HAL
archives-ouvertes.fr

Les actes d'administration judiciaire en droit français et en droit brésilien : étude de procédure civile comparée

Roberta Azambuja de Magalhaes Pinto

▶ **To cite this version:**

Roberta Azambuja de Magalhaes Pinto. Les actes d'administration judiciaire en droit français et en droit brésilien : étude de procédure civile comparée. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2017. Français. <NNT : 2017PA01D026>. <tel-01592579v2>

HAL Id: tel-01592579
https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01592579v2

Submitted on 25 Sep 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE PARIS 1 – PANTHEON-SORBONNE

ECOLE DOCTORALE DE DROIT DE LA SORBONNE

LES ACTES D'ADMINISTRATION JUDICIAIRE EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT BRESILIEN

Etude de procédure civile comparée

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit privé

Présentée et soutenue publiquement le 7 juillet 2017 par

Roberta Azambuja de Magalhães Pinto

Membres du jury

Monsieur Loïc Cadiet, Directeur de thèse
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Ecole de droit de la Sorbonne)
Madame Teresa Arruda Alvim
Professeure à l'Université pontificale catholique de São Paulo (PUC/SP)
Monsieur Thomas Clay
Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, doyen honoraire de la Faculté de droit
Monsieur Antônio do Passo Cabral, Rapporteur
Professeur à l'Université de l'État du Rio de Janeiro (UERJ)
Monsieur Yves Strickler, Rapporteur
Professeur à l'Université Nice Sophia Antipolis

Mes remerciements les plus sincères à mon Directeur de thèse, Monsieur le Professeur Loïc Cadiet, pour sa constante gentillesse, ses conseils et ses orientations d'énorme importance pour la conclusion de ce travail. Qu'il veuille trouver ici l'expression de ma profonde gratitude.

A Dieu, pour tous les bénédictions reçues, y compris pour l'opportunité d'étude et de développement personnel et professionnel.

A mes parents pour leur amour.

A mon mari Marcelo, en témoignage de mon amour, non seulement pour sa patience, mais également pour être la personne qui m'a toujours encouragée à réaliser ce travail.

A toute ma famille, en témoignage de mon affection.

RESUME

LES ACTES D'ADMINISTRATION JUDICIAIRE EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT BRESILIEN : Etude de procédure civile comparée

Si le but final du procès consiste dans le prononcé du jugement, par lequel le juge dit le droit (*jurisdictio)*, dissipant l'incertitude juridique et promouvant ainsi la paix sociale, d'autres actes doivent également être réalisés pour l'accomplissement de la mission de juger dans des conditions satisfaisantes : ce sont les actes d'administration judiciaire, sujet de notre étude. Le concept français englobe les actes d'organisation juridictionnelle et les actes de gestion procédurale qui visent, respectivement, au bon fonctionnement des juridictions et au bon déroulement de l'instance. Malgré la portée de ce sujet, il reste peu exploré par les juristes et nous avons pu constater des hésitations quant à l´exacte qualification des actes du juge par la doctrine et la jurisprudence. Ceci n´est pas pourtant souhaitable dans la mesure où les actes judiciaires administratifs sont soumis, selon le droit positif français, à un régime différent de celui qui s'applique aux actes liés à l´activité juridictionnelle. En conséquence, ils ne sont pas assujettis en principe aux mêmes contraintes que les jugements et ne sont sujets à aucun recours. L'absence de voies de contestation liée à l'adoption d'un système souple dans un domaine où le chef de juridiction dispose de pouvoirs majeurs ouvre alors des questionnements légitimes sur le respect des principes majeurs qui gouvernent le procès et la justice. Même si le droit brésilien ne connaît pas ladite notion française, l'administration de la justice brésilienne requiert, elle aussi, l'accomplissement d'actes judiciaires administratifs. Les similitudes pour ce qui concerne les actes de gestion procédurale et les différences significatives dans le domaine de l'organisation juridictionnelle justifient alors la méthode comparative de la présente étude qui vise à déterminer les particularités et les traits communs de ces deux systèmes juridiques et à identifier ce que chaque ordre peut apprendre de l'autre dans un but constant de développement.

Mots clefs : mesure d'administration judiciaire ; acte d'organisation juridictionnelle ; acte de gestion procédurale ; droit judiciaire privé français ; droit judiciaire privé brésilien.

