc très partagée sur la qualification à retenir lorsque l'acte ne portait pas la signature de l'huissier instrumentaire.

Ces hésitations étaient justifiées.

Ni l'article 61 du Code de procédure civile, ni aucun autre texte ne prescrivait que les actes d'huissier devaient porter la signature de leur auteur.

Cet état de fait persista jusqu'au décret du 26 novembre 1965 qui imposa l'apposition de la signature conférant à l'acte son authenticité.

(1) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 343 p. 316.

Mais le problème de la qualification de la sanction resta entier, aucun texte de loi ne disposant expressément que cette formalité était prescrite à peine de nullité.

Il fallu attendre la réforme de 1972 pour lever les ambiguïtés.

§ 2 - LA PÉRIODE POSTÉRIEURE À 1972.

189. Depuis la réforme réalisée par le décret-loi du 28 août 1972, l'hésitation n'est plus admise.

L'article 648 du nouveau Code de procédure civile a tranché le problème au détriment de l'inexistence et en faveur des nullités.

Mais il serait inexact d'en conclure que la notion d'inexistence a disparu de la jurisprudence, elle subsiste encore dans certains cas.

A - L'ARTICLE 648 DU NOUVEAU CODE DE PROCEDURE CIVILE.

190. L'article 648 du nouveau Code de procédure civile dispose que : *"tout acte d'huissier de justice indique, indépendamment des mentions prescrites par ailleurs... la signature de l'huissier de justice... ces mentions sont prescrites à peine de nullité"*.

Ce texte reprend les termes de l'article 13 du décret du 28 août 1972 qui ressemblent à ceux de l'article 58 de l'ancien Code de procédure civile modifié par le décret du 26 novembre 1965 et abrogé par le décret de 1974. C'est

la mention qui figurait déjà dans le texte de l'article 24 du décret du 9 septembre 1971 mais qui a été modifié par l'article 188-2 du décret de 1972.

Cette signature doit figurer sur tous les actes d'huissier de justice, elle est obligatoire.

Cependant le nouveau Code de procédure civile innove par rapport au décret du 28 août 1972, en précisant, dans son dernier alinéa, que cette mention est prescrite à peine de nullité.

Ce texte met fin aux ambiguïtés et aux hésitations doctrinales et jurisprudentielles antérieures à 1972, en précisant que le défaut de signature de l'huissier instrumentaire entraîne la nullité de l'acte.

191. Mais il fait naître une autre hésitation : s'agit-il d'une nullité pour vice de forme ou d'une nullité pour irrégularité de fond ?

La Cour de cassation (1) s'est prononcée en faveur de la nullité pour vice de forme.

Elle a appliqué cette sanction à la copie d'un acte d'appel qui ne portait pas la signature de l'huissier de justice qui l'avait délivré. Elle a cassé *"l'arrêt qui avait réputé légalement inexistant un acte d'appel au motif que la copie de l'acte de signification de cet appel ne portait pas la signature de l'huissier instrumentaire alors qu'il s'agissait seulement d'un vice de forme par omission de la signature prescrite par l'article 13-3 du*

(1) Civ. 2ème, 19 janvier 1977, Bull. civ. II, n° 13, p. 10.

décret du 28 août 1972... la formalité, eût-elle été substantielle ou d'ordre public, la nullité ne pouvait être éventuellement prononcée que dans les conditions fixées par l'alinéa 2 de l'article 53 du décret du 20 juillet 1972".

En dépit de la gravité de l'irrégularité, la Cour de cassation a opté pour le vice de forme exigeant la preuve d'un grief (1). Elle a écarté la qualification de nullité pour irrégularité de fond.

Cette solution paraît évidente puisque "les nom, prénoms, demeure et signature de l'huissier" doivent figurer sur les actes "à peine de nullité" (2). L'article 648 du nouveau Code de procédure civile sanctionne l'irrégularité en édictant la nullité pour vice de forme. Cet arrêt en a fait une exacte application. La Cour de cassation a écarté la qualification de nullité pour irrégularité de fond, la preuve de l'existence d'un grief est donc nécessaire.

192. Mais on peut se demander si la solution ne devrait pas être différente lorsqu'aucune signature ne revêt la copie et l'original de l'acte (3).

On comprendrait mal qu'une notification dépourvue de signature puisse être qualifiée d'acte d'huissier de justice. Mais il serait excessif de dire qu'il est inexistant car une signification résultant de la remise d'un document manifeste la volonté de son auteur d'interjeter appel.

(1) Article 114 du nouveau Code de procédure civile.

(2) Article 648 du nouveau Code de procédure civile.

(3) J. Viatte, note sous civ. 2ème, 19 janvier 1977, Gaz. Pal. 1977-1-348.

L'acte existe mais il est irrégulier et ne peut produire les effets souhaités à savoir l'exercice du recours et la saisine de la Cour d'appel.

On peut aussi se demander avec M. Perrot (1) si cette qualification de vice de forme ne révèle pas un refus de déceler en transparence la violation de cette règle essentielle qui veut que *"la signature d'un acte par un officier public soit la condition de fond de son authenticité"*.

M. Perrot le pense et craint que les irrégularités de fond ne deviennent des vices de forme par *"cela seul qu'elles sont révélées dans un acte de procédure"*.

Mais cette crainte ne pourra se matérialiser. La nature des irrégularités de fond diffère de celle des vices de forme. Elles n'affectent pas *"la rédaction de l'acte mais l'opération procédurale elle-même"* (2). Le défaut de signature de l'huissier instrumentaire concerne cette rédaction (3), sa sanction ne peut être que la nullité pour vice de forme. La Cour de cassation écarte à juste titre la nullité pour irrégularité de fond et l'inexistence.

193. Cependant, il serait inexact de croire que la notion d'inexistence a complètement disparu de la jurisprudence. Elle conserve encore une réalité pratique incontestable.

(1) Perrot, obs. Rev. trim. dr. civ. 1977, p. 819.

(2) G. Cornu, note D.S. 1977-1-126.

(3) Article 648 du nouveau Code de procédure civile.

B - LA PERSISTANCE DE LA NOTION D'INEXISTENCE.

194. Lorsque le vice résulte du défaut total d'accomplissement de l'acte, la Cour de cassation repousse la qualification de nullité pour vice de forme et fait appel à la notion d'inexistence.

A la suite d'un jugement d'adjudication sur saisie immobilière, les adjudicataires avaient obtenu une ordonnance de référé autorisant l'expulsion du débiteur. Bien que celle-ci n'ait jamais été signifiée, la Cour d'appel, statuant en appel de référé confirma l'ordonnance en appliquant la règle "pas de nullité sans grief". Elle considéra que le débiteur saisi n'avait pu ignorer l'adjudication qui l'évinçait puisqu'il avait reçu l'assignation en référé. Elle en déduisit qu'aucune nullité ne pouvait être prononcée en cas d'omission de la signification d'une décision de justice, formalité considérée comme substantielle. La Cour d'appel confirma l'ordonnance d'expulsion.

Mais la Cour de cassation (1) censura cet arrêt confirmatif. L'article 53 du décret du 20 juillet 1972 (article 114 du nouveau Code de procédure civile) ne s'applique qu'aux "*nullités de forme d'actes de procédure effectués*" et ne peut concerner l'omission d'un acte.

Pour la Cour de cassation, le vice de forme nécessite l'existence d'"*un acte effectué*". On ne valide pas le néant. Il faut donc écarter toute qualification de nullité.

(1) Civ. 2ème, 12 mai 1976, Bull. civ. II, n° 154, p. 120.

La motivation de l'arrêt permet de le penser. La qualification de nullité pour vice de forme est écartée parce que l'irrégularité résulte de l'omission d'un acte.

125. Cette solution n'est pas nouvelle. La Cour de cassation l'avait déjà retenue.

C'est ainsi qu'elle avait sanctionné une décision ayant admis la validité d'un acte d'appel formé par simple lettre adressée au greffe au lieu d'une déclaration en exposant que *"la nullité... est celle qui réside dans l'acte prescrit par la loi et non la nullité résultant de l'accomplissement d'un acte autre que celui qu'elle prévoit"* (1).

Elle avait adopté la même position dans l'hypothèse d'un appel interjeté par un avoué sans mandat spécial (2).

Elle s'était prononcée dans le même sens pour un appel formé par une lettre de l'appelant adressé au greffier du tribunal alors qu'il eût fallu une comparution de l'appelant ou de son fondé de pouvoir (3).

196. La notion d'inexistence conserve donc une réalité pratique incontestable. Elle persiste lorsque l'acte attaqué est privé d'un élément essentiel à sa vie juridique.

(1) Soc. 5 janvier 1945, Gaz. Pal. 1945-1-78.

(2) Soc. 15 décembre 1944, Gaz. Pal. 1945-1-78.

(3) Civ. 28 janvier 1936, Gaz. Pal. 1936-1-628.

L'inexistence n'est pas abandonnée par la jurisprudence. Elle est d'application restreinte. Elle est liée à la nullité puisqu'elle en prolonge la sanction lorsqu'elle est insuffisante et peut se glisser à l'intérieur de son régime pour le concurrencer.

197. Elle constitue, au même titre que les fins de non-recevoir et les déchéances, un "pôle d'attraction" pour les nullités.

Mais dans la plupart des cas, les juridictions veillent à n'appliquer les règles des articles 112 à 121 du nouveau Code de procédure civile qu'aux nullités de procédure. Le domaine des nullités est à la fois restreint et spécifique. Il ne s'applique pas à d'autres sanctions voisines. Il ne concerne que les actes de procédure dont la double nature : "instrumentum" et "negotium" donne naissance à la distinction entre les nullités pour vice de forme qui concernent l'"instrumentum" et les nullités pour irrégularité de fond qui se rapportent au "negotium".

198. Qu'elle soit pour vice de forme ou pour irrégularité de fond, la nullité ne peut avoir lieu de plein droit, elle nécessite une mise en oeuvre pour être prononcée.

DEUXIEME PARTIE

LA MISE EN OEUVRE DES NULLITES DE PROCEDURE

199. Les articles 112 à 121 du nouveau Code de procédure civile réglementent la mise en oeuvre des nullités de procédure.

Celle-ci varie selon le type de nullités et selon son auteur.

TITRE I

LES TYPES DE NULLITES

200. Le nouveau Code de procédure civile distingue les nullités pour vice de forme des nullités pour irrégularité de fond.

Il précise pour chacune de ces catégories des conditions de mise en oeuvre très différentes.

CHAPITRE I

LES NULLITES POUR VICE DE FORME

201. La loi a posé une double condition.

L'existence d'un texte de loi et d'un grief est nécessaire pour obtenir le prononcé de la nullité pour vice de forme. En l'absence de ces deux conditions ou de l'une d'entre elles, l'acte de procédure ne peut être annulé malgré l'irrégularité qui l'entache.

SECTION I - L'EXISTENCE D'UN TEXTE DE LOI.

202. L'article 114 alinéa 1 du nouveau Code de procédure civile dispose qu'*"aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'en est pas expressément prévue par la loi, sauf en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public"*.

L'acte de procédure n'est susceptible d'annulation que si la loi le prévoit expressément sauf en cas de violation d'une formalité substantielle.

203. Ces prescriptions sont claires et impératives mais elles supposent un code sans lacune énumérant toutes les causes de nullités. Ce qui est rare en pratique.

Aussi subissent-elles de nombreuses atteintes.

§ 1 - L'ARTICLE 114 ALINÉA 1 DU NOUVEAU CODE DE
PROCÉDURE CIVILE.

204. L'article 114 alinéa 1 reprend, en les combinant, les articles 173, 1029 et 1039 du Code de procédure civile.

Ce texte pose un principe et une exception.

A - LE PRINCIPE : "PAS DE NULLITE SANS TEXTE".

205. Le principe posé par l'article 114 alinéa 1 n'est pas nouveau.

Cette disposition légale consacre la règle traditionnelle "pas de nullité sans texte" dont l'origine est ancienne (1).

206. Le juge doit prononcer la nullité chaque fois qu'un texte de loi la prévoit expressément.

Pour qu'une telle règle puisse recevoir application, il faut que le législateur détermine lui-même les irrégularités qui pourront être sanctionnées.

Les rédacteurs du nouveau Code de procédure civile, contrairement à ceux du Code de procédure civile de 1806, ont indiqué assez souvent les causes de nullités.

Il en est ainsi des articles 56 et 901 concernant l'assignation, de l'article 693 à propos des notifications et des textes spéciaux à chaque juridiction tels les articles 752, 789, 836 et 855 du nouveau Code de procédure civile.

(1) Ellul, "Histoire des institutions", 6ème éd., 1956, t. 3, p. 130 ;
Timbal, "Histoire des institutions", 6ème éd., 1979, n° 95 et s. ;
cf. supra introduction n° 5.

Un examen des textes de loi et des décisions de jurisprudence suffisent à mettre en évidence les principales causes de nullités pour vice de forme.

Celles-ci ont trait à la forme des actes d'huissier de justice et à la forme des notifications.

207. On sait que la rédaction des actes d'huissier est soumise à des formes générales applicables à tous les exploits et qu'il existe en outre des formes spéciales à certaines catégories d'actes (1). Ces mentions sont prescrites "à peine de nullité", par la loi.

208. Un acte de procédure doit contenir l'indication de la date, la désignation du requérant, de l'huissier instrumentaire et du destinataire (2).

L'omission ou l'erreur de l'une de ces mentions est susceptible d'entraîner le prononcé de la nullité pour vice de forme.

Tout acte doit comporter l'indication des jours, mois et année.

Cette mention est une formalité essentielle (3) qui permet de faire courir des délais afin de laisser à l'adversaire le temps nécessaire pour organiser sa défense ou pour éviter de retarder inutilement le cours du procès.

(1) Cf. supra n° 87 et s.

(2) Article 648 du nouveau Code de procédure civile, cf. supra n° 88 et s.

(3) Lyon, 19 mars 1968, D. 1968-1-462 ; Civ. 8 octobre 1970, J.C.P. 1971-4-5854 ; Civ. 2ème, 9 février 1983, Bull. civ. IIème, n° 36, p. 25.

On comprend aisément la raison pour laquelle l'article 648 du nouveau Code de procédure civile exige que l'acte de procédure indique la date et sanctionne l'omission ou l'erreur par la nullité pour vice de forme.

C'est ainsi que l'appel d'un jugement du tribunal paritaire des baux ruraux est irrecevable, l'acte d'appel comportant une injonction de comparaître par ministère d'avoué n'indiquait pas la date de comparution. Cette omission entraîne le prononcé de la nullité pour vice de forme (1). L'absence de date ou l'erreur de celle-ci est sanctionnée par la nullité (2). Une date illisible est assimilée à l'absence de date (3).

Le défaut de désignation du requérant constitue un vice de forme. L'acte de procédure est nul s'il est signifié à la requête d'une personne imaginaire.

L'article 648 du nouveau Code de procédure civile opère une distinction entre le requérant personne physique et le requérant personne morale, mais la violation de ses prescriptions est sanctionnée par la nullité.

Cette indication permet au destinataire de connaître de façon précise l'auteur de l'acte et son domicile. Il pourra vérifier le bien fondé de la prétention, signifier les actes en réponse ou engager des pourparlers en vue d'une transaction.

(1) Civ. 2ème, 15 octobre 1975, Bull. civ. IIème, n° 254 p. 203.

(2) Com. 1er juillet 1964, Bull. civ. IIIème, n° 345, p. 123 ; Lyon, 19 mars 1968, D. 1968-1-462.

(3) Pau, 10 août 1886, Gaz. Pal. 1886-2-82.

Le défaut de désignation de l'huissier peut aussi entraîner le prononcé de la nullité pour vice de forme (1). De même l'absence de désignation du destinataire de l'acte est génératrice de nullité pour vice de forme, la procédure civile ignorant les "actions contre X" (2).

Ces mentions sont toutes communes aux actes de procédure.

209. Mais il existe aussi des indications particulières dont l'inobservation entraîne le prononcé de la nullité pour vice de forme (3), ainsi l'indication de la juridiction devant laquelle la demande est présentée, l'indication de l'objet de la demande, l'exposé des moyens, l'indication que *"faute de comparaître, le défendeur s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par l'adversaire"*; le cas échéant, la désignation des immeubles exigée pour la publication au fichier immobilier.

L'omission ou l'erreur entraîne le prononcé de la nullité pour vice de forme (4).

210. Mais l'acte de procédure n'a de valeur à l'égard de l'adversaire que s'il est régulièrement notifié.

(1) Article 648 alinéa 3 du nouveau Code de procédure civile.

(2) Paris, 19 novembre 1976, J.C.P. 1977-2-18584 ; Soc. 8 juin 1972, J.C.P. 1973-2-17316 ; Paris, 21 octobre 1972, J.C.P. 1972-4-6248 ; Lyon, 21 février 1973, J.C.P. 1973-4-6300 ; Civ. 2ème, 13 mai 1981, Bull. civ. IIème, n° 121, p. 77.

(3) Article 55 du nouveau Code de procédure civile.

(4) Article 56 du nouveau Code de procédure civile ; com. 16 oct. 1973, Bull. civ. IVème, n° 284 p. 186 ; Com. 21 octobre 1976, Gaz. Pal. 1977-1 somm. 10 ; Saint Brieuc, 1er mars 1974, Gaz. Pal. 1974-1-455 ; Dijon, 10 oct. 1975, J.C.P. 1976-4-6608 ; Com. 11 juillet 1983, Bull. civ. IVème, n° 213, p. 185.

Ce n'est qu'à partir de cette formalité que les jugements pourront être exécutés ou que les délais d'exercice des voies de recours commenceront à courir. Le débat judiciaire étant contradictoire, les notifications ont pour rôle essentiel de porter à la connaissance des intéressés l'objet et les conditions du déroulement de la procédure.

L'irrégularité entachant les formalités de signification constitue un vice de forme susceptible d'entraîner le prononcé de la nullité.

Les formes de la signification ont été minutieusement énumérées par la loi. Les prescriptions concernant ces significations doivent être observées à peine de nullité (1). L'huissier a l'obligation de faire preuve de la plus grande diligence. Toutes les formalités accomplies doivent être mentionnées sur les originaux des actes de signification (2).

Ainsi l'absence de mention relative à la remise de la copie, aux vérifications auxquelles l'huissier doit se livrer avant de remettre l'acte en mairie, au dernier domicile ou au dernier lieu de travail connus de l'intéressé, l'absence de visa du Procureur de la République en cas de signification "à parquet", l'absence de l'avis de passage prescrit par les articles 655 et 656 du nouveau Code de procédure civile lorsque la signification n'a pas été faite "à personne", constituent des vices de forme susceptibles d'entraîner le prononcé de la nullité (3).

(1) Articles 654 et s. du nouveau code de procédure civile.

(2) Article 663 alinéa 2 du nouveau code de procédure civile.

(3) Civ. 6 octobre 1971, D. 1972-1-60 ; Civ. 15 déc. 1971, J.C.P. 1972-4-29 ; Soc. 2 mai 1973, J.C.P. 1973-4-219 ; Soc. 26 juin 1975, D. 1975, Inf. Rap. 169 ; com. 19 octobre 1976, Bull. civ. IV, n° 262 p. 224 ; Com. 29 novembre 1982, Bull. civ. IVème, n° 376, p. 315.

211. Toutes ces nullités pour vice de forme sont prévues par un texte de loi.

Le principe "pas de nullité sans texte" permet de déterminer les causes de nullité, mais il souffre une exception.

B - L'EXCEPTION AU PRINCIPE : LA FORMALITE SUBSTANTIELLE.

212. L'article 114 alinéa 1 du nouveau Code de procédure civile consacre l'exception que la jurisprudence et la doctrine avaient adopté avant la réforme de 1972.

La violation d'une formalité substantielle ou d'ordre public entraîne le prononcé de la nullité sans qu'il soit nécessaire de justifier de l'existence d'un texte de loi.

La notion de "formalité substantielle" revêt une importance capitale pour le praticien car elle permet d'échapper à la règle "pas de nullité sans texte". Mais elle a perdu une partie de son influence depuis la réforme de 1972.

213. Pour suppléer aux lacunes des textes de loi, la doctrine et la jurisprudence, antérieures à 1972, avaient admis qu'il puisse exister d'autres causes de nullités que celles prévues par la loi.

Elles créèrent le système des nullités virtuelles. La loi n'a pas édicté de nullité mais l'irrégularité est trop grave pour que l'on puisse considérer l'acte comme valable, la nullité est virtuellement contenue dans la loi.

Ce système tient compte de la finalité des textes en distinguant les formalités substantielles des formalités accessoires.

Cette différenciation proposée par Glasson (1) puis reprise par Glasson et Tissier (2) est fondée sur la constatation suivante : les règles de forme prescrites n'ont ni la même importance ni la même gravité. D'après la doctrine, la jurisprudence distingue deux sortes de formalités.

214. Certaines sont "*inhérentes à l'objet même de l'acte*" (3), leur absence le dénature (4), elle lui donne "*sa nature même et son caractère*" (5), sans elles "*l'acte ne peut exister ou n'a pas le caractère que la loi a voulu lui donner ou ne peut atteindre le résultat que la loi en attend*" (6). Ce sont les formalités substantielles ou d'ordre public.

Les tribunaux ont créé de nombreuses nullités pour violation de formalités substantielles. La jurisprudence considère comme telles, celles qui "*enlèvent à un acte son caractère et son utilité*" (7).

(1) Glasson, "Précis théorique et pratique de procédure civile", 1902 p. 15 et 16.

(2) Glasson et Tissier, "Précis théorique et pratique de procédure civile", 2ème éd., 1908, t. 2, n° 20.

(3) Solus et Perrot, "Droit judiciaire privé", 1961, t. 1, n° 407.

(4) Catala et Terré, "Procédure civile et voies d'exécution", 2ème éd., 1976, p. 246.

(5) Japiot, "Des nullités en matière d'actes de procédure", Thèse Dijon 1909, n° 38.

(6) Glasson, Tissier et Morel, "Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence, de procédure civile", 3ème éd., 1925-1926, t. 2, n° 20 ; Garsonnet et Cézair Bru, "Traité théorique et pratique de procédure", 2ème éd., 1898-1904, n° 54.

(7) Req. 29 juillet 1875, D.P. 1876-1-85.

C'est ainsi que sont considérés comme des formalités substantielles, la signature de l'huissier (1), celle du destinataire (2), la date à laquelle l'acte a été dressé et signifié (3), le "parlant à...".

Si l'une de ces formalités a été omise ou est irrégulière, l'acte est nul même en l'absence de texte. Il est entaché d'un vice qui le dénature, qui lui fait perdre ses caractères essentiels. Il n'est plus apte à remplir ses fonctions. La nullité s'impose car elle est impliquée dans la nature même du vice. Si le législateur ne l'a pas édictée, c'est parce-qu'il a jugé inutile de formuler une règle aussi évidente (4).

215. Il est d'autres formalités, au contraire, qui sont jugées secondaires.

Elles sont utiles pour que l'acte produise ses effets, mais elles sont accessoires. Leur nécessité ne dérive pas de l'essence de l'acte mais de la volonté de la loi (5). Elles peuvent être omises sans que l'acte perde sa nature ou son caractère (6).

(1) Civ. 31 janvier 1912, D.P. 1915-1-46.

(2) Req. 28 juillet 1875, D.P. 1876-1-85.

(3) Trib. civ. Bourgoïn, 8 août 1906, D.P. 1906-5-67.

(4) Glasson et Tissier, op. cit., t. 2, n° 441.

(5) Solon, "Théorie sur la nullité des conventions et des actes de tout genre en matière civile", Thèse Paris 1835 n° 354 ; Boitard et Colmet Daage "Leçons de procédure civile", 14ème éd., 1885, t. 1, n° 1214.

(6) Japiot, op. cit., n° 38.

L'omission ou la violation d'une telle formalité ne sera sanctionnée par la nullité que si la loi le prévoit expressément. En l'absence de texte, la validité de l'acte ne peut être contestée : il n'y a "pas de nullité sans texte".

216. Pendant longtemps, la Cour de cassation n'a pas précisé cette notion. Elle ne l'a fait que très tardivement en consacrant la définition énoncée par Morel (1). Le 3 mars 1955, dans un arrêt de principe, elle a décidé que *"... le caractère substantiel est attaché dans un acte de procédure civile à ce qui tient à sa raison d'être et lui est indispensable pour remplir son objet"* (2).

Depuis, la jurisprudence s'emploie à répertorier les formalités substantielles et les formalités accessoires, classant ces dernières par rapport aux précédentes, non sans contradiction car elle range certaines règles de fond parmi les formalités accessoires.

Sont considérées comme substantielles, les énonciations concernant la date (3), la désignation du destinataire (4), l'objet de l'exploit, l'indication de la juridiction saisie (5), la mention du délai de comparution.

(1) Morel, "Traité élémentaire de procédure civile", 1ère éd. 1936-1937 n° 410.

(2) Civ. 2ème, 3 mars 1955, J.C.P. 1955-2-8654 ; cf. supra n° 178 et s.

(3) Civ. 3 juillet 1958, Sem. Jur. 1958-4-3268 ; Civ. 2ème, 20 mars 1972, Bull. civ. IIème, n° 90 p. 59 ; Civ. 2ème, 6 mars 1974, Bull. civ. IIème, n° 86, p. 71.

(4) Paris, 26 février 1959, Sem. Jur. 1959-4-3494.

(5) Soc. 24 janvier 1957, Sem. Jur. 1957-2-9973 ; Trib. Inst. Saint-Brieuc, 1er mars 1974, Gaz. Pal. 1974-1-455 ; com. 16 octobre 1973, Bull. civ. IV, n° 284, p. 186.

Sont jugées secondaires ou accessoires, l'indication des nom, demeure et immatricule de l'huissier lorsque d'autres énonciations permettent de suppléer à leur omission, certaines indications concernant l'identité du requérant (1).

217. Cette distinction empirique n'est pas parfaite.

Toutes les formalités des plus importantes aux moins utiles ont la même nature. Elles concourent à faire de l'acte qui se trouve constitué par leur réunion cet ensemble qu'il doit présenter pour répondre au voeu de la loi. Elles ne diffèrent les unes des autres que par leur degré d'importance et ces degrés sont trop nombreux pour qu'on n'en puisse distinguer que deux.

218. La Cour de cassation a donné une définition qui n'est pas parfaite mais qui est utile puisqu'elle permet de combler les lacunes des textes de loi et sert de point de référence à la distinction entre les formalités substantielles et les formalités accessoires. Cette définition est-elle toujours acceptable de nos jours ? Ce critère est-il toujours concevable ?

L'article 114 précise que la nullité peut être prononcée en l'absence de texte lorsque la formalité violée est "*une formalité substantielle ou d'ordre public*". Faut-il distinguer la formalité substantielle de la formalité d'ordre public ?

(1) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 407.

La Cour de cassation ne fait état que de l'inobservation des formalités substantielles (1). Cette solution est d'autant plus justifiée que la définition de la "formalité substantielle" est si large qu'elle est susceptible de s'appliquer aussi bien à l'inobservation d'une formalité d'ordre public qu'à de prétendues inexistentes (2).

Cette définition est toujours actuelle.

La notion de formalité substantielle ou d'ordre public est celle de l'article 114 sans qu'il y ait lieu d'établir une distinction.

219. Mais on peut s'interroger sur le fait que le législateur ait ajouté la notion d'ordre public à celle de formalité substantielle.

On pourrait penser que l'article 114 alinéa 1 viserait à modifier le régime de l'exception de nullité. Mais cette interprétation est formellement démentie par l'alinéa 2 de l'article 114 qui soumet le prononcé de la nullité à la preuve d'un grief même s'il s'agit de la violation d'une formalité substantielle ou d'ordre public.

On peut estimer que la disposition d'ordre public n'interviendrait que pour désigner les formalités dont l'inobservation entrainerait le prononcé de la nullité. Formalité substantielle ou formalité d'ordre public devrait

(1) Civ. 2ème, 19 juillet 1972, Bull. civ. IIème, n° 223, p. 181 ; Civ. 2ème, 20 mars 1972, Bull. civ. IIème, n° 90, p. 59 ; Civ. 2ème, 7 mars 1973, Bull. civ. IIème, n° 90, p. 70 ; Civ. 2ème, 10 décembre 1975, Gaz. Pal. 1976-1-Somm. p. 11.

(2) Civ. 2ème, 3 mars 1955, Gaz. Pal. 1955-1-426.

être protégée même en l'absence d'un texte édictant une sanction en cas d'inobservation (1).

Cette dernière interprétation doit être retenue.

Elle correspond à la volonté de créer une catégorie très large de nullités pour vice de forme soumise à la preuve de l'existence d'un grief. Les causes de nullités pour irrégularité de fond s'en trouveront d'autant réduites.

Est vice de forme, tout vice atteignant l'acte en tant qu'"instrumentum" et non en tant que "negotium", tout vice atteignant la rédaction de l'acte et non l'opération procédurale.

La formule employée par l'article 114 du nouveau Code de procédure civile : "... *inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public*" n'est qu'une énergique insistance qui a pour but de faire comprendre que tout ce qui est grave ne devient pas du "fond" et doit rester une nullité de forme.

La jurisprudence a adopté cette interprétation.

C'est ainsi que le défaut de signature de l'huissier est un vice de forme (2) alors qu'autrefois la Cour de cassation considérait cette irrégularité comme un cas d'inexistence (3) ou comme une irrégularité de fond (4).

(1) Giverdon, "Questions de procédure civile", Gaz. Pal. 1973-2-622.

(2) Civ. 2ème, 19 janvier 1977, Bull. civ. IIème, n° 13, p. 10.

(3) Civ. 30 novembre 1939, J.C.P. 1940-2-1392.

(4) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 412, cf. supra n° 185 et s.

220. Si la définition proposée par la Cour de cassation est toujours actuelle, le contenu de la notion de "formalité substantielle" a perdu de son importance.

221. Depuis 1972, les rédacteurs du nouveau Code de procédure civile se sont efforcés de prévoir expressément les cas dans lesquels la nullité sanctionnera l'acte irrégulier. Sont devenues textuelles bon nombre de nullités qui, avant 1972, étaient virtuelles et qui pouvaient être prononcées sans texte en cas d'inobservation d'une formalité substantielle. Il en est ainsi de l'absence de date (1), de l'omission de la désignation du destinataire (2) qui sont devenues des nullités textuelles (3).

222. Le critère de la notion de formalité substantielle a donc perdu de son importance d'autant plus que la jurisprudence donne à la formalité accessoire un contenu non négligeable.

La Cour de cassation a tenu pour valable une opposition à un versement de fonds, notifiée par le syndic au notaire chargé de la vente lors de la mutation d'un lot à titre onéreux, au moyen d'une lettre recommandée avec accusé de réception indépendamment du point de savoir si l'article 63

(1) Com. 18 novembre 1947, D. 1948-1-177 ; Com. 27 juin 1951, Sem. Jur. 1951-4-1720 ; Nancy, 2 juillet 1952, Sem. Jur. 1952-4-1991 ; Civ. 13 novembre 1952, D. 1953-1-113 ; Civ. 3 juillet 1958, J.C.P. 1958-4-3268 ; Civ. 5 mai 1962, J.C.P. 1962-4-81.

(2) Civ. 3 mars 1955, Sem. Jur. 1955-2-8654 ; Civ. 12 décembre 1956, Sem. Jur. 1957-2-9776 ; Paris 26 février 1959, J.C.P. 1959-4-3494.

(3) Article 648 du nouveau Code de procédure civile.

du décret du 17 mars 1967 était en contradiction avec l'article 20 de la loi du 10 juillet 1965 qui se compose de deux phrases distinctes dont l'une prévoit la forme et le délai à observer pour réaliser cette opposition, l'autre les mentions qu'elle doit contenir (1). Seules les énonciations qui doivent figurer dans l'acte d'opposition sont prescrites à peine de nullité. La Cour de cassation en déduit, à juste titre, qu'il n'est pas mentionné que l'emploi d'un autre mode de notification de l'opposition autre qu'un acte extrajudiciaire sera sanctionné par la nullité. La nullité ne peut donc être prononcée, *"le recours à un acte extrajudiciaire ne pouvant être considéré comme une formalité substantielle ou d'ordre public"*.

De même, un acte de signification entaché d'une irrégularité viciant la date ne peut être frappé de nullité si le chiffre paraît apposé en surcharge sur un autre chiffre, cette mention étant située au dessus de la signature de l'huissier. L'arrêt énonce *"qu'aucune forme particulière de l'approbation des surcharges n'est prescrites à peine de nullité par les dispositions du Code de procédure civile relatives à la validité des exploits"* (2). Il y a donc lieu de considérer comme valable la mention relative à la date. Après avoir indiqué que l'approbation des surcharges concernant la date d'un exploit a le caractère d'une formalité accessoire, la Cour de cassation refuse de prononcer la nullité en l'absence de texte de loi prévoyant cette sanction.

La formalité de la traduction d'un acte extrajudiciaire même lorsqu'elle est exigée par un texte a été considérée comme une formalité accessoire (3). L'existence

(1) Amiens, 6 février 1978, Gaz. Pal. 1978-2, Somm. 305.

(2) Civ. 2ème, 8 juin 1974, Bull. civ. IIème, n° 192, p. 160.

(3) Civ. 1ère, 25 avril 1974, Bull. civ. I, n° 117, p. 99.

d'un texte de loi la prévoyant n'est pas un critère déterminant le caractère substantiel ou accessoire de la formalité.

L'imprécision de l'avis de passage déposé par un huissier au domicile du destinataire de la signification n'affecte pas l'acte "d'une nullité substantielle" (1).

223. Le domaine de la formalité accessoire revêt donc une importance considérable. La jurisprudence donne à cette notion un contenu non négligeable si bien que les juridictions ont peu l'occasion de découvrir des formalités substantielles. L'exception au principe "pas de nullité sans texte" perd de son importance comme le principe lui-même qui subit des atteintes.

§ 2 - LES ATTEINTES PORTÉES AU PRINCIPE DE L'ARTICLE 114.

224. La liste des vices de forme sanctionnés par la nullité est difficile à établir. La multiplicité et la variété des voies procédurales multiplient les embûches.

225. Les textes du nouveau Code de procédure civile édictent de nombreuses causes de nullité (2). Mais ils n'ont pu toutes les prévoir.

Faut-il en déduire qu'en l'absence de texte, les vices de forme qui ne sont pas frappés de nullité, échapperont à toute sanction ?

(1) Civ. 2ème, 14 mars 1973, Bull. civ. IIème, n° 101, p. 78.

(2) Articles 56, 648, 654 à 658, 663 à 665, 672, 675, 678, 680, 683, 684, 686, 689 à 693, 703, 713, 901 du nouveau Code de procédure civile.

La jurisprudence se prononce en faveur de la sanction mais hésite à la qualifier. Il en est ainsi pour les actes accomplis dans des formes différentes de celles prévues par la loi ou lorsqu'un acte de procédure n'est pas motivé.

A - LES ACTES ACCOMPLIS DANS DES FORMES DIFFÉRENTES DE CELLES PRÉVUES PAR LA LOI.

226. Il n'y a pas unanimité sur la qualification de la sanction à retenir lorsqu'un acte de procédure est effectué dans des formes autres que celles prévues par la loi.

227. A plusieurs reprises, la Cour de cassation a estimé qu'il n'y avait pas vice de forme mais fin de non-recevoir pouvant être soulevée en tout état de cause et sans que l'existence d'un grief ne soit nécessaire.

C'est ainsi qu'un acte d'appel formé par exploit d'huissier signifié au syndic du règlement judiciaire de la société au lieu de l'être par requête adressée au Premier Président de la Cour d'appel, a été sanctionné par une fin de non-recevoir (1).

La Cour de cassation (2) a adopté la même position dans le cas d'un appel interjeté par un syndic nommé à une liquidation de biens après la saisie d'un immeuble mais avant son adjudication. Le syndic alléguait la violation des

(1) Com. 15 novembre 1971, Bull. civ. IVème, n° 275, p. 258.

(2) Civ. 11 juillet 1977, Bull. civ. IIème, n° 182, p. 128.

articles 40 et 42 de la Loi du 13 juillet 1967. Il ne formait pas appel sur la violation des règles de fond prévues par l'article 731 du Code de procédure civile. La Cour de cassation en conclut que *"l'on n'est pas en présence d'un appel basé sur la violation d'une des règles de fond prévues par l'article 731 du Code de procédure civile mais sur la violation des articles 40 et 42 de la loi du 10 juillet 1967 concernant la production des créances entre les mains du syndic et par suite l'existence et la recevabilité de la créance elle même... l'appel devait être formulé par voie d'assignation, ainsi l'appel interjeté le 18 juin 1975 en la forme prescrite par l'article 732 du Code de procédure civile était irrecevable"*.

Cet appel qui avait été diligenté selon les formes exigées par l'article 732, c'est-à-dire par voie de conclusions entre avocats n'était pas nul pour vice de forme mais irrecevable.

La même sanction est venue frapper l'acte d'appel d'une décision en comblement du passif formée par simple déclaration au greffe de la Cour au lieu d'être faite par assignation délivrée au syndic, comme le prescrit l'article 108 alinéa 1 du décret du 22 décembre 1967 (1).

228. Mais dans d'autres cas, la Cour de cassation a décidé qu'il y avait vice de forme et non fin de non-recevoir.

Une Cour avait déclaré irrecevable l'appel d'une sentence prud'homale notifiée par simple lettre au secrétariat greffe du Conseil des Prud'hommes au lieu de l'être par pli recommandé.

(1) Paris, 22 septembre 1977, Gaz. Pal. 1978-2, Somm. 384.

L'utilisation de ce procédé constituait une formalité substantielle imposée par l'article R-517-7 du Code du travail dans l'intérêt des deux parties, pour éviter tout litige sur la date.

La Cour de cassation (1) constate qu'il n'existe de contestation ni sur la date, ni sur le délai d'appel. Elle en déduit que l'envoi d'une lettre simple au lieu d'un pli recommandé n'a causé aucun grief à l'intimé. La nullité pour vice de forme ne peut être prononcée.