ABSTRACT

JUDICIAL ADMINISTRATION ACTS IN FRENCH LAW AND IN BRAZILIAN LAW : A study on comparative civil procedure

If the ultimate goal of the trial is in the judgment, by which the judge says the law (*jurisdictio*), dispelling legal uncertainty and thus promoting social peace, other acts must also be made for the fulfillment of the mission of judging : these are the judicial administration acts, which are the subject of our study. The French concept includes the acts of judicial organization and the acts of procedural management, which provide, respectively, the proper functioning of the courts and the proper conduct of the proceedings. Despite the importance of the subject, it is little explored by jurists and we see some hesitation concerning the exact definition of the acts of the judge by scholars and in the jurisprudence. This is not desirable, however, because the judicial administration acts are subjected, according to the French law, to a different set of rules, so they are not in principle liable to the same constraints as judgments, and they can not incur to any appeal. The lack of ways of contesting, in addition with the adoption of a flexible system, where the head of the court has major powers in the subject, open legitimate questions concerning the respect of major principles governing the trial and the justice. Although Brazilian law does not have the French notion, the administration of Brazilian justice requires, too, the practice of judicial administration acts. The similarities related with the acts of procedural management and the significant differences in the acts of judicial organization justify the comparative method of this study, which proposes to determine the peculiarities and common features of these two legal systems and to identify what each one can learn from the other in a constant goal of development.

Keywords : judicial administration ; acts of judicial organization ; acts of procedural management ; French civil procedure ; Brazilian civil procedure

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE – LES ACTES D'ADMINISTRATION JUDICIAIRE : DES ACTES DE GESTION NON DETACHABLES DE LA FONCTION DE JUGER

Titre 1 – L'analyse de la notion d'acte juridictionnel, étape préalable à l'identification correcte des actes d'administration judiciaire

Chapitre 1 – L'étude de l'acte juridictionnel en France : l'étape préalable à la compréhension de la notion d'acte d'administration judiciaire en droit judiciaire privé français

Section 1 – Les différents critères d'identification de l'acte juridictionnel en France

Section 2 – Le régime juridique des actes juridictionnels en France

Chapitre 2 – Les décisions concernant le *meritum causæ* : l'examen préliminaire à l'identification des actes d'administration judiciaire en droit judiciaire privé brésilien

Section 1 – Les jugements en droit judiciaire privé brésilien

Section 2 – Les décisions interlocutoires en droit judiciaire privé brésilien

Titre 2 – A la recherche d'une définition positive des actes d'administration judiciaire en droits judiciaires privés français et brésilien

Chapitre 1 – La définition de l'acte d'administration judiciaire en droit judiciaire privé français

Section 1 – L'analyse de la notion d'acte d'administration judiciaire retenue par la Cour de cassation française

Section 2 – A la recherche de la nature juridique des actes d'administration judiciaire : les réponses de la doctrine française

Section 3 – Les actes d'administration judiciaire : des actes judiciaires de gestion non détachables de la fonction de juger

Chapitre 2 – Les actes d'administration judiciaire en droit judiciaire privé brésilien

Section 1 – Les actes de gestion procédurale en droit judiciaire privé brésilien

Section 2 – Les actes d'organisation juridictionnelle au Brésil : des actes administratifs soumis au contrôle du Pouvoir judiciaire

SECONDE PARTIE – LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU PROCES ET LE REGIME JURIDIQUE APPROPRIE AUX ACTES D'ADMINISTRATION JUDICIAIRE

Titre 1 – L'incidence des principes fondamentaux du procès et la réforme nécessaire des règles d'organisation juridictionnelle

Chapitre 1 – Les règles françaises de fixation du service des juges et d'attribution des affaires à l'épreuve des risques d'arbitraire

Section 1 – Les règles françaises actuelles d'organisation juridictionnelle et le rôle majeur du chef de juridiction

Section 2 – Pour l'adoption en France de critères transparents, objectifs et prédéterminés d'organisation judiciaire

Chapitre 2 – L'ample réglementation sur l'organisation juridictionnelle au Brésil : l'analyse de l'effectivité et de l'adéquation des normes en vigueur

Section 1 – Les normes d'organisation juridictionnelle en droit judiciaire privé brésilien

Section 2 – L'observance des règles sur l'organisation juridictionnelle au Brésil

Titre 2 – Les actes de gestion procédurale en droits judiciaires privés français et brésilien

Chapitre 1 – Les actes de gestion procédurale en droit judiciaire privé français : du risque de « déjuridictionnalisation » à la recherche du régime juridique approprié

Section 1 – L'identification des actes de gestion procédurale en droit judiciaire privé français

Section 2 – Le régime juridique approprié aux actes de gestion procédurale en droit judiciaire privé français : à la recherche du contrôle effectif des actes faisant grief

Chapitre 2 – Les actes de gestion procédurale en droit judiciaire privé brésilien : la contestation des actes préjudiciables d'impulsion de l'instance

Section 1 – Pour l'abandon du critère relatif à l'absence de grief dans la qualification des « despachos » en droit judiciaire privé brésilien

Section 2 – Pour l'utilisation des moyens disponibles dans les systèmes juridiques brésilien et interaméricain contre les actes préjudiciables de gestion procédurale