La juridiction suprême estime qu'un acte effectué dans des formes autres que celles prévues par la loi relève du domaine des nullités pour vice de forme et non de celui des fins de non-recevoir (2).

La Cour de cassation retient la même solution dans le cas de la convocation d'une personne domiciliée à l'étranger pour une tentative de conciliation en matière de divorce. Celle-ci avait été convoquée par lettre recommandée au lieu de l'être par voie de signification. Les juges décident que l'acte est atteint d'un vice de forme devant entraîner le prononcé de la nullité s'il existe un grief (3).

299. La Cour de cassation se montre très hésitante pour reconnaître l'existence d'un vice de forme et pour prononcer la nullité. Il n'y a pas en ce domaine d'unanimité sur la

(1) Soc. 22 novembre 1979, Bull. civ. Vème, n° 891, p. 656.

(2) Com. 5 mai 1982, Bull. civ. IVème, n° 159, p. 142.

(3) Civ. Ière, 5 décembre 1978, Bull. civ. Ière, n° 375, p. 292.

solution à adopter : tantôt elle considère qu'il s'agit d'une fin de non-recevoir pouvant être soulevée en tout état de cause et sans que l'existence d'un préjudice ne soit nécessaire, tantôt elle décide qu'il s'agit d'un vice de forme devant entraîner le prononcé de la nullité subordonnée à la preuve d'un grief.

230. D'autres juridictions, au contraire, sont plus décisives et plus unanimes.

La Cour d'appel d'Amiens (1) a refusé de prononcer la nullité pour vice de forme. Une opposition avait été formée entre les mains d'un notaire par lettre recommandée au lieu de l'être par acte extrajudiciaire. Cette juridiction a considéré qu'il y avait vice de forme mais n'a pas prononcé la nullité, faute de grief.

Le tribunal paritaire des baux ruraux de Mayenne (2) a assimilé une irrégularité à un vice de forme. Au lieu de saisir la juridiction compétente par lettre recommandée avec accusé de réception ou par acte d'huissier adressé au secrétariat (3), un plaideur avait remis une simple lettre au secrétaire du greffe. Le Tribunal paritaire des baux ruraux de Mayenne a refusé de prononcer la nullité, faute de grief. Il a assimilé l'irrégularité de l'acte accompli dans des

(1) Amiens, 6 février 1978, Rev. adm., juin 1978 p. 35.

(2) Trib. baux ruraux, Mayenne, 26 octobre 1977, J.C.P. 1978-2-18872.

(3) Article 885 alinéa 1 du nouveau Code de procédure civile.

formes différentes de celles imposées par la loi, à un vice de forme. Cette irrégularité n'ayant causé aucun préjudice, le tribunal paritaire a refusé de prononcer la nullité.

Ces juridictions ont estimé qu'il n'y avait pas fin de non-recevoir mais vice de forme, alors que la Cour de cassation a décidé, dans certains arrêts, qu'il y avait fin de non-recevoir et non pas nullité pour vice de forme.

231. La jurisprudence est partagée. C'est la raison pour laquelle certains auteurs comme M. Perrot (1) ont proposé une solution.

M. Perrot critique vivement les décisions qui prononcent la nullité pour vice de forme. Il approuve les arrêts de la Cour de cassation qui préfèrent la fin de non-recevoir.

Pour cet auteur, il n'y a pas simple nullité pour vice de forme, *"cette erreur équivaut en réalité à une absence d'acte et dès lors cette irrégularité échappe à l'emprise de la règle "pas de nullité sans grief". Dans un domaine où la volonté n'acquiert son efficacité procédurale que par le truchement d'une forme déterminée, il est normal que la substitution d'une forme à une autre confine à l'inexistence et donc, s'il s'agit d'un acte introductif d'instance, au défaut de saisine du juge. C'est ainsi que le choix erroné de la forme requise débouche sur une irrecevabilité"* (2).

232. La mansuétude des juges trouve son explication dans le souci d'éviter qu'un plaideur ne compromette ses droits par une méprise d'autant plus excusable que les textes sont

(1) Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1978, p. 419 et 723.

(2) Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1978, p. 420.

parfois obscurs. Ce risque ne peut être évité que s'il s'agit d'un vice de forme. Mais s'agit-il véritablement d'un vice de forme ?

Le seuil critique au-delà duquel l'acte change de nature est difficile à déceler. Certaines décisions en témoignent.

Le tribunal paritaire des baux ruraux de Mayenne (1) s'est estimé valablement saisi par une lettre déposée à son secrétariat alors qu'une lettre recommandée avec accusé de réception ou un acte d'huissier devait être adressé au secrétariat de la juridiction comme le prescrit l'article 885 alinéa 1 du nouveau Code de procédure civile. Dès lors que cette lettre a rempli son office, c'est-à-dire qu'elle est parvenue à son destinataire, la "recommandation" n'étant qu'une technique de preuve extrinsèque ne modifiant pas la nature de l'acte, la simple lettre déposée au secrétariat, saisit le tribunal. Le bon sens rejoint les dispositions de l'article 114 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile.

Mais la solution retenue par la Cour d'appel d'Amiens n'est pas aussi satisfaisante.

Pour refuser de prononcer la nullité d'une opposition faite par lettre recommandée entre les mains d'un notaire, cette juridiction s'est bornée à constater que *"la notification de l'opposition au notaire des époux C... par voie d'une lettre recommandée au lieu d'un acte extrajudiciaire ne paraît leur avoir*

(1) Cf. note précitée n° 2, p. 159.

causé aucun préjudice, alors que ni la réception ni le contenu de la lettre recommandée considérée ne donnèrent lieu à contestation par l'une ou l'autre des parties" (1).

En tenant pour acquis la nécessité d'un acte extrajudiciaire, la Cour d'appel d'Amiens a validé cette opposition parce que la forme utilisée ne "paraît" pas avoir causé un grief. Ce doute laisse à penser que la lettre recommandée avait rempli sa mission d'information. Le vice de forme importait peu puisqu'il ne portait préjudice à personne, le tiers saisi ayant reçu la lettre recommandée.

La Cour d'Amiens semble oublier que l'utilisation de la lettre recommandée en matière de saisie-arrêt, lorsque la loi prescrit l'utilisation de l'acte judiciaire, ne constitue pas un simple vice de forme. Il y a entre ces deux actes, une différence de nature irréductible. La lettre recommandée n'est pas une forme imparfaite de l'acte d'huissier, elle s'en distingue par sa nature et par les conditions de sa remise. Peu importe l'absence de grief. L'opposition aurait dû être déclarée nulle de plein droit pour avoir été effectuée dans des formes différentes de celles prescrites par la loi.

La Cour de cassation (2) a adopté la même position dans le cas d'une saisie-arrêt effectuée par simple lettre. Elle a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt d'une Cour d'appel qui n'avait pas hésité à condamner le tiers-saisi

(1) Amiens, 6 février 1978, Revue "administrer", juin 1978 n° 6 p. 35.

(2) Com. 19 décembre 1977, Bull. civ. IVème, n° 308, p. 262.

au versement de dommages-intérêts pour avoir tenu compte de cette opposition car *"l'opposition à paiement par simple lettre reçue par la S.E.B. (tiers-saisi) ne pouvait en rien être assimilée à la procédure de saisie-arrêt prévue par les dispositions du Code de procédure civile et qui, seule pouvait l'empêcher de se libérer de sa dette"*. La Cour de cassation n'a pas fait la moindre allusion à la règle *"pas de nullité sans texte"*.

La formalisation d'un acte effectué selon des formes différentes de celles imposées par la loi n'est pas une simple nullité de forme. M. Perrot a estimé qu'il y avait absence d'acte. Mais cette analyse est critiquable. Elle ne peut être retenue.

233. En effet, la Cour de cassation a jugé, à plusieurs reprises, que la mise au rôle n'était qu'une formalité administrative et que le lien juridique d'instance existait dès l'acte introductif.

Ainsi un pourvoi formé par l'administrateur judiciaire d'un interdit contre un jugement le concernant est irrecevable dès lors que l'interdit s'est personnellement pourvu contre cette décision antérieurement à son interdiction. La Cour de cassation a rejeté ce pourvoi car *"la loi ne permet pas d'exercer deux fois le recours en cassation contre le même jugement"* (1).

Un arrêt de la Cour de cassation rendu le 16 janvier 1978 (2) illustre ce principe. Un défendeur avait

(1) Civ. 2ème 15 juin 1967, Bull. IIème, n° 226, p. 158.

(2) Com. 16 janvier 1978, Bull. civ. IVème, n° 24, p. 18.

été assigné successivement devant deux tribunaux de commerce différents par le même demandeur pour le même objet et la même cause. Le défendeur avait soulevé l'exception de litispendance et le demandeur avait invoqué le fait que la deuxième assignation n'avait pas été enrôlée. Le second tribunal de commerce s'était fondé sur cette argumentation pour rejeter le déclinatoire. Mais la Cour de cassation a censuré ce jugement au motif que le tribunal "*en relevant seulement l'absence de mise au rôle... pour rejeter l'exception de litispendance*" a violé l'article 100 du nouveau Code de procédure civile qui oblige la juridiction saisie en second lieu de se dessaisir au profit de la précédente, lorsqu'il y a litispendance. Puisqu'il y a litispendance entre deux affaires, même lorsque l'un des tribunaux n'a pas été régulièrement saisi, la Cour de cassation considère que le lien juridique existe dès l'assignation, avant toute mise au rôle.

Ce principe n'empêche pas le tribunal d'être saisi par un acte irrégulier entaché d'un vice de forme sans que celui-ci soit considéré comme inexistant.

Il serait regrettable de permettre à un adversaire d'invoquer l'irrecevabilité de l'acte introductif d'instance alors qu'en comparaisant, il ne subirait aucun préjudice.

234. Le 11 juillet 1977, la Cour de cassation a adopté une position ambiguë (1). Elle a déclaré qu'un acte d'appel accompli dans des formes différentes de celles prévues par la loi était irrecevable.

(1) Cf. note précitée n° 2, p. 156.

Or, la notion d'irrecevabilité prête à confusion. Elle ne signifie pas toujours que l'on est en présence d'une fin de non-recevoir (1). Un acte peut être irrecevable pour vice de forme.

Cet arrêt du 11 juillet 1977 en est une illustration. L'acte introductif d'instance, en l'espèce l'acte d'appel, effectué dans des formes différentes de celles exigées par la loi, doit être considérée comme entaché d'un vice de forme. La preuve du grief est nécessaire pour que la nullité en soit prononcée. Il est logique de soumettre cette irrégularité au régime des nullités de procédure pour vice de forme à partir du moment où la forme utilisée est prévue par la loi mais pour une situation autre que celle où elle a été choisie.

235. La seule qualification envisageable est celle de vice de forme. Mais la Cour de cassation hésite. Elle préfère la notion vague d'"irrecevabilité" (2) ou celle de "fin de non-recevoir" (3). Les autres juridictions, au contraire, adoptent plus volontiers la qualification de vice de forme (4).

Il n'y a donc pas en jurisprudence unanimité sur la solution à adopter. Les hésitations sont nombreuses. Il en est de même lorsque l'acte de procédure n'est pas motivé ou insuffisamment motivé.

(1) Cf. supra n° 153 et s.

(2) Cf. supra n° 153 et s.

(3) Civ. IIème, 15 octobre 1980, Bull. civ. IIème, n° 206, p. 140.

(4) Cf. supra n° 151 et s.

B - L'IRREGULARITE DANS LA MOTIVATION DE L'ACTE DE PROCEDURE.

236. Le législateur utilise le terme "irrecevabilité" pour qualifier la nullité pour vice de forme et la fin de non-recevoir.

Le régime de ces deux moyens de défense étant proche, il est difficile de savoir si l'on est en présence d'une nullité pour vice de forme ou d'une fin de non-recevoir (1).

Le législateur sanctionne le défaut de motivation de l'acte de procédure par l'irrecevabilité (2). Cette technique est fréquemment utilisée (3).

Mais s'agit-il d'une fin de non-recevoir ?

237. L'acte non motivé ou insuffisamment motivé est formellement irrégulier. L'irrégularité trouve sa source dans l'absence de respect des règles de forme prescrites par la loi.

Cette violation devrait entraîner l'application des dispositions des articles 112 à 116 du nouveau Code de procédure civile.

(1) Cf. supra n° 144 et s.

(2) Articles 57, 59, 75, 82 et 306 du nouveau Code de procédure civile ;
Articles 21, 22, 23, 29, 52, 53, 58 du décret du 5 décembre 1975.

(3) Normand, Rev. trim. dr. civ. 1978, p. 910.

Mais les juridictions ne se prononcent pas toujours en ce sens. Elles adoptent deux solutions différentes selon qu'il s'agit d'un défaut ou d'une insuffisance de motivation.

238. Le défaut de motivation de l'acte a été sanctionné par la nullité pour vice de forme.

Il était reproché (1) à une assignation d'avoir méconnu les dispositions de l'article 1 du Code de procédure civile modifié par le décret du 28 août 1972 selon lequel *"toute citation devant le tribunal d'instance contiendra... un exposé sommaire de l'objet et des moyens de la demande"*. La citation ne contenait que l'indication de la somme réclamée par le créancier à son débiteur sans exposer ni les faits ni les moyens de preuve. Après avoir remarqué que *"rarement, le lacunisme n'a été poussé à ce point"*, le tribunal a relevé qu'il s'agissait de la violation d'une formalité substantielle et par conséquent d'une cause de nullité pour vice de forme.

Mais se souvenant que l'article 114 du nouveau Code de procédure civile subordonne le prononcé de la nullité à la preuve d'un grief, même lorsqu'il y a violation d'une formalité substantielle, cette juridiction a découvert l'existence d'un préjudice dans le fait que l'insuffisance de motivation a placé le débiteur dans une situation telle, qu'il n'a pu discuter utilement la demande. Tenant pour principe indiscutable que le défaut de motivation est un vice de forme, le tribunal ne s'écarte pas de l'article 114

(1) Trib. inst. Saint Brieuc, 1er mars 1974, Gaz. Pal. 19-20 juin 1974.

dont il respecte scrupuleusement les termes en recherchant l'existence d'un grief qu'il fait résulter de façon automatique du vice lui-même.

239. Mais la position de la Cour de cassation est différente.

Un contredit de compétence n'avait pas été motivé comme le prescrit, à peine d'irrecevabilité, l'article 82 du nouveau Code de procédure civile (1). La Cour de cassation a écarté la règle "pas de nullité sans grief". Il ne s'agissait pas d'une nullité pour vice de forme.

Cette solution est en tout point conforme aux dispositions de l'article 82. La sanction du défaut de motivation est l'irrecevabilité du contredit pouvant être accueillie sans que celui qui l'invoque ait à justifier du grief que lui cause l'irrégularité. La Cour de cassation se prononce en faveur de la fin de non-recevoir.

Mais on peut se demander si cette qualification est correcte. Elle est utilisée indifféremment pour sanctionner la tardivité du contredit ou son défaut de motivation (2).

L'irrecevabilité qui sanctionne le défaut de motivation trouve son origine dans la nullité de l'acte qui forme contredit. Si elle est prononcée, elle aura pour conséquence d'entraîner l'absence de toute saisine. Elle n'est que la

(1) Civ. 2ème, 7 juin 1974, Bull. civ. IIème, n° 185, p. 155.

(2) Hébraud, Rev. trim. dr. civ. 1970, p. 227.

conséquence d'un vice inhérent à l'acte de contredit (1). C'est en ce sens que la jurisprudence antérieure à 1972 se prononçait en sanctionnant l'acte de contredit non motivé (2) par la nullité. Mais cette position de la Cour de cassation ne prêtait pas à conséquence puisque la motivation du contredit était considérée comme "une formalité substantielle" dont la méconnaissance devait entraîner le prononcé de la nullité sans que la justification d'un grief soit nécessaire (3). La nature de la sanction importait peu. La règle "pas de nullité sans grief" était inapplicable.

Depuis la réforme de 1972, il n'en est plus de même. La preuve d'un grief est nécessaire. La Cour de cassation a voulu éviter cette règle en transposant la sanction sur le plan de l'irrecevabilité. Elle s'est prononcée en faveur de la fin de non-recevoir.

Force est de constater que l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 7 juin 1974, est en complète contradiction avec le jugement du tribunal de Saint-Brieuc, du 1er mars 1974 et avec un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 mars 1978 statuant sur l'application de l'article 52 du décret du 5 décembre 1975 obligeant le demandeur à motiver sa requête en divorce pour rupture de la vie commune. Cet arrêt a affirmé que l'inobservation des prescriptions de ce texte entraîne le prononcé de la nullité : *"que le moyen*

(1) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 759.

(2) Montpellier, 26 mai 1962, Gaz. Pal. 1962-2-147.

(3) Riom, 3 janvier 1961, D. 1961-1-158 ; Douai, 5 janvier 1961, D. 1961-1-116 ; Paris, 22 janvier 1963, D. 1963, Somm. 84.

ainsi allégué ne constitue pas une fin de non-recevoir... mais une exception de procédure reposant sur l'irrégularité ou la nullité d'un acte".(1).

240. Les divergences sont importantes mais elles ont une cause précise.

La tendance jurisprudentielle est de dire qu'un acte irrégulier est irrecevable sans désigner la sanction à appliquer (2). Les hésitations de qualification sont donc nombreuses et sources de divergences.

Annotant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris statuant sur le défaut de motivation d'une requête en divorce pour rupture de la vie commune, M. Groslière, tout en approuvant cette décision, remarque que *"ce texte (l'article 52 du décret du 5 décembre 1975) parle d'irrecevabilité et l'on serait tenté d'en conclure qu'il vise une fin de non recevoir... Mais en réalité le terme d'irrecevabilité est équivoque, il figure par exemple à l'article 113 du nouveau Code de procédure civile pourtant relatif aux nullités. On peut ajouter que par définition une fin de non-recevoir est un moyen de défense définitif alors que ce n'est manifestement pas le cas en l'espèce puisque le demandeur pourrait recommencer son procès en présentant une requête complète" (3).*

Commentant l'arrêt de la Cour de cassation rendu le 7 juin 1974, M. Perrot (4) constate que la qualification de nullité pour vice de forme est inadéquate lorsqu'il s'agit

(1) Paris, 3 mars 1978, D. 1978-1-455.

(2) Civ. 2ème, 15 février 1978, Bull. civ. IIème, n° 36, p. 29 ; Civ. 2ème, 22 juin 1978, D. 1978, Inf. Rap. 412 ; Civ. 3ème, 3 juin 1980, Gaz. Pal. 1980, Somm. 508 ; Com. 29 janvier 1980, Bull. civ. IVème, n° 43, p. 33.

(3) Cf. note précitée n° 1.

(4) Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 853.

d'un défaut de motivation "ou bien le principe de l'article 53 du décret de 1972 (article 114 du nouveau Code de procédure civile) porte à faux par l'impossibilité où l'on se trouve de distinguer le grief de la cause de nullité elle-même (Trib. inst. Saint-Brieuc, 1er mars 1974) ; ou bien si l'on veut en éviter l'application, il faut se résoudre à dénaturer la sanction (cass. civ. 7 juin 1974)". M. Perrot s'interroge sur le point de savoir si le défaut de motivation ne constitue pas en réalité une nullité de fond qui échapperait à la règle "pas de nullité sans grief".

Cependant, aucun de ces arguments n'emporte la conviction. Mais une solution semble s'imposer pour mettre fin à ces divergences.

241. M. Grolière a constaté que le terme "irrecevabilité" était équivoque et ambigu.

Cette affirmation conduit à penser que le législateur utilise un vocabulaire juridique imprécis. Il est certain que personne n'est à l'abri d'une erreur de terminologie. Mais si l'on se reporte à la liste des textes (1) mentionnant ce terme, on constate une certaine propension à l'erreur, ce qui étrange... Mieux vaut penser que le législateur a volontairement utilisé l'expression d'irrecevabilité.

242. La référence à l'article 113 du nouveau Code de procédure civile n'est pas plus convaincante.

(1) Cf. note précitée n° 2, p. 166.

Selon ce texte *"tous les moyens de nullité contre les actes de procédure doivent être invoqués simultanément à peine d'irrecevabilité de ceux qui ne l'auraient pas été"*. Cet article ne permet pas de confondre l'exception de nullité et la fin de non-recevoir. L'irrecevabilité sanctionne l'inobservation des règles procédurales régissant la mise en oeuvre des nullités. Si cette sanction consiste à dire que le juge ne pourra pas examiner le litige, elle peut s'appliquer aussi bien à l'action elle-même qu'aux moyens de défense. Dire que l'exception de nullité est irrecevable signifie que le juge ne pourra l'examiner. L'article 113 du nouveau Code de procédure civile n'est que l'application du principe général de l'article 74 qui énonce que *"les exceptions doivent à peine d'irrecevabilité être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir"*.

243. Quant à exposer que la fin de non-recevoir est un moyen de défense qui se reconnaît par le fait qu'elle met un obstacle définitif à l'action, cette affirmation est incompatible avec son régime et plus particulièrement avec l'article 126 du nouveau Code de procédure civile qui prévoit la possibilité d'une régularisation en cours d'instance. L'obstacle n'est donc pas définitif (1).

244. Mais le point de vue de M. Groslière repose sur une constatation certaine : le moyen de défense concerne l'irrégularité de l'acte et non le défaut de droit d'agir.

Seules les règles procédurales gouvernant les nullités doivent recevoir application. M. Normand écrit que *"l'acte non motivé ou dépourvu de mentions obligatoires est nul et cette*

(1) Normand, Rev. trim. dr. civ. 1979, p. 653.

nullité fait que les prétentions qu'il exprime ne peuvent être entendues" (1).

S'agit-il d'une nullité pour irrégularité de fond ? Une telle qualification permet d'échapper à la règle "pas de nullité sans grief". Mais cet argument est de pure opportunité. Il ne rend pas compte de la nature du vice qui entache l'acte de procédure.

Celui-ci concerne la forme de l'acte, sa rédaction matérielle, l'"instrumentum". L'acte non motivé ou dépourvu de mentions prescrites par la loi est formellement irrégulier. Cette irrégularité trouve sa source dans l'absence de respect du formalisme. Elle n'a pas son origine dans le défaut d'une condition de fond de l'action en justice. Il est vrai que la formalité omise est particulièrement grave mais cette considération doit demeurer sans effet puisque le législateur a placé sur un plan d'égalité la violation de toutes les prescriptions formelles.

245. Ce sont donc des vices de forme que le législateur et la jurisprudence sanctionnent par l'irrecevabilité. La liste n'est pas limitative. Les prescriptions de l'article 114 ne sont pas toujours respectées. Il existe d'autres causes de nullité que celles prévues par la loi. Ce qui permet de ne pas laisser impunie une irrégularité dont la sanction n'a pas été édictée par la loi.

(1) Normand, Rev. trim. dr. civ. 1978 p. 722.

246. Si la nullité pour vice de forme peut être prononcée en l'absence d'un texte de loi, il faut aussi que le vice entachant l'acte de procédure ait causé un grief à celui qui se prévaut de cette sanction.

SECTION II - L'EXISTENCE D'UN GRIEF.

247. L'alinéa 2 de l'article 114 du nouveau Code de procédure civile dispose que *"la nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public"*.

Ce texte reprend sous un énoncé différent l'article 173 alinéa 1 du Code de procédure civile qui trouvait sa source dans l'ancienne règle "pas de nullité sans grief" consacrée par les usages du Parlement de Toulouse au lendemain de l'Ordonnance de 1667 pour tempérer la rigueur du système qui venait d'être institué (1).

Mais il innove considérablement par rapport aux systèmes précédents en généralisant ce principe. Désormais, l'existence d'un grief est nécessaire pour le prononcé de la nullité même si la formalité violée est substantielle ou d'ordre public. Cette exigence s'applique exclusivement à toutes les nullités pour vice de forme. Les nullités pour irrégularité de fond n'y sont pas soumises (2).

(1) Solus et Perrot, op. cit., t. 1 n° 409 ; Catala et Terré, op. cit., p. 246 ; Cf. supra introduction.

(2) Articles 117 à 121 du nouveau Code de procédure civile.

248. Le législateur de 1972 a voulu mettre fin à une jurisprudence, qui, profitant de la contradiction des textes (1), n'exigeait pas la preuve d'un grief lorsque la formalité violée était substantielle ou d'ordre public (2). L'existence d'un grief est actuellement nécessaire quelle que soit la nature de la formalité.

Cette condition devient un des principes fondamentaux du régime actuel des nullités (3). Le champ d'application de cette règle est plus étendu qu'auparavant puisque toutes les nullités pour vice de forme sont concernées. Peu importe que cette sanction résulte d'un texte ou de la violation d'une formalité substantielle ou d'ordre public. La notion de formalité substantielle perd encore de son importance au profit de celle de grief dont le domaine s'étend. De ce fait, la portée de la règle "pas de nullité sans texte" s'élargit.

La notion de grief revêt donc une importance capitale même si la preuve du préjudice s'avère souvent difficile à rapporter.

§ 1 - LA NOTION DE GRIEF.

249. La nullité est une sanction grave qui n'est utile que si le vice de forme a causé un grief à l'un des plaideurs.

(1) Cf. supra introduction

(2) Civ. 31 janvier 1912, D.P. 1915-1-46 ; Civ. 23 octobre 1940, Gaz. Pal. 1940-2-169 ; Soc. 25 novembre 1954, J.C.P. 1955-2-8594.

(3) Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1977 p. 195.

La loi n'a que faire de satisfactions purement platoniques. Elle doit exiger en fonction des réalités. Si la nécessité pratique n'apparaît pas, il n'y a pas lieu d'édicter un texte de loi. C'est la raison pour laquelle la notion de grief s'inscrit naturellement en matière de nullités de procédure.

La principale condition d'existence et de mise en oeuvre des nullités pour vice de forme se trouve dans cette notion. Le grief ne s'analyse pas en un préjudice quelconque. La Cour de cassation le conçoit de façon restrictive. Une telle conception ne va pas sans inconvénient (1).

A - LA CONCEPTION RESTRICTIVE DU GRIEF.

250. L'expression "grief" est traditionnelle et de création jurisprudentielle.

On sait qu'elle est née de la pratique du Parlement de Toulouse en réaction contre l'Ordonnance de 1667 qui privait les parlements de toute indépendance et de toute possibilité de considération d'équité ou d'opportunité. Le Code de procédure de 1806 maintint la position de l'Ordonnance de 1667 mais très rapidement, les juridictions (2) s'aperçurent de la rigueur d'un tel système et admirèrent le principe "pas

(1) J. Lémée, "La règle pas de nullité sans grief depuis le nouveau Code de procédure civile", Rev. trim. dr. civ. 1982 p. 43.

(2) Colmar, 23 janvier 1818, D. 1818-1-734; Poitiers, 16 janvier 1824, D. 1825-2-53 ; Alger, 19 mai 1908, D. 1909-1-251 ; Douai, 12 avril 1910, D. 1913-2-182 ; Req. 31 janvier 1821, D. 1821-1-618 ; Civ. 15 mars 1882, Gaz. Pal. 1883-1-45.

de nullité sans grief" qui fut légalement consacré par les législateurs de 1933 et de 1935, mais de façon indirecte, puisque les articles 70 puis 173 du Code visaient le cas où l'irrégularité portait atteinte "aux intérêts de la partie adverse" ou "aux droits de la défense", ces deux expressions semblant équivalentes.

251. Habitué à la pratique de la responsabilité civile, on pourrait penser que le grief ou le préjudice, ces termes étant synonymes en doctrine (1) et en jurisprudence (2) était constitué chaque fois qu'une atteinte même légère était portée aux intérêts de l'adversaire.

Or, il n'en est rien.

La Cour de cassation est très exigeante.

Deux conditions doivent être réunies. Il faut que l'irrégularité entachant l'acte ait mis l'adversaire dans l'impossibilité de faire valoir ses droits et qu'il existe une relation de cause à effet entre le vice de forme et le préjudice.

252. L'étude de la jurisprudence révèle que la nullité ne peut être prononcée que si la partie qui l'invoque ne peut assurer normalement la défense de ses intérêts. Par défense il faut entendre "défendeur à l'acte" et non à l'instance. Le plaideur qui se prévaut de l'existence d'un grief doit être le destinataire de l'acte de procédure irrégulier.

(1) Couchez, note sous Riom, 31 janvier 1974, J.C.P. 1975-2-17926 ; Giverdon, "Questions de procédure", Gaz. Pal. 1973-2-622.

(2) Civ. 2ème, 18 octobre 1972, Gaz. Pal. 1972-2-896 ; Trib. Grande Inst. Marseille, 26 février 1973, Gaz. Pal. 1973-1-348.

Il "devra rapporter la preuve que la possibilité de se défendre lui a été enlevée en tout ou partie" (1). La nullité prend ainsi l'aspect d'une réparation. Elle est le moyen pour la partie lésée d'obtenir réparation de son préjudice. Le vice de forme ayant mis le plaideur dans l'impossibilité de préparer sa défense pour faire valoir ses droits, celui-ci obtient réparation en faisant annuler l'acte de procédure irrégulier.

Une telle situation n'est pas fréquente. Il est rare que l'irrégularité entachant un acte de procédure ait pour conséquence de mettre l'adversaire hors d'état de se défendre.

Deux cas peuvent se présenter.

253. Lorsque le vice de forme prive le défendeur du double degré de juridiction en l'empêchant de comparaître en première instance, la Cour de cassation considère que cette irrégularité lui cause un grief en le mettant dans l'impossibilité de faire valoir ses droits.

Ainsi un exploit introductif d'instance délivré à une personne au moyen d'un acte de procédure qui ne portait pas l'indication de la date de comparution a été frappé de nullité. Le défendeur qui ne s'était pas présenté à l'audience avait été condamné aux fins de l'assignation par un jugement réputé contradictoire. La Cour d'appel avait confirmé cette décision en estimant que le défendeur avait eu la faculté de se renseigner et que son absence devant le tribunal n'était

(1) César Bru, "Lois nouvelles", D. 1933-1-82 ; Civ. 2ème, 16 juillet 1982, Bull. civ. IIème, n° 107, p. 79.

due qu'à sa propre négligence. Cet arrêt a été cassé. La Cour de cassation a considéré, à juste titre, qu'il y avait eu violation du "*principe du respect des droits de la défense*". Privé du double degré de juridiction, le défendeur n'a pu assurer normalement la défense de ses intérêts.

La même solution a été retenue à propos d'une assignation invitant le défendeur à comparaître devant le tribunal de grande instance alors que le litige était porté devant le tribunal de commerce. La Cour d'appel avait décidé que la mention "*assignation commerciale*" portée sur cet acte de procédure suffisait à renseigner le défendeur et que la preuve du grief n'était pas rapportée. La Cour de cassation censura cette décision : le jugement réputé contradictoire est nul, l'erreur commise dans l'assignation a mis le défendeur dans l'impossibilité absolue de faire valoir ses droits (1).

De même, la signification d'un jugement effectué à une adresse erronée est nulle. Elle n'a pas fait courir le délai d'appel car elle a porté préjudice à l'employeur en ne lui permettant pas d'user de cette voie de recours dans le délai imparti par la loi (2).

254. La Cour de cassation considère donc que la violation des droits de la défense constitue un grief. Il arrive fréquemment aussi qu'elle admette que l'impossibilité pour la

(1) Civ. 2ème, 21 octobre 1976, Bull. civ. IIème, n° 285, p. 224 ; dans le même sens : Paris, 15 octobre 1976, J.C.P. 1976-4-8584 ; Paris, 29 septembre 1977, Gaz. Pal. 1978-2-342 ; Civ. 16 juin 1977, J.C.P. 1977-4-210.

(2) Soc. 17 décembre 1976, J.C.P. 1977-4-32 ; dans le même sens, Paris, 22 décembre 1977, Gaz. Pal. 1978-2, somm. 208 ; Civ. 2ème, 13 mai 1981, Bull. civ. IIème, n° 121 p. 77.

partie défenderesse de faire valoir ses droits est réalisée par l'omission ou l'inexactitude d'une formalité indispensable à l'acte pour remplir son objet.

Deux jugements avaient été rendus à la même date entre les mêmes parties. Mais l'acte d'appel ne permettait pas de déterminer lequel était déféré devant la Cour. Du fait que l'appelant pouvait indifféremment porter son appel sur l'un ou l'autre des jugements ou sur les deux, la Cour de cassation a considéré que cette imprécision avait causé un préjudice aux intimés (1).

Ainsi, le vice de forme peut mettre en jeu des principes fondamentaux ou enlever à l'acte de procédure le moyen de remplir son objet. Dans ces deux cas, la jurisprudence assimile à un grief l'impossibilité pour le défendeur de faire valoir ses droits.

255. La contre-épreuve de cette constatation résulte de l'examen d'une autre série d'arrêts, beaucoup plus nombreuse que la précédente.

Dès que l'intéressé a comparu et fait valoir ses droits, il ne peut se prévaloir de la nullité de l'acte quelle que soit la gravité du vice et la gêne qui en résulte.

Peu importe qu'il y ait eu violation d'une formalité substantielle ou d'ordre public résultant du fait qu'un acte d'appel ait été signifié au domicile élu par la société intéressée chez l'huissier instrumentaire au lieu d'être

(1) Civ., 11 octobre 1972, Gaz. Pal. 1972-2-895.

remis au siège social de la société, dès lors que l'acte est parvenu aux mains de son destinataire et que "ce dernier n'en a éprouvé aucun préjudice puisqu'il a constitué avoué, comparu et conclu en temps utile" (1).

De même, est privé de toute portée, le moyen reprochant à un arrêt d'avoir déclaré recevable une demande reconventionnelle en divorce alors que celle-ci ne comportait pas l'adresse du demandeur, si "l'adversaire, qui a normalement fait valoir ses droits" n'a souffert d'aucun préjudice (2).

Un défendeur ne peut se plaindre de l'irrégularité d'un acte d'appel ne comportant pas les indications quant au jugement déféré devant la Cour car "en recevant la signification de l'acte d'appel, Rameau n'a pu raisonnablement douter que ses adversaires en première instance entendaient déférer devant la Cour d'appel le jugement avant dire droit leur faisant personnellement grief", dans ces conditions "il n'a pas été porté atteinte aux droits de l'intéressé ni à la possibilité d'organiser sa défense en appel" (3).

Une demande en divorce présentée reconventionnellement par voie de conclusions qui ne comportaient pas l'adresse de l'intéressé n'a pas été frappée de nullité, l'adversaire ayant "fait valoir normalement ses droits" (4).

(1) Bordeaux, 10 avril 1973, J.C.P. 1974-4-6385.

(2) Civ. 2ème, 7 février 1973, Bull. civ. IIème, n° 43, p. 34.

(3) Civ. 2ème, 28 février 1974, Bull. civ. IIème, n° 80 p. 65 ;
Civ. 2ème, 17 juillet 1974, Bull. civ. IIème, n° 232 p. 194.

(4) Com. 14 janvier 1975, Bull. civ. IVème, n° 10, p. 8.

Peu importe aussi qu'une société étrangère assignée par voie diplomatique ait reçu l'assignation trois jours avant l'audience, l'intéressé ayant pu se faire représenter et ayant obtenu un renvoi à une audience ultérieure. Il "*a disposé d'un délai suffisant pour faire assurer sa défense*" (1).

De même, la décision rejetant l'opposition à un avis de mise en recouvrement est pleinement justifiée dès lors qu'il est établi qu'au cours de la procédure de redressement engagée par l'Administration fiscale, le redevable a toujours présenté ses explications et exercé ses recours. L'intéressé n'a donc subi aucun grief (2).

Une personne qui a formé opposition dans le délai légal, bien que l'acte de signification porte une date postérieure à la date réelle, n'a pas subi de préjudice si elle a pu normalement faire valoir ses droits (3).

256. De l'ensemble de ces arrêts, se dégage la conception restrictive de la notion de grief élaborée par la Cour de cassation.

Le plaideur qui a régulièrement comparu a été mis à même d'assurer normalement la défense de ses intérêts. Il ne peut se plaindre de l'irrégularité affectant l'acte de procédure. Le grief est assimilé à l'impossibilité, pour le défendeur, de faire valoir ses droits.

(1) Civ. Ière, 15 octobre 1975, Bull. civ. Ière, n° 275 p. 231.

(2) Com. 28 juin 1977, Bull. civ. IVème, n° 187 p. 159.

(3) Soc. 8 novembre 1977, Bull. civ. Vème, n° 833 p. 616.

Mais il faut encore que ce préjudice soit le résultat de l'irrégularité commise. Il est indispensable qu'il existe une relation de cause à effet entre le vice de forme et le grief.

257. L'impossibilité de faire valoir ses droits doit être la conséquence de l'irrégularité commise. Cela résulte de la lettre même de l'article 114 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile qui exige du défendeur la preuve "*du grief que lui cause l'irrégularité*". Si le vice de forme est la conséquence de l'incurie ou de la négligence du défendeur, la nullité ne sera pas prononcée.

Une personne peut recevoir une assignation irrégulière parce qu'elle ne contient pas l'immatricule de l'huissier et ne pas comparaître à l'audience sans que ce vice de forme cause un grief. Il y a bien irrégularité de l'assignation, il peut y avoir atteinte aux droits de la défense puisque le défendeur n'a pu comparaître pour faire valoir ses droits mais il n'y aura aucune relation de cause à effet entre ces deux circonstances. Ce n'est pas parce que l'assignation ne contient pas l'immatricule de l'huissier que le défendeur n'a pu faire valoir ses droits (1), il a pu y renoncer.

De même, une personne ne peut se prévaloir d'un grief résultant de l'absence d'indication d'un jugement frappé d'appel. La Cour de cassation a estimé que l'intimé qui avait constitué avoué, avait eu la possibilité dès

(1) Chevallier, "Loi du 12 janvier 1933", D. 1933-1-79.

l'enrolement de l'affaire, de s'en informer (1). L'irrégularité résultant de l'incurie et de la négligence de l'intimé ne saurait lui causer un grief. La nullité pour vice de forme ne peut être prononcée.

La même solution a été retenue s'agissant d'un appel de deux ordonnances de référé (2). Mais la situation était différente de la précédente car il s'agissait de décisions prescrivant une mesure d'expertise dont la nécessité était difficilement contestable dans deux affaires ayant le même objet. Il était évident que l'appel visait les deux ordonnances et qu'il ne s'agissait que d'une erreur matérielle, le singulier ayant été employé à la place du pluriel.

258. Les vices de forme entachant l'acte de procédure n'entraînent le prononcé de la nullité que si le plaideur qui s'en prévaut n'a pu assurer normalement la défense de ses intérêts. Encore faut-il que cette impossibilité ne résulte pas de sa négligence ou de son incurie et quelquefois de sa mauvaise foi (3).

La sévérité des juridictions correspond à l'esprit et à la lettre de l'article 114 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile. Mais cette conception restrictive du grief n'est pas sans inconvénient.

(1) Civ. 2ème, 28 février 1974, Bull. civ. IIème n° 80 p. 65 ; Aix-en-Provence, 10 juillet 1974, D. 1974, Somm. 113.

(2) Riom, 31 janvier 1974, D. 1974-2-346.

(3) Civ. 2ème, 15 octobre 1981, Bull. civ. IIème, n° 188, p. 122.

B - LES INCONVENIENTS DE CETTE CONCEPTION.

259. Dans de nombreux cas, il est difficile de rapporter la preuve d'un grief tel que la Cour de cassation le conçoit.

260. Cette conception trop restrictive aboutit à faire produire un effet juridique à des actes irréguliers ou incomplets. La méconnaissance de formalités prescrites par la loi se trouve ainsi privé de toute sanction. Ce qui va à l'encontre du but visé par le législateur.

Ces formalités ont une finalité précise. Elles apportent aux plaideurs des renseignements indispensables (1) au déroulement du procès dominé par les principes fondamentaux qui régissent notre procédure, notamment le principe des droits de la défense et le principe de la contradiction (2). Si les règles de forme prescrites par la loi ne sont plus sanctionnées, ces deux principes sont atteints.

261. La nullité est nécessaire au maintien d'une pratique correcte dans la rédaction des actes de procédure (3). Elle contribue au bon fonctionnement de la justice. Mais dans la mesure où elle se raréfie, les formalités prescrites par la loi seront de moins en moins respectées et le "*maintien d'une pratique correcte*" (4) sera de plus en plus difficile.

(1) Cf. supra n° 35 et s.

(2) Vizioz, "Etudes de procédure civile" 1956, n° 237 ; Vincent, "Procédure civile", 20ème éd., 1981, n° 390 ; Motulsky, "Etudes et notes de procédure civile" p. 77 et s.

(3) Cf. supra introduction n° 1.

(4) Hébraud, D. 1948-179.

262. Que l'on considère le principe des droits de la défense comme le "corollaire" du principe de la contradiction ou comme un droit plus large (1) ou que l'on estime, comme Motulsky que "*le principe est celui du respect des droits de la défense et que la faculté du contradictoire n'en est qu'une application*" (2), ces deux règles sont les principes fondamentaux de toute procédure civile et pénale. Elles constituent l'exemple type d'un principe de droit naturel consacré par le droit positif (3).

Cependant le nouveau Code de procédure civile ne mentionne que "la contradiction" parmi les principes directeurs de la procédure. Mais les articles 14 à 17 qui lui sont consacrés envisagent aussi bien ce principe que celui des droits de la défense.

Bien qu'il n'existe pas d'étude d'ensemble (4), leur existence n'est pas contestée. Les divergences n'apparaissent que si l'on s'interroge sur le contenu des droits de la défense. Certains auteurs comme Vizioz et Vincent (5) soutiennent qu'ils constituent le "corollaire" du principe du contradictoire ; d'autres, comme Motulsky (6), Wiederkehr (7)

(1) Vizioz, op. cit., n° 237 ; Vincent, op. cit., n° 390 ; Ghestin, "Traité de droit civil, introduction générale", 2ème éd., 1982, n° 540.

(2) Motulsky, op. cit., t. 1, p. 77 et s.

(3) Motulsky, "Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense" Mélanges Roubier, 1961, t. 2 p. 175.

(4) Motulsky, op. cit., Mélanges Roubier, t. 2, p. 175.

(5) Cf. note précitée n° 1.

(6) Motulsky, op. cit., t. 1, p. 77.

(7) Wiederker, "Droits de la défense et procédure civile", D. 1978, chron. 37.

ou Hébraud (1) estiment que le principe du contradictoire n'est qu'un aspect de celui plus général des droits de la défense.

Quoiqu'il en soit, ils permettent aux plaideurs de disposer de tous les moyens pour faire valoir librement leurs droits.

Cette liberté constitue une garantie dans la recherche de la vérité car en agissant sans contrainte, les plaideurs contribueront de façon efficace à cette démarche. On peut estimer que la contradiction ne constitue qu'un aspect particulier de ce principe général selon lequel tous les moyens possibles de défense doivent être mis à la disposition des parties.

L'article 14 du nouveau Code de procédure civile abonde en ce sens puisqu'il définit le principe de la contradiction comme l'interdiction faite au juge de n'exciper d'aucun moyen ni d'aucun renseignement qui n'aurait été soumis à la discussion des parties. Les plaideurs doivent disposer d'une entière liberté. Ce principe est la manifestation la plus courante de celui des droits de la défense.

263. Mais ceux-ci ne sont pas nécessairement respectés lorsque le défendeur a comparu et "*fait valoir ses droits*" (2) et le débat n'est pas effectivement contradictoire lorsque

(1) Hébraud "La discussion contradictoire comme garantie des droits de la défense", Rev. trim. dr. civ. 1964 p. 160.

(2) Civ. 2ème, 3 janvier 1977, inf. Rap. 390 ; Civ. 2ème, 28 mars 1977, Bull. civ. IIème, n° 99, p. 66.

les parties ont échangé les pièces et les conclusions conformément aux prescriptions de l'article 15 du nouveau Code de procédure civile.

La mise en oeuvre du principe des droits de la défense, dont la contradiction, est liée au formalisme procédural et à son respect. Une application trop large de la règle "pas de nullité sans grief" le prive de toute sanction. Le principe des droits de la défense et son application, le principe de la contradiction se trouvent atteints (1) même si le juge décide qu'il n'y a pas de grief car dans la plupart des cas, le plaideur se sera livré à des diligences ou à des recherches que la loi n'exige pas.

264. Les prescriptions de l'article 648 du nouveau Code de procédure civile ont une double utilité.

Elles apportent à l'adversaire divers renseignements nécessaires à l'organisation de sa défense (2) sans qu'il ait à effectuer lui-même des diligences supplémentaires.

Elles lui permettent aussi de contredire ou de contester ces éléments.

Si l'acte d'huissier est indispensable pour donner connaissance à la partie adverse de l'introduction de l'instance, il en est de même des mentions qu'il doit comporter.

(1) W. Jeandidier, note sous crim., 10 novembre 1978, D. 1978-1-621 ;
P. Strasser, note sous Lyon, 27 janvier 1978, D. 1979-1-390.

(2) Cf. supra n° 208 et s.

Les énonciations prescrites "à peine de nullité" par les articles 56 et 648 du nouveau Code de procédure civile, informent l'adversaire de l'identité du demandeur, de l'objet de la demande et des diligences à accomplir pour faire valoir ses droits.

Ces indications sont absolument nécessaires au respect des droits de la défense et à la libre discussion entre les plaideurs.

Il est certain que dans la plupart des cas aucune contestation ne sera susceptible de naître sur les différents éléments que doit contenir l'assignation, de telle sorte que l'omission de l'une de ces mentions ne privera l'adversaire que d'une simple possibilité de faire valoir ses droits, une régularisation étant souvent possible (1).

La nullité sanctionne le défaut de l'une de ces indications prescrites par les articles 56 et 648 du nouveau Code de procédure civile. Si l'une d'entre elles fait défaut, le destinataire de l'acte de procédure, privé des renseignements qui devaient lui être apportés, sera gêné pour organiser sa défense, se trouvant dans l'impossibilité de contester le point litigieux.

265. Mais la jurisprudence n'hésite pas à valider des actes incomplets ou portant des mentions inexactes sous prétexte que l'irrégularité n'a pas causé de grief.

(1) J. Lémée, "La règle pas de nullité sans grief depuis le nouveau Code de procédure civile", Rev. trim. dr. civ. 1982, p. 50.

C'est ainsi que l'absence de motivation d'une assignation n'est pas sanctionnée par la nullité. L'acte irrégulier produit des effets normaux "dès lors qu'il faisait référence à une procédure antérieure de telle sorte que le défendeur avait pleine connaissance de l'objet de la demande et des moyens invoqués" (1). La Cour de cassation en déduit que l'absence de l'exposé des moyens de la demande n'a pas causé de grief au défendeur.

De même, la Cour de cassation a débouté un plaideur qui désirait éviter la forclusion résultant de la tardivité de son appel en invoquant l'irrégularité de la notification d'un jugement ; celle-ci ne mentionnant pas le délai d'appel. La Cour a indiqué que ce plaideur ne rapportait pas la preuve du grief que lui causait l'irrégularité (2).

Peu importe l'erreur ou l'absence de date de comparution si ces irrégularités n'ont pas causé de grief à celui qui se prévaut de la nullité.

C'est ainsi que ne peut être prononcée sans qu'il soit justifié d'un préjudice, l'irrecevabilité de l'appel d'un jugement du tribunal paritaire des baux ruraux en raison de l'irrégularité de l'acte d'appel qui contenait une injonction de comparaître par ministère d'avoué et n'indiquait pas une date de comparution (3).

(1) Com. 16 octobre 1973, Bull. civ. IVème, n° 284, p. 255.

(2) Civ. 2ème, 17 juillet 1975, Bull. civ. IIème, n° 224, p. 179.

(3) Civ. 2ème, 15 octobre 1975, Bull. civ. IIème, n° 254, p. 203.

De même, la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir décidé que l'erreur commise dans la mention de la date de délivrance sur une assignation était facile à rectifier puisque cette pièce avait été délivrée *"en temps utile pour la date de comparution qui était précisée, sans confusion possible"*, l'erreur n'ayant causé aucun grief au destinataire de l'acte, il n'y avait pas lieu de prononcer la nullité (1).

Un acte d'appel portant l'adresse inexacte de l'appelant se trouve validé si cette erreur, exempte de mauvaise foi, est réparée dans les dernières écritures par la mention de la résidence réelle (2).

S'il n'est pas établi que le demandeur ait eu la volonté de dissimuler son lieu d'habitation, le pourvoi est recevable dès lors que le défendeur ne justifie pas d'un grief le privant de la possibilité de faire procéder à toutes constatations utiles ou à la signification de tous les actes de procédure dans des conditions de régularité indiscutable (3).

Une Cour d'appel peut rejeter l'exception d'irrecevabilité d'un appel en garantie fondée sur le fait que l'exploit avait été rédigé à la requête du demandeur principal si l'appelant a comparu et fait valoir ses droits. L'erreur commise par l'huissier n'a pas porté atteinte à ses intérêts (4).

(1) Com. 12 octobre 1976, Bull. civ. IVème, n° 252; p. 216.

(2) Civ. 2ème, 18 octobre 1972, Bull. civ. IIème, n° 249, p. 204 ; Lyon, 2 juillet 1974, J.C.P. 1975-4-6492.

(3) Civ. 2ème, 7 novembre 1973, Bull. civ. IIème, n° 280, p. 226.

(4) Com. 14 janvier 1975, Bull. civ. IVème, n° 10, p. 8 ; Dans le même sens : Civ. 2ème, 16 novembre 1983, Bull. civ. IIème, n° 181, p. 126.

De même, il ne peut être reproché à une Cour d'avoir reçu un appel signifié personnellement à l'intimé en sa qualité de Président Directeur Général d'une société si les mots "es qualités" constituaient une erreur matérielle, aucune méprise sur celle-ci n'existant (1).

266. L'absence de l'exposé des moyens dans l'"assignation, l'erreur sur la date de comparution, sur la date de délivrance de l'exploit, sur l'identité d'une partie ou sur sa qualité n'entraînent pas le prononcé de la nullité faute de grief.

Mais si l'intéressé a pu faire valoir ses droits, c'est au prix de diligences particulières ou de recherches supplémentaires que la loi ne lui impose pas. Ces solutions jurisprudentielles bafouent le principe du respect des droits de la défense.

267. Les atteintes au principe de la contradiction sont souvent plus graves.

C'est ainsi que la Cour de cassation a validé un rapport d'expertise alors que l'expert n'avait pas précisé l'identité des personnes auprès desquelles il avait pris ces renseignements et s'était adjoint un autre spécialiste dans une discipline qui n'était pas distincte de la sienne (2).

(1) Com. 25 avril 1977, Bull. civ. IVème, n° 111, p. 95.

(2) Civ. 2ème, 3 janvier 1977, D. 1977, Inf. Rap. 390.

Outre le fait que cette décision viole les articles 242 et 278 du nouveau Code de procédure civile, le principe de la contradiction se trouve atteint.

Si l'un des plaideurs désire contester les renseignements fournis par les parties en présence et consignés dans le rapport d'expertise, il sera indispensable qu'il en connaisse l'auteur. Il est certain qu'un doute planera sur l'objectivité des renseignements apportés par une personne liée à l'adversaire. Or l'intéressé ne pourra pas établir ce lien si l'identité des parties ne figure pas dans le rapport d'expertise.

La Cour de cassation a validé un procès-verbal de comparution personnelle qui ne comportait ni la mention des déclarations des parties ni leur signature.

Cet acte ne pouvait être annulé *"faute par la partie qui invoquait la nullité de prouver l'existence du préjudice que lui causait cette irrégularité"* (1).

Mais les textes sont précis et obéissent au souci d'assurer un débat contradictoire entre les parties. L'article 134 du nouveau Code de procédure civile dispose qu'*"il est dressé procès-verbal des déclarations des parties..."*. Cet acte est destiné à permettre aux plaideurs d'en discuter la teneur. Malgré ce texte, la Cour de cassation décide que l'absence de déclaration ne cause aucun grief au défendeur.

(1) Civ. 2ème, 28 mars 1977, Bull. civ. IIème, n° 99, p. 66.

Cette décision surprend car il est évident que l'absence de déclaration est un obstacle à toute discussion entre les parties qui sont privées de la possibilité de contester les énonciations du procès-verbal.

Force est de constater que l'acte entaché d'irrégularités même graves peut être considéré comme valable. En soumettant son annulation à l'aléa que constitue la preuve du grief, on obtient des solutions surprenantes qui portent atteintes au principe des droits de la défense et au principe de la contradiction et qui posent aussi le problème du maintien "d'une pratique correcte".

268. L'absence de sanction de certaines formalités risque de conduire les plaideurs et le juge à négliger de plus en plus les règles prescrites par la loi afin d'assurer un bon fonctionnement de la justice. *"La perspective de la nullité a aussi une vertu propre. Si l'on édicte des formalités, c'est pour diriger l'activité procédurale sauvegardant tous les droits des intéressés. L'automatisme de la sanction est un moyen très efficace de maintenir une pratique correcte"* (1).

Depuis que le législateur a généralisé le principe "pas de nullité sans grief", la remarque de M. Hébraud prend tous son sens : le problème du maintien d'une pratique correcte risque de se poser. L'absence de sanction de certaines formalités donne à penser que le formalisme est inutile. Une telle situation est défavorable au bon fonctionnement de la justice et contraire à la sécurité des plaideurs.

(1) Hébraud, D. 1948-179.

Il y a lieu de s'inquiéter en ce domaine, du laxisme de la jurisprudence de la Cour de cassation qui refuse de prononcer la nullité si le destinataire d'un acte de signification irrégulier a reçu celui-ci.

C'est ainsi qu'une signification à domicile (1) et ce qui est plus grave une signification en mairie entachées de vices ont été validées. La Cour de cassation a décidé que l'irrégularité résultant de la remise en mairie dans un cas où la signification pouvait être faite "à personne" ne saurait entraîner la nullité de l'acte *"dès lors que le destinataire, qui a trouvé l'avis de passage et reçu la lettre prévue à l'article 18 du décret du 20 juillet 1972 ne s'explique pas sur les causes légitimes qui lui auraient interdit de retirer la copie de l'acte à la mairie et qu'il n'établit pas l'existence d'un préjudice que lui aurait causé l'irrégularité prétendue"* (2). Peu importe que la signification n'ait pu être faite "à personne" en raison de l'activité professionnelle du destinataire. Si ce dernier ne nie pas avoir reçu l'avis de passage, rien ne l'empêche de se rendre à la mairie pour retirer l'acte de procédure. Il n'apporte donc pas la preuve du grief que lui cause l'irrégularité.

La notification d'un acte de procédure à l'étranger est valable même si l'huissier a négligé d'adresser à la société étrangère intéressée, par lettre recommandée, la copie certifiée, conformément aux dispositions de l'article 686 du nouveau Code de procédure civile (3).

(1) Civ. 2ème, 23 janvier 1975, Bull. civ. IIème, n° 23, p. 17.

(2) Civ. 3ème, 27 avril 1976, Bull. civ. IIIème, n° 178, p. 139.

(3) Civ. 1ère, 15 octobre 1975, Bull. civ. 1ère, n° 275, p. 231.

269. On peut s'interroger (1) sur la nécessité du principe d'une signification à personne et sur le rôle des huissiers de justice.

Pourquoi se donneraient-ils le moindre mal pour satisfaire aux prescriptions légales ? Pourquoi respecteraient-ils le formalisme rigoureux des textes de loi ? Pourquoi se livreraient-ils à des recherches complémentaires pour trouver le destinataire si une signification à domicile ou même en mairie est tout aussi valable lorsque l'intéressé trouve l'avis de passage à son domicile ? Est-il nécessaire d'adresser une lettre recommandée si la signification à Parquet suffit à satisfaire les juridictions ?

Si le rôle de l'huissier se borne au dépôt d'avis de passage et d'actes en mairie ou au Parquet, les avantages de son intervention disparaissent (2). Mieux vaut alors utiliser le système moins coûteux de la notification en la forme ordinaire. Le monopole des huissiers de justice en matière de signification ne se justifie que par les garanties qu'ils apportent au justiciable. Mais celles-ci dépendent de l'accomplissement correct de la mission de signification qui leur est confiée.

La Cour de cassation a admis qu'un acte de procédure dépourvu de la signature de l'huissier instrumentaire

(1) J. Lémée, "La règle pas de nullité sans grief depuis le nouveau Code de procédure civile", Rev. trim. dr. civ. 1982, p. 52.

(2) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 350.

n'était pas nul bien qu'entaché d'un vice de forme, faute pour son destinataire de prouver le grief que lui causait l'irrégularité (1).

De même, celui qui reçoit la copie d'un acte d'appel ne comportant ni la date de la signification, ni l'indication du destinataire de l'exploit, ne saurait se plaindre de l'irrégularité entachant l'acte de l'huissier car ce plaideur *"qui ne conteste pas les énonciations de l'original de l'exploit indiquant qu'il a lui-même reçu la copie de l'acte d'appel le 1er mars 1973 pouvait se faire délivrer par l'huissier instrumentaire une copie régulière de cet original"* (2). L'irrégularité n'ayant causé aucun grief, l'acte n'est pas nul.

270. De telle solutions conduisent à se demander si le rôle des huissiers qui consiste à remplir les blancs des actes qu'ils signifient est indispensable puisque l'acte incomplet est valable. Ne vaudrait-il pas mieux faire confiance à la diligence du justiciable ?

Il est certain que ces décisions jurisprudentielles vont à l'encontre du maintien "d'une pratique correcte" qui contribue au bon fonctionnement de la justice. Il est à craindre que de glissement en glissement, les tribunaux ne valident des actes de procédure qui ne seront que des "fantômes d'actes" (3). Il est en effet inquiétant de voir la

(1) Civ. 2ème, 19 janvier 1977, Bull. civ. IIème, n° 13, p. 11.

(2) Civ. 2ème, 10 mars 1976, Bull. civ. IIème, n° 95, p. 73.

(3) J. Lémée, "La règle pas de nullité sans grief depuis le nouveau Code de procédure civile", Rev. trim. dr. civ. 1982, p. 53.

Cour de cassation refuser de prononcer la nullité d'un procès-verbal de comparution qui ne contenait ni la déclaration des parties ni leur signature (1).

271. La conception restrictive de la notion de grief conduit, dans la plupart des cas, à faire produire des effets juridiques normaux à des actes gravement irréguliers ou incomplets. Une telle conséquence ne va pas sans porter atteinte aux principes des droits de la défense et de la contradiction et à la pratique correcte de la justice.

Mais cette conception permet d'éviter que l'inadvertance de l'auteur d'un acte de procédure ne produise des conséquences disproportionnées. La nullité de l'acte ne sera prononcée que si le défendeur s'est trouvé dans l'impossibilité de faire valoir ses droits, que s'il a pu rapporter la preuve de cette impossibilité.

§ 2 - LA PREUVE DU GRIEF.

272. L'article 114 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile pose un principe qui permet d'éviter les exceptions de nullité purement dilatoires. La preuve du grief sera nécessaire au prononcé de la nullité quelle que soit la formalité violée (2). Le rôle des parties et du juge dans l'établissement de la preuve sera donc important mais il ne sera pas toujours aisé d'apprécier le préjudice.

(1) Civ. 2ème, 28 mars 1977, Bull. civ. IIème, n° 99, p. 66.

(2) E. du Rusquec, "Nullités et griefs, un retour à la raison", Gaz. Pal. 1977-2, Doct. 552.

A - LE ROLE DES PARTIES ET DU JUGE.

273. La charge de la preuve du grief obéit au principe posé par les articles 9 du nouveau Code de procédure civile et 1315 du Code civil selon lesquels la preuve incombe à l'auteur d'une prétention.

Mais celle-ci n'est pas utile dans toutes les circonstances. Elle ne l'est que si les faits sont contestés (1).

274. L'article 9 du nouveau Code de procédure civile dispose que *"chaque partie doit prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention"*.

Cette règle est aussi posée par l'article 1315 du Code civil : *"Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver"*. En exigeant de l'adversaire la preuve du grief que lui cause l'irrégularité, l'article 114 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile a repris le principe posé par les articles 9 du nouveau Code de procédure civile.

La charge de la preuve est de nature processuelle : elle n'existe que dans le procès et ne naît que de la contestation (2). Elle désigne le plaideur qui, faute de preuve, perdra son procès. Ce principe n'est qu'une application du vieil adage *"actori incumbit probatio"*. Le demandeur au regard de la prétention qui n'est pas forcément le demandeur au procès doit rapporter la preuve du grief que lui cause l'irrégularité.

(1) Motulsky, "Principes d'une réalisation méthodique du droit privé", Thèse Lyon 1948, n° 115.

(2) Motulsky, op. cit., n° 115.

275. La Cour de cassation rappelle souvent cette règle.

C'est ainsi que malgré la faute professionnelle d'un huissier instrumentaire qui avait signifié un mémoire ampliatif à l'avocat du défendeur alors qu'il n'avait la qualité que d'huissier audiencier près du tribunal de grande instance de Paris et non celle d'huissier audiencier près de la Cour de cassation, la nullité n'a pas été prononcée, le défendeur n'ayant pas invoqué le préjudice qui aurait pu résulter de cette irrégularité (1).

Une signification à parquet d'un commandement aux fins de saisie d'un immeuble n'a pas été frappé de nullité, *"le saisi qui prétendait que sa nouvelle résidence était connue n'ayant ni prouver, ni offert de prouver que cette signification faite à parquet lui ai causé grief"* (2).

La Cour de cassation a considéré qu'une Cour d'appel justifiait légalement sa décision en rejetant l'exception de nullité d'un acte fondée sur le défaut de date de l'exploit et d'indication du destinataire de la remise. La Cour d'appel a relevé, à juste titre, que la personne intéressée n'avait pas contesté les énonciations de l'original de l'exploit indiquant qu'elle avait elle-même reçu la copie de celui-ci à la date indiquée. Elle n'avait pas rapporté la preuve d'un grief. La nullité ne pouvait sanctionner cette irrégularité (3).

(1) Soc., 18 octobre 1973, Bull. civ. IVème, n° 494, p. 453.

(2) Civ. 2ème, 9 octobre 1975, Bull. civ. IIème, n° 249, p. 200.

(3) Civ. 2ème, 10 mars 1976, Bull. civ. IIème, n° 95, p. 73 ; dans le même sens, Civ. 2ème, 16 juillet 1982, Bull. civ. IIème, n° 107, p. 79.

La Chambre commerciale (1) de la Cour de cassation a refusé de prononcer la nullité d'un acte de procédure en déclarant que le plaideur qui soulevait l'exception "n'avait pas apporté la preuve qui lui incombait du grief que lui aurait causé l'irrégularité qu'il alléguait". La Chambre civile de la Cour de cassation a également décidé que "la nullité d'un acte d'appel qui ne comporte aucune irrégularité de fond et dont la dénonciation a été faite avant l'expiration du délai d'appel par un huissier de justice, ne peut être prononcée qu'à charge de prouver le grief que causent les irrégularités de forme commises" (2).

276. Si le défendeur ne se prévaut pas du préjudice qu'il a subi, la nullité ne peut être prononcée. Il peut aussi exciper du grief qu'il estime avoir subi. Dans ce cas, la charge de la preuve lui incombera. Mais que signifie le terme "prouver" ?

277. Selon Littré, prouver c'est "établir la vérité d'une chose". Cette définition a été transposée dans le domaine juridique : "Prouver, c'est établir la vérité d'un fait contesté pour en faire dépendre le droit" (3). Mais elle nécessite plusieurs observations.

Le terme "preuve" revêt, dans le langage juridique, trois acceptions différentes. Il désigne les éléments de conviction pris en eux-mêmes. Il indique le fait de produire

(1) Com. 25 avril 1977, Bull. civ. IVème, n° 111, p. 95.

(2) Civ. 2ème, 30 novembre 1977, Bull. civ. IIème, n° 225, p. 162;

(3) Glasson, Tissier et Morel, op. cit., t. 2, n° 592 ; Garsonnet et César Bru, op. cit., t. 2, n° 228.

ces éléments et c'est en ce sens que l'on parle de la charge de la preuve. Il se rapporte au résultat de cette expression (1).

La preuve n'aboutit pas nécessairement à la vérité. Elle "est un mécanisme destiné à établir une conviction sur un point certain" (2). Elle vise seulement à persuader le juge.

Son importance est considérable.

Elle permet la réalisation de la prétention. Elle est exprimée par un adage : "*idem est non esse et non probare*", "*n'avoir pas de droit ou n'en pouvoir établir l'existence, c'est tout un*". Le plaideur qui ne pourra établir l'existence du préjudice que lui cause l'irrégularité, succombera à sa demande. La nullité de l'acte de procédure irrégulier ne sera pas prononcée. Tout se passera comme s'il n'avait pas le droit de se prévaloir de cette sanction.

C'est ainsi que le grief tiré de la nullité d'un mémoire délivré à une société locataire au nom d'une personne décédée dans une procédure de révision de loyers, ne peut être valablement présenté devant la Cour de cassation si "*les juges du fond constatent que cette irrégularité n'a causé aucun préjudice*" (3).

(1) Aubry et Rau, "Droit civil français", 7ème éd., 1961, t. 12 p. 749 ; J. Sicard, "La preuve en justice", n° 1 ; G. Lepointe, "La preuve judiciaire dans les Codes napoléoniens", in soc. J. Bodin, La preuve, t. 4 n° 62, p. 142.

(2) H. Levy-Brühl, "La preuve", Etudes de sociologie juridique, p. 15.

(3) Civ. 3ème, 4 octobre 1972, Bull. civ. IIIème, n° 494, p. 361.

De même, le moyen reprochant à un arrêt d'avoir admis la recevabilité d'une demande reconventionnelle bien que celle-ci ne comporte pas l'adresse du demandeur se trouve privé de toute portée *"dès lors que cet arrêt constate que l'adversaire qui a normalement fait valoir ses droits, n'a souffert aucun préjudice de l'omission invoquée"* (1).

Un arrêt qui déclare un acte d'appel "sans valeur" faute d'indication du domicile de l'appelant doit être cassé car *"il ne ressort pas des constatations de cet arrêt que l'absence de domicile et l'indication inexacte retenue par la Cour d'appel aient ou non fait grief à l'intimé"* (2). Le doute a préjudicié à celui qui avait la charge de la preuve.

Un acte de procédure signifié "en mairie" dans un cas où la signification "à personne" était possible, n'est pas nul, le défendeur n'ayant pas établi l'existence du préjudice (3).

La Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel qui avait décidé que la nullité de l'assignation ne pouvait pas être prononcée, faute pour le destinataire de l'acte de n'avoir pas établi l'existence d'un grief (4).

278. La charge de la preuve incombe au plaideur qui prétend avoir subi un préjudice du fait de l'irrégularité de forme qui entache un acte de procédure. Si il ne rapporte pas cette

(1) Civ. 2ème, 7 février 1973, Bull. civ. IIème, n° 43, p. 34.

(2) Civ. 2ème, 6 mars 1974, Bull. civ. IIème, n° 86, p. 71.

(3) Civ. 3ème, 27 avril 1976, Bull. civ. IIIème, n° 178, p. 139.

(4) Com. 8 juin 1979, Bull. civ. IVème, n° 188, p. 154.

ou si il ne parvient pas à l'établir, il succombe à sa demande. La nullité ne pourra être prononcée par le juge qui, en ce débat, joue un rôle important à la fois passif et actif.

279. La charge de la preuve est sous la dépendance du principe dispositif qui interdit au juge d'introduire des éléments de faits dans le débat, les parties étant maîtresses de ceux-ci.

Le plaideur qui se prévaut de l'existence d'un grief qu'il aurait subi, doit donc alléguer tous les faits concluants nécessaires à établir la réalité de ce préjudice. Si il ne fait état d'aucun grief ou s'il ne rapporte pas la preuve de celui-ci, il succombera à sa demande (1). La nullité ne sera pas prononcée, le juge n'ayant pas à rechercher des preuves si les parties ne les apportent pas. Lié par le principe dispositif, le magistrat doit observer une stricte neutralité c'est-à-dire qu'il ne peut ni faire état de ses connaissances personnelles ni rechercher lui-même en dehors du débat, les éléments de faits qui lui manqueraient.

280. Mais la neutralité du juge ne signifie pas une absolue passivité.

Il est exacte de dire que *"le litige étant la chose des parties, le juge ne peut se décider que d'après les preuves que lui apportent celles-ci"* (2). Mais il est inexact de croire que le

(1) Civ. 3ème, 4 octobre 1972, Bull. civ. IIIème, n° 494, p. 361 ; Civ. 2ème, 7 février 1973, Bull. civ. IIème, n° 43, p. 34 ; Civ. 2ème, 6 mars 1974, Bull. civ. IIème, n° 86, p. 71 ; Civ. 3ème, 27 avril 1976, Bull. civ. IIIème, n° 178, p. 139 ; Com. 8 juin 1975, Bull. civ. IVème, n° 188, p. 154.

(2) J. Hémar, op. cit., in Société J. Bodin, p. 22, n° 6.

magistrat est "un automate à qui l'on fournit les matériaux du procès pour en retirer un jugement" (1). Ses pouvoirs sont extrêmement importants. Il a l'obligation de vérifier que l'irrégularité a causé un grief.

Les juges du fond disposent, à cet égard, d'un pouvoir souverain d'appréciation qui n'encourre pas la censure de la Cour de cassation puisqu'il s'agit d'une question de fait, cette juridiction n'ayant connaissance que du droit.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a réaffirmé ce principe à propos d'une erreur commise dans la mention de la date de délivrance sur une assignation. Approuvant la Cour d'appel d'avoir refusé de prononcer la nullité, faute de grief, la Cour de cassation rappelle que les juges de fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation sur l'existence ou l'absence de préjudice (2), qu'ils ont l'obligation d'exercer sous peine de sanction (3).

B - L'APPRECIATION DU GRIEF PAR LE JUGE.

282. L'appréciation de l'existence du grief est une question de fait qui dépend du pouvoir souverain des juges du fond (4).

(1) Tissier, "Le centenaire du Code de procédure civile et les projets de réforme", Rev. trim. dr. civ. 1906, p. 608.

(2) Com. 12 octobre 1976, Bull. civ. IVème, n° 252, p. 216 ; Com. 8 juin 1979, Bull. civ. IVème, n° 188, p. 154 ; Civ. 2ème, 21 octobre 1982, Bull. civ. IIème, n° 129, p. 194.

(3) Civ. 2ème, 28 février 1974, Bull. civ. IIème n° 81, p. 66 ; Civ. 2ème, 23 janvier 1975, Bull. civ. IIème, n° 24, p. 18 ; civ. 1ère, 21 octobre 1975, Bull. civ. Ière, n° 286, p. 240 ; Civ. 2ème, 21 octobre 1976, Bull. civ. IIème, n° 285, p. 224 ; Civ. 2ème, 17 novembre 1976, Bull. civ. IIème, n° 305, p. 240.

(4) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 414 ; Civ. 1ère, 15 octobre 1975, Bull. civ. 1ère, n° 275, p. 231 ; Com. 12 octobre 1976, Bull. civ. IVème, n° 252 p. 216, Gaz. Pal. 1976, Somm. p. 301 ; Com. 8 juin 1979, Bull. Civ. IVème, n° 188, p. 154 ; Civ. 2ème, 21 octobre 1982, Bull. civ. IIème, n° 129, p. 194

Mais le nouveau Code de procédure civile n'indique pas le mode d'appréciation. Deux choix sont alors possibles : l'appréciation "in concreto" ou l'appréciation "in abstracto".

283. L'appréciation "in concreto" permet au juge de rechercher dans les éléments de la cause, tout fait susceptible d'établir l'absence ou l'existence du grief (1). *"Le préjudice causé par l'irrégularité ne s'apprécie que dans le cadre même de l'instance dont le tribunal est saisi et à l'aide de documents de la procédure afférents à cette instance"* (2).

284. La majorité de la doctrine se prononce en ce sens. Pour Solus et Perrot (3), le grief doit s'apprécier cas par cas, en fonction de chaque espèce. En commentant divers arrêts, M. Normand (4) et M. Raynaud (5) adoptent le même point de vue. Cette opinion est également partagée par M. Couchez (6), Mlle Lobin (7) et M. Cornu (8).

285. La jurisprudence rejoint la doctrine.

La Cour de cassation approuve les juges du fond lorsqu'ils refusent de faire découler le préjudice de la formalité méconnue au profit d'une analyse concrète des éléments de fait de la cause.

(1) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 414.

(2) Raynaud, Rev. trim. dr. civ. 1957, p. 393.

(3) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 414 ; Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 456, 663, 668.

(4) Normand, Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 651.

(5) Raynaud, Rev. trim. dr. civ. 1963, p. 409.

(6) Couchez, note sous Riom, 31 janvier 1974, J.C.P. 1975-2.

(7) Lobin, note sous Riom, 31 janvier 1974, D. 1974-1-346.

(8) Cornu, D.S. 1977-126.

C'est ainsi qu'un acte de procédure portant l'adresse inexacte de l'appelant n'est pas frappé de nullité, l'erreur étant réparée dans les dernières écritures par la mention de la résidence réelle. La Cour de cassation rejette le pourvoi car *"même lorsqu'il s'agit d'une nullité substantielle ou d'ordre public, cette nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour celui qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité"* (1). L'existence ou l'absence de grief ne peut résulter que d'une analyse concrète des éléments de fait. Elle ne découle pas de l'importance de la formalité violée.

La Cour de cassation a rejeté un pourvoi qui prétendait que l'exploit introductif d'instance ne contenant pas l'exposé de moyens de la demande causait en lui-même un grief alors que *"cet acte faisait référence à une procédure antérieure de telle sorte que le défendeur avait pleine connaissance de l'objet de la demande et des moyens invoqués"* (2).

La Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui repoussaient le caractère automatique du grief. Le pourvoi exposait que l'omission de la date de l'exploit sur la copie de l'acte d'appel causait en elle-même un grief alors que l'intimé en avait eu connaissance personnelle (3).

De même, elle a rejeté un pourvoi fondé sur l'idée que l'erreur commise dans la mention de la date de délivrance

(1) Civ. 2ème, 18 octobre 1972, Bull. civ. IIème, n° 249, p. 204.

(2) Com. 16 octobre 1973, Bull. civ. IVème, n° 284, p. 255.

(3) Civ. 2ème, 10 mars 1976, J.C.P. 1976-4-155.

d'une assignation constituait une violation d'une formalité substantielle qui causait incontestablement un grief alors que cette erreur matérielle était facile à rectifier (1).

286. Si la Cour de cassation approuve les juges du fond lorsqu'ils recherchent les éléments constitutifs du préjudice, elle censure les décisions qui confondent l'irrégularité et le grief.

Un arrêt qui avait admis la recevabilité d'un appel formé hors délai, en considérant comme nulle la signification qui portait une date erronée sans rechercher si cette irrégularité avait causé un grief à l'appelant a été censuré par la Cour de cassation (2).

De même, un arrêt qui annule un congé aux fins de reprise ne mentionnant pas le nom des preneurs en place mais celui de leurs parents, preneurs originaires, sans constater que cette irrégularité avait causé un grief aux preneurs encourt la cassation (3).

Même lorsque la formalité violée est substantielle, les juges du fond doivent rechercher l'existence du préjudice dans les éléments de la cause. L'existence de l'irrégularité ne constitue pas en elle-même le grief.

(1) Com. 12 octobre 1976, Gaz. Pal. 1976-2, Somm. 301.

(2) Civ. 2ème, 23 janvier 1975, Bull. civ. IIème, n° 24, p. 18.

(3) Civ. 3ème, 27 janvier 1977, Bull. civ. IIIème, n° 47, p. 35.

287. La Cour de cassation impose une motivation explicite de la nature du préjudice subi.

En aucun cas, les juges du fond ne peuvent déduire de façon "implicite" le grief du complexe de faits qui leur est soumis.

La deuxième Chambre civile a censuré un arrêt qui refusait de prononcer la nullité d'une assignation visant le tribunal de grande instance et non le tribunal de commerce, les juges du second degré ayant décidé que la mention "assignation commerciale" suffisait à renseigner le défendeur, déduisant de cette seule constatation que celui-ci n'avait pas rapporté la preuve du préjudice que lui causait cette irrégularité. L'arrêt est cassé au motif *"que la décision qui refuse de prononcer la nullité d'un acte pour vice de forme doit constater que celui qui l'invoque n'a pas prouvé le grief que lui cause l'irrégularité"* (1).

La troisième Chambre civile a également sanctionné une décision d'une Cour d'appel tout à fait révélatrice de ce mode d'interprétation qui consiste à confondre l'irrégularité avec le grief. S'agissant de l'absence de mention de l'engagement du bailleur dans un congé en matière rural, les juges du fond ont décidé *"qu'il s'agit là d'une formalité substantielle dont l'omission préjudicie au preneur car elle constitue la garantie de son droit"*. L'arrêt est cassé car *"en statuant ainsi sans préciser en quoi résidait le préjudice subi par le preneur, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision"* (2).

(1) Civ. 2ème, 21 octobre 1976, Bull. civ. IIème, n° 285, p. 224 ; Gaz. Pal. 1977-1, Somm. 10.

(2) Civ. 3ème, 7 mars 1978, Bull. civ. IIIème, n° 105, p. 83.

L'irrégularité ne suffit pas à justifier le prononcé de la nullité. Le grief s'apprécie dans les éléments de fait de la cause. Il ne se confond pas avec le préjudice.

Ce mode d'appréciation donne au juge un instrument de rejet des exceptions de nullité. Le moindre indice d'absence de grief permet de combattre ce moyen de défense.

Cette absence pourra résulter du fait que le but visé par l'acte a été atteint (1) ou que la "victime" de l'irrégularité a eu une connaissance personnelle des renseignements qui devaient lui être apportés (2). La preuve de l'absence de grief proviendra d'éléments inhérents à l'acte (3) mais aussi extérieurs à celui-ci. Ces derniers résulteront le plus souvent d'actes ou de procédure antérieurs (4). Les juges du fond adoptent, en principe et dans la plupart des cas, un mode d'appréciation "in concreto".

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'appel de Paris a refusé de prononcer la nullité d'un exploit introductif d'instance qui n'indiquait pas avec précision le siège social de la société demanderesse. Les juges du fond ont constaté que l'appelante n'a pu ignorer la véritable adresse et la

(1) Civ. 2ème, 15 octobre 1975, Bull. civ. IIème, n° 254, p. 203.

(2) Com. 28 février 1972, Bull. civ. IVème, n° 74, p. 70 ; Com. 25 avril 1972, Bull. civ. IVème, n° 122, p. 122 ; civ. 2ème, 17 février 1973, Bull. civ. IIème, n° 43, p. 34 ; Civ. 2ème, 17 juillet 1975, Bull. civ. IIème, n° 224, p. 179 ; Civ. 2ème, 10 mars 1976, J.C.P. 1976-4-155 ; Com. 25 avril 1977, Bull. civ. IVème, n° 111, p. 95.

(3) Civ. 2ème, 6 janvier 1971, D. 1971, Somm. p. 69 ; Civ. 2ème, 25 octobre 1972, Bull. civ. IIème, n° 257, p. 211 ; Civ. 3ème, 10 avril 1973, Bull. civ. IIIème, n° 269, p. 194.

(4) Civ. 3ème, 23 mai 1973, Bull. civ. IIIème, n° 368, p. 265 ; Com. 16 octobre 1973, Bull. civ. IVème, n° 284, p. 255 ; Soc. 24 octobre 1974, Bull. civ. Vème, n° 500, p. 467.

situation de l'intimée en raison des relations commerciales existant entre elles (1).

La Cour d'appel de Bordeaux n'a pas prononcé la nullité d'un acte d'appel signifié au domicile élu au lieu d'être remis au siège d'une société. Les juges du fond ont considéré qu'à partir du moment où l'acte était parvenu aux mains de son destinataire, ce dernier n'en avait éprouvé aucun préjudice puisqu'il avait constitué avoué, comparu et conclu en temps utile. Il y avait absence de grief (2).

L'indication dans l'acte d'appel d'une adresse erronée n'entraîne pas la nullité de l'acte si cette erreur a été rectifiée par des conclusions ultérieures. La Cour d'appel de Lyon a considéré qu'il y avait absence de grief (3).

288. En appréciant l'existence du grief dans les éléments de la cause, ces Cours d'appel adoptent la position de la Cour de cassation.

Mais ce mode d'appréciation "in concreto" n'est pas toujours accepté de façon unanime par la doctrine et la jurisprudence qui préfèrent quelquefois le mode d'appréciation "in abstracto".

289. L'appréciation "in abstracto" fait découler le grief de la formalité violée. La gravité de l'irrégularité établit d'elle-même le préjudice (4).

(1) Paris, 21 octobre 1972, J.C.P. 1972-4-6248.

(2) Bordeaux, 10 avril 1973, J.C.P. 1974-4-6385.

(3) Lyon, 2 juillet 1974, J.C.P. 1975-4-6492.

(4) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 414.

290. Une partie de la doctrine préconise l'adoption de ce mode d'appréciation du grief.

Mais on peut s'interroger dans certains cas, sur la possibilité de son application.

La gravité de l'irrégularité entachant l'acte de procédure sera souvent telle, qu'elle paraîtra engendrer nécessairement le grief prévu par le texte législatif (1).

L'intérêt pratique d'un tel raisonnement est indubitable. La preuve du préjudice devient automatique.

291. De nombreuses juridictions sont attachées à ce mode d'appréciation.

C'est ainsi que le tribunal d'instance de Saint-Brieuc statuant sur la nullité d'une assignation non motivée décide *"qu'il est bien certain que cette irrégularité cause un grief au défendeur, qu'ainsi qu'il l'écrit lui-même il ne peut discuter efficacement le fondement même de la demande"* (2). Pour le tribunal, *"le grief résulte de plein droit et de façon quasi-automatique du vice lui-même"* (3).

Après avoir constaté que l'acte d'appel n'identifie pas avec précision la décision attaquée alors que deux ordonnances ont été rendues le même jour entre les mêmes parties,

(1) E. du Rusquec, "Nullités et griefs, un retour à la raison", Gaz. Pal. 1977-2, doct. 552 ; Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 853, 669 ; 1978, p. 193.

(2) Trib. inst. Saint-Brieuc, 1er mars 1974, Gaz. Pal. 1974-1-455.

(3) Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 853.

la Cour d'appel de Riom a prononcé la nullité de cet acte, "le vice substantiel dont il est atteint fait grief à la société intimée par la seule possibilité qu'il donne aux appelants de faire porter l'appel sur l'une ou l'autre décision" (1).

Cependant, cette juridiction fait apparaître par la suite un préjudice individualisé. Sa motivation embarrassée traduit ses hésitations. Par prudence et non sans habileté, la Cour d'appel de Riom s'est référée cumulativement aux deux conceptions.

Plus nettement, la Cour d'appel de Paris a décidé que l'indication erronée du délai d'appel fait "nécessairement" grief à l'intéressé, "lequel a été induit en erreur sur les possibilités qu'il avait d'exercer son droit d'appel" (2).

Dans une espèce similaire, la Cour d'appel de Rennes a exposé que l'indication du délai de recours sur la notification d'une décision "est une formalité substantielle destinée à renseigner celui à qui la notification est faite sur l'étendue de ses droits et dont l'omission fait nécessairement grief" (3).

292. Le rapprochement de ces décisions est éloquent.

Les juridictions saisies ont considéré que l'omission ou l'erreur faisait "nécessairement grief". Elles ont souligné que les mentions omises ou erronées sont nécessaires pour que l'acte de procédure remplisse normalement sa fonction.

(1) Riom, 31 janvier 1975, J.C.P. 1975-2-17926.

(2) Paris, 24 janvier 1976, Gaz. Pal. 1976-1-356.

(3) Rennes, 24 mai 1977, Gaz. Pal. 1977-2-437.

Un tel raisonnement permet de mettre en valeur "le caractère substantiel" de la formalité omise. Ces décisions utilisent toutes ce terme sans rechercher le préjudice concret subi par le plaideur.

Elles renouent ainsi avec une jurisprudence antérieure à la réforme réalisée par le décret du 20 juillet 1972 où la violation d'une formalité substantielle entraînait automatiquement l'existence d'un grief (1).

293. Ce courant jurisprudentiel a beaucoup de chance de se heurter à la censure de la Cour de cassation, même si la juridiction suprême paraît adopter dans certains arrêts (2) un raisonnement "in abstracto".

Tout en laissant aux juges du fond le pouvoir souverain d'apprécier l'existence ou l'absence du grief, la Cour de cassation contrôle la façon d'apprécier les faits soumis à ces magistrats. L'appréciation "in abstracto", alors que l'article 114 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile postule une appréciation "in concreto", est une question de droit (3).

Il est légitime de douter de l'application du mode d'appréciation "in concreto".

(1) Cornu et Foyer, op. cit., p. 430 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 412.

(2) Com., 22 décembre 1975, Bull. civ. IVème, n° 34, p. 28 ; Civ. 2ème, 21 octobre 1976, Bull. civ. IIème, n° 285, p. 224 ; Gaz. Pal. 1977-1, somm. 10.

(3) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 412.

294. La réforme de 1972 utilise la notion de formalité substantielle en lui donnant un nouveau contenu.

Jusqu'en 1972, la violation d'une formalité substantielle entraînait automatiquement le prononcé de la nullité sans qu'il y ait lieu d'apprécier l'existence d'un grief, celui-ci se confondant avec l'irrégularité (1). Depuis 1972, cette notion n'échappe plus à la règle "pas de nullité sans grief" (2).

On comprend que la pratique assimile difficilement le changement intervenu.

Certaines juridictions sont tentées de se référer au rôle joué par cette notion avant la réforme de 1972. De plus, ce concept permet de sanctionner la violation de certaines formalités importantes qui seraient dépourvues de sanction, faute de grief.

295. Le choix entre ces deux modes d'appréciation est difficile. La solution n'est pas aisée. L'appréciation "in abstracto" est nécessaire mais elle n'est pas suffisante. Une vérification cas par cas doit être effectuée (3) pour éviter les exceptions de nullité purement dilatoires. La preuve de l'existence d'un grief précis est indispensable.

En règle générale, la Cour de cassation marque sa préférence pour l'appréciation "in concreto". La jurisprudence est très respectueuse des dispositions de l'alinéa 2

(1) Cf. note précitée, n° 1, p. 212.

(2) Article 114 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Cornu, D. 1977-125.

de l'article 114 du nouveau Code de procédure civile. Elle exige la preuve d'un grief qu'elle assimile à l'impossibilité de faire valoir ses droits. On constate qu'elle refuse de prononcer la nullité, même s'il s'agit d'un vice concernant une formalité substantielle, lorsque la victime de l'erreur ne rapporte pas la preuve du grief qu'elle a subi ou lorsque l'acte lui-même ou les circonstances qui l'ont accompagné contiennent des éléments susceptibles de renseigner le destinataire.

296. Pour que la nullité pour vice de forme puisse être prononcée, il faut que le plaideur lésé par cette irrégularité rapporte la preuve du grief qu'il a subi. Cette condition supplémentaire de mise en oeuvre ne concerne que les nullités pour vice de forme, elle ne vise pas les nullités pour irrégularité de fond. La Cour de cassation a rappelé cette condition légale (1).

297. Un acte de procédure irrégulier est sanctionné par la nullité pour vice de forme si un texte légal le prévoit et si la preuve du grief est rapportée (2). Ces deux conditions ne sont pas exigées pour les nullités pour irrégularité de fond (3).

(1) Civ. 2ème, 7 juin 1974, Bull. civ. IIème, n° 185, p. 155 ; Civ. 2ème, 15 octobre 1975, Bull. civ. IIème, n° 254, p. 203 ; Civ. 2ème, 2 avril 1979, Bull. civ. IIème, n° 107, p. 76 ; Civ. 1ère, 14 avril 1982, Bull. civ. 1ère, n° 128, p. 113.

(2) Article 114 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Paris, 7 décembre 1977, J.C.P. 1978-2-18988.

CHAPITRE II

LES NULLITES POUR IRREGULARITE DE FOND

298. Les rédacteurs du nouveau Code de procédure civile n'ont pas énoncé de principe général régissant le système des nullités de procédure pour irrégularité de fond.

Peut-on en conclure qu'il existe des nullités sans texte et des nullités sans grief ?

Si la réponse à la seconde interrogation est aisée, la jurisprudence ayant à plusieurs reprises affirmé que la règle "pas de nullité sans grief" ne concernait que les nullités pour vice de forme (1), il est plus délicat d'apporter une solution à la première question.

L'article 117 du nouveau Code de procédure civile qui reprend les termes de l'article 55 du décret du 20 juillet 1972 en supprimant la disposition concernant le désaveu, énumère trois causes de nullités pour irrégularité de fond : le défaut de capacité d'ester en justice, le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale soit d'une personne physique atteinte d'une incapacité d'exercice, le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice.

(1) Note précitée, n° 1, p. 214.

Il n'existe donc pas de disposition générale relative aux différentes causes de nullités mais une énumération légale des nullités pour irrégularité de fond.

Celle-ci est-elle énonciative ou limitative ?
Peut-il y avoir d'autres causes de nullité pour irrégularité de fond que celles prévues par les dispositions de l'article 117 ?

La question se pose avec beaucoup d'acuité.

SECTION I - L'ARTICLE 117 DU NOUVEAU CODE DE PROCEDURE CIVILE.

299. L'énumération de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile permet de différencier deux catégories de nullités pour irrégularité de fond : les causes de nullités envisagées par les deux premiers alinéas concernent les parties au procès, le dernier alinéa visant les règles relatives à la représentation en justice (1).

§ 1 - LES IRRÉGULARITÉS DE FOND AFFECTANT LES PARTIES AU PROCÈS.

300. Le défaut de capacité d'ester en justice et le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant d'une personne physique frappée d'incapacité constituent des irrégularités de fond affectant les parties au procès.

(1) Parodi, "L'esprit général et les innovations du nouveau Code de procédure civile", Rep. Defrénois 1976, n° 38 ; J. Lémée, op. cit., n° 15 p. 31.

301. La faculté d'ester en justice suppose deux conditions qui correspondent à la distinction classique (1), parfois critiquée (2), entre la capacité de jouissance et la capacité d'exercice. Il faut avoir le droit de "mettre en marche" la machine judiciaire (capacité de jouissance) et la capacité d'exercer ce droit (capacité d'exercice) pour agir en justice.

A - LE DEFAUT DE CAPACITE D'ESTER EN JUSTICE.

302. Le défaut de capacité d'ester en justice ne concerne que la capacité de jouissance requise pour toute partie au procès qu'elle soit demanderesse, défenderesse ou intervenante (3).

Ce domaine ne peut être que restreint. L'accès à la justice est une liberté tellement fondamentale que personne ne doit en être privé si ce n'est qu'au titre d'une sanction exceptionnelle dans des cas très graves.

303. Le défaut de capacité d'ester en justice n'existe que si les personnes physiques ou les personnes morales n'ont

(1) Planiol et Ripert, "Droit civil", 12ème éd., 1942-1946, t. 1, n° 14 ; Colin et Capitant, refondu par Julliot de la Morandière, "Traité de droit civil" 1953, 12ème éd., t. 1, n° 38 et s. ; Marty et Raynaud, "Droit civil", 3ème éd., 1976, t. 1, n° 793 ; H.L. et J. Mazeaud, "Leçons de droit civil", 7ème éd., 1983, t. 1, n° 1244 et 1245.

(2) Houin, "Les incapacités", Rev. trim. dr. civ. 1947, p. 383.

(3) Morel, op. cit., n° 316 et s. ; Japiot, op. cit., n° 73 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 283 et s. ; Vincent, op. cit., n° 368 et s. ; Motulsky, op. cit., p. 59.

pas de personnalité juridique c'est-à-dire en cas de décès d'une personne physique ou d'absence d'existence juridique d'une personne morale.

304. Il est difficilement concevable, du moins en première instance, qu'une procédure soit engagée au nom d'une personne qui n'existe pas. Si tel était le cas, l'acte de procédure serait nul.

Il est plus fréquent que le décès survienne en cours d'instance. Lorsqu'un appel a été formé au nom d'une personne décédée, l'acte d'appel est nul (1).

Le nouveau Code de procédure civile a réglementé le problème posé par le décès de l'une des parties au cours du procès. Il en a fait une cause d'interruption de l'instance, du délai d'opposition ou du délai d'appel (2) dans les conditions prévues par les articles 532 et 533 du nouveau Code de procédure civile s'il s'agit d'un acte transmissible et dans le cas contraire, une cause d'extinction accessoire (3). Il s'ensuit que les actes accomplis après l'interruption de l'instance seront nuls *"à moins qu'ils ne soient expressément ou tacitement confirmés par la partie au profit de laquelle l'interruption est prévue"* (4).

(1) Civ. 18 mars 1868, S. 1868-1-205 ; Amiens, 28 juillet 1947, S. 1948-2-21.

(2) Article 370 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Article 384 du nouveau Code de procédure civile.

(4) Article 372 du nouveau Code de procédure civile.

305. La personne morale peut aussi être frappée d'incapacité d'ester en justice due à une absence de personnalité juridique.

L'existence des personnes morales est liée aux conditions d'acquisition de la personnalité juridique qui varient selon le groupe considéré.

L'irrégularité de fond peut résulter de l'accomplissement d'un acte de procédure par un groupement dépourvu de la personnalité juridique. Dans ce cas, la nullité s'impose (1). Seuls ceux qui sont dotés de la personnalité juridique ont la capacité d'ester en justice. Les autres, telles les associations non déclarées ou les sociétés en participation n'ont pas la capacité d'ester en justice. Ne possédant pas la personnalité juridique, les actes de procédure qu'ils accompliraient, seraient entachés d'irrégularités de fond et par suite seraient nuls (2).

Cette situation est de plus en plus rare. Le domaine des irrégularités de fond dues à l'absence de personnalité juridique d'un groupement s'est considérablement réduit depuis la loi du 1er juillet 1901 qui a permis aux associations d'obtenir la capacité d'ester en justice (3).

L'absence de personnalité juridique peut avoir une cause matérielle. C'est ainsi qu'un acte d'appel formé

(1) Hébraud, Rev. trim. dr. civ. 1959, p. 144.

(2) Trib. civ. Besançon, 12 juillet 1951, D. 1952, Somm. 16, Trib. corr. St Michel, 24 décembre 1952, D. 1953-1-88 ; Paris, 5 mars 1946, Gaz. Pal. 1946-1-203.

(3) Article 6 de la loi du 1er juillet 1901.

par une société qui a cessé d'exister en raison de l'acquisition de toutes les parts sociales par une seule personne entraîne le prononcé de la nullité pour irrégularité de fond (1).

306. L'absence de personnalité juridique d'un groupement ou d'existence d'une personne physique constitue un défaut de capacité d'ester en justice entraînant le prononcé de la nullité pour irrégularité de fond. Une telle sanction frappe aussi le défaut de pouvoir.

B - LE DEFAUT DE POUVOIR.

307. L'article 117 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile vise les personnes qui ont la capacité d'ester en justice mais n'ont pas l'aptitude à l'exercer. Il s'agit des incapacités d'exercice. Deux cas peuvent se présenter.

308. Le défaut de pouvoir d'une partie est la conséquence d'une incapacité d'exercice qui frappe indifféremment les personnes physiques et les personnes morales.

C'est ainsi que les actes de procédure accomplis par les incapables majeurs et les mineurs non émancipés sont sanctionnés par la nullité pour irrégularité de fond.

Le défaut de pouvoir d'une personne morale dépend du caractère de sa personnalité juridique. Celle-ci ne peut agir que par l'intermédiaire de son représentant qui exprime sa volonté.

(1) Com. 29 mai 1972, Bull. civ. IVème, n° 160, p. 156.

En matière de règlement judiciaire ou de liquidation de biens, la masse des créanciers, personne morale, doit être représentée par son syndic (1). La demande présentée par un créancier agissant seul est nulle (2).

De même, une assignation délivrée au gérant ou au directeur commercial d'une société en liquidation de biens au lieu et place de son liquidateur est sanctionnée par la nullité pour irrégularité de fond (3).

309. Le défaut de pouvoir du représentant d'une personne physique ou d'une personne morale concerne l'absence de pouvoir d'agir du représentant.

Cette irrégularité est désormais sanctionnée par la nullité. Mais il n'en a pas toujours été ainsi.

Une certaine confusion régnait avant 1972 (4). Certaines décisions sanctionnaient le défaut de qualité par la nullité (5) où d'autres appliquaient une fin de non-recevoir (6). Le défaut de capacité faisait l'objet d'une fin de non-recevoir (7) ou d'une exception dilatoire (8).

(1) Articles 13 et 29 de la loi du 13 juillet 1967.

(2) Com. 5 juin 1972, Gaz. Pal. 1972-2, Panorama 375.

(3) Paris 7 décembre 1977, Gaz. Pal. 1978-1, Somm. 225 ; Civ. 17 juillet 1978, D. 1978, Inf. Rap. 496 ; Civ. 22 juin 1978, D. 1978, Inf. Rap. 496.

(4) Garsonnet et Cézard Bru, op. cit., t. 1, n° 452 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 264 ; Japiot, op. cit., n° 70.

(5) Civ. 13 janvier 1936, J.C.P. 1936-2-406 ; Soc. 24 juin 1949, Bull. civ. IIème, n° 617 ; Paris, 2 mars 1957, D. 1958, Somm. 80.

(6) Garsonnet et Cézard Bru, op. cit., t. 3, n° 534 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 267 ; Vincent, op. cit., n° 38 ; Com. 28 décembre 1953, D. 1954-1-41 ; Com. 7 juin 1961, Bull. civ. IVème, n° 262, p. 227 ; Civ. Ière, 6 juin 1967, Bull. civ. Ière, n° 129, p. 146.

(7) Garsonnet et Cézard Bru, op. cit., t. 1, n° 452 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 267 ; Vincent, op. cit., n° 370.

(8) Civ., 4 novembre 1901, S. 1903-1-273 ; Civ. 12 mars 1954, Gaz. Pal. 1954-1-320.

Depuis 1972, l'article 114 du nouveau Code de procédure civile a mis fin à ces incertitudes. Désormais le défaut de pouvoir du représentant d'une personne morale ou d'une personne physique constitue une irrégularité de fond sanctionnée par la nullité.

L'absence de pouvoir du représentant d'une personne physique trouve son origine dans une incapacité d'exercice. Celui-ci doit être régulièrement habilité pour agir au nom de l'"incapable", dans les conditions prévues par la loi, s'il ne l'est pas, l'acte de procédure sera nul en raison de l'irrégularité de fond qui l'affectera.

Ainsi la signification d'un acte adressée au syndic sans l'être au débiteur en règlement judiciaire constitue une irrégularité de fond, le syndic n'ayant qu'une mission d'assistance (1).

Plus fréquemment, se trouvera sanctionnée l'absence de pouvoir du représentant d'une personne morale.

La jurisprudence censure l'absence de procuration écrite habilitant un président de comité d'entreprise à introduire un recours au nom de la société de gérance de l'entreprise contre les élections du comité d'entreprise (2), l'assignation délivrée par le gérant d'une société dissoute et en liquidation de biens (3), le fait de mentionner sur un

(1) Civ. 2ème, 9 juin 1977, Gaz. Pal. 1977-2, Somm. 296.

(2) Soc. 7 juillet 1977, Bull. civ. Vème, n° 481, p. 384.

(3) Paris, 7 décembre 1977, Gaz. Pal. 1978-1, Somm. 225.

acte d'appel le nom d'un Président Directeur Général démissionnaire (1). Dans tous ces cas, elle prononce la nullité pour irrégularité de fond.

Cependant la Cour de cassation considère que l'indication inexacte de la qualification des pouvoirs ou des titres du représentant d'une personne morale ne constitue qu'une erreur matérielle entraînant le prononcé de la nullité pour vice de forme.

Cette position peut surprendre mais elle est pleinement justifiée (2).

La discussion ne porte pas sur la réalité des pouvoirs du représentant mais sur l'indication matérielle et formelle de sa qualité. Cette solution ne s'impose que si l'irrégularité n'empêche pas l'identification de la partie demanderesse et lorsqu'il s'agit réellement d'une erreur matérielle (3).

La Cour de cassation adopte la même position en cas d'omission du nom du représentant d'une société civile sur un exploit d'assignation (4). Il ne s'agit pas d'une absence de pouvoir mais du défaut de mention de la qualité du représentant de la société.

(1) Civ. 2ème, 13 octobre 1976, Bull. civ. IIème, n° 274, p. 215.

(2) Giverdon, "Questions de procédure civile, Régime des exceptions de nullité", Gaz. Pal. 1973-2-624.

(3) Civ. 2ème, 13 octobre 1976, Bull. civ. IIème, n° 274, p. 215.

(4) Civ. 2ème, 5 février 1975, Bull. civ. IIème, n° 34, p. 28.

Mais cette disposition n'est pas toujours respectée. La Cour de cassation décide qu'il y a vice de forme là où il y a irrégularité de fond.

C'est ainsi qu'elle a approuvé une Cour qui avait rejeté l'exception de nullité d'un acte d'appel formé par le Président Directeur Général de la Société au lieu du liquidateur amiable. La Cour de cassation a décidé qu'il y avait vice de forme n'ayant causé aucun grief à la partie qui l'invoquait (1) bien que le défaut de pouvoir d'une personne figurant au procès comme représentant d'une personne morale soit une irrégularité de fond (2).

310. Le défaut de pouvoir du représentant comme le défaut de capacité d'ester en justice constituent des irrégularités de fond sanctionnées par la nullité. Celles-ci affectent les parties au procès. L'article 117 énonce un dernier vice : le défaut de représentation.

§ 2 - LE DÉFAUT DE REPRÉSENTATION.

311. L'alinéa 3 de l'article 117 ne concerne plus le défaut de représentation dans l'action mais vise l'hypothèse où un plaideur, qui a lui-même, la capacité et le pouvoir d'agir en justice, doit ou veut confier la charge de comparaître à une personne qui le représentera.

(1) Civ. 22 juin et 17 juillet 1978, D. 1979, Inf. Rap. 496.

(2) Article 117 du nouveau Code de procédure civile.

Ces irrégularités de fond résultent du défaut de représentation "ad litem" et plus précisément de l'absence de capacité ou de pouvoir du représentant qui agit pour le compte et au nom de la personne qu'il représente. Il s'agit du défaut de mandat (1).

Les irrégularités de fond de l'article 117 alinéa 3 ne concernent pas le dépassement de mandat, le nouveau Code de procédure civile ayant abrogé les dispositions relatives au désaveu du représentant. Cette absence de mandat se rencontre devant les juridictions où la représentation est obligatoire et devant les juridictions où elle est facultative.

A - DEVANT LES JURIDICTIONS OU LA REPRESENTATION EST OBLIGATOIRE.

312. Devant les juridictions où la représentation est obligatoire, il faut tenir compte du monopole dont jouissent certains mandataires.

Les avocats représentent les plaideurs devant le tribunal de grande instance (2), les avoués auprès de la Cour d'appel (3), les avocats à la Cour de cassation (4). Toute autre personne qui prétendrait être mandatée devant ces juridictions serait frappée d'incapacité et l'acte de procédure accompli serait entaché d'une irrégularité de fond entraînant le prononcé de la nullité.

(1) Garsonnet et César Bru, op. cit., t. 3, n° 341.

(2) Article 4 de la loi du 31 décembre 1971.

(3) Articles 899 et 913 du nouveau Code de procédure civile.

(4) Article 15 de la loi n° 47-1366 du 13 juillet 1947.

Ont été sanctionnés par une nullité pour irrégularité de fond, le vice résultant de la signature d'un huissier, apposée sur un mémoire préalable à l'instance en révision de loyers commerciaux alors qu'il n'était pas habilité à représenter les parties à cette fin (1), l'irrégularité provenant de la constitution erronée d'un mandataire incompetent, un avocat étant constitué à la place d'un avoué dans une procédure où le ministère de l'avoué était obligatoire (2).

313. La pluralité de mandats est source d'irrégularités de fond. L'article 414 du nouveau Code de procédure civile dispose qu' *"une partie n'est admise à se faire représenter que par une seule des personnes physiques ou morales habilitées par la loi"*. Cette limitation du nombre des mandats s'explique par le souci de veiller à une bonne administration de la justice qui est d'ailleurs à l'origine de la représentation obligatoire des justiciables devant les juridictions de droit commun. La pluralité de représentants engendrerait des difficultés, créant un risque de confusion et de contradiction incompatible avec la bonne marche de la justice. C'est ainsi qu'une assignation qui portait la constitution de trois avocats a été frappée de nullité (3).

(1) Reims, 11 février 1975, Gaz. Pal. 1975-2-688.

(2) Aix, 22 octobre 1976, D. 1976-1-654.

(3) Paris, 17 novembre 1975, Gaz. Pal. 1976-2-779.

**B - DEVANT LES JURIDICTIONS OU LA REPRESENTATION
EST FACULTATIVE.**

314. Les règles rigoureuses de la représentation "ad litem" devant les juridictions de droit commun et la Cour de cassation n'ont pas été étendues aux juridictions d'exception.

Dans un but de simplification et d'économie, le ministère d'avocat n'est pas obligatoire. Le législateur a souhaité la comparution personnelle des plaideurs favorables à une conciliation. Les parties peuvent se présenter en personne ou choisir un défenseur pour les représenter.

Il serait erroné de penser que devant ces juridictions aucune irrégularité de fond ne puisse venir entacher un acte de procédure.

315. Elles sont constituées par l'absence de justification du pouvoir spécial donné au mandataire. Tout représentant doit pouvoir justifier du mandat qu'il a reçu (1). S'il ne le peut, la nullité pour irrégularité de fond sera prononcée en raison de son défaut de capacité et de pouvoir.

L'énumération légale des personnes habilitées à représenter les parties est limitative (2). Celui qui n'appartient pas à la liste établie par la loi se voit opposer une nullité pour irrégularité de fond fondée sur le défaut de capacité. La Cour de cassation a jugé qu'un avocat n'est

(1) Article R.516-4 du Code du travail.

(2) Articles 415, 416, 828, 853, 879, 883 et 884 du nouveau Code de procédure civile.

pas habilité à interjeter appel d'un jugement du tribunal de commerce, du tribunal d'instance ou du tribunal de grande instance. L'acte est frappé d'une nullité pour irrégularité de fond (1).

316. Ce défaut de pouvoir se rencontre aussi lorsqu'aucun mandat n'existe.

Il en est ainsi chaque fois qu'un mandataire prétend représenter une personne qui ne l'a pas choisie (2).

Il en est de même lorsque le mandant a révoqué son représentant soit en pourvoyant immédiatement à son remplacement soit en informant le juge et la partie adverse de son intention de se défendre lui-même si la loi le permet. Il y aurait dans ce cas défaut de pouvoir pour absence de mandat et nullité pour irrégularité de fond (3).

Le représentant peut aussi mettre fin de lui-même à son mandat. Sa renonciation devra être portée à la connaissance du mandant, de la partie adverse et du juge. Lorsque la représentation est obligatoire, elle est subordonnée au remplacement du mandataire, l'instance devant poursuivre son cours (4). Dès qu'il aura mis fin à son mandat, il ne disposera plus du pouvoir de représentation. Si il effectue des actes de procédure malgré sa renonciation, ceux-ci seront entachés d'une irrégularité de fond et sanctionnés par la nullité.

(1) Aix-en-Provence, 22 octobre 1976, D. 1976-1-654 ; Paris, 2 décembre 1976, Gaz. Pal. 1978-2, Somm. 299.

(2) Article 19 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Article 418 du nouveau Code de procédure civile.

(4) Article 419 du nouveau Code de procédure civile.

Le mandat peut aussi venir à expiration : "l'avocat ou l'avoué remplit les obligations de son mandat sans nouveau pouvoir jusqu'à l'exécution du jugement pourvu que celle-ci soit entreprise moins d'un an après que ce jugement soit passé en force de chose jugée" (1). La représentation persiste jusqu'à l'exécution du jugement si celle-ci est effectuée moins d'un an après que la décision soit devenue définitive. Le rôle de l'avocat ou de l'avoué ne se limite pas à l'instance. Un trop grand laps de temps entre la date à laquelle le jugement peut être exécuté et le commencement de l'exécution font présumer de la cessation du mandat de représentation. Il y aura défaut de pouvoir de représentation si le mandataire prétend représenter une partie alors que son mandat vient à expiration. L'acte ainsi effectué sera entaché d'une irrégularité de fond.

Le défaut de pouvoir peut résulter d'autres événements. Le mandat peut cesser par suite du décès, de la démission ou de la destitution de l'avocat ou de l'avoué lorsque l'un de ces événements se produit après l'ouverture des débats, il y a interruption de l'instance (2) qui ne peut être reprise que par la constitution d'un nouvel avocat ou d'un nouvel avoué lorsqu'un avocat cesse ses fonctions avant que l'affaire ne soit en état, tous les actes accomplis postérieurement par celui-ci sont nuls (3).

(1) Article 420 du nouveau Code de procédure civile.

(2) Article 371 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Mulhouse, 25 mars 1977, Gaz. Pal. 1977-2, Somm. 234.

317. Le défaut de représentation devant les juridictions où la représentation n'est pas obligatoire comme devant celles où elle est obligatoire constitue une irrégularité de fond qui peut affecter un acte de procédure.

Celui-ci est expressément prévu par l'article 117 du nouveau Code de procédure civile corroboré en cela par l'article 118 qui fait état des "*exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond*". Cet article énumère trois cas d'irrégularités de fond qui diffèrent de ceux des vices de forme constitués par l'omission ou l'erreur de l'une des mentions imposées par la loi.

318. Cette liste dressée par l'article 117 du nouveau Code de procédure civile permet de déterminer les causes de nullités pour irrégularité de fond. Comme en matière de nullités pour vice de forme, se pose la question de savoir si d'autres cas de nullités que ceux prévus par la loi peuvent être envisagés. Ce problème est d'autant plus vif qu'il n'existe pas de dispositions générales semblables à celles de l'article 114 du nouveau Code de procédure civile.

SECTION II - LE PROBLEME DE L'EXTENSION DES CAUSES LEGALES DE NULLITE.

319. Avant la réforme de 1972, la doctrine et la jurisprudence admettaient que le domaine des nullités pour irrégularité de fond était très étendu.

Outre les défauts de capacité et de qualité, il fallait y ajouter les irrégularités résultant de l'inobservation des règles d'organisation judiciaire telle l'incompétence

des huissiers de justice (1) et les irrégularités résultant de la violation d'un principe général de procédure comme le respect des droits de la défense (2).

Des auteurs estimaient que certaines nullités pour vice de forme sanctionnaient des irrégularités très graves qui ressortaient plus du domaine des nullités pour irrégularité de fond. C'est ainsi que l'absence de date ou de motivation d'un acte de procédure était frappée de nullité pour irrégularité de fond (3).

320. Le décret du 20 juillet 1972 a déterminé les irrégularités de fond pouvant affecter un acte de procédure. Mais l'article 117 du nouveau Code de procédure civile ne donne pas de définition générale de l'irrégularité de fond, il indique seulement les causes de nullités. Cette énumération est-elle limitative ou simplement énonciative ?

La doctrine est incertaine sur ce point, la jurisprudence a choisi.

§ 1 - LES CONTROVERSES DOCTRINALES.

321. Les controverses doctrinales sont nombreuses. La doctrine est partagée sur la portée de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile.

(1) Solus, note sous Com. 18 novembre 1947, S. 1948-1-137 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 412.

(2) Glasson, Tissier et Morel, op. cit., t. 5, suppl. n° 442.

(3) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 412.

Certains auteurs s'opposent à une interprétation extensive de ce texte, d'autre, au contraire, souhaitent étendre le domaine des irrégularités de fond.

A - L'INTERPRETATION LIMITATIVE DE L'ENUMERATION LEGALE.

322. Les auteurs, en particulier M.M. Cornu et Viatte, qui militent en faveur du caractère limitatif de l'énumération légale estiment que la liste de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile est de nature à couvrir les irrégularités attachées aux conditions de fond exigées pour la validité des actes de procédure. Ce texte vise les irrégularités qui touchent l'acte en tant que "negotium" et non en tant qu'"instrumentum".

323. M. Cornu a pris position en faveur du caractère limitatif en commentant deux décisions rendues par la Cour de cassation les 15 octobre 1975 et 20 mai 1976 (1).

Le 15 octobre 1975, la juridiction suprême a estimé que l'absence d'indication d'une date de comparution dans l'acte d'appel et l'injonction contenue dans l'acte de comparaître par ministère d'avoué constituaient un vice de forme alors que le 20 mai 1976, elle a indiqué que le fait pour un huissier de signifier un acte d'appel hors de sa résidence était une irrégularité de fond.

(1) Civ. 15 octobre 1975 et 20 mai 1976, D. 1977-1-25, note M. Cornu.

Cet auteur expose qu'il ne faut pas étendre au-delà de l'énumération légale, les causes de nullité pour irrégularité de fond car ce serait dénaturer la distinction entre la forme et le fond. L'arrêt rendu le 15 octobre 1975 rappelle que l'omission ou l'erreur d'une mention de l'acte de procédure est "*un vice formel de l'instrumentum*". La déviation consisterait à faire dégénérer un vice de forme en irrégularité de fond sous prétexte que le vice est grave. Or, tout ce qui est grave n'est pas irrégularité de fond. La gravité rendra seulement évident le préjudice causé à l'adversaire.

L'article 114 du nouveau Code de procédure civile a permis à de nombreux actes de procédure d'échapper à la nullité dans des cas où le vice de forme qui les affectait n'avait causé aucun préjudice au plaideur qui s'en prévalait. "*Il ne serait ni raisonnable, en pratique, ni conforme à l'inspiration de la réforme de réchauffer les capacités de la chicane et de favoriser les manoeuvres dilatoires en dénaturant la notion d'irrégularité de fond*" (1).

Les seules irrégularités de fond résultent de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile, le défaut de compétence de l'huissier s'insérant parfaitement dans le défaut de pouvoir d'une personne représentant une partie.

324. M. Viatte abonde dans le même sens que M. Cornu. En commentant l'arrêt rendu par la Chambre civile le 20 mai 1976 (2), il prend position en faveur du caractère limitatif de l'énumération de l'article 117.

(1) Note précitée, n° 1, p. 233.

(2) Civ. 20 mai 1976, Gaz. Pal. 1977-1-182, J.C.P. 1976, éd. G-4-229.

La Cour de cassation avait décidé que la nullité d'un acte d'appel signifié par un huissier dépourvu de compétence territoriale constituait une irrégularité de fond. Cet arrêt allait à l'encontre de celui rendu par la Chambre sociale, le 18 novembre 1973 (1), qui avait considéré que la signification d'un mémoire effectué par un huissier qui n'était pas un huissier audiencier près de la Cour de cassation, était un vice de forme.

M. Viatte remarque qu'il existe une discordance entre ces deux arrêts, la préférence pouvant aller à la décision rendue par la Chambre sociale. L'énumération de l'article 117 étant limitative, l'incompétence de l'huissier de justice qui signifie un acte de procédure, ne rentre pas dans la catégorie du défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice. Cet auxiliaire de justice ne représente pas le requérant, cette représentation étant assurée par un avoué. *"Les irrégularités de fond ne concernent que la capacité des parties ou les pouvoirs de leurs mandataires. Tout ce qui touche la validité intrinsèque de l'acte, abstraction faite de la personnalité du requérant ou de son représentant, relève de la forme"* (2). L'arrêt rendu par la Chambre civile, le 20 mai 1976, relève que l'acte de procédure n'a pas le caractère d'un acte authentique. On se trouve en présence d'une notification effectuée par une personne, en dehors des formes prévues par la loi. *"Le pourvoi aurait pu être rejeté par la simple constatation que l'appel n'avait pas été interjeté dans la forme prévue*

(1) Soc. 18 octobre 1973, Bull. civ. Vème, n° 494, p. 453.

(2) Note précitée, n° 1.

par la loi" (1). Hors de l'énumération légale de l'article 117, il ne peut y avoir d'autres irrégularités de fond.

325. Mais cette opinion n'est pas partagée par d'autres auteurs qui soutiennent que l'énumération légale de l'article 117 n'est pas limitative mais énonciative.

B - L'INTERPRETATION EXTENSIVE DE L'ENUMERATION LEGALE.

326. Une partie de la doctrine (2) estime que l'énumération de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile doit être complétée par la possibilité d'invoquer une nullité ayant un caractère d'ordre public même si celle-ci n'a pas été expressément prévue par la loi. La liste de l'article 117 revêt un caractère extensif.

Cette opinion repose sur un double argument : l'un d'ordre théorique, l'autre d'ordre pratique.

327. Les rédacteurs du nouveau Code de procédure civile ont dressé une liste qui ne permet pas de rattacher certaines nullités à l'un des cas prévus par l'article 117 ni de les considérer comme des nullités pour irrégularité de fond. Elles risquent d'être rejetées arbitrairement dans la catégorie des nullités pour vice de forme.

(1) Note précitée, n° 1, p. 234.

(2) Giverdon, "Question de procédure", Gaz. Pal. 1973-2-623 ; Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 855 ; Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1977, p. 817 ; Raynaud, Rev. trim. dr. civ. 1973, p. 169 ; Normand, Rev. dr. civ. 1976, p. 818 ; Almaric, op. cit., J.C.P. 1977-1-18716 ; Vincent, op. cit., n° 425 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 412.

En réalité, ce problème est faussé par une double ambiguïté (1).

328. La première consiste à ne considérer l'acte de procédure que comme une espèce particulière d'acte juridique exprimant la volonté des parties en excluant tous les autres actes du procès (actes du juge ou de l'auxiliaire de justice) qui constatent seulement la régularité d'une opération procédurale (2). L'énumération des irrégularités de fond de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile s'avère très vite inadéquate pour avoir été élaborée en fonction d'une vision civiliste de l'acte de procédure, celui-ci étant soumis à un ensemble de normes auxquelles échappe l'acte juridique (3).

La jurisprudence classe tout naturellement dans la catégorie des nullités pour vice de forme, des irrégularités qui dépassent le simple vice rédactionnel de l'"instrumentum".

La Cour de cassation a rejeté un moyen fondé sur l'irrégularité d'un procès verbal de comparution qui ne comportait ni la mention des déclarations des parties, ni leur signature, la nullité ne pouvant être prononcée qu'à charge pour celui qui l'invoque de rapporter la preuve du grief que lui cause l'irrégularité (4).

Un second arrêt, rendu le 3 juin 1977 (5), statue dans le même sens à propos d'un rapport d'expertise qui ne

(1) Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1977, p. 818.

(2) Cornu, D. 1977-126 ; Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1977-818.

(3) D. Tomasin, V° "Nullités", Fascicule 138-1, in Jurisclasseur de procédure civile.

(4) Civ. 2ème, 28 mars 1977, Bull. civ. IIème, n° 99, p. 66.

(5) Civ. 3 juin 1977, D.S. 1977, Inf. Rap. 390.

précisait pas l'identité des personnes auprès desquelles des informations avaient été recueillies. La Cour de cassation refuse de prononcer la nullité faute de grief.

L'article 114 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile sur les nullités pour vice de forme, permet à ces règles d'échapper à toutes sanctions.

329. La seconde ambiguïté tient au fait que la nullité pour vice de forme dissimule une nullité pour irrégularité de fond. Dans bien des cas, "*certaines des énonciations d'un acte de procédure ne sont que la projection formelle d'une règle de fond sous-jacente*" (1).

L'arrêt rendu le 19 janvier 1977 (2) par la Cour de cassation est à ce sujet très révélateur.

La copie d'un acte de signification ne portait pas la signature de l'huissier. En se référant aux dispositions de l'article 648 du nouveau Code de procédure civile, la Cour de cassation en a déduit qu'il s'agissait d'un vice de forme. Mais qu'aurait-elle décidé si l'original lui-même n'était pas revêtu de la signature de l'huissier ? A travers ce "vice de forme" aurait-elle refusé de déceler la violation d'une règle essentielle selon laquelle la signature d'un acte par un officier public est la condition de fond de son authenticité ?

(1) Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1977, p. 819 ; Solus, notes S. 1946-2-45 et 1948-1-137.

(2) Civ. 2ème, 19 janvier 1977, Bull. civ. IIème, n° 13 p. 10 ; D.S. 1977, Inf. Rap. 232 ; Gaz. Pal. 1977-1-348.

Avec un tel système, les conditions de fond édictées par la loi risquent de tomber dans l'oubli. Il est exact de dire que les irrégularités de fond "*affectent non la rédaction de l'acte, mais l'opération procédurale elle-même*" (1), mais il ne faudrait pas qu'elles deviennent des vices de forme sous prétexte qu'elles apparaissent dans un acte de procédure. Or, l'article 117 du nouveau Code de procédure entretient des équivoques à ce sujet.

A ces arguments d'ordre théorique, il faut y ajouter un autre d'ordre pratique.

330. Il semble difficile d'admettre que la liste de l'article 117 soit limitative.

Au lendemain de la promulgation du nouveau Code de procédure civile, de nombreux auteurs abondaient en ce sens. M. Giverdon soutenait que l'énumération n'était pas limitative (2). M. Blanc estimait qu'elle n'était "*évidemment pas limitative*" (3). De façon plus nuancée, M. Couchez admettait qu'elle paraissait limitative mais il ajoutait qu'il semblait difficile d'admettre une telle solution (4). M. Perrot estimait que l'énumération avait été voulue limitative mais il la jugeait arbitraire (5).

Tous ces auteurs remarquaient qu'une interprétation restrictive conduisait inévitablement à ce que certaines irrégularités échappent à toute sanction.

(1) Cornu, note D.S. 1977-126.

(2) Giverdon, "Questions de procédure", Gaz. Pal. 1973-2, Doctr. 621.

(3) E. Blanc, "La nouvelle procédure civile", Journ. not. et av. 1973-133.

(4) G. Couchez, "Procédure civile", Sirey 1978, n° 194.

(5) Perrot, note sur Civ. 2ème, 15 octobre 1975 et 20 mai 1976, Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 619.

C'est ainsi que l'incompétence d'un huissier de justice qui a procédé à une signification ne peut être sanctionnée ni par une fin de non-recevoir ni par une nullité pour vice de forme car il y a absence de vice de nature matérielle. Si l'on s'en tient à une interprétation restrictive de la liste de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile, cette irrégularité ne rentre pas dans la catégorie des irrégularités de fond car l'huissier de justice qui signifie un acte n'assure pas "*la représentation d'une partie en justice*" (1). Ce vice ne peut être sanctionné.

331. Conscients de ces difficultés d'ordre pratique et d'ordre théorique, ces auteurs estiment que la liste de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile doit être étendue. L'interprétation limitative ne correspond pas à la réalité pratique.

Mais cette position n'est pas adoptée par toute la doctrine. La jurisprudence semble avoir choisi.

§ 2 - LE CHOIX DE LA JURISPRUDENCE.

332. Depuis l'application de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile, les juridictions du premier degré, les Cours d'appel et la Cour de cassation ont été amenées à se prononcer sur le problème de l'extension des causes légales de nullités pour irrégularité de fond.

Après une évolution difficile, la jurisprudence a choisi.

(1) Viatte, note sous Civ. 2ème, 20 mai 1976, Gaz. Pal. 1977-1-182.

A - L'EVOLUTION JURISPRUDENTIELLE.

333. La Cour de cassation et les juridictions du fond ont adopté une solution qui a varié dans le temps.

Elles ont d'abord considéré, que la liste de l'article 117 était extensive, puis peu à peu elles ont marqué des limites.

334. Le 20 mai 1976, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation (1) s'est prononcée en faveur de l'extension de la liste des nullités pour irrégularité de fond tel qu'énumérées par l'article 117 du nouveau Code de procédure civile.

Un huissier de justice avait signifié un acte d'appel hors de sa résidence. La Cour de cassation a décidé qu'il y avait irrégularité de fond : *"... attendu que l'arrêt constate que l'huissier ne s'était pas fait commettre en vue de la signification d'un acte hors de sa résidence conformément à l'article 7 modifié du décret du 29 février 1956 ; qu'il retient qu'aux termes de l'article 1317 du Code civil l'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé ; qu'il en déduit exactement que l'acte d'appel est entaché d'une nullité d'ordre public résultant de la violation d'une règle d'organisation judiciaire qui enlève à l'acte son caractère authentique et qui constitue une irrégularité de fond"*.

(1) Note précitée, n° 1, p. 234.

Cette solution n'est pas nouvelle.

Le 1er décembre 1951 (1), la Chambre sociale avait considéré que la signification d'un acte d'appel faite par un huissier hors de son ressort territorial constituait une irrégularité de fond sanctionnée par la nullité. Les dispositions de l'article 173 du Code de procédure civile selon lesquelles *"aucune nullité d'exploit ne peut être admise s'il n'est justifié qu'elle nuit aux intérêts de la partie adverse"*, ne sont pas applicables aux nullités d'ordre public résultant de l'inobservation d'une règle d'organisation judiciaire.

Les juridictions de premier degré adoptent la même position. Le tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand (2) a qualifié d'irrégularité de fond la signification d'un acte d'huissier adressée à une personne trouvée sur les lieux de son travail. Après avoir déclaré que l'énumération de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile, n'est pas limitative, le tribunal classe parmi les irrégularités de fond celles qui tiennent aux modalités de notification car *"les règles en cette matière visent à assurer le respect des droits de la défense"*.

335. Mais ces décisions ne recueillent pas l'unanimité.

Certaines annoncent la volonté de la Cour de cassation de limiter une extension possible des irrégularités de fond.

(1) Soc., 1er décembre 1951, D. 1952-1-71.

(2) Tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand, 26 avril 1977, Gaz. Pal. 1978-1-95.

C'est ainsi que la Chambre sociale a décidé que le fait pour un huissier audiencier près du tribunal de grande instance de Paris de signifier un mémoire ampliatif à l'avocat du défendeur alors que seul un huissier audiencier près de la Cour de cassation est compétent, ne constitue pas une irrégularité de fond mais un vice de forme (1).

Cette décision va à l'encontre de celles prises par la Cour de cassation les 5 décembre 1951 (2) et 20 mai 1976 (3). Elle révèle une volonté de marquer une limite à l'extension des causes de nullités pour irrégularité de fond.

La Cour de cassation refuse, à juste titre, d'étendre la qualification de nullité pour irrégularité de fond à des vices qu'elle qualifiait de formalité substantielle, avant la réforme de 1972 (4). Une nullité pour vice de forme ne peut dissimuler une nullité pour irrégularité de fond, le vice de forme affectant la matérialité de l'acte, l'"instrumentum" et non le "negotium". C'est la raison pour laquelle, bien que l'irrégularité affecte gravement l'acte, la Cour de cassation choisit la qualification de "vice de forme", le "negotium" n'étant pas concerné ou au plus ne l'étant qu'indirectement.

Le défaut de signature de l'huissier instrumentaire sur la copie de l'acte d'appel est qualifié de vice de forme (5).

(1) Soc. 18 octobre 1973, Bull. civ. Vème, n° 494 p. 453.

(2) Soc., 1er décembre 1951, D. 1952-1-71.

(3) Civ. 2ème, 20 mai 1976, Bull. civ. IIème, n° 168, p. 130.

(4) Com. 27 juin 1951, Sem. Jur. 1951-4-1720 ; Nancy, 2 juillet 1952, Sem. Jur. 1952-4-1991 ; Civ. 13 novembre 1956, D. 1953-1-113 ; Civ. 3 juillet 1958, Sem. Jur. 1958-4-3268 ; Civ. 3 mars 1955, Sem. Jur. 1955-2-8654 ; Civ. 12 décembre 1956, Sem. Jur. 1957-2-9776 ; Civ. 28 février 1957, Sem. Jur. 1957-4-2956.

(5) Civ. 2ème, 19 janvier 1977, Bull. civ. IIème, n° 13, p. 10.

Le défaut de motivation d'un acte d'appel a été considéré comme un vice de forme. Un recours avait été formé par simple lettre déposée au greffe du tribunal d'instance contre une décision du juge des tutelles ayant placé un majeur sous curatelle. Cette lettre n'était pas motivée. La Cour de cassation a censuré le jugement qui avait déclaré irrecevable ce recours *"sans préciser si l'irrégularité invoquée par la partie adverse avait causé à celui-ci un préjudice"* (1).

De même, ne peut être prononcée sans que soit justifié d'un préjudice, l'irrecevabilité de l'appel d'un jugement du tribunal paritaire des baux ruraux en raison de l'irrégularité de l'acte d'appel qui contenait une injonction de comparaître par ministère d'avoué mais n'indiquait pas une date de comparution. *"En statuant ainsi alors que l'irrégularité commise n'était pas une irrégularité de fond au sens de l'article 55 du décret du 20 juillet 1972, la Cour d'appel a violé le texte susvisé"* (2). Cette irrégularité est un vice de forme.

La Cour de cassation a décidé qu'il y avait vice de forme en cas d'omission de l'indication du destinataire de l'acte. Elle a refusé d'appliquer les règles régissant les nullités pour irrégularité de fond à une demande en justice formée par une société au moyen d'un exploit qui ne mentionnait pas le nom du représentant. La Cour de cassation a considéré qu'il s'agissait d'un vice de forme (3).

(1) Civ. 1ère, 21 octobre 1975, Bull. civ. 1ère, n° 286, p. 240.

(2) Civ. 2ème, 15 octobre 1975, Bull. civ. IIème, n° 254, p. 231 ; civ. 13 octobre 1977, Gaz. Pal. 1977-2, Somm. 369.

(3) Civ. 2ème, 5 février 1975, Bull. civ. IIème, n° 34, p. 28.

Il en est de même pour l'erreur concernant le destinataire de l'acte. Un congé aux fins de reprise qui ne mentionne pas le nom des preneurs en place mais celui de leurs parents, preneurs originaires constitue un vice de forme (1).

De semblables solutions sont retenues en matière d'opérations d'expertise. Le défaut de prestation de serment de l'expert a été considéré comme un vice de forme (2). L'absence de mention de l'identité des personnes interrogées par l'expert ainsi que le fait de recueillir l'avis d'un autre expert dans la même spécialité est constitutif d'un vice de forme (3).

La Cour de cassation manifeste, à juste titre, sa volonté de considérer tous les vices matériels affectant la régularité de l'acte comme des vices de forme. L'irrégularité est grave mais elle n'affecte que la matérialité de l'acte. Cependant, un arrêt rendu le 17 juillet 1978 par la Cour de cassation semble attester de la thèse contraire (4).

Une Cour d'appel avait rejeté l'exception de nullité soulevée par un plaideur qui faisait valoir que l'acte d'appel avait été formé au nom d'une société anonyme par son Président Directeur Général alors que la société était en liquidation de biens. Les juges du fond avaient décidé qu'il s'agissait d'une nullité pour vice de forme. La

(1) Civ. 2ème, 5 janvier 1978, Gaz. Pal. 1978-1, Somm. 77.

(2) note précitée (1).

(3) Civ. 2ème, 3 juin 1977, D. 1977, Inf. Rap. 390.

(4) Civ. 2ème, 17 juillet 1978, Bull. civ. IIème, n° 195, p. 152 ; D. 1978, Inf. Rap. 408.

Cour de cassation rejette le pourvoi, le rédacteur du moyen ayant omis de critiquer le motif par lequel la Cour qualifiait l'irrégularité de vice de forme.

M. Julien, commentateur de cet arrêt, expose que la Cour de cassation a estimé que l'irrégularité était de forme et non de fond.

Mais cette opinion n'est pas exempte de critiques. La solution est contenue dans la motivation de l'arrêt. La Cour de cassation relève que la Cour d'appel a admis "en un motif non critiqué par le pourvoi" que l'irrégularité était de forme. L'arrêt s'explique seulement par le fait que, saisie d'un moyen, la Cour de cassation répond à celui-ci dans les limites de ce qui lui est présenté. Le pourvoi était mal rédigé, la Cour de cassation en a fait la remarque et l'a rejeté (1).

336. La juridiction suprême manifeste sa volonté de ne pas utiliser une conception trop large des nullités pour irrégularité de fond. Elle considère tous les vices affectant l'"instrumentum" comme des vices de forme malgré leur retentissement sur le fond de l'acte. La jurisprudence a achevé cette évolution en adoptant une position déterminée.

B - LA SOLUTION JURISPRUDENTIELLE.

337. La Cour de cassation s'est prononcée en faveur du caractère limitatif de l'énumération de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile (2).

(1) Jacqueline Lémée, "La règle pas de nullité sans grief depuis la réforme du nouveau Code de procédure civile", Rev. trim. dr. civ. 1982, p. 34, n° 21.

(2) Civ. 2ème, 30 novembre 1977, Bull. civ. IIème, n° 225, p. 162.

Cet arrêt de principe met fin aux hésitations jurisprudentielles mais cette position n'est ni parfaite satisfaisante.

338. Tout en approuvant la validité d'une dénonciation d'un acte d'appel à un syndic de copropriété alors que celle-ci ne comportait pas l'assignation du syndicat, l'arrêt, rendu le 30 novembre 1977, énonce par un motif de droit *"qu'il résulte du rapprochement de ces textes (articles 114 et 117 du nouveau Code de procédure civile) que seules affectent la validité d'un acte de procédure indépendamment du grief qu'elles ont pu causer, les irrégularités de fond limitativement énumérées par l'article 117"*.

339. Cet arrêt marque la volonté de la Cour de cassation de mettre fin à toute hésitation doctrinale et jurisprudentielle. L'adverbe "limitativement" est d'autant plus important que cette prise de position n'était pas nécessaire à la solution du litige. La Cour de cassation aurait pu continuer à décider cas par cas si telle irrégularité était de fond ou de forme. En énonçant en terme net et précis que les irrégularités de fond sont "limitativement" énumérées par l'article 117 du nouveau Code de procédure civile, la Cour prend parti directement et par des propos dénués de toute équivoque pour l'interprétation limitative de la liste de l'article 117.

Tous les efforts qui pourraient être déployés pour élargir le domaine des irrégularités de fond paraissent vouer à l'échec.

Cette position adoptée par l'arrêt de principe du 30 novembre 1977 risque d'être maintenue. La Cour de cassation ayant attendu de 1972 à 1977 pour prendre parti en

termes non équivoques en faveur du caractère limitatif de l'énumération de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile, "*il faut penser qu'elle maintiendra une solution qui a été mûrement réfléchie*" (1).

Effectivement, depuis 1977, elle n'a pas modifié sa position.

340. Mais on peut regretter que la Cour de cassation ne veuille pas porter plus loin les limites du domaine des nullités pour irrégularité de fond.

La solution choisie par la juridiction suprême est gênante. Elle prive de sanction certaines irrégularités atteignant les règles d'organisation judiciaire.

Avant 1977, la Cour de cassation manifestait sa volonté "*de ne pas se laisser enfermer dans une énumération contestable*" (2). Elle admettait que l'atteinte portée à une règle d'organisation judiciaire était génératrice d'une nullité pour irrégularité de fond.

Ainsi pour un exploit signifié par un huissier de justice n'ayant pas la compétence territoriale nécessaire pour instrumenter (3), la Cour de cassation avait approuvé la Cour d'appel d'avoir décidé que l'acte était "*entaché d'une nullité d'ordre public résultant de la violation d'une règle d'organisation judiciaire qui constitue une irrégularité de fond*" (4). En admettant que

(1) Jacqueline Lémée, op. cit., Rev. trim. dr. civ. 1982, n° 32.

(2) Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 619.

(3) Soc., 1er décembre 1951, D. 1952-1-71 ; Civ. 20 mai 1976, D. 1976-1-125.

(4) Civ. 2ème, 20 mai 1976, D. 1977-1-125.

l'atteinte à une règle d'organisation judiciaire était une irrégularité de fond, la Cour de cassation créait une "soupape de sécurité" permettant de remédier aux lacunes des textes.

Le 20 mai 1976, elle avait relevé que la signature de l'huissier incompétent enlevait à l'acte de procédure son caractère authentique et constituait une irrégularité de fond (1).

Quand n'est-il lorsque l'huissier n'a pas signé l'acte ? Cette omission n'enlève t-elle pas à l'acte son authenticité ? Cette absence de signature revêt tous les aspects de la violation d'une règle d'organisation judiciaire devant entraîner le prononcé de la nullité pour irrégularité de fond.

Mais la Cour de cassation ne l'a pas admis. Elle a jugé qu'un tel acte était entaché d'un vice de forme et ne pouvait être annulé faute de grief (2).

Le rapprochement de ces solutions conduit à une étrange constatation : il vaut mieux, pour qu'un acte soit valable malgré le vice dont il est entaché, qu'il ne comporte aucune signature plutôt que celle d'un huissier incompétent. La logique voudrait que ces deux actes n'aient aucune valeur puisqu'ils sont entachés d'irrégularités.

L'inadaptation de la notion de vice de forme apparaît ici avec beaucoup de clarté.

(1) Note précitée n° 4, p.

(2) Civ. 2ème, 19 janvier 1977, Bull. civ. IIème, n° 13, p. 10 ;
Gaz. Pal. 1977-1-348.

L'irrégularité tient à la violation d'une règle d'organisation judiciaire et non à la forme de l'acte. En plaçant une irrégularité de fond sous l'étiquette d'un vice de forme, on la privera de sanction si le destinataire de l'acte nul ne parvient pas à rapporter la preuve d'un grief. Bon nombre d'irrégularités échapperont à toute sanction. On ne voit pas comment par exemple, le fait qu'un mémoire ampliatif ait été signifié à un avocat par un huissier audiencier près du tribunal au lieu de l'être par un huissier audiencier à la Cour de cassation (1), puisse causer un grief à l'une des parties au procès. La violation constatée n'est pas de nature à porter préjudice à un plaideur en particulier.

En refusant d'utiliser une conception large des nullités pour irrégularité de fond pour sanctionner la violation des règles d'organisation judiciaire autres que celles concernant la représentation en justice, les juridictions permettent à de nombreuses violations des règles d'organisation judiciaire d'échapper à toute sanction. Cet état de fait est dangereux. Il vaudrait mieux refuser de se laisser enfermer dans les limites d'une énumération légale que de ne pas sanctionner de nombreuses violations sous prétexte qu'elles ne constituent pas des nullités pour irrégularité de fond telles qu'énumérées par l'article 117 ou de faire appel à une sanction inadaptée à la situation soumise au tribunal.

341. La position de la Cour de cassation est regrettable d'autant plus que la mise en oeuvre des nullités de procédure varie selon le type de nullités considérées et selon ses auteurs.

(1) Soc., 18 octobre 1973, Bull. civ. Vème, n° 494, p. 453.

TITRE II

LES AUTEURS DE LA MISE EN OEUVRE

DES NULLITES DE PROCEDURE

342. Quelle que soit la nature du vice qu'elles sanctionnent, les nullités de procédure ne peuvent avoir lieu de plein droit, elles doivent être prononcées.

Il est donc nécessaire qu'elles soient mises en oeuvre par les plaideurs et par le juge ou par l'un d'entre eux seulement. Leur rôle est important.

CHAPITRE I

LE ROLE DES PLAIDEURS

343. Confronté à la demande de son adversaire, le défendeur dispose d'un choix. Il peut contester la prétention du demandeur, ou s'attaquer à une irrégularité de procédure en soulevant une exception, par exemple une exception de nullité (1).

Celle-ci est soumise aux règles générales des exceptions de procédure édictées par les articles 73 et 74 du nouveau Code de procédure civile et à des conditions particulières à chaque type de nullités.

344. Ces conditions de mise en oeuvre sont marquées par le caractère d'ordre public ou d'ordre privé de la règle violée. Celui-ci a des conséquences pratiques importantes puisqu'il détermine les titulaires de l'exception et, dans une moindre mesure, l'ordre de présentation.

(1) Garsonnet et Cézair Bru, op. cit., t. 1, n° 44 ; t. 2, n° 50 et s. ; t. 3, n° 484 et s. ; Morel, op. cit., n° 46 à 52 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 302 et s. ; Vincent, op. cit., n° 34 et s., n° 370 et s. ; Cattala et Terré, "Procédure civile et voies d'exécution", 2ème éd., 1976, p. 234 et s., p. 456 et s.

SECTION I - LES TITULAIRES DE L'EXCEPTION DE NULLITE.

345. En l'absence d'indication du législateur, la détermination du caractère d'ordre public ou d'intérêt privé d'une règle et de la sanction qui s'y attache est délicate à effectuer tant la notion est difficile à cerner. Il y a autant de définitions que d'auteurs. Malaurie en relève vingt et une et en propose une vingt deuxième !! (1).

L'origine de cette incertitude est simple. L'ordre public est la traduction de ce qui est estimé important à un moment donné dans une société et que les particuliers ne peuvent transgresser. L'ordre public s'apprécie "*en fonction du moment, des circonstances politiques, sociales et économiques*" (2). Cette notion est donc très variable.

346. Pour savoir si une disposition est d'ordre public ou d'intérêt privé, il vaudra mieux prendre en considération le but qui a inspiré le législateur en l'édicteant et rechercher s'il a voulu établir une règle que les particuliers ne peuvent transgresser. Si tel est le cas, la règle sera d'ordre public. Dans le cas contraire, elle sera d'intérêt privé.

§ 1 - LA DÉTERMINATION DES RÈGLES D'ORDRE PUBLIC.

347. La notion d'ordre public influence la mise en oeuvre des nullités.

Elle permet d'opposer deux catégories de règles et de sanctions : les règles d'ordre public et les règles

(1) Malaurie, "L'ordre public et le contrat", Thèse Paris 1953.

(2) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 22.

d'intérêt privé, la nullité pour violation d'une règle d'ordre public et la nullité pour violation d'une règle d'ordre privé (1).

348. Mais elle varie dans le temps et dans l'espace puisqu'elle est fonction d'une société donnée à un moment précis. Aussi la doctrine (2) a-t-elle porté ses efforts sur la définition des différentes catégories d'ordre public, notamment de l'ordre public économique, renonçant à une définition générale.

En s'inspirant des travaux réalisés par la doctrine, on peut donc cerner la notion d'ordre public processuel dont dépendront les caractères de la sanction liée à ce concept.

A - ESSAI D'UNE DEFINITION DE L'ORDRE PUBLIC PROCESSUEL.

349. La question de savoir si une loi de droit judiciaire privé est d'ordre public pose de sérieuses difficultés.

350. Il n'existe aucune indication expresse dans la loi. L'article 6 du Code civil prévoit qu'on "*ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*" mais le Code n'énonce pas de définition de l'ordre public et n'opère aucune classification entre les différentes lois.

(1) Japiot, "Des nullités en matière d'actes de procédure", Thèse Dijon, 1909, p. 301.

(2) Carbonnier, op. cit., t. 4, n° 32 et s. ; Marty et Raynaud, op. cit., t. 2, n° 70 et s. ; Mazeaud, op. cit., t. 2, n° 117 et s. ; Weil, "Obligations", 5ème éd., 1983, n° 240 et s.

C'est en se référant à la doctrine et à la jurisprudence que l'on pourra cerner cette notion.

351. De nombreux auteurs (1) ont constaté qu'elle est contingente, variable et relative. Elle s'apprécie en fonction du moment, des circonstances politiques, sociales et économiques.

Pour savoir si une règle est d'ordre public, il faudra rechercher la finalité qui a inspiré le législateur en l'édicteant et se demander si cette disposition s'impose à tous les plaideurs.

Si la disposition légale est inspirée par des considérations d'intérêt général, supérieur, comme le bon fonctionnement de la justice, elle sera d'ordre public. Ce caractère est donc étroitement lié au but même de la règle et de la nullité qui la sanctionne.

Mais cette règle ou sa sanction ne peuvent être purement d'ordre public. La considération d'une protection à accorder à un intérêt social supérieur ne peut être le seul élément qui inspire le législateur. Il s'y trouvera mêlé la considération d'une protection à accorder à certains intérêts individuels. Tout ceci en des proportions variables, difficiles à déterminer, mais dont il faudra tenir compte pour décider qu'une règle ou qu'une nullité est d'ordre public.

(1) Carbonnier, op. cit., t. 4, n° 3 et s. ; Marty et Raynaud, op. cit., t. 2, n° 70 et s. ; Algave, "Définition de l'ordre public en matière civile", Rev. prat. dr. adminis. 1868-1-444 et 425 ; Julliot de la Morandière, "L'ordre public en droit privé interne", Etudes Capitant, 1939, p. 381 ; Malaurie, "L'ordre public et le contrat", Thèse, Paris 1953 ; Mimin, "Les moyens d'ordre public et l'office du juge", J.C.P. 1946-1-542 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 22.

La notion d'ordre public n'est pas absolue mais relative.

Les formules diverses proposées par la doctrine pour caractériser l'ordre public font de ce problème une question de degré : intérêts supérieurs, intérêts vitaux, intérêts essentiels, intérêts touchant aux bases fondamentales de la société (1). Ces termes traduisent une simple comparaison. La règle d'ordre public est seulement une règle plus importante que les autres parce qu'elle concerne des intérêts que l'on estime supérieurs.

Cette appréciation dépend surtout des idées philosophiques ou morales qui inspirent une société à un moment donné. *"La notion d'ordre public se résout donc en une simple importance attribuée à la règle par une appréciation subjective"* (2). Elle est comparative.

352. Est d'ordre public, la règle que l'on juge assez importante pour qu'elle doive être respectée en dépit d'autres principes ou intérêts.

Est d'ordre public, la règle qui est édictée dans l'intérêt général, qui met en jeu l'intérêt de la société ou qui énonce les principes fondamentaux sur lesquels repose notre procédure.

353. Cette définition permet de poser les règles qui procèdent de la distinction entre les différentes catégories

(1) Algave, op. cit., Rev. prat. dr. admin. 1868-1-444 ; Julliot de la Morandière, op. cit., Etudes Capitant, 1939, p. 381.

(2) Japiot, op. cit., p. 305.

de lois de droit judiciaire. On peut classer les règles de procédure en trois catégories : les lois d'organisation judiciaire, les lois de compétence et les lois de procédure "stricto sensu" (1).

Les lois d'organisation judiciaire sont sans controverse possible, d'ordre public. L'organisation même du service public de la justice étant en cause, l'intérêt social est mis en jeu. Les particuliers doivent observer ces lois.

Quant aux lois de compétence, la détermination de leur caractère d'ordre public ou d'intérêt privé doit être nuancée. La compétence d'attribution est d'ordre public puisqu'elle a pour but de répartir les affaires entre les juridictions dans l'intérêt du bon fonctionnement de la justice. La compétence territoriale n'est pas d'ordre public car elle a pour objet de déterminer parmi les tribunaux de la catégorie compétente celui qui géographiquement devra être saisi en considérant la commodité de tel ou tel plaideur qui peut, avec l'accord de son adversaire, déroger aux règles de compétence (2). La violation de ces principes sera soulevée au moyen d'une exception d'incompétence (3). Elle ne concerne pas notre propos.

Les lois de procédure "stricto sensu" ont trait à la préparation, l'organisation et le déroulement du débat judiciaire. Ces règles protègent les plaideurs de manière à

(1) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 22 ; G. Vincens, "Les nullités des actes de procédure", Thèse Montpellier, 1965.

(2) Article 48 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Article 75 du nouveau Code de procédure civile.

éviter que certains d'entre eux ne soient victimes de leur ignorance, de leur maladresse ou de la mauvaise foi de leur adversaire. Tout ceci est étranger à l'ordre public mais s'il y a violation de certains principes fondamentaux tels les principes de la contradiction, de la liberté de la défense ou de la publicité des débats, la nullité sera d'ordre public.

Dès lors, toute violation d'une loi d'organisation judiciaire donnera naissance à une nullité d'ordre public (1). Les cas dans lesquels la nullité revêt ce caractère ne sont pas nombreux. Ils sont limités à certaines irrégularités de fond.

354. Il semble que le défaut de pouvoir puisse être considéré comme une irrégularité de fond d'ordre public en cas de représentation irrégulière de l'Etat (2), ou de défaut de pouvoir du mandataire "ad litem" devant la juridiction prud'homale. Dans cette dernière hypothèse, l'ordre public serait en cause parce que le défaut de pouvoir concerne une règle d'organisation judiciaire (3). Mais il semble que dans ce cas, la Cour de cassation refuse d'accueillir pour la première fois le moyen fondé sur l'absence de pouvoir parce qu'il est mélangé de fait et de droit (4).

(1) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 418.

(2) Vincent, op. cit., n° 371 ; Meurisse, "La représentation de l'Etat devant les tribunaux judiciaires", Gaz. Pal. 1952-1, Doctr. 54 ; Mimin, "Les moyens d'ordre public et l'office du juge", J.C.P. 1946-1-542 ; Civ., 23 février 1910, D.P. 1911-1-233 ; Civ., 17 décembre 1935, Gaz. Pal. 1936-1-107.

(3) Soc., 8 décembre 1938, D.H. 1939-118 ; Soc., 22 février 1945, D. 1945-1-266 ; Soc., 7 juin 1945, D. 1946, Somm. 11 ; Soc., 8 mai 1947, D. 1947-1-315.

(4) Soc., 4 mai 1961, Bull. civ. Vème, n° 461, p. 371 ; Soc., 18 décembre 1968, Bull. civ. Vème, n° 609, p. 504.

Une Cour d'appel a décidé que la règle du des-saisissement était d'ordre public de telle sorte que le défaut de pouvoir du débiteur failli entraînait le prononcé d'une nullité d'ordre public (1). Malgré les critiques (2) suscitées par cette décision, la Cour de cassation a admis que l'adversaire du débiteur failli pouvait invoquer le défaut de pouvoir de celui-ci en se fondant sur le fait que la règle du desaisissement était d'ordre public (3).

355. On peut se demander si le défaut de capacité d'ester en justice entraîne le prononcé d'une nullité à caractère d'ordre public. L'article 120 alinéa 2 du nouveau Code de procédure rapproche cette nullité de celle d'ordre public. Le régime est identique et la renonciation à cette exception est impossible (4).

356. Du caractère d'ordre public de la règle violée découle un régime tout à fait particulier. Les attributs de la sanction qui s'attachent à la violation de cette règle sont importants et lourds de conséquences.

(1) Aix, 5 octobre 1972, D.S. 1973, Somm. 110.

(2) Argenson et Toujas, "Règlement judiciaire, liquidation de biens", 4ème éd., 1973, t. 1, n° 368.

(3) Req., 25 mai 1936, Gaz. Pal. 1936-2-313 ; Com. 10 juillet 1951, J.C.P. 1952-2-6916.

(4) Civ. 1ère, 14 mai 1969, Bull. civ. Ière, n° 178, p. 144.

B - LES ATTRIBUTS DE LA REGLE D'ORDRE PUBLIC ET DE SA SANCTION.

357. Le caractère d'ordre public que le législateur attribue à une disposition légale est non seulement destiné à interpréter la volonté des parties ou à indiquer un principe qu'on devra respecter mais aussi à imposer une règle à laquelle personne ne peut déroger. Le plaideur ne pourra s'en affranchir même avec le consentement de son adversaire ou la permission du juge. Cette rigueur se répercute sur la sanction qui lui est attachée. La nullité d'une règle d'ordre public présente une force particulière.

Il est impossible de renoncer expressément ou implicitement à se prévaloir de la nullité d'ordre public.

Elle ne s'impose pas seulement aux parties mais aussi au juge qui doit la prononcer même si personne n'en demande l'application.

358. La nullité d'ordre public peut être soulevée par le destinataire de l'acte, par le plaideur directement protégé par la règle violée, par l'adversaire et toutes les autres parties au procès principales ou intervenantes, par le juge intervenant d'office (1).

La nécessité supérieure du respect de la règle d'ordre public justifie la possibilité d'une intervention de toutes ces personnes.

(1) Japiot, op. cit., n° 48.

559. Elle explique aussi le fait que l'on ne puisse renoncer au droit d'invoquer une nullité d'ordre public. Cette renonciation serait contraire à l'ordre public puisque la règle sanctionnée par la nullité est elle-même d'ordre public et comme telle s'impose à tous les plaideurs.

Toutefois, même dans cette hypothèse, la renonciation peut être possible et ne pas être illicite (1). Ainsi, lorsqu'une citation est nulle pour violation d'une règle d'ordre public, et n'a pas interrompu une prescription, le défendeur peut renoncer à se prévaloir de la nullité si elle lui permet de soutenir que cette sanction n'a pas interrompu la prescription. La renonciation est licite parce qu'elle est effectuée au bénéfice de la prescription.

360. Le caractère d'ordre public confère à la nullité une rigueur et une force particulièrement importante. Il est donc nécessaire de déterminer avec précision les règles d'ordre public et les règles d'intérêt privé, le régime respectif de la nullité qui leur est attaché étant en tous points opposé.

§ 2 - LA DÉTERMINATION DES RÈGLES D'ORDRE PRIVÉ.

361. Le nouveau Code de procédure civile n'a pas défini la notion d'"ordre privé". Il faudra donc, là encore, rechercher ce caractère et par là-même celui de la nullité, dans l'étude de la doctrine et de la jurisprudence.

La notion d'"ordre privé" et le régime de sa sanction ne peuvent être définis que grâce à cet examen.

(1) Japiot, op. cit., n° 49.

A - LA NOTION D'"ORDRE PRIVE".

362. La notion d'"ordre privé" ou d'"intérêt privé" s'oppose à celle d'"ordre public".

La nullité d'intérêt privé assure la protection particulière d'un individu (1). Les règles sont édictées pour sauvegarder les intérêts des particuliers et non pas pour protéger l'intérêt social.

La nullité d'ordre privé assure la protection de certains droits et de certains intérêts estimés d'importance mineure.

363. Cette notion est purement comparative.

La règle d'intérêt privé est celle que le législateur estime moins importante que d'autres. En l'absence de dispositions légales, l'interprète devra rechercher le but et l'importance sociale de celle-ci en la comparant avec des intérêts ou des principes opposés qu'il s'agirait de faire passer avant le respect de cette règle et qui s'effaceront devant elle si cet intérêt ou ce principe avait le caractère d'ordre public.

364. Les lois de procédure "stricto sensu" qui concernent la préparation, l'organisation et le débat judiciaire sont des lois d'ordre privé.

Ces règles de protection sont édictées pour sauvegarder les intérêts privés des justiciables "*de manière à éviter*

(1) Japiot, op. cit., p. 301.

que certains d'entre eux se trouvant en état d'infériorité, soient victimes de leur ignorance, de leur maladresse ou de la simple mauvaise foi de leur adversaire" (1). Tout ceci est étranger à l'ordre public et intéresse l'ordre privé.

365. Parce qu'elles revêtent ce caractère, les nullités pour vice de forme sont des nullités de protection.

Elles ne peuvent être prononcées que si l'inobservation de la formalité a causé un grief à la partie qui se prévaut de la nullité. Si aucun intérêt particulier n'a été lésé, l'irrégularité n'a aucune raison d'être sanctionnée.

C'est la raison pour laquelle la doctrine considère que les nullités pour vice de forme sont destinées à protéger des intérêts privés. Elles sont d'ordre privé. Ce n'est qu'exceptionnellement que la nullité peut être considérée comme d'ordre public (2).

366. Les nullités pour irrégularité de fond peuvent aussi avoir un caractère d'ordre privé.

Avant 1972, la doctrine admettait que le défaut de qualité d'une partie au procès n'était pas d'ordre public (3).

(1) G. Vincens, "Les nullités des actes de procédure", Thèse Montpellier, 1965.

(2) Garsonnet et Cezar Bru, op. cit., t. 3, n° 535, Glasson, Tissier et Morel, op. cit., t. 2, n° 442 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 418.

(3) Vincent, "La procédure civile et l'ordre public", Mélanges Roubier 1961, t. 2, p. 303 ; Hébraud, Rev. trim. dr. civ. 1959, p. 144 ; Civ. 15 novembre 1948, Bull. civ. IIème, n° 297 ; Com. 28 décembre 1953, Bull. civ. IVème, n° 401, p. 284.

La jurisprudence décidait que la nullité sanctionnant le défaut de capacité du plaideur ou le défaut de pouvoir du représentant était d'ordre public (1).

Depuis 1972, la loi permet de relever, en tout état de cause, la nullité (2). Cette règle laisse apparaître la qualification qui s'impose : celle d'ordre privé. La juxtaposition des articles 118 et 120 du nouveau Code de procédure civile permet de supposer que des nullités pour irrégularité de fond peuvent être d'ordre privé.

C'est en ce sens que se prononce la doctrine (3). Le défaut de pouvoir du représentant est une cause de nullité à caractère d'intérêt privé.

La Cour de cassation a en effet admis que l'on puisse renoncer à la sanction du défaut de qualité (4), que le moyen fondé sur le défaut d'autorisation de plaider ne peut être relevé d'office (5), que l'appel interjeté par la représentante d'une société décédée est recevable, la nullité de l'appel n'ayant pas été demandée et ne pouvant être relevée d'office car n'intéressant pas l'ordre public (6).

(1) Civ. 16 juillet 1889, D.P. 1890-1-378 ; Civ. 7 janvier 1895, D.P. 1895-1-308 ; Civ. 8 avril 1903, D.P. 1903-1-295 ; Civ. 7 mars 1910, D.P. 1911-1-233 ; Civ. 31 octobre 1934, D.P. 1935-1-54.

(2) Article 118 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Vincent, *op. cit.*, p. 30 ; Mimin, "Les moyens d'ordre public et l'office du juge", J.C.P. 1946-1-542 ; Cornu et Foyer, "Procédure civile", 2ème éd., 1960, p. 426.

(4) Soc., 13 octobre 1960, Bull. civ. Vème, n° 857, p. 659.

(5) Civ., 6 avril 1898, S. 1902-1-460.

(6) Civ. 2ème, 21 mars 1961, Bull. civ. IIème, n° 255, p. 186.

Le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant d'une personne morale est une irrégularité de fond d'ordre privé.

Bien que les nouveaux textes ne se soient pas prononcés sur ce point, la nullité pour défaut de capacité d'exercice ou de pouvoir peut être considérée comme une nullité d'intérêt privé.

Le plaideur incapable ou irrégulièrement représenté est seul titulaire de l'exception de nullité. Cette nullité est de protection (1). Elle en a les caractères et le régime.

Si la nullité protège les intérêts de l'incapable, il ne convient pas de négliger d'autres intérêts privés.

C'est ainsi que l'adversaire de l'incapable ou de la personne irrégulièrement représentée peut soulever l'exception de nullité. La solution repose sur l'idée qu'il est difficile *"d'obliger un défendeur à lier l'instance sur une procédure irrégulièrement engagée à la suite d'un acte auquel il n'a pris aucune part, ce qui l'exposerait à n'obtenir qu'une décision annulable"* (2).

Ce particularisme procédural ne doit pas faire oublier que la nullité pour défaut de capacité ou de pouvoir a un caractère d'ordre privé. Elle est destinée à protéger les plaideurs.

(1) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 293 ; Hébraud, Rev. trim. dr. civ. 1957, p. 164 ; Civ., 4 novembre 1901, S. 1903-1-273 ; Civ. 31 octobre 1934, D. 1935-1-52 ; Soc. 30 janvier 1964, Bull. civ. IVème, n° 88, p. 71.

(2) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 293 ; Dans le même sens, Vincent, op. cit., n° 370.

367. Du caractère d'ordre privé de la nullité dépendent des conséquences pratiques importantes. La nullité d'ordre privé obéit à un régime particulier qui l'oppose à la nullité d'ordre public.

B - LE REGIME DE LA NULLITE D'ORDRE PRIVE.

368. Les nullités d'intérêt privé sont des nullités de protection.

369. Seul peut s'en prévaloir celui que la loi entend protéger. S'il s'agit d'une nullité pour vice de forme, le plaideur "victime" de cette irrégularité, pourra soulever l'exception de nullité (1). Peu importe qu'il soit défendeur ou demandeur, appelé en intervention ou en garantie, appelant ou intimé (2). Il suffit que la nullité concerne l'une des parties au procès. Lorsqu'il y a plusieurs plaideurs, chacun ne peut invoquer que la nullité de l'acte personnellement reçu. Il ne peut se prévaloir de l'irrégularité des actes signifiés à une autre partie. L'exception de nullité est personnelle (3).

370. Elle ne peut être soulevée par celui qui fait l'objet d'une représentation en justice (4).

L'auteur d'un acte entaché d'une irrégularité de fond ou d'un vice de forme ne peut se prévaloir de la nullité

(1) Garsonnet et Cezar Bru, op. cit., t. 3, n° 535.

(2) Com., 9 mai 1950, S. 1951-1-29 ; Raynaud, Rev. trim. dr. civ. 1951, p. 292.

((3) Civ., 23 décembre 1828, S. 1828-1830-2-205 ; Trib. civ. Abbeville, 29 janvier 1935, Gaz. Pal. 1935-1-618.

(4) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 419.

qu'il fait encourir à son adversaire. Un plaideur n'est pas fondé à exciper d'une irrégularité qu'il a lui-même commise lorsqu'il s'agit "*de formalités de procédure que la loi ne prescrit pas à peine de nullité et qui ne tiennent pas à l'ordre public*" (1). De même, un demandeur ne peut solliciter la nullité d'un acte de procédure qu'il a lui-même rédigé en prétendant que l'erreur entachant l'adresse du défendeur lui cause un grief (2).

371. Il est possible de renoncer de façon expresse ou tacite à soulever l'exception de nullité (3). Mais si le titulaire de ce moyen de défense, victime de l'irrégularité, peut renoncer expressément ou tacitement à s'en prévaloir, ses créanciers exerçant les droits qui ne sont pas attachés à sa personne, peuvent opposer à sa place la nullité d'un exploit qui lui serait signifié (4) sauf si la partie, vis-à-vis de laquelle la nullité a été commise, l'a couverte en concluant au fond (5).

372. L'exception de nullité d'ordre privé ne peut être soulevée d'office par le juge.

(1) Req. 19 janvier 1897, D.P. 1892-1-484.

(2) Civ. 2ème, 22 novembre 1957, Bull. civ. IIème, n° 720, p. 463 ; Civ. 2ème, 7 novembre 1956, Bull. civ. IIème, n° 568, p. 366.

(3) Civ. 2ème, 13 novembre 1952, D. 1953-1-113 ; Com. 20 mai 1957, Bull. civ. IVème, n° 157, p. 135 ; Civ. 2ème, 29 mai 1959, Bull. civ. IIème, n° 407, p. 265 ; Rouen, 23 juin 1962, D. 1963, Somm. 16.

(4) Article 1166 du Code civil.

(5) Article 112 du nouveau Code de procédure civile.

Ce principe s'impose de lui-même. La nullité n'étant établie que dans l'intérêt d'une personne, l'exception de nullité ne peut être soulevée par le juge (1).

Mais ce principe souffre une exception. Lorsque le défendeur n'a pas comparu, le magistrat peut relever d'office l'exception de nullité d'ordre privé. On considère que le juge prend "en main" la défense de cette personne qui aurait peut-être invoqué la nullité de l'acte si elle avait comparu (2).

L'article 472 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile suppose un examen de la régularité des actes de procédure. Cet article dispose que "*le juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l'estime régulière...*". Mais les pouvoirs du juge ne sont pas illimités. Ils ont été précisés par un arrêt du 10 mars 1965. La Cour de cassation estime que les juges du fond qui statuent par défaut doivent vérifier si l'assignation n'a pas comporté une irrégularité, cet examen n'étant effectué qu'au vu des documents qui leur sont soumis (3).

373. Le régime des nullités d'ordre privé s'oppose en tous points à celui des nullités d'ordre public. Il est donc nécessaire de déterminer les caractères de cette sanction.

Mais si les conséquences de cette opération de qualification sont importantes pour connaître les titulaires de l'exception de nullité, il n'en est pas de même pour

(1) Soc., 25 mai 1977, Bull. civ. Vème, n° 348, p. 275.

(2) Glasson, Tissier et Morel, op. cit., t. 1, p. 349.

(3) Civ. 2ème, 5 décembre 1958, Bull. civ. IIème, n° 819, p. 543 ;
Civ. 2ème, 10 mars 1965, Bull. civ. IIème, n° 243, p. 169.

réglé le problème de l'ordre de présentation. L'intérêt du débat est limité car le nouveau Code de procédure civile a posé des règles strictes.

SECTION II - L'ORDRE DE PRESENTATION DES NULLITES DE PROCEDURE.

374. Les règles actuelles qui déterminent l'ordre de présentation des nullités de procédure sont la résultante de toute une évolution historique qui a son origine dans le droit romain.

§ 1 - L'ÉVOLUTION DE L'ORDRE DE PRÉSENTATION.

375. A l'instar de Japiot, on peut distinguer deux moments, dans l'étude de l'évolution des nullités de procédure.

Cet auteur estime que le premier système de nullités mis en place par le législateur est celui du Code de procédure civile de 1806, le droit romain et l'ancien régime n'ayant édicté qu'un ensemble de règles incohérentes et inorganisées qui a préparé l'instauration d'un système qui n'a cessé d'évoluer (1).

A - AVANT LE CODE DE PROCEDURE CIVILE DE 1806.

376. La procédure romaine des premiers siècles de la République, connue sous le nom de "legis actiones" ne connaît

(1) Japiot, "Des nullités en matière d'actes de procédure", Thèse Dijon, 1909.

pas l'"exceptio". Celle-ci n'apparaît qu'avec la procédure formulaire de l'époque classique (1).

377. Le défendeur dispose de deux moyens de défense.

Le premier consiste à s'opposer à la prétention du demandeur en déniaut le droit qu'il allègue. Il fait valoir une défense au fond.

Mais, en application du droit prétorien, le défendeur peut aussi alléguer un fait distinct qui paralysera la demande dirigée contre lui. Ce moyen, à l'inverse du précédent, doit être soumis au prêteur sous la forme d'une "exceptio", moyen de droit permettant au défendeur d'éviter la condamnation sans avoir à contester le bien fondé de la prétention du demandeur. L'"exceptio" est incluse dans la formule entre l'"intentio" et la "condemnatio". Son rôle est important.

Le défendeur tenu envers le demandeur pourra obtenir son absolution, sans nier directement la demande, mais en démontrant que celle-ci est paralysée d'une manière temporaire ou définitive et qu'il serait contraire à l'équité de le condamner (2).

On distingue plusieurs espèces d'exceptions : les exceptions péremptoires qui sont perpétuelles et paralysent d'une manière définitive le droit du demandeur, elles

(1) Raymond Monier, "Manuel élémentaire de droit romain", rééd. 1947-1954, 1970, n° 105 et s., n° 140 ; Girard, "Manuel élémentaire de droit romain", 6ème éd., 1918, p. 1047.

(2) Girard, op. cit., p. 1047 et s. ; R. Monier, op. cit., n° 140 et s.

peuvent être invoquées en tout état de cause, telle est l'exception de chose jugée ; les exceptions dilatoires ou temporaires qui ont simplement pour but de procurer un délai au défendeur. On différencie aussi les exceptions "rei cohaerentes" qui peuvent être invoquées par tout intéressé, des exceptions "personae cohaerentes" qui ne peuvent être alléguées que par certaines personnes.

Les exceptions de nullité appartiennent à la catégorie des exceptions péremptoires. Mais le droit romain ne distingue pas entre les exceptions de nullité pour vice de forme et les exceptions de nullité pour irrégularité de fond (1).

Ce moyen de défense doit en principe être invoqué avant la délivrance de la formule dans laquelle elle figurera, elle est soumise au prêteur.

L'exception est donc un moyen de procédure inhérent au système formulaire dont le rôle est d'assurer la primauté de droit prétorien sur l'ancien "jus civile". En réalité, elle n'est qu'une défense au fond dont l'originalité tient à sa forme procédurale (2).

Les exceptions de nullités auraient dû disparaître en même temps que la procédure formulaire à laquelle elles étaient liées. Mais il n'en fut rien. Les exceptions péremptoires dont l'exception de nullité survécurent, mais en prenant un sens nouveau.

(1) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 308.

(2) Girard, op. cit., p. 1047 ; R. Monier, op. cit., n° 140 ; Glasson, Tissier et Morel, op. cit., t. 1, n° 228.

378. Le Bas-Empire romain désigne sous le vocable d'"exception" tous les moyens de défense qui permettent au plaideur de résister à la demande de son adversaire sans s'attaquer au fond du droit.

L'opposition entre défenses et exceptions ne repose plus sur une différence de forme mais sur une différence de fonction : si le défendeur critique directement la prétention du demandeur, il opposera une défense ; si le défendeur s'efforce de paralyser la demande de son adversaire sans la contredire, il soulevera une exception.

Celle-ci englobe des moyens de défense très variés sans qu'aucune classification ne soit effectuée ni dans l'ordre de présentation ni dans leur nature (1).

379. L'Ancien droit français s'ingénia à réaliser un classement entre les exceptions en systématisant l'opposition exceptions dilatoires - exceptions péremptoires.

Les exceptions dilatoires englobent toutes celles qui tendent à différer l'examen de la demande sans entraîner le rejet définitif de celle-ci. Une place est réservée aux exceptions déclinatoires qui sont fondées sur l'incompétence du juge saisi. Au contraire, les exceptions péremptoires tendent au rejet définitif de la demande.

Les auteurs de l'Ancien droit ont repris la distinction du droit romain en y introduisant de nouvelles subdivisions au sein des exceptions péremptoires. C'est ainsi

(1) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 308.

qu'apparaît avec beaucoup plus de netteté une différence entre les exceptions péremptoires de forme et les exceptions péremptoires de fond ou fins de non-valoir (1).

Les exceptions péremptoires de forme sanctionnent l'existence d'un vice de forme affectant l'acte de procédure.

Les exceptions péremptoires de fond ou fins de non-valoir tendent à faire déclarer la demande irrecevable en soutenant que le *"demandeur n'avait pas le droit de la former"* (2). Ainsi les défauts de qualité, d'intérêt ou de capacité du demandeur ou du défendeur sont considérés comme des exceptions péremptoires de fond (3).

380. L'ordre de présentation des exceptions est précis.

Certaines comme les déclinatoires de compétence doivent être proposées avant les exceptions dilatoires et les exceptions péremptoires parce qu' *"il faut commencer par faire régler le juge qui décidera des autres exceptions"* (4). Puis viennent certaines exceptions péremptoires de fond qui doivent être soulevées avant les exceptions dilatoires telles les exceptions péremptoires de forme, les exceptions péremptoires concernant le défaut de capacité ou d'intérêt du demandeur,

(1) Glasson, Tissier, Morel, op. cit., t. 1, n° 228 ; Morel, op. cit., n° 47.

(2) Pothier, "De la procédure civile", 1825, n° 36, 37, 39 et 41.

(3) Pigeau, "Procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du Royaume", 1787, t. 1, p. 162 et s.

(4) Pigeau, op. cit., t. 1, p. 160.

les exceptions péremptoires provenant du défaut de capacité, de qualité ou d'intérêt du défendeur. Ces moyens de défense doivent être présentés au seuil du procès.

Peuvent ensuite être soulevées les exceptions dilatoires et enfin d'autres exceptions péremptoires de fond telles que les exceptions procédant à l'extinction de l'action, les exceptions de litispendance, les exceptions de défaut de preuve (1).

381. Le résultat de cette évolution n'est pourtant pas pleinement satisfaisant.

Si l'ancien droit français s'est efforcé de classer les exceptions de procédure et a introduit une distinction entre les exceptions péremptoires pour vice de forme et les exceptions péremptoires de fond, il n'en demeure pas moins que cette seconde catégorie est très hétérogène. Elle regroupe des moyens de défense de nature très différente telle que des exceptions de nullité pour irrégularité de fond tenant au défaut de capacité ou de pouvoir des plaideurs, des fins de non-recevoir pour défaut de qualité, des défenses au fond qui ne sont autres que l'exception de défaut de preuve.

Tous ces moyens de défense désignés sous le vocable "d'exceptions péremptoires de fond" n'ont aucun trait commun. Il manque un critère précis qui permettra de procéder à l'instauration d'un véritable ordre de présentation fondé sur la nature des moyens de défense. Celui-ci n'apparaîtra qu'avec la systématisation légale des nullités et ne cessera d'évoluer jusqu'à nos jours.

(1) Pigeau, op. cit., t. 1, p. 160 et s.

**B - DU CODE DE PROCEDURE CIVILE DE 1806 JUSQU'A
LA REFORME DE 1972.**

382. Le système des nullités de procédure et l'instauration d'un ordre précis entre les différents moyens de défense apparaissent avec le travail de codification de Napoléon Ier.

Mais la codification n'a pas arrêté les transformations du système mis en place par le Code de procédure civile de 1806, resté en vigueur pendant plus d'un siècle sans être sérieusement retouché. Depuis une cinquantaine d'années, des réformes ont été réalisées notamment par le décret-loi du 30 octobre 1935.

383. Depuis le Code de procédure civile de 1806, le vocable "exception" est réservé aux moyens de défense qui tendent à ajourner la discussion sur le fond sans s'attaquer ni au droit lui-même (ce qui les distingue des défenses au fond), ni à la recevabilité de la demande (ce qui les différencie des fins de non-recevoir) (1).

Le Code de procédure civile de 1806 a établi un ordre précis de présentation des exceptions de procédure dont l'exception de nullité. Dans un même procès, peuvent concourir plusieurs exceptions. Quel que soit leur nombre, elles doivent toujours être invoquées avant toute défense au fond. Les articles 166, 169, 170 et 173 du Code de procédure civile de 1806 précisent l'ordre de présentation.

(1) Japiot, "La théorie des exceptions de procédure", Rec. périod. proc. civ. 1916, p. 7 et s. ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 308.

L'exception dilatoire doit être invoquée en dernier lieu. L'exception de caution *judicatum solvi*, le déclinaire "*ratione personae*", la nullité de l'exploit doivent être proposés avant toutes autres exceptions sous peine de déchéance (1). L'exception de nullité doit donc être soulevée avant l'exception dilatoire.

Reste à classer entre elles les trois exceptions : caution, incompétence relative et nullité de forme d'intérêt privé, étant précisé que l'exception d'incompétence *ratione materiae* et l'exception de nullité d'ordre public n'ont pas de rang, elles peuvent être proposées en tout état de cause.

L'article 166 place l'exception de caution avant tout autre, sans aucune réserve. Il en est de même de l'article 169 relatif à l'exception d'incompétence et de l'article 173 qui place l'exception de nullité avant toute exception "*autre que celle d'incompétence*".

Les formules employées pour les exceptions de caution et d'incompétence donnent la priorité à celles-ci sur l'exception de nullité. L'exception de nullité doit donc être soulevée après les exceptions de caution et d'incompétence mais avant l'exception dilatoire.

384. Ce système institué en 1806 est demeuré en vigueur jusqu'en 1935 mais il se limitait aux actes introductifs d'instance, pour le reste, la jurisprudence statuait de façon

(1) Articles 166, 169, 173 du Code de procédure civile de 1806.

empirique (1). Le législateur est intervenu pour modifier cette situation par le décret-loi du 30 octobre 1935.

L'article 173 alinéa 2 distingue les actes introductifs d'instance des actes effectués en cours d'instance alors que le système de 1806 n'effectuait aucune différence ne mentionnant que la première catégorie.

Mais le siège de la réforme se trouve dans l'article 192 qui modifie l'ordre des exceptions. Le moyen tiré de la nullité d'un acte de procédure doit toujours être invoqué avant toute défense au fond (2) et soulevé *in limine litis*, au seuil du procès.

Cette règle s'applique s'il s'agit d'une assignation. Mais elle perd toute sa force si la nullité concerne un acte en cours d'instance, l'exception peut encore être proposée si la discussion au fond n'est pas abordée (3).

Tous les moyens de nullités doivent être présentés conjointement (4). Le législateur a voulu éviter que les plaideurs invoquent séparément et successivement toutes les causes de nullités qui peuvent entacher un acte de procédure, dans le seul but de retarder l'issue du procès.

Il résulte de l'article 192 du Code de procédure civile que l'exception de caution précède maintenant l'exception d'incompétence relative. L'exception de nullité doit

(1) G. Vincens, "Les nullités des actes de procédure", Thèse Montpellier, 1965.

(2) Article 173 al. 2 et 192 du Code de procédure civile.

(3) Article 173 al. 2 in fine du Code de procédure civile.

(4) Article 173, alinéa 3 du Code de procédure civile.

être invoquée après celles-ci, mais avant toutes autres exceptions, notamment les exceptions dilatoires. Le législateur a voulu empêcher une manoeuvre qui consisterait à ne demander la nullité qu'au moment de la clôture des débats.

Le décret du 22 décembre 1958 modifia la rédaction de cet article en décidant que toute exception de nullité "*même fondée sur l'inobservation d'une formalité substantielle*" sera déclarée irrecevable si elle est présentée après le dépôt de conclusions au fond. Ce texte concerne donc toutes les exceptions de nullité quelle que soit la gravité du vice. L'article 168 du Code de procédure civile subit aussi un changement. Les parties doivent opposer l'exception d'incompétence *in limine litis*, même si elle est d'ordre public.

Désormais, l'exception de nullité même résultant de la violation d'une formalité substantielle doit être proposée avant toute défense au fond mais après l'exception de caution, l'exception d'incompétence et avant les autres exceptions.

385. Ce système qui résulte de toute une évolution législative va cependant subir une modification qui sera réalisée par la réforme de 1972. Cette dernière réforme va mettre en place le système qui régit actuellement la procédure civile.

§ 2 - LE RÉGIME ACTUEL.

386. La clé de voute du système mis en place par la réforme du 20 juillet 1972 repose sur la distinction entre les nullités pour vice de forme et les nullités pour irrégularité de fond. Le régime de ces deux types de nullités est différent et l'ordre de leur présentation varie selon le caractère de la formalité violée.

A - LES NULLITES POUR VICE DE FORME.

387. L'exception de nullité est soumise à des règles strictes liées à son caractère d'ordre privé. L'idée de forclusion domine toute cette réglementation.

388. L'article 771 du nouveau Code de procédure civile dispose que *"Jusqu'à son dessaisissement, le juge de la mise en état est seul compétent à l'exclusion de toute autre formation du tribunal pour statuer... sur les nullités pour vice de forme"*. "L'exception de nullité qui concerne un acte de procédure antérieure à la mise en état ne peut être examinée que par le juge de la mise en état. Elle ne peut être dévolue au tribunal (1). Ce magistrat rendra une ordonnance qui ne pourra faire l'objet d'appel qu'avec le jugement sur le fond (2).

389. Les articles 112 et 113 du nouveau Code de procédure règlent le moment de la présentation de l'exception de nullité pour vice de forme en appliquant le principe général de l'article 74 du nouveau Code de procédure civile qui dispose que toutes les exceptions doivent être invoquées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir.

L'article 112 du nouveau Code de procédure civile pose une règle qui va régir la plupart des cas de nullités pour vice de forme. *"La nullité des actes de procédure peut être invoquée au fur et à mesure de leur accomplissement ; mais elle est couverte*

(1) Trib. gr. inst. Toulon, 30 novembre 1966, J.C.P. 1967-2-14916.

(2) Article 776 du nouveau Code de procédure civile.

si celui qui l'invoque a, postérieurement à l'acte critiqué, fait valoir des défenses au fond ou opposer une fin de non-recevoir sans soulever la nullité". La nullité de l'acte peut être couverte par une défense au fond ou une fin de non-recevoir soulevée après l'exception de nullité.

La doctrine classique (1) justifiait cette règle par l'idée d'une présomption de renonciation. En abordant la discussion sur le fond, le plaideur accepterait l'irrégularité de l'acte et serait présumé avoir renoncé à invoquer l'exception de nullité.

Mais cette présomption est irréfragable (2). En réalité, cette règle est motivée par le fait qu'il ne faut pas ralentir le procès en proposant une exception de nullité au dernier moment. Il s'agit là d'une forclusion (3).

Ce principe est appliqué de façon stricte. La jurisprudence considère que le fait pour une partie de conclure au fond est de nature à couvrir une nullité pour vice de forme (4). De même la discussion sur la portée d'une expertise couvre la nullité des déclarations recueillies par l'expert (5) ou le défaut de prestation de celui-ci (6).

(1) Glasson, Tissier et Morel, op. cit., t. 3, n° 442.

(2) Civ. 2ème, 29 mai 1959, Bull. civ. IIème, n° 407, p. 265 ; Civ. 3ème, 9 mai 1968, Bull. civ. IIIème, n° 189, p. 149.

(3) Giverdon, "Questions de procédure", Gaz. Pal. 1973-2-621.

(4) Civ. 2ème, 3 juillet 1973, Bull. civ. IIème, n° 214, p. 180 ; Soc. 17 décembre 1976, Bull. civ. Vème, n° 700, p. 571 ; Soc. 25 mai 1977, Bull. civ. Vème, n° 348, p. 275.

(5) Civ. 2ème, 5 janvier 1978, Gaz. Pal. 1978-1, Somm. 17.

(6) Soc., 17 décembre 1966, Bull. civ. Vème, n° 700, p. 571.

390. A cette règle absolue, il n'existe qu'une exception : la fraude de l'adversaire. C'est ainsi que lorsque la cause de nullité pour vice de forme n'est découverte que très tardivement dans le procès à la suite de cet acte de mauvaise foi, l'exception de nullité pourra être soulevée postérieurement à des défenses au fond (1).

Un acte de procédure irrégulier doit pouvoir être annulé quel que soit l'état de l'instance sans que l'on puisse répliquer que la procédure est trop avancée (2). Les vices entachant un acte en cours d'instruction peuvent ainsi être sanctionnés (3). L'exception de nullité d'un acte de procédure effectué après le dépôt de conclusions sur le fond peut être soulevée dès la connaissance de l'irrégularité. Elle pourra être présentée *"jusqu'au moment où postérieurement à l'acte critiqué le plaideur qui l'invoque a fait valoir des défenses au fond ou présenté une fin de non-recevoir"* (4).

391. Plusieurs moyens de nullités peuvent être soulevés par les plaideurs. L'article 113 du nouveau Code de procédure civile dispose qu'ils *"doivent être invoqués simultanément à peine d'irrecevabilité de ceux qui ne l'auraient pas été"*.

Ce texte vise toutes les exceptions de nullité dirigées contre tous les actes que les parties ont déjà accomplis. Il est plus large que l'article 173 alinéa 3 du Code

(1) Civ. 2ème, 6 mars 1974, Bull. civ. IIème, n° 86, p. 71.

(2) Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 147.

(3) Glasson, Tissier, Morel, op. cit., t. 2, n° 442.

(4) Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 99.

de procédure civile de 1806 qui ne visait que les moyens de nullité ne concernant qu'un seul acte. La possibilité de soulever successivement plusieurs exceptions de nullité contre un même acte ou plusieurs actes dans un but dilatoire, se trouve écartée.

392. Il faut respecter un ordre précis dans le libellé des moyens de défense. La jurisprudence admet qu'aucun texte n'interdit de présenter les exceptions de procédure dans les mêmes conclusions qui contiennent une défense au fond à condition que celle-ci soit présentée après les exceptions de nullité (1). De même, un plaideur qui a soulevé une exception de nullité avant toute défense au fond présentée à titre subsidiaire, ne peut voir rejeter l'examen de cette exception (2).

393. Les nullités pour vice de forme sont soumises à un régime beaucoup plus strict que celui des nullités pour irrégularité de fond.

Les articles 112 et 113 du nouveau Code de procédure civile exigent que la nullité pour vice de forme soit invoquée très rapidement car elle peut être couverte. Le régime des exceptions de nullité pour irrégularité de fond est tout autre.

B - LES NULLITES POUR IRREGULARITE DE FOND.

394. A la différence des nullités pour vice de forme, l'exception de nullité pour irrégularité de fond peut être proposée en tout état de cause sous réserve de condamner

(1) Civ. 3ème, 8 mars 1977, Bull. civ. IIIème, n° 110, p. 86.

(2) Soc. 10 mai 1978, Bull. civ. Vème, n° 346, p. 264.

à des dommages-intérêts les plaideurs qui se seraient abstenus dans une intention dilatoire de la soulever plus tôt.

Cette règle est édictée par l'article 118 du nouveau Code de procédure civile. Elle contient un principe et une limite.

395. L'article 118 du nouveau Code de procédure civile édicte un principe selon lequel "*les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure peuvent être proposées en tout état de cause...*".

L'expression "en tout état de cause" est extrêmement large. Elle signifie que l'exception de nullité peut être présentées alors que les parties auraient conclu au fond. Elle peut être invoquée dès la notification de l'assignation.

Mais un problème se pose lorsque l'ordonnance de clôture a été rendue. Peut-on soulever l'exception de nullité pour irrégularité de fond ?

Le caractère absolu de l'ordonnance de clôture semble s'y opposer (1). Cependant, l'article 784 du nouveau Code de procédure autorise la révocation de cette ordonnance, d'office ou à la demande des parties s'il existe une cause grave, la Cour de cassation a même admis que la révocation puisse être implicite (2), et a permis le dépôt de notes en délibéré (3). Des atténuations sont donc possibles.

(1) Article 783, alinéa 1 du nouveau Code de procédure civile.

(2) Civ. 2ème, 4 juin 1975, J.C.P. 1975-4-240.

(3) Civ. 3ème, 26 janvier 1975, J.C.P. 1976-4-6564, note R. Martin.

396. La règle de l'article 118 du nouveau Code de procédure civile n'est pas absolue. Elle souffre une limite. Le juge peut *"condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt"*.

L'exception de nullité pour irrégularité de fond pouvant être proposée en tout état de cause, il est à craindre qu'une des parties, connaissant la situation processuelle de son adversaire, ne la soulève que très tardivement. C'est l'intention dilatoire que le législateur a voulu sanctionner.

Mais la formule de l'article 118 du nouveau Code de procédure civile a été vivement critiquée. L'intention dilatoire sur laquelle se base le juge pour accorder des dommages-intérêts doit résulter du fait que l'exception aurait dû être invoquée "plus tôt". Or le texte du nouveau Code de procédure civile est imprécis, ce qui est source d'incertitude et d'arbitraire. Il aurait mieux valu parler d'une exception soulevée "tardivement" (1).

Cette limite au principe, même si les termes ne sont pas précis, permet de dissuader les parties au procès de manoeuvres dilatoires. Elle est la contrepartie de l'avantage que la loi accorde au plaideur qui peut invoquer l'exception de nullité pour irrégularité de fond "en tout état de cause".

397. Les exceptions de nullité pour irrégularité de fond sont donc soumises à un régime plus souple que celui des exceptions de nullités pour vice de forme quant au moment où elles peuvent être invoquées et quant aux personnes titulaires de l'exception.

(1) Blanc et Viatte, "Nouveau Code de procédure civile commenté", article 118.

Mais quelle que soit la cause de l'exception de nullité, qu'elle soit soulevée pour irrégularité de fond ou pour vice de forme, les règles de mise en oeuvre doivent être respectée par les plaideurs qui jouent un rôle important. Celui-ci n'est pas déterminant dans le débat puisqu'il appartiendra au juge de prononcer la nullité.

CHAPITRE II

LE ROLE DU JUGE

392. Le juge peut-il ou doit-il intervenir dans le déroulement du procès ? Cette question qui n'est pas spécifique aux nullités de procédure se pose en ce domaine. La réponse est délicate.

L'intervention du magistrat ne doit pas heurter certains principes fondamentaux de la procédure : la neutralité et la contradiction. Mais ces principes ne s'opposent pas à ce que le juge assume un rôle dans le procès. Il lui appartient de veiller, dans sa neutralité totale et dans son impartialité, à ce qu'ils soient respectés.

SECTION I - L'INTERVENTION DU JUGE.

399. Le rôle du juge est nettement distinct de celui des plaideurs. Il intervient dans le déroulement du procès en vertu d'un pouvoir qui lui est propre, en vertu de sa fonction publique qui le qualifie pour trancher les litiges.

Son rôle diffère de celui des parties. Il lui est opposé. Le juge n'interviendra que lorsque les plaideurs méconnaîtront un principe essentiel de la procédure. Il prononcera la nullité. Son pouvoir est important et il pourra disposer d'un choix.

§ 1 - LE POUVOIR DU JUGE.

400. L'office du juge consiste à décider si un acte irrégulier doit être frappé de nullité.

401. Son intervention est toujours nécessaire mais il ne le fait pas chaque fois selon les mêmes principes. Le pouvoir du juge varie selon le type de nullité. Cette distinction est dominée par le caractère d'ordre public ou d'intérêt privé de la règle violée.

A - LE POUVOIR DU JUGE EN MATIERE DE NULLITE POUR IRREGULARITE DE FOND.

402. Le juge a-t-il le droit de relever d'office la nullité ? La réponse à cette question suppose la réunion de deux conditions. Le tribunal ne pouvant se saisir lui-même, il est nécessaire qu'un procès soit porté devant le magistrat. Il faut aussi que le prononcé de la nullité exerce une influence sur ce que les plaideurs soumettent au juge, celui-ci n'ayant aucun pouvoir pour modifier l'objet ou la cause de la demande (1).

Si ces deux conditions sont remplies, l'article 120 du nouveau Code de procédure civile dispose dans un premier alinéa : "*les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure, doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public*" et dans un second alinéa : "*le juge peut relever d'office la nullité pour défaut de capacité d'ester en justice*".

(1) Durry, "L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français", Travaux association Capitant 1961-1962, t. 14, p. 618.

L'article 120 du nouveau Code de procédure civile oblige le juge à relever d'office les nullités fondées sur l'inobservation des règles de fond lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public.

Proposées le plus tôt possible (1), les exceptions de nullité pour irrégularité de fond devront être accueillies sans que la preuve d'un grief ou la présence d'un texte ne soient nécessaires (2) et relevées d'office si elles ont un caractère d'ordre public (3). Le magistrat n'en aura pas la possibilité, mais l'obligation, celle-ci étant pleinement justifiée vu l'importance de la règle violée.

403. Mais des difficultés surgissent quant à la détermination des règles qui peuvent être d'ordre public. De cette détermination dépend le pouvoir du juge.

L'article 120 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile donne au magistrat une simple possibilité de relever d'office la nullité lorsqu'elle résulte du défaut de capacité d'ester en justice. Peut-on en déduire que cette irrégularité ne concerne pas la violation d'une règle d'ordre public tandis que le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice, ou le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice, violent une règle d'ordre public ?

(1) Article 118 du nouveau Code de procédure civile.

(2) Article 119 du nouveau Code de procédure civile.

(3) Article 120 du nouveau Code de procédure civile.

Cette interprétation est difficile à soutenir. Pour tenter d'expliquer la simple faculté de relever d'office la nullité pour défaut de capacité d'ester en justice, certains auteurs (1) estiment que cette irrégularité peut avoir un caractère d'ordre public en cas d'interdiction légale par exemple, ou ne pas l'avoir en cas de minorité. Lorsque la règle violée est d'ordre public, le juge a l'obligation de relever la nullité. Il n'est pas de même lorsque la règle est d'ordre privé. Dans ce cas, il dispose d'une simple possibilité.

404. Le caractère d'ordre public influe sur l'office du juge qui n'a pas seulement un pouvoir de relever d'office la nullité mais un devoir. Les applications de cette règle sont assez rares mais certaines.

La plus ancienne concerne une décision où les règles protectrices de la minorité n'avaient pas été observées, si bien que l'acte d'appel rédigé au nom du mineur était irrégulier. La Cour de cassation a censuré l'arrêt de la Cour d'appel qui n'avait pas relevé d'office cette cause de nullité (2).

Dans une autre décision (3), elle a relevé d'office la nullité.

Plus récemment, le tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand a rappelé qu'une irrégularité de fond touchant à l'ordre public doit être relevée d'office par le

(1) E. Blanc et J. Viatte, "Nouveau Code de procédure civile commenté", article 120.

(2) Civ., 15 juillet 1924, S. 1926-1-196.

(3) Soc., 27 octobre 1959, J.C.P. 1960-1-11603.

juge conformément à l'article 120 du nouveau Code de procédure civile (1).

405. Tel est donc le pouvoir du juge en matière de nullité pour irrégularité de fond. Celui-ci diffère lorsque le prononcé d'une nullité pour vice de forme est soumis au magistrat.

**B - LE POUVOIR DU JUGE EN MATIERE DE NULLITE
POUR VICE DE FORME.**

406. La doctrine s'accorde pour considérer que la nullité pour vice de forme a un caractère d'intérêt privé (2) car en généralisant l'exigence d'un grief, les rédacteurs du nouveau Code de procédure civile ont désiré protéger certains intérêts privés. La sanction qui s'attache à ce principe ne peut être que d'ordre privé.

407. Les nullités pour vice de forme assurent le respect du formalisme procédural mis en place pour protéger les parties (3). Seul peut se prévaloir de la nullité, le plaideur que la loi désire protéger, c'est-à-dire celui à qui le vice de forme a causé un grief.

L'exception de nullité pour vice de forme ne peut donc pas être soulevée d'office par le juge. La solution est logique puisque la nullité n'est établie que dans l'intérêt privé d'une personne. Mais elle subit une exception dans le

(1) Trib. de gr. ins. Clermont-Ferrand, 26 avril 1977, J.C.P. 1977-1-18716.

(2) Garsonnet et César Bru, op. cit., t. 3, n° 535 ; Glasson, Tissier et Morel, op. cit., t. 2, n° 442 ; Japiot, op. cit., n° 34 et 411 ; Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 418.

(3) Cf. Introduction, n° 1.

cas où le défendeur n'a pas comparu. Le juge peut prononcer d'office la nullité d'ordre privé à condition de vérifier si l'assignation n'a pas comporté l'omission d'une formalité substantielle, pareille omission ne pouvant être décelée qu'au vu des documents versés au débat (1).

408. Il convient d'envisager quels intérêts s'attacheraient à la qualification d'ordre public d'une nullité pour vice de forme.

Il semble que le juge puisse soulever d'office cette exception de nullité. En effet, l'article 120 du nouveau Code de procédure civile oblige le magistrat à relever d'office les nullités pour irrégularité de fond. Ce qui ne signifie pas pour autant qu'il ne puisse pas soulever d'office une nullité pour vice de forme à caractère d'ordre public.

Mais la Cour de cassation ne semble pas abonder en ce sens. Elle a cassé un jugement qui avait déclaré que le tribunal pouvait relever d'office la nullité pour vice de forme de demandes d'annulation des élections au comité d'entreprise et de la désignation d'un délégué syndical dont il était saisi au moyen d'une lettre recommandée au lieu d'une déclaration au secrétariat-greffe comme le prescrivent les articles L. 412-3 et R. 433-6 du Code du travail. La Cour de cassation a énoncé que les juges du fond ne pouvaient relever d'office un moyen tiré de la nullité d'un acte pour vice de forme (2).

(1) Civ. 2ème, 10 mars 1965, Bull. 1965-2-243 ; Soc. 25 mai 1977, Bull. civ. Vème, n° 348, p. 275.

(2) Soc., 25 mai 1977, Bull. civ. Vème, n° 348, p. 275.

Même d'ordre public, le prononcé de la nullité pour vice de forme doit être subordonné à la preuve d'un grief (1). Le régime de l'exception de nullité pour vice de forme prévu par les articles 112 et 113 du nouveau Code de procédure civile l'emporte sur celui de l'exception de nullité d'ordre public.

En réalité, cette discussion perd de son intérêt puisque les nullités d'ordre public sont, pour la plupart, devenues des nullités pour irrégularité de fond et qu'en pratique, les textes des articles 112 et 113 du nouveau Code de procédure civile ne s'appliqueront que rarement à des nullités d'ordre public.

Mais le problème devait être envisagé, le rôle du juge étant conditionné par le caractère d'ordre public ou d'intérêt privé de la nullité. Lorsque la nullité a un caractère d'intérêt privé quelle que soit la nature de la formalité violée, le juge ne peut pas la relever d'office, il ne peut que se soumettre à la demande des parties. Lorsqu'elle a un caractère d'ordre public, il doit la relever d'office à charge de constater l'existence d'un grief si un vice de forme entache l'acte de procédure.

Mais dans l'un ou l'autre cas, le magistrat a-t-il l'obligation de prononcer la nullité ?

(1) Article 114 al. 2 du nouveau Code de procédure civile.

§ 2 - L'OBLIGATION DE PRONONCER LA NULLITÉ.

409. La violation des conditions de fond et de forme d'un acte de procédure est habituellement sanctionnée par la nullité dont la finalité est de détruire l'acte qui n'a pas respecté les exigences légales.

Or il est apparu qu'il pouvait être souhaitable, dans certains cas, de le sauver en réparant et en faisant disparaître le vice dont il était entaché. La régularisation réalise ce souhait. Elle permet de sauver des procédures irrégulièrement engagées (1).

Les parties au procès peuvent la solliciter. Mais il semble que le juge puisse demander aux plaideurs de régulariser l'acte de procédure lorsque le vice porte atteinte à une règle d'ordre public. En effet, le magistrat qui peut relever d'office une nullité d'ordre public, peut "a fortiori" demander qu'elle soit régularisée.

La Cour de cassation a imposé aux juges du fond, bien que l'irrégularité n'ait pas un caractère d'ordre public, de faire mettre en cause une société contre qui le procès était engagé alors que la personne poursuivie ne la représentait pas (2). Le juge n'a donc pas l'obligation de prononcer la nullité, il a la possibilité de demander à ce qu'un acte vicié soit régularisé. Cette régularisation est soumise à un principe et à des conditions.

(1) Dupeyron, "La régularisation des actes nuls", Thèse Paris 1973.

(2) Soc., 12 novembre 1975, Bull. civ. Vème, n° 523, p. 444.

A - LE PRINCIPE DE LA REGULARISATION.

410. L'article 115 du nouveau Code de procédure civile limite les risques d'annulation pour vice de forme en prescrivant que *"la nullité est couverte par la régularisation ultérieure de l'acte si aucune forclusion n'est intervenue et si la régularisation ne laisse subsister aucun grief"*.

Désormais, il n'est pas utile de discuter de la validité de la forme de tel ou tel acte de signification, il suffira de délivrer un nouvel acte ou de conclure en rectifiant l'erreur. La régularisation opérera rétroactivement, elle vaudra validation de l'acte au jour où ce dernier a été accompli (1).

Pourra être régularisé ultérieurement une déclaration d'appel ou un acte d'appel dans lesquels ont été omis la date et le lieu de naissance de l'appelant ou son domicile ou sa nationalité (2).

Ce sera souvent à l'occasion du débat sur la preuve du grief que la régularisation sera effectuée. L'exploit d'assignation permettra de rectifier l'imprécision de l'acte d'appel (3). L'absence de la mention du domicile du défendeur pourra être réparée par des conclusions postérieures à l'assignation (4).

(1) Dupeyron, "La régularisation des actes nuls", Thèse Paris 1973.

(2) Paris, 10 juillet 1978, Gaz. Pal. 1979-1, Somm. 64.

(3) Civ. 2ème, 17 juillet 1974, Bull. civ. IIème, n° 232, p. 194.

(4) Civ. 2ème, 3 juillet 1974, Bull. civ. IIème, n° 214, p. 180.

441. L'article 115 du nouveau Code de procédure civile a son homologue dans l'article 121 du nouveau Code de procédure civile concernant les nullités pour irrégularité de fond. Ce texte dispose : *"Dans les cas où elle peut être couverte, la nullité ne sera pas prononcée si sa cause a disparu au moment où le juge statue"*. L'automatisme de la nullité est évité par la régularisation. Dans tous les cas où un acte entaché d'une irrégularité se trouve régularisé au jour où le juge statue, la nullité ne peut être prononcée.

La possibilité de régularisation des actes en cours d'instance, déjà admise en 1972 (1), est consacrée légalement (2). Mais le juge ne peut pas prononcer la nullité si au jour où il statue, l'irrégularité de fond a disparu.

Lorsque les irrégularités de fond concernent le défaut de capacité ou de pouvoir, la régularisation sera souvent possible.

Une partie "incapable" au début de la procédure pourra avoir recouvré sa capacité au moment où le juge statue. Le magistrat ne devra pas prononcer la nullité. Cette régularisation pourra se réaliser par l'accession de l'incapable à la majorité, le défaut de pouvoir du représentant sera alors couvert (3). Quant au défaut de capacité d'ester en justice, il faudra distinguer selon que l'on est en présence d'une personne physique ou d'une personne morale. Pour les

(1) Garsonnet et César Bru, op. cit., t. 3, n° 534 ; Solus et Perrot, op. cit., t.2 , n° 534.

(2) Perrot, "Cours de droit judiciaire privé" ; Les Cours de droit, 1977-1978, p. 146.

(3) Civ. 1ère, 12 novembre 1969, J.C.P. 1970-2-16195 ; Civ. 1ère, 22 février 1972, J.C.P. 1972-1-17111.

personnes physiques, le défaut de capacité résulte du décès. Les actes accomplis à la requête d'une personne décédée pourront être régularisés en considérant que la procédure est valable comme ayant été faite au nom des ayants cause du défunt (1). Pour les personnes morales, ce vice est régularisable dans la mesure où l'accession à la personnalité juridique survient en cours d'instance (2).

En cas de défaut de pouvoir du représentant d'une personne morale, il suffira que celui-ci dispose de tous les pouvoirs au moment où le juge statue notamment en fournissant une attestation écrite (3) ou en continuant l'instance au nom du véritable représentant (4).

Par contre, il est plus difficile de régulariser le défaut de pouvoir du défendeur. Cependant, la Cour de cassation admet que la dénonciation au véritable intimé (le nouveau syndic de copropriété) d'un acte d'appel nul pour irrégularité de fond tenant au défaut de pouvoir du syndic précédant a "*la portée d'un acte d'appel*" si elle est faite à la personne détentrice du pouvoir (5).

(1) Solus et Perrot, op. cit., t. 1, n° 286.

(2) Civ. 1ère, 14 mars 1969, Bull. civ. Ière, n° 178, p. 144.

(3) Soc., 7 juillet 1977, Bull. civ. Vème, n° 481, p. 384 ; Civ. 3ème, 9 novembre 1982, Bull. Civ. IIème, n° 214 p. 161 ; Soc., 19 juillet 1983, Bull. civ. Vème, n° 444, p. 316.

(4) Civ. 2ème, 10 janvier 1973, Bull. civ. IIème, n° 9, p. 6 ; Civ. 2ème, 5 février 1975, Bull. civ. IIème, n° 34, p. 28 ; Soc., 12 novembre 1975, Bull. civ. Vème, n° 523, p. 444 ; Nancy, 12 octobre 1977, J.C.P. 1979-2-19043.

(5) Civ. 2ème, 30 novembre 1977, Bull. civ. IIème, n° 225, p. 162.

412. En revanche, si l'irrégularité qui entachait l'acte subsiste, la nullité doit être prononcée. Le juge ne peut pas s'y soustraire. Il est lié par l'exception de nullité invoquée par les parties. Aucune régularisation n'est possible.

Ainsi, une assignation délivrée par le gérant d'une S.A.R.L. dont les pouvoirs avaient pris fin antérieurement par l'effet de la dissolution de la société a été déclarée nulle, l'irrégularité n'ayant pas été couverte au jour où la Cour d'appel a statué.(1).

413. Lorsqu'elle est possible, la régularisation ne produira ses effets que si certaines conditions sont respectées.

B - LES CONDITIONS DE LA REGULARISATION.

414. L'article 115 du nouveau Code de procédure civile impose deux conditions.

La première exige qu'aucune forclusion n'intervienne avant que la régularisation ne soit réalisée. C'est ainsi qu'elle est possible avant l'expiration du délai d'appel si la déclaration ou l'acte d'appel formé dans le délai est entaché de nullité (2). De même, se trouve régularisée une assignation qui n'indiquait pas le siège social d'une société si cette précision a été mentionnée par voie de conclusions significatives avant l'ordonnance de clôture (3).

(1) Paris, 7 décembre 1977, J.C.P. 1978-2-18988.

(2) Civ. 3ème, 8 juillet 1981, Bull. civ. IIIème, n° 142, p. 102 ; Amiens, 5 décembre 1975, J.C.P. 1975-4-6508.

(3) Paris, 10 juillet 1978, Gaz. Pal. 1979-1, Somm. 64.

La seconde condition impose que la régularisation ne laisse subsister aucun grief. La régularisation ne couvre pas la nullité si un grief subsiste. Il n'a pu être remédié à la nullité résultant de l'indication inexacte du siège social d'une société appelante, par l'indication ultérieure du véritable siège, bien qu'en déménageant clandestinement en cours de procédure de première instance, cette société ait cherché à rendre impossible l'exécution du jugement ordonnant la vente du fond de commerce (1). Dans un autre cas, l'erreur sur l'importance de la demande qui s'était glissée dans la copie de la citation remise au défendeur et qui aboutissait à faire penser que l'intérêt du litige était le dixième de ce qu'il était en réalité, a entraîné l'annulation de l'acte ainsi que de la procédure subséquente, malgré une rectification (2).

On protège ainsi les plaideurs des régularisations tardives qui ne permettraient pas aux victimes de la nullité d'en prendre connaissance. Dans tous les cas, l'une des parties a réparé le vice mais le juge refuse de considérer qu'il y a régularisation. Il prononce la nullité car il subsiste un grief (3).

415. En matière d'irrégularités de fond, la nullité peut être couverte jusqu'au moment où le juge statue. Les conclusions visant à la régularisation de l'acte pourront être déposées jusqu'à l'ordonnance de clôture. Le juge sera tenu de prononcer la nullité si aucune conclusion rectificative n'est

(1) Paris, 12 juillet 1978, J.C.P. 1978-2-18993.

(2) Dijon, 10 octobre 1975, J.C.P. 1976-4-6608.

(3) Article 121 du nouveau Code de procédure civile.

déposée avant l'ordonnance de clôture ou si la régularisation intervient après l'expiration des délais permettant d'exercer les voies de recours (1).

416. Le juge n'est donc pas toujours tenu de prononcer la nullité. Il a la possibilité de demander aux parties, si certaines conditions sont réunies, de régulariser l'acte entaché d'une irrégularité de fond ou d'un vice de forme. On évitera ainsi le ralentissement du procès provoqué par l'examen de l'exception de nullité et l'effet destructeur de cette sanction qui, lorsqu'elle sera relevée d'office par le juge pourra entrer en conflit avec le principe de la contradiction.

SECTION II - LE PRINCIPE DE LA CONTRADICTION.

417. Le principe de la contradiction est énoncé comme l'un des principes directeurs du procès civil par la section VI des dispositions liminaires du nouveau Code de procédure civile.

L'article 14 dispose que *"nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée"*, l'article 15 que les parties *"doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuves qu'elles produisent, et les moyens de droit qu'elles invoquent afin que chacune soit à même d'organiser sa défense"* et l'article 16, objet de divers remaniements, impose au juge de faire observer et d'observer lui-même le principe de la contradiction et de ne

(1) Civ. 3ème, 8 juillet 1981, Bull. civ. IIIème, n° 142, p. 102 ;
Civ. 2ème, 19 octobre 1983, Bull. civ. IIème, n° 167, p. 115.

"retenir dans sa décision les moyens, explications et documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement".

Le principe de la contradiction devrait donc être respecté lorsque le juge relève d'office la nullité. Il ne devrait pas susciter la moindre difficulté d'application.

Cependant on en est venu à mettre en cause, sinon son existence, du moins sa portée. L'article 16 s'est trouvé curieusement édulcoré lors de modifications successives. Mais au-delà de l'inconstance de ce texte, doit demeurer la constance du principe général.

§ 1 - LES MODIFICATIONS SUBIES PAR L'ARTICLE 16.

418. Le problème suscité par les modifications de l'article 16 n'est pas spécifique aux nullités de procédure. Mais il se trouve posé, là encore, avec beaucoup d'acuité. De ce fait, on échappe difficilement à une étude de ces changements.

419. L'article 16 du nouveau Code de procédure civile a connu bien des vicissitudes. Malgré l'arrêt du Conseil d'Etat rendu le 12 octobre 1979, des difficultés subsistent encore.

A - LES VICISSITUDES SUBIES PAR L'ARTICLE 16.

420. Dans sa rédaction initiale, celle du décret du 9 septembre 1971 (1), l'article 16 faisait expressément obligation au juge de respecter le principe de la contradiction et de soumettre au débat contradictoire des parties les

(1) J.C.P. 1971-3-38207.

nullités relevées d'office. Le décret du 20 juillet 1972 précisait également que le Président devait rouvrir les débats à cet effet.

421. Mais si les décrets de 1971 et de 1972 mettaient l'accent sur le respect du principe de la contradiction, le décret du 29 juillet 1976 a amputé tous les textes de ce principe. L'alinéa 2 de l'article 16 ne faisait plus mention des moyens de droit relevés d'office. Il ne visait plus que *"les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties"*.

Par ailleurs, se trouvait abrogé l'article 90 du décret du 20 juillet 1972 selon lequel le Président devait avertir les parties des moyens qui paraissaient pouvoir être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations soit immédiatement soit dans le délai qu'il leur fixait.

De même, avait disparu de l'article 16 l'obligation pour le juge *"d'observer lui-même le principe de la contradiction"* ainsi que l'alinéa second lui interdisant de fonder sa décision sur des moyens relevés d'office sans débat préalable.

L'obligation d'*"avertir les parties des moyens qui paraissent pouvoir être relevés d'office et de présenter leurs observations"* qui figurait à l'article 90 du décret du 20 juillet 1972 est devenue simple faculté *"d'inviter les parties à fournir les explications de droit qu'ils estiment nécessaires"*, dans l'article 442.

L'obligation de rouvrir les débats qui figurait à l'article 92 du décret du 20 juillet 1972 lorsque *"les parties n'ont pas été à même de s'expliquer sur les moyens que la juridiction se propose de relever d'office"* est désormais limitée au cas où

"les parties n'ont pas été à même de s'expliquer contradictoirement sur les éclaircissements de droit ou de fait qui leur avaient été demandés" (1). Cette obligation n'existe plus lorsque le juge souleve d'office un moyen tiré de la nullité pour vice de forme ou pour irrégularité de fond.

422. Ces modifications des textes cofiliés ont suscité trois sortes de réactions.

Pour Parodi, le principe de la contradiction n'est pas atteint car il ne concerne que les relations entre les parties. *"Le travail du juge, ses recherches, ses réflexions et la solution qu'il se propose d'apporter au litige n'ont pas à être soumis à la discussion des parties. Le juge aura tout avantage, bien entendu, à leur faire part de ses réflexions, leur soumettre les moyens de pur droit qu'il se proposerait de relever d'office afin de recueillir leurs observations. Mais il ne s'agit pas là d'une application du principe de la contradiction, lequel ne saurait jouer entre le juge et les parties"* (2).

Une partie de la doctrine estime que les règles du nouveau Code de procédure portent atteintes au principe de la contradiction en libérant le juge de l'obligation de soumettre au débat les moyens qu'il entend soulever d'office (3), les nullités qu'il désire relever.

Une autre partie de la doctrine pense que si les textes de 1971 et de 1972 ont expressément exigé du juge qu'il invite les parties à discuter des moyens qu'il entend soulever

(1) Article 444 du nouveau Code de procédure civile.

(2) Parodi, "L'esprit général et les innovations du nouveau Code de procédure civile", Répertoire Defrénois 1976, p. 83.

(3) Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 826 ; Normand, Rev. trim. dr. civ. 1977, p. 181 ; Julien, D. 1977- Inf. Rap. 411.

d'office, ils n'ont fait que formuler une règle dont l'existence leur est supérieure. Peu importe que le nouveau Code de procédure civile ne l'exprime plus, elle n'en survit pas moins (1). Toute nullité de procédure relevée d'office devra être soumise à un débat contradictoire.

423. Cette dernière opinion est à retenir. La conception de Parodi est critiquable.

Il est certain qu'avant 1971, il était interdit au juge, par application du respect des droits de la défense, principe non écrit, de soulever d'office un moyen même de droit sans le soumettre à la discussion des parties. Le principe était acquis en jurisprudence (2) et en doctrine (3). Il résultait de la définition traditionnelle du principe de la contradiction : *"le juge ne doit se déterminer que d'après les débats et sur les documents produits à l'instance"* (4).

La thèse de Parodi est donc contraire aux principes reçus. En outre, sa démonstration est basée sur la confiance dans le magistrat. Selon cet auteur, le juge n'est pas obligé de soumettre à la contradiction ce qu'il relève lui-même d'office car la justice est fondée sur la confiance dans le juge. Mais on ne saurait ériger la confiance en règle car

(1) Bénabent, "Les moyens relevés en secret par le juge", J.C.P. 1977-1-2849 ; Wiederkehr, "Droit de la défense et procédure civile", D. 1978, Chron. 36.

(2) Civ. 2ème, 11 juillet 1963, Bull. civ. IIème, n° 507, p. 380 ; Civ. 1ère, 6 juin 1967, Bull. civ. Ière, n° 204, p. 149.

(3) Vizios, Rev. trim. dr. civ. 1943, p. 56, n° 1 ; Motulsky, "Droit proces-suel", p. 152 et s. ; "La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge", D. 1964, Chron. 235 ; "La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1935 et les principes directeurs du procès", J.C.P. 1966-1-1996.

(4) Morel, op. cit., n° 426 ; Vizios, op. cit., n° 237 ; Vincent, op. cit., n° 396.

celle-ci doit reposer sur le respect des règles. S'il suffisait de faire confiance au juge, la règle de la contradiction n'aurait plus de raison d'être même entre les parties. Ce principe de la contradiction concerne donc les moyens de nullité pour vice de forme ou pour irrégularité de fond soulevés d'office par le juge.

424. Mais la modification apportée par le décret du 29 juillet 1976 vient jeter le trouble. Les rédacteurs ont éprouvé le besoin de supprimer l'évocation du principe de la contradiction dans les textes. Fallait-il se fier aux apparences ? Fallait-il décider que le principe demeurerait malgré l'absence de prescription ?

La jurisprudence et la doctrine étaient partagées. Elles l'étaient même avant 1976 alors que les textes étaient très précis. Les juges méconnaissaient très souvent ce principe et n'hésitaient pas "*à relever en secret des moyens d'office*" (1). On relève un "*incroyable florilège*" (2) de décisions en ce sens (3). Les violations étaient multiples. C'est ainsi qu'un juge avait constaté d'office que l'irrégularité n'avait causé aucun grief et ceci sans provoquer les observations des parties (4).

(1) Bénabent, "Les moyens relevés en secret par le juge", D. 1977-1-2849.

(2) Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 827.

(3) Soc. 9 avril 1973, Bull. civ. V^eme, n° 247, p. 221 ; Civ. 2^eme, 9 mai 1973, Bull. civ. II^eme, n° 159 p. 125 ; Com. 8 novembre 1973, Bull. civ. IV^eme n° 315, p. 282 ; Civ. 26 février 1974, Bull. civ. I^{ère}, n° 68, p. 56, Civ. 2^eme, 18 juillet 1974, Bull. civ. II^eme, n° 246, p. 205 ; Com. 4 novembre 1974, Bull. civ. IV^eme, n° 275, p. 226 ; Civ. 2^eme, 13 mars 1975, Bull. civ. II^eme, n° 91 p.76, Civ. 3^eme, 17 juin 1975, Bull. civ. III^eme, n° 261, p. 154 ; Civ. I^{ère}, 7 octobre 1975, Bull. civ. I^{ère}, n° 260, p. 220 ; Soc. 10 décembre 1975, Bull. civ. V^eme, 603, p. 509 ; Com. 2 mars 1976, Bull. civ. IV^eme, n° 79 p. 68 ; Civ. 3^eme, 7 avril 1976, Bull. civ. III^eme, n° 143, p. 114 ; com. 21 juin 1976, Bull. civ. IV^eme, n° 240, p. 181.

(4) Civ., 16 octobre 1974, D. 1975, Inf. Rap. 18.

On pouvait se demander, après le décret du 20 juillet 1976, si le magistrat devait provoquer un débat contradictoire lorsqu'il relevait d'office un vice de forme ou une irrégularité de fond.

On pouvait craindre qu'il ne le fasse pas en raison de la rédaction de l'article 16 contre laquelle une partie de la doctrine s'insurgeait violemment (1).

En fait, certaines décisions jurisprudentielles affirmaient que le juge n'avait pas à provoquer les explications des parties lorsqu'il relevait d'office un moyen (2). Ainsi il avait été décidé que l'irrégularité résultant du fait qu'un acte d'huissier avait été signifié à une personne trouvée sur le lieu de travail de son destinataire constituait une irrégularité de fond touchant à l'ordre public qui devait être relevée d'office par le juge (3).

Ces décisions ne faisaient pas l'unanimité. Plusieurs arrêts rendus par la Cour de cassation rappelaient aux juges qu'ils devaient également respecter le principe de la

(1) Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 826 ; Bénabent, "Les moyens relevés en secret par le juge", J.C.P. 1977-1-2849 ; Wiederkehr, "Droits de la défense et procédure civile", D. 1978, Chron. 36 ; Normand, Rev. trim. dr. civ. 1977, p. 181 - Contra : Parodi, "L'esprit général et les innovations du nouveau Code de procédure civile", Rép. Defrénois 1976-1, art. 31120.

(2) Civ. 1ère, 20 décembre 1976, Gaz. Pal. 1977-1, Somm. 76 ; Civ. 2ème, 11 janvier 1978, Gaz. Pal. 1978-1-273 ; Com. 12 juin 1978, D. 1979, Inf. Rap. 278 ; Civ. 1ère, 29 novembre 1978, Gaz. Pal. 1979-1, Somm. p. 100.

(3) Trib. gr. inst. Clermont-Ferrand, 26 avril 1977, J.C.P. 1977-2-18716.

contradiction lorsqu'il soulevait un moyen qui pouvait être tiré d'une nullité pour irrégularité de fond ou pour vice de forme (1).

La jurisprudence était donc partagée. Un arrêt du Conseil d'Etat, rendu le 12 octobre 1979 allait se prononcer sur ce problème.

B - L'ARRET DU CONSEIL D'ETAT DU 12 OCTOBRE 1979
ET SES CONSEQUENCES.

425. Le Conseil d'Etat déclare la modification de l'article 16 contraire aux principes généraux du droit. Le Gouvernement ne peut laisser *"aux juges la faculté de relever d'office les moyens de pur droit en les dispensant alors de respecter le caractère contradictoire de la procédure"* (2). Le dispositif de l'arrêt du Conseil d'Etat annule l'article 12 alinéa 3 qui donnait aux juges le pouvoir *"de relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties"* et l'article 16 alinéa 1 selon lequel *"le juge doit en toutes circonstances faire observer le principe de la contradiction"*.

Le nouvel article 16 est ainsi rédigé : *"le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir dans sa décision les moyens, les*

(1) Civ. 18 octobre 1977, D. 1978, Inf. Rap. 88 ; Soc. 17 novembre 1977, Bull. civ. Vème, n° 629, p. 501 ; Civ. 21 juin 1978, D. 1978-1-561 ; Civ. 2ème, 6 juillet 1978, Bull. civ. IIème, n° 181, p. 142 ; Civ. 1ère, 29 novembre 1978, D. 1979-1-381.

(2) C.E. 12 octobre 1979, D. 1979-2-606, Gaz. Pal. 2 et 3 janvier 1980.

explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement".

426. Les dispositions du Code qui permettaient de soulever d'office et sans contradiction des moyens de droit se trouvent annulées. Le nouvel article 16 met théoriquement fin à toute controverse. Désormais, lorsqu'il relève un moyen d'office tiré de la nullité pour vice de forme ou pour irrégularité de fond, le juge devra en débattre contradictoirement avec les parties.

Le Conseil d'Etat n'a pas contesté le pouvoir pour le juge de relever d'office des moyens de droit mais lui a interdit de le faire sans respecter le caractère contradictoire de la procédure. Le juge peut donc toujours relever d'office une irrégularité de fond ou un vice de forme à caractère d'ordre public mais en organisant un débat contradictoire entre les parties.

427. En règle générale, la Cour de cassation a respecté ce texte en cassant toutes les décisions qui soulevaient d'office des moyens sans inviter les parties à présenter leurs observations (1). Mais certaines décisions antérieures à l'arrêt de la Chambre mixte du 10 juillet 1981 ont refusé d'appliquer le principe de la contradiction.

(1) Civ. 2ème, 7 novembre 1979, Bull. civ. IIème, n° 254, p. 175 ; Com. 21 janvier 1980, Bull. civ. IVème, n° 34, p. 27 ; Civ. 2ème, 12 mai 1980, Bull. civ. IIème, n° 110, p. 78 ; Com. 21 juillet 1980, Bull. civ. IVème, n° 212, p. 145.

C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé que l'on ne peut reprocher à une Cour d'appel d'avoir violé l'article 16 et méconnu le principe de la contradiction en soulevant d'office le moyen tiré du défaut de publication du coefficient applicable à la fixation du prix du bail, sans inviter les parties à présenter leurs observations sur ce point (1).

De même, le 16 juillet 1980, la Cour de cassation a décidé que le juge qui relevait d'office, conformément à l'article 125 du nouveau Code de procédure civile, la fin de non-recevoir d'ordre public résultant de l'expiration du délai imparti pour sa saisine n'était pas tenu de provoquer préalablement les explications des parties (2). Il s'agissait d'un moyen de défense autre que l'exception de nullité mais il n'en demeurait pas moins que la Cour de cassation s'était montré hostile à l'application du principe de la contradiction lorsque les fins de non-recevoir étaient d'ordre public. La question se posait de savoir si les exceptions de nullités d'ordre public ne devaient pas faire l'objet d'un régime spécial et échapper au principe de la contradiction.

Les arrêts de la Chambre mixte rendus le 10 juillet 1981 (3) apportent une réponse négative à cette question. En prenant soin de viser l'article 16 du décret du 9 septembre 1971 modifié par le décret du 20 juillet 1972,

(1) Civ. 3ème, 24 octobre 1979, Gaz. Pal. 2 et 3 janvier 1980.

(2) Civ. 2ème, 16 juillet 1980, Bull. civ. IIème, n° 186, p. 127.

(3) Cass. mixte, 10 juillet 1981, Gaz. Pal. 1981-2-627 (note J. Viatte), D. 1981-637 (concl. Cabannes), Bull. cass. 1981-9.

le juge est obligé de provoquer les explications des parties lorsqu'il relève d'office une fin de non-recevoir ou une exception de nullité d'ordre public. Le principe de la contradiction s'impose en toute circonstance.

Depuis cette décision, la Cour de cassation semble considérer que les juges ont l'obligation d'inviter les parties à faire connaître leurs observations lorsqu'ils relèvent d'office une fin de non-recevoir d'ordre public ou une exception de nullité d'ordre public (1). Ce principe ne s'applique pas si le moyen est *"nécessairement dans la cause"* (2), position logique qui demeure inchangée.

Cependant, ce problème n'aurait jamais dû se poser, le principe de la contradiction étant un principe général constant.

§ 2 - LA CONSTANCE DU PRINCIPE GÉNÉRAL : L'OBLIGATION DE RESPECTER LE PRINCIPE DE LA CONTRADICTION.

428. Le juge, comme les plaideurs, a l'obligation de respecter le principe de la contradiction. En effet, il s'agit d'un principe directeur de la procédure qui s'impose aux parties et au juge d'autant plus que la nouvelle rédaction de l'article 16 le prescrit formellement.

(1) Com. 30 novembre 1982, Bull. civ. IVème, n° 390, p. 325.

(2) Civ. 1ère, 12 juillet 1982, Bull. civ. Ière, n° 260, p. 224 ; Civ. 1ère, 15 décembre 1982, Bull. civ. Ière, n° 364, p. 312.

A - UN PRINCIPE DIRECTEUR DE LA PROCEDURE.

429. "Que le respect des droits de la défense constitue au sens plein une donnée du droit naturel, c'est ce qui ne paraît guère niable" écrivait Motulsky (1). Malgré les réformes successives de l'article 16, le respect des droits de la défense demeure un principe fondamental de notre droit.

C'est de la garantie des droits de la défense qu'est directement issu le principe de la contradiction (2).

Au-delà des réformes, ce principe conserve toute sa valeur. L'obligation pour le juge de ne pas se déterminer sur un moyen non soumis au débat procède directement de ce principe. "Le juge est tenu d'appliquer d'office la loi ; il est tenu en plus de mettre préalablement les plaideurs à même de se livrer à une discussion contradictoire à ce sujet" (3). Une exception à un tel principe ne pourrait être admise que si elle était clairement exprimée. Or, lorsque le législateur ampute les textes légaux du respect dû à ce principe, il n'exprime rien à ce sujet. Le principe de la contradiction est indiscutablement un principe directeur de la procédure qui trouve sa source dans le principe fondamental du respect des droits de la défense. Le juge est donc tenu de provoquer un débat contradictoire lorsqu'il relève d'office un vice de forme ou une irrégularité de fond.

(1) Motulsky, "Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile", Mélanges Roubier, 1961, t. 2, p. 175 et s.

(2) Vincent, op. cit., n° 390 ; Hébraud, Rev. trim. dr. civ. 1956, p. 389 ; Motulsky, op. cit., Mélanges Roubier, 1961, t. 2, p. 175 et s.

(3) Motulsky, "La cause de la demande", Ecrits et notes de procédure civile, n° 12 et 36.

L'interdiction de soulever d'office des moyens, même de droit sans provoquer un débat contradictoire des parties sur ce point préexistait aux décrets de 1971 et de 1972 qui n'ont fait que rappeler ce principe supérieur.

430. La disparition de ce rappel dans le texte de 1976 n'avait pas eu pour effet de l'effacer. Il subsistait car il est un principe directeur de la procédure. Il a une valeur supérieure. Ce n'est pas parce qu'un principe général est repris dans un décret qu'il peut être ensuite aboli par un autre décret et surtout par un silence.

Depuis 1979, il est de nouveau expressément mentionné dans un texte législatif: l'article 16.

Mais cette réaffirmation expresse est indifférente. Le principe de la contradiction est un principe général et fondamental du droit qui existe indépendamment de tous décrets. Seul le législateur, sous réserve du contrôle du Conseil constitutionnel, pourrait le supprimer. Il est à souhaiter que le législateur ne le veuille pas et que la Cour de cassation continue à interdire aux juges de soulever des moyens sans en avertir les parties. *"Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue par le juge ou au moins appelée à fournir ses défenses"*. Le principe de la contradiction est une garantie élémentaire de bonne justice. Lorsqu'il relève d'office une nullité pour vice de forme ou pour irrégularité de fond, le juge doit respecter ce principe.

B - LA REDACTION DU NOUVEL ARTICLE 16.

431. Le décret du 12 mai 1981 a modifié l'article 16 du décret du 20 juillet 1976. Le premier alinéa est celui de l'article 16 du décret du 9 septembre 1971, l'alinéa 2 reprend celui du nouveau Code modifié par le décret du 24 juillet 1976, l'alinéa 3 reproduit l'alinéa 2 du décret du 9 septembre 1971 après sa modification par le décret du 20 juillet 1972.

Le nouveau texte contient deux règles : le juge doit faire observer le principe de la contradiction par les parties et il doit l'observer lui-même.

432. La portée de cet article ne peut apparaître qu'en la comparant aux textes antérieurs : l'article 16 tel qu'il résulte du décret du 9 septembre 1971 modifié par le décret du 20 juillet 1972 permettait au juge de soulever d'office des moyens de droit tout en l'obligeant à inviter les parties à présenter leurs observations. La Cour de cassation veillait au respect de ce texte (1).

Par référence aux textes précédents, la réforme réalisée par le décret du 24 juillet 1976 laissait supposer que le principe de la contradiction n'avait plus à être respecté lorsque le juge soulevait d'office un moyen de droit. Une partie de la doctrine s'était insurgée contre cette

(1) Civ. 1ère, 7 juillet 1976, J.C.P. 1976-2-18504 ; Civ. 3ème, 23 mars 1977 et Com. 22 juin 1977, D. 1977, Inf. Rap. 411.

impression (1) alors qu'une autre avait estimé que le principe de la contradiction subsistait (2).

Cette dernière interprétation aurait pu être retenue par le Conseil d'Etat. Il aurait pu considérer que le pouvoir de juge de "*relever d'office des moyens de droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties*" tel qu'il résulte de l'article 12 alinéa 3 du nouveau Code de procédure civile devait être combiné avec l'obligation d'observer le principe de la contradiction.

Cette interprétation aurait pu se fonder sur des arrêts qui pouvaient être pris en considération. Ces décisions affirmaient que "*le juge ne peut retenir dans sa décision que les explications qu'il a recueillies contradictoirement*" (3) et qu'il "*doit en toutes circonstances faire observer le principe de la contradiction*" (4). Mais cette jurisprudence n'était pas satisfaisante car elle laissait apparaître, à côté des moyens de droit mélangés de faits toujours soumis à la contradiction (5), des moyens de pur droit non soumis au débat contradictoire (6).

Pour assurer l'uniformité de l'application du principe de contradiction, il fallait modifier les textes légaux en annulant à la fois l'article 12 alinéa 3 qui accordait au

(1) Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 826 ; Normand, Rev. trim. dr. civ. 1977, p. 181.

(2) Bénabent, "Les moyens relevés en secret par le juge", J.C.P. 1977-1-2849 ; Wiederkehr, "Droits de la défense et procédure civile", D. 1978-1, chron. 36.

(3) Civ. 2ème, 21 juin 1978, D. 1979-1-561.

(4) Civ. 2ème, 6 juillet 1978, J.C.P. 1979-2-19214.

(5) Civ. 1ère, 29 novembre 1978, 2ème espèce, D. 1979-1-381.

(6) Civ. 1ère, 29 novembre 1978, 1ère espèce, D. 1979-1-381.

juge le pouvoir de relever d'office des moyens de pur droit et l'article 16 alinéa 1 en tant qu'il dispensait "le juge d'observer le principe de la contradiction des débats, lorsqu'il relève d'office un moyen de pur droit". C'est dans le sens de cette suppression que s'est prononcé le Conseil d'Etat. Désormais, le juge devra observer lui-même et faire observer le principe de la contradiction. Il ne pourra relever d'office un vice de forme ou une irrégularité de fond sans provoquer les explications des parties.

Ainsi, le nouvel article 16 tel qu'il résulte de la décision du Conseil d'Etat et le caractère du principe de la contradiction qui est un principe directeur de la procédure oblige le juge à respecter lui-même le principe de la contradiction lorsqu'il soulève d'office une irrégularité de fond ou un vice de forme à caractère d'ordre public.

433. L'intervention du juge reste soumise aux principes directeurs, de la procédure civile destinée à protéger les plaideurs à la fois de l'équité du magistrat et des manoeuvres d'un adversaire peu scrupuleux. La mise en oeuvre des nullités de procédure obéissent à des principes et des règles stricts que personne ne peut transgresser.

CONCLUSION

434. Tout système juridique respecte certaines finalités. Le système des nullités de procédure repose sur quatre valeurs essentielles : la sécurité, la rapidité, la justice et le progrès.

Les rédacteurs du nouveau Code de procédure civile ont voulu garantir les droits des plaideurs tout en recherchant une solution rapide et équitable du procès, en tenant compte des *"besoins d'un monde moderne où les facteurs "argent" et "temps" priment toute autre considération"* (1).

Si le rôle du juge et la nécessité d'une certaine souplesse dans l'application des règles de droit sont importants, il n'en demeure pas moins que la sécurité est une valeur première.

L'instauration d'un ensemble de règles n'est justifiée que s'il permet de prévoir les conséquences de chaque acte. Un plaideur, même mécontent de l'issue du procès, s'inclinera si la mise en oeuvre de la règle est stricte. S'il ressent la moindre partialité ou la moindre incertitude dans son application, il n'aura plus confiance en ses juges (2).

(1) Cl. Parodi, "L'esprit général et les innovations du nouveau Code de procédure civile", Rép. Defrénois 1976, art. 31120, 737.

(2) N.J. Mazen, "L'insécurité inhérente au système juridique", Thèse Dijon 1979, p. 661, n° 457.

Cependant, la rigueur n'est pas une finalité mais un moyen de mise en oeuvre de la sécurité juridique. Le respect des conditions de fond et de forme protège des incertitudes générateurs d'insécurité.

435. L'exigence de la sécurité et le refus de l'arbitraire impose des règles de droit s'insérant dans un système juridique qui doit s'adapter aux besoins de la réalité. Pour éliminer l'insécurité, il faudrait que la loi offre une solution pour chaque problème concret de la vie. Ce qui est difficile. Tout système juridique est donc imparfait. Celui des nullités de procédure l'est pour trois raisons différentes.

Il n'énonce aucune définition de l'acte de procédure, ni de l'ordre public ni du vice de forme ni de l'irrégularité de fond.

Il s'inspire trop du concept de l'acte juridique qui exige des conditions de fond et des conditions de forme en oubliant la spécificité de l'acte de procédure où la volonté doit respecter les formes prescrites par la loi pour assurer la protection des plaideurs et la bonne administration de la justice.

La méthode utilisée par le nouveau Code de procédure civile est inadaptée. En créant des catégories dont les limites sont trop étroites et la terminologie trop vague, un certain nombre d'irrégularités de fond ou de vices de forme peuvent difficilement être sanctionnés, faute d'avoir été prévu par la loi et faute d'avoir omis de préciser si l'énumération légale, lorsqu'elle existe, est énonciative ou limitative.

La jurisprudence a tenté quelquefois de tempérer ces inconvénients. Mais sans grand succès ! Elle qualifie une irrégularité dans le but de la soumettre au régime qu'elle souhaite appliquer. Il est fréquent aussi qu'elle la sanctionne sans indiquer la qualification retenue en utilisant des termes qui permettent toutes les interprétations. Mais il est possible de proposer des remèdes destinés à atténuer l'insécurité que le plaideur peut ressentir. Il faut rechercher des solutions, permettant, de façon légale d'améliorer le système des nullités tout en essayant de parvenir à un équilibre entre deux impératifs : freiner le laxisme de certains praticiens en assurant le respect des conditions de forme et des conditions de fond et éviter les manoeuvres dilatoires que peuvent engendrer les nullités de procédure.

436. Il ne s'agit pas de remanier intégralement le système mais de proposer une légère modification des textes actuels.

On peut renoncer à modifier l'article 114 du nouveau Code de procédure civile car en exigeant la preuve d'un grief, cette disposition combat les abus et les manoeuvres de plaideurs peu scrupuleux. On ne voit pas quel serait le critère des formalités soumises à un régime moins sévère car elles sont règlementées par le nouveau Code de procédure civile et prescrites "à peine de nullité".

Il est préférable de laisser la jurisprudence continuer son interprétation mais en contraignant le juge à respecter, dans tous les cas, le principe de la contradiction, même lorsque la nullité est d'ordre public.

C'est donc dans le domaine des nullités pour irrégularité de fond qu'il faut rechercher une amélioration du système en procédant à une extension de cette catégorie qui n'exige pas la preuve d'un préjudice.

La Cour de cassation se prononce en faveur d'une interprétation limitative de l'énumération de l'article 117. Mais il ne semble pas que les rédacteurs du nouveau Code de procédure civile l'ait ainsi décidé. L'article 117 ne doit pas être pris isolément mais replacé dans son contexte. Les dispositions des articles qui lui font suite parlent "*de l'inobservation des conditions de fond*". Il existe donc, dans l'esprit des rédacteurs du nouveau Code de procédure civile, d'autres causes de nullité que celles qui résultent du défaut de capacité ou de pouvoir. Entreraient dans cette catégorie l'incompétence de l'huissier ou l'omission d'un acte.

Pour permettre à la jurisprudence de sanctionner des irrégularités de fond qui ne figurent pas expressément dans la liste établie par l'article 117, il faut apporter une légère modification aux textes actuels.

Il est nécessaire d'introduire une disposition générale exposant que les exceptions de nullité peuvent être fondées sur un vice de forme ou une irrégularité de fond. Puis il convient de modifier l'article 117 en indiquant que la nullité des actes de procédure peut être invoquée pour inobservation des règles de fond, les diverses causes de nullité énumérées par l'article 117 ne devant constituer que des exemples d'irrégularités de fond.

Ces propositions de solution ne mettront peut être pas fin au contentieux des nullités mais elles permettront à la jurisprudence de sanctionner de graves irrégularités sans être obligé de se fonder sur une notion déformée.

BIBLIOGRAPHIE

MANUELS GÉNÉRAUX.

ARGENSON J. et TOUJAS G., Cours de droit civil français, 7ème éd., 2 vol., Librairies Techniques, 1961.

AUBRY Ch. et RAUCH, Règlement judiciaire, liquidation de biens, 4ème éd., 12 vol., Librairies Techniques, 1973.

BEUDANT Ch., Cours de droit civil français, 2ème éd., 2 vol., Rousseau, 1934-1953.

BIOCHE Ch., Dictionnaire de procédure civile et commerciale, 4ème éd., 6 vol., Durand, 1864.

BOITARD J. et COLMET-DAAGE G.F., Leçons de procédure civile, 14ème éd., 2 vol., Pichon, 1885.

BONCENNE P., Théorie de procédure civile, 6 vol., Poitiers 1828, Paris 1863.

BONFILS H., Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale, 1 vol., Rousseau, 1885.

CARBONNIER J., Droit civil, 10ème éd., 4 vol., Thémis, 1974.

CARRE G. et CHAUVEAU A., Lois de la procédure civile et administrative, 4ème éd., 12 vol., de la Motte, 1861-1867.

CARRE G. et CHAUVEAU A., Questionnaire, de la Motte.

CARRE de MALBERG R., Contribution à la théorie générale de l'Etat, 1 vol., Sirey, 1920.

CATALA P. et TERRE F., Procédure civile et voies d'exécution, 1 vol., Thémis, 1976.

COLIN A., CAPITANT H. et JULLIOT de la MORANDIERE L., Cours élémentaire de droit civil français, 8ème éd., 2 vol., Dalloz, 1934.

COLIN A., CAPITANT H. et JULLIOT de la MORANDIERE L., Traité de droit civil, 12ème éd., 2 vol., Dalloz, 1953.

CORMENIN L.M., Questions de droit administratif, 5ème éd., 2 vol., Pagnerre, 1840.

- CORNU G. et FOYER J., Procédure civile, 2ème éd., 1 vol.,
Thémis, 1960.
- COUCHEZ G., Procédure civile, 2ème éd., 1 vol., Sirey, 1981.
- CUCHE P. et VINCENT J., Précis de procédure civile et
commerciale, 11ème éd., 1 vol., Dalloz, 1958.
- CUQ E., Institutions juridiques des Romains, 4ème éd., 2 vol.,
Plon, 1928.
- DEMOLOMBE C., Cours de droit civil, 31 vol., 1845.
- DUGUIT L., Etudes de droit public, 2 vol., Fontemoing,
1901-1903.
- DUGUIT L., Traité de droit constitutionnel, 3ème éd., 5 vol.,
E. de Boccard, 1924-1938.
- ELLUL J., Histoire des institutions, 6ème éd., 5 vol., Thémis,
1956.
- FOUCARD, Eléments de droit public et administratif, 4ème éd.,
3 vol., 1856.
- GARSONNET E. et CEZARD-BRU Ch., Traité théorique et pratique
de procédure, 2ème éd., 8 vol., Larose, 1898-1904.
- GENY F., Science et technique du droit privé positif, 1ère éd.,
4 vol., Léon Tenin, 1914-1924.
- GERANDO, Programme du Cours de droit public et administratif.
- GHESTIN J., Traité de droit civil, introduction générale,
2ème éd., 1 vol., L.G.D.J., 1982.
- GIFFARD A.E., Précis de droit romain, 4ème éd., 1 vol., Dalloz,
1951.
- GIRARD P.F., Manuel élémentaire de droit romain, 6ème éd.,
1 vol., Rousseau, 1918.
- GLASSON E.D., Précis théorique et pratique de procédure civile,
2 vol., Pichon et Durand-Auzias, 1902.
- GLASSON E.D. et TISSIER A., Précis théorique et pratique de
procédure civile, 2ème éd., 2 vol., Pichon et Durand-Auzias,
1902.

GLASSON E.D., TISSIER A. et MOREL R., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence, de procédure civile*, 3ème éd., 5 vol., Sirey, 1925-1926.

HAURIOU M., *Précis de droit administratif*, 10ème éd., Tenin, 1921.

LAURENT F., *Principes de droit civil français*, 8 vol., Durand, 1869-1903.

MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil*, 3ème éd., 4 vol., Sirey, 1976.

MAZEAU H. et L., De JUGLART M., *Leçons de droit civil*, 7ème éd., 4 vol., Montchrétien, 1973.

MONIER R., *Manuel élémentaire de droit romain*, 2 vol., Montchrétien, rééd. 1947-1954 année 1970.

MOREL R., *Traité élémentaire de procédure civile*, 1ère éd., 1 vol., Sirey, 1936-1937.

MOTULSKY H., *Droit processuel*, Montchrétien, 1973.

PIGEAU E., *Commentaires*, 1827.

PLANIOL M. et RIPERT G., *Traité élémentaire de droit civil*, 12ème éd., 3 vol., Pichon et Durand-Auzias, 1942-1946.

POTHIER R.J., *Oeuvres*, 11 vol., Plon, 1825.

RODIERE R., *Cours de compétence et de procédure en matière civile*, 4ème éd., 1 vol., Dalloz, 1875.

SOLUS H. et PERROT R., *Droit judiciaire privé*, 2 vol., Sirey, 1961.

TIMBAL P.C., *Histoire des institutions*, 6ème éd., 1 vol., Dalloz, 1979.

VILLIERS R., *Rome et le droit privé*, 1 vol., A. Michel, 1977.

VINCENT J., *Procédure civile*, 20ème éd., 1 vol., Dalloz, 1981.

VIZIOZ H., *Etudes de procédure civile*, 1 vol., Bière, 1956.

WEIL A., *Obligations*, 5ème éd., 1 vol., t. 4, Dalloz, 1983.

MANUELS SPÉCIALISÉS ET THÈSES.

- BIEVILLE (de) M., Les nullités des actes de procédure en matière civile, Thèse, Paris, 1947.
- BLANC E. et VIATTE J., Nouveau Code de procédure civile commenté, 3 vol., Librairie du journal des notaires et des avocats, 1979.
- BOLARD G., Essai sur l'application judiciaire du droit international privé, Thèse, Dijon, 1968.
- DAVID R., Le droit anglais, Coll. Que sais-je ?, P.U.F., 1975.
- DUPEYRON Ch., La régularisation des actes nuls, Thèse, Toulouse, 1971.
- FOYER, L'autorité de la chose jugée, essai d'une définition, Thèse, Paris, 1954.
- HAMELIN et DAMIEN, Nouvel abrégé des règles de la profession d'avocat, 1 vol., 1973.
- JAPIOT R., Des nullités en matière d'actes juridiques, Thèse, Dijon, 1909.
- LESAGE M., Le droit soviétique, Coll. Que sais-je ?, P.U.F., 1975.
- LEVY BRUHL H., La preuve judiciaire, Etudes de sociologie politique, Rivière, 1964.
- MALAURIE P., L'ordre public et le contrat, Thèse, Paris, 1953.
- MAZEN N.J., L'insécurité inhérente au système juridique, Thèse, Dijon, 1979.
- MOTULSKY H., Ecrits I, Etudes et notes de procédure civile, 1 vol., Dalloz, 1973.
- MOTULSKY H., Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Thèse, Lyon, 1948.

PERROT R., Cours de droit judiciaire privé, Les cours de droit, 1977-1978.

PIGEAU E., Procédure civile du Chatelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du Royaume, 2 vol., Veuve Dessaint, 1787.

SOLON V.H., Théorie sur la nullité des conventions et des actes en tout genre en matière civile, Thèse, Paris, 1835.

THOMASSIN, Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, Thèse, Toulouse, 1973.

VINCENS G., Les nullités de procédure civile, Thèse Montpellier, 1965.

ARTICLES, CHRONIQUES ET ETUDES.

ALGAVE, Définition de l'ordre public en matière civile, Revue pratique de droit administratif, 1868, p. 425-444.

BENABENT A., Les moyens relevés en secret par le juge, J.C.P. 1977-1-2849.

BENABENT A., Jugements, Encyclopédie Dalloz.

BERRIAT SAINT-PRIX Ch., Observations sur la législation relative aux nullités de procédure, Mémoires de l'Académie des Sciences morales et politiques, 1844, p. 592.

BLANC E., La nouvelle procédure civile, Journal des notaires et des avoués, 1973 p. 133.

BOYER G., Les effets des jugements à l'égard des tiers, Revue trimestrielle de droit civil, 1951, p. 163.

DUGUIT L., L'acte administratif et l'acte juridictionnel, Revue de droit public, 1906, p. 449.

CEZAR-BRU Ch., Lois nouvelles, D. 1933-1-82.

CHEVALLIER J., Loi du 12 janvier 1933, D. 1933-1-79.

DURRY G., L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français, Travaux association Capitant, 1961-1962, t. 14, p. 618.

GIVERDON Cl., Les nullités et les fins de non-recevoir dans la procédure d'appel, Gaz. Pal., 14-15 juillet 1982.

GIVERDON Cl., La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice, D. 1952, Chron. 85.

GIVERDON Cl., Questions de procédure civile, Régime des exceptions de nullité, Gaz. Pal. 1973-2-623.

GIVERDON Cl., Actes de procédure, Encyclopédie Dalloz.

HEBRAUD P., La discussion contradictoire comme garantie des droits de la défense, Revue trimestrielle de droit civil, 1964, p. 160. X

HEBRAUD P., Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, Mélanges Maury, 1960, p. 419.

HOUIN R., Les incapacités, Revue trimestrielle de droit civil, 1947, p. 383.

JAPIOT R., La théorie des exceptions de procédure, Recueil périodique de procédure civile, 1916, p. 7.

JEZE G., De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel, Revue de droit public 1913, p. 437.

JEZE G., L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux, Revue de droit public, 1909, p. 667.

JEZE G., Les principes généraux du droit administratif, Revue générale d'administration 1903, p. 269.

JULLIOT de la MORANDIERE L., L'ordre public en droit privé interne, Etudes Capitant 1939, p. 391.

LEMEE J., La règle "pas de nullité sans grief" depuis le nouveau Code de procédure civile, Revue trimestrielle de droit civil, 1983, p. 43.

LEPOINTE G., La preuve judiciaire dans les Codes napoléoniens, Sociétés Jean Bodin "La preuve".

LEVEL P., Sur la notion de formalité substantielle en droit judiciaire privé, Recueil général Lois et Décrets, 1959, Doctrine p. 5. J

LOPIN Y., Action, Jurisclasseur de procédure civile.

MEURISSE P., La représentation de l'Etat devant les tribunaux judiciaires, Gaz. Pal. 1952, Doctrine 54.

MIMIN P., Les moyens d'ordre public et l'office du juge, J.C.P. 1946-1-542.

MOTULSKY H., La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, D. 1964, Chron. 235.

MOTULSKY H., Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense, Mélanges Roubier, 1961, p. 175.

MOTULSKY H., La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1935 et les principes directeurs du procès, J.C.P. 1966-1-1996.

NOIREL, Le droit civil contemporain et les situations de fait, Revue trimestrielle de droit civil, 1959, p. 456.

NORMAND J., Le juge et le litige, D. 1965, Chron. 140.

PARODI Cl., L'esprit général et les innovations du nouveau Code de procédure civile, Répertoire Defrénois 1976-1, article 31120.

POLLET R., Nullités, Encyclopédie Dalloz de procédure civile, 1956.

RUSQUEC (du) E., Nullités et griefs, un retour à la raison, Gaz. Pal. 1977, Doctrine 552.

SAVATIER R., Structures matérielles et structures juridiques, Etudes Ripert 1950, p. 75.

SEGUR L., L'inexistence en procédure civile, J.C.P. 1968-1-2129.

SOTO (de) J., La notion de juridiction, D. 1956, Chron. 45.

TISSIER A., Le centenaire du Code de procédure civile et les projets de réforme, Revue trimestrielle de droit civil, 1906, p. 608.

TOMASIN D., Nullités des actes de procédure, Jurisclasseur de procédure civile.

VINCENT J., La procédure civile et l'ordre public, Mélanges Roubier, 1961, p. 303.

VISMARD M., Rédaction des actes d'huissier, Jurisclasseur de procédure civile.

WALINE J., Du critère des actes juridictionnels, Revue de droit public 1933, p. 565.

X WIEDERKEHR G., Droit de la défense et procédure civile, *2*
D. 1978, Chron. 36.

TABLE DES MATIERES

<u>INTRODUCTION</u>	1
<u>PREMIERE PARTIE : LE DOMAINE DES NULLITES DE PROCEDURE</u>	15
<u>TITRE I - LES ACTES DE PROCEDURE</u>	17
<u>CHAPITRE I - LA NOTION D'ACTE DE PROCEDURE</u>	19
<u>Section I - Les difficultés d'élaboration d'une définition</u>	19
§ 1 - Les controverses doctrinales.....	19
A - L'acte de procédure, acte instru- mentaire.....	20
B - L'acte de procédure, acte instru- mentaire et acte juridique.....	21
§ 2 - L'origine des controverses doctrinales..	24
A - L'"instrumentum".....	24
B - Le "negotium".....	25
<u>Section II - Les éléments caractéristiques de l'acte de procédure</u>	27
§ 1 - La double nature de l'acte de procédure.....	27
A - L'écrit.....	27
B - L'acte de volonté.....	29
§ 2 - La sanction de l'acte de procédure irrégulier.....	34
A - Le régime.....	34
B - Les effets.....	35
<u>CHAPITRE II - LA DETERMINATION DES ACTES DE PROCEDURE</u>	39
<u>section I - Les actes du juge et de ses auxiliaires</u> ..	40
§ 1 - Les hésitations doctrinales.....	41
A - Les réponses doctrinales affirmatives...	41
B - Les réponses doctrinales négatives.....	43

§ 2 - Les caractères des actes du juges.....	45
A - Une nature différente.....	46
B - Un régime différent.....	49
C - Des effets différents.....	51
<u>Section II</u> - <u>Les actes des parties ou de leurs</u> <u>mandataires</u>	54
§ 1 - Les actes des <u>avocats</u> ou des avoués.....	55
A - La double nature.....	55
B - Le régime juridique.....	56
§ 2 - Les actes des <u>huissiers</u>	59
A - Les éléments constitutifs.....	59
B - Les articles <u>649</u> et <u>694</u> du nouveau Code de procédure civile.....	63
<u>TITRE II - LES NULLITES DE PROCEDURE ET LES</u> <u>SANCTIONS VOISINES</u>	66
<u>CHAPITRE I - LES NULLITES ET LA DECHEANCE</u>	68
<u>Section I</u> - <u>La rigueur de la sanction de déchéance</u> ..	70
§ 1 - L'automatisme de la sanction.....	70
A - Le principe.....	70
B - Les exceptions au principe.....	71
§ 2 - Les effets de la sanction.....	74
A - Les effets à l'égard de l'acte.....	74
B - Les effets à l'encontre des personnes...	75
<u>Section II</u> - <u>L'atténuation possible</u>	77
§ 1 - L'existence d'un grief.....	77
A - La décision du tribunal de grande instance de Saint-Etienne.....	77

	Pages
B - Les critiques.....	78
§ 2 - La position de la Cour de cassation....	79
A - La position de la Cour de cassation avant 1972.....	80
B - La position de la Cour de cassation depuis 1972.....	81
<u>CHAPITRE II - LES NULLITES ET LES FINS DE NON- RECEVOIR.....</u>	84
<u>Section I - Une distinction théorique aisée.....</u>	85
§ 1 - La nature des fins de non-recevoir.....	85
A - La doctrine.....	85
B - Les textes législatifs.....	88
§ 2 - Le domaine des fins de non-recevoir....	89
A - Le jugement.....	90
B - Les parties.....	91
C - L'expiration des délais de procédure...	95
<u>Section II - Une distinction pratique difficile.....</u>	98
§ 1 - Les risques de confusion.....	98
A - Les similitudes de régimes.....	99
B - Les hésitations de qualification.....	101
§ 2 - Les incertitudes jurisprudentielles....	104
A - L'erreur de qualification.....	105
B - L'absence de qualification.....	108

<u>CHAPITRE III - LES NULLITES DE PROCEDURE ET L'INEXISTENCE.....</u>	111
<u>Section I - Les difficultés d'une distinction.....</u>	113
§ 1 - L'inexistence, complément des nullités.	114
A - La mise en oeuvre des nullités et l'inexistence.....	114
B - Les effets des nullités et l'inexis- tence.....	117
§ 2 - L'inexistence, concurrent des nullités.	118
A - La notion de formalité substantielle...	119
B - Le raisonnement de la Cour de cassation.....	120
<u>Section II - Une illustration pratique : le défaut de signature de l'huissier instrumen- taire.....</u>	122
§ 1 - La période antérieure à 1972.....	123
A - La position de la jurisprudence.....	123
B - La position de la doctrine.....	127
§ 2 - La période postérieure à 1972.....	129
A - L'article 648 du nouveau Code de procédure civile.....	129
B - La persistance de la notion d'inexis- tence.....	133
<u>DEUXIEME PARTIE : LA MISE EN OEUVRE DES NULLITES DE PROCEDURE.....</u>	136
<u>TITRE I - LES TYPES DE NULLITES.....</u>	138
<u>CHAPITRE I - LES NULLITES POUR VICE DE FORME.....</u>	140
<u>Section 1 - L'existence d'un texte de loi.....</u>	140

§ 1 - L'article 114 alinéa 1 du nouveau Code de procédure civile.....	141
A - Le principe : "pas de nullité sans texte".....	141
B - L'exception au principe : la formalité substantielle.....	146
§ 2 - Les atteintes portées au principe de l'article 114.....	155
A - Les actes accomplis dans des formes différentes de celles prévues par la loi.....	156
B - L'irrégularité dans la motivation de l'acte de procédure.....	166
<u>Section II</u> - <u>L'existence d'un grief</u>	174
§ 1 - La notion de grief.....	175
A - La conception restrictive du grief.....	176
B - Les inconvénients de cette conception...	185
§ 2 - La preuve du grief.....	198
A - Le rôle des parties et du juge.....	199
B - L'appréciation du grief par le juge.....	205
<u>CHAPITRE II</u> - <u>LES NULLITES POUR IRREGULARITE DE FOND</u>	217
<u>Section I</u> - <u>L'article 117 du nouveau Code de procédure civile</u>	218
§ 1 - Les irrégularités de fond affectant les parties au procès.....	218
A - Le défaut de capacité d'ester en justice.....	219
B - Le défaut de pouvoir.....	222

§ 2 - Le défaut de représentation.....	226
A - Devant les juridictions où la représentation est obligatoire.....	227
B - Devant les juridictions où la représentation est facultative.....	229
<u>Section II - Le problème de l'extension des causes légales de nullité.....</u>	232
§ 1 - Les controverses doctrinales.....	233
A - L'interprétation limitative de l'énumération légale.....	234
B - L'interprétation extensive de l'énumération légale.....	237
§ 2 - Le choix de la jurisprudence.....	241
A - L'évolution jurisprudentielle.....	242
B - La solution jurisprudentielle.....	247
<u>TITRE II - LES AUTEURS DE LA MISE EN OEUVRE DES NULLITES DE PROCEDURE.....</u>	252
<u>CHAPITRE I - LE ROLE DES PLAIDEURS.....</u>	254
<u>Section I - Les titulaires de l'exception de nullité.....</u>	255
§ 1 - La détermination des règles d'ordre public.....	255
A - Essai d'une définition de l'ordre public processuel.....	256
B - Les attributs de la règle d'ordre public et de sa sanction.....	262
§ 2 - La détermination des règles d'ordre privé.....	263
A - La notion d'"ordre privé".....	264
B - Le régime de la nullité d'ordre privé...	268

	Pages
<u>Section II - L'ordre de présentation des nullités de procédure.....</u>	271
§ 1 - L'évolution de l'ordre de présentation.....	271
A - Avant le Code de procédure civile de 1806.....	271
B - Du Code de procédure civile de 1806 jusqu'à la réforme de 1972.....	277
§ 2 - Le régime actuel.....	280
A - Les nullités pour vice de forme.....	281
B - Les nullités pour irrégularité de fond.....	284
<u>CHAPITRE II - LE ROLE DU JUGE.....</u>	288
<u>Section I - L'intervention du juge.....</u>	288
§ 1 - Le pouvoir du juge.....	289
A - Le pouvoir du juge en matière de nullité pour irrégularité de fond.....	289
B - Le pouvoir du juge en matière de nullité pour vice de forme.....	292
§ 2 - L'obligation de prononcer la nullité..	295
A - Le principe de la régularisation.....	296
B - Les conditions de la régularisation...	299
<u>Section II - Le principe de la contradiction.....</u>	301
§ 1 - Les modifications subies par l'article 16.....	302
A - Les vicissitudes subies par l'article 16.....	302
B - L'arrêt du Conseil d'Etat du 12 octobre 1979 et ses conséquences...	308

	Pages
§ 2 - La constance du principe général : l'obligation de respecter le principe de la contradiction.....	311
A - Un principe directeur de la procédure.....	312
B - La rédaction du nouvel article 16.....	314
CONCLUSION.....	317
BIBLIOGRAPHIE.....	323

301 - 322

LES NULLITES DE PROCEDURE
EN MATIERE CIVILE

=====

RESUME

===

Peu d'ouvrages sont consacrés à l'étude des nullités de procédure. Elles méritent pourtant de retenir l'attention. En sanctionnant l'inobservation des conditions de fond et de forme prescrites par la loi, elles assurent le bon fonctionnement de la justice et protègent les intérêts des plaideurs. La dualité de cette fonction pose au législateur un problème difficile à résoudre : doit-on privilégier le rôle repressif ou le rôle préventif ? Deux solutions sont envisageables. Chacune donne naissance à deux systèmes différents : celui des " nullités légales " ou de " l'automatisme des nullités " et celui des " nullités comminatoires ". Le choix est difficile. C'est la raison pour laquelle l'histoire des nullités de procédure de l'époque romaine à nos jours est marquée par d'incessantes fluctuations. Le décret du 20 JUILLET 1970 n'a opté ni pour l'un ni pour l'autre de ces deux systèmes. Il opère une distinction entre les nullités pour vice de forme et les nullités pour irrégularité de fond, directement inspirée du droit civil tout en y apportant une modification concernant les nullités pour vice de forme dont le domaine est commun à celui des nullités pour irrégularité de fond mais dont la mise en oeuvre est différente.

Le domaine des nullités de procédure est à la fois restreint et spécifique. Les règles posées par les Articles 112 à 121 du Nouveau Code de Procédure Civile ne s'appliquent qu'aux actes de procédure et ne concernent que les nullités excluant d'autres sanctions procédurales voisines.

Le développement des relations juridiques qui accompagne l'essor d'une civilisation se caractérise notamment par l'accomplissement d'actes écrits nombreux et variés. Tout procès suppose donc une succession d'actes qui ne sont pas tous des actes de procédure. Pour les distinguer :

une étude sur la notion d'acte de procédure est nécessaire. Mais les textes légaux sont muets et la doctrine ne parvient pas à s'accorder sur la nature de l'acte de procédure. De nombreuses controverses suscitées par les ambiguïtés du terme qui est " instrumentum " et " negotium " jettent le trouble sur cette notion. Cependant cette recherche doctrinale n'est pas infructueuse. Chaque théorie émise contribue à mettre en évidence les éléments caractéristiques de l'acte de procédure. Ce dernier constitue une espèce particulière d'acte au sein du procès distincte des autres par sa double nature et par la sanction spécifique qui peut le frapper. L'expression " acte de procédure " désigne à la fois l'acte instrumentaire " instrumentum " et l'acte juridique " negotium ", ces deux composantes étant indissociables. Cette double nature ne permet pas à elle seule de déterminer parmi les actes accomplis au cours du procès ceux que l'on peut qualifier d'actes de procédure. Il existe un autre élément spécifique : la nullité qui sanctionne l'irrégularité. Le régime de cette sanction est particulier et ses effets sont lourds de conséquences pour le plaideur qui peut perdre son procès et pour l'auxiliaire de justice qui engage sa responsabilité civile et parfois pénale. Ces deux composantes permettent de déterminer au sein des actes du procès, les actes de procédure. Ce terme n'est réservé qu'aux actes accomplis par les auxiliaires de justice (huissiers, avocats et avoués. Les actes du juge doivent en être exclus. Leur nature, leur régime et leurs effets les en éloignent.

Les nullités de procédure côtoient d'autres sanctions procédurales qui, du fait de leur régime plus souple ou plus rigide risquent de se confondre avec les nullités. La déchéance qui sanctionne l'acte tardif est rigoureuse par son automatisme et ses effets qui s'apparentent à ceux des nullités. Pour en atténuer la rigueur, certaines juridictions ont décidé d'appliquer la règle posée par l'Article 114 du Nouveau Code de Procédure Civile en exigeant la preuve de l'existence d'un grief malgré la position de la Cour de Cassation qui refuse à juste titre, d'assimiler le régime de la déchéance à celui des nullités, l'inefficacité de l'acte trouvant son origine dans la déchéance du droit de le diligenter et non dans un vice de forme inhérent à celui-ci. Les dangers d'absorption des nullités par une sanction différente se manifestent aussi à l'égard des fins de non-recevoir. Les exceptions de nullité et les fins

de non-recevoir expriment la résistance que le demandeur oppose à son adversaire. Ces deux moyens de défense ont leurs caractères et produisent chacun des effets différents. Mais si leur distinction théorique est aisée, il n'en est pas de même dans la pratique lorsqu'elles viennent concurrencer les nullités pour irrégularité de fond. Les risques de confusion sont nombreux en raison des similitudes de régime et des hésitations de qualification. Les fins de non recevoir, comme l'existence constituent un " pôle d'attraction " pour les nullités de procédure. Les difficultés d'une distinction entre les nullités et l'inexistence trouvent leur origine dans le double rôle de l'inexistence qui tantôt complète les nullités et tantôt en concurrence leur application. Du fait de la proximité de nature et de régime juridique, la Cour de Cassation hésite à qualifier la sanction à appliquer et l'on assiste à de brusques revirements de jurisprudence comme en témoigne le défaut de signature de l'huissier. Dans la plupart des cas, les règles posées par les Articles 112 à 121 du Nouveau Code de Procédure Civile ne concernent que les nullités de procédure qui ne peuvent avoir lieu de plein droit et qui nécessitent une mise en oeuvre pour être prononcées.

Celle-ci varie selon le type de nullités et selon son auteur. Les nullités pour vice de forme sont soumises à une double condition édictée par l'Article 114 du Nouveau Code de Procédure. L'acte de procédure irrégulier n'est susceptible d'annulation que si la loi le prévoit expressément sauf en cas de violation d'une formalité substantielle. Ces prescriptions claires et impératives supposent un code sans lacune. Ce qui est rare en pratique et source d'incertitudes. Aussi subissent-elles de nombreuses atteintes. L'existence d'un grief est nécessaire pour le prononcé de la nullité. Cette condition n'est pas nouvelle mais elle comporte une innovation et pose deux problèmes : celui de la notification de grief que la Cour de Cassation conçoit de façon restrictive portant ainsi atteinte aux principes des droits de la défense, de la contradiction et au maintien d'une pratique correcte, et celui de la preuve du grief où le rôle des plaideurs et du juge est important et l'appréciation du grief difficile à effectuer. Les nullités pour irrégularité de fond ne sont pas soumises à de telles conditions. Mais en l'absence de disposition générale relative aux différentes causes de nullités, se pose le problème de savoir si l'énumération légale de l'Article 117 du Nouveau Code de

Procédure Civile est énonciative ou limitative. La doctrine est incertaine sur la réponse, la jurisprudence a choisi même si la position adoptée est lourde de conséquences.

Les nullités de procédure ne pouvant avoir lieu de plein droit, doivent être mises en oeuvre par les plaideurs et par le juge ou par l'un d'eux seulement. Le rôle des plaideurs est marqué par le caractère d'ordre public ou d'ordre privé de la règle violée. Celui-ci a des conséquences pratiques importantes puisqu'il détermine les titulaires de l'exception et, dans une moindre mesure, l'ordre de présentation. L'intervention du magistrat est toujours nécessaire mais son pouvoir varie selon le type de nullités. Cette distinction est dominée par le caractère d'ordre public ou d'intérêt privé de la règle violée. Mais la nullité n'est pas chaque fois prononcée, le juge peut demander aux plaideurs de régulariser l'acte irrégulier en respectant certaines conditions. Lorsqu'il prononce la nullité, le juge doit respecter le principe de la contradiction. Ce principe n'a pas toujours été respecté malgré la constance de ce principe directeur de la procédure.

Le système des nullités de procédure repose sur quatre valeurs essentielles : la sécurité, la rapidité, la justice et le progrès. Cependant il n'est pas parfait. Mais de légères modifications peuvent être proposées pour en améliorer l'application.