PRINCIPALES ABREVIATIONS

§	Paragraphe
aff.	Affaire
AJ pénal	*L'actualité juridique : pénal*
AJDA	*L'actualité juridique : droit administratif*
AJFP	*L'actualité juridique : fonction publique*
al.	Alinéa
ALI	« The american law institute »
art.	Article
BICC	*Bulletin d'information de la Cour de cassation*
Bull. civ.	*Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*
Bull. crim.	*Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation*
c/	*Contre*
CAA	Cour administrative d'appel
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. ch. mixte	Cour de cassation (chambre mixte)
Cass. civ.	Cour de cassation, chambres civiles (1re, 2e et 3e)
Cass. com.	Cour cassation (chambre commerciale et financière)
Cass. crim.	Cour de cassation (chambre criminelle)
Cass. soc.	Cour de cassation (chambre sociale)
CCJE	Conseil consultatif de juges européens
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
cf.	*Confer,* se référer à
chap.	Chapitre

CEPEJ	Commission européenne pour l'efficacité de la justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes (devenue Cour de justice de l'Union européenne)
CNJ	Conseil national de justice
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Cons. const.	Conseil constitutionnel
concl.	Conclusions
CPC	Code de procédure civile
CSM	Conseil supérieur de la magistrature
D.	*Recueil Dalloz-Sirey*
DC	Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées
Dir.	Sous la direction de
ed.	Edition
ed. rev., ampl. e atual.	Edition revue, étendue et actualisée
Fasc.	Fascicule
GAJA	*Grands arrêts de la jurisprudence administrative*
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
ibidem	Au même endroit
infra	Ci-dessous
IRJS	Institut de recherche juridique de la Sorbonne
JCl. proc. civ.	*JurisClasseur procédure civile*
JCP (G)	*JurisClasseur périodique (éd. Générale)*
JO	Journal officiel de la République française
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LOLF	Loi d'organisation des lois de finances
LPA	*Les petites affiches*

nº	Numéro
NCPC	Nouveau code de procédure civile
obs.	Observation
OEA	Organisation des Etats américains
ord.	Ordonnance
p.	Page
pp.	Pages
préc.	Précité
prés.	Président
PUF	Presses universitaires de France
PULIM	Presses universitaires de Limoges
RDP	*Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*
Rec. CE	*Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*
Rép. proc. civ.	*Répertoire de procédure civile*
Req.	Requête
RFDA	*Revue française de droit administratif*
RGDIP	*Revue générale de droit international public*
RTD civ.	*Revue trimestrielle de droit civil*
RTDH	*Revue trimestrielle des droits de l'homme*
s.	Suivant
somm.	Sommaire
supra	Ci-dessus
TC	Tribunal des conflits
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
v.	Volume (tome)
t.	Tome

V.	Voir
v.g.	*Verbi gratia*
Vº	Verbo

INTRODUCTION

1. Même si le but final du procès consiste à prononcer un jugement, l'acte juridictionnel par lequel le juge dit le droit, d'autres actes doivent également être réalisés pour l'accomplissement de la mission de juger dans des conditions satisfaisantes : les actes qui ont pour objet l'administration de la justice.

Sous l'expression *mesures d'administration judiciaire*, *actes judiciaires d'administration*, *actes judiciaires administratifs*, voire *actes administratifs judiciaires*[1], en droit français, le concept englobe au sens plus large trois catégories différentes d'actes : les actes de pure gestion administrative, les actes d'organisation juridictionnelle et les actes de gestion procédurale[2].

Le déroulement des procédures juridictionnelles et le prononcé des jugements postulent, tout d'abord, une organisation administrative capable de les sous-tendre. Les actes de pure gestion administrative englobent ainsi les actes relatifs à la répartition des moyens, au recrutement, à la gestion de la carrière des magistrats et des fonctionnaires des greffes, à la formation, à l'évaluation de l'activité juridictionnelle (définition des indicateurs de qualité, évaluation de l'activité des juridictions), à la gestion prévisionnelle (conférences de gestion, contrats d'objectifs, carte judiciaire, implantation immobilière, réseaux de communication) et à la réflexion prospective (prévention des contentieux, dématérialisation des procédures, représentation des parties)[3]. Les actes d'organisation

---

[1] Concernant la terminologie qui sera employée dans cette recherche : V. *infra,* nº 18.

[2] Le Vocabulaire juridique Cornu présente la définition suivante de l'acte d'administration judiciaire: *« a/ Acte du juge, de caractère non juridictionnel (CPC, a. 499) et qui n'est sujet à aucun recours (CPC, a. 537), tendant soit à organiser le service de la juridiction (désignation du magistrat de la mise en état : COJ, art. R. 312-6, répartition des magistrats dans les diverses chambres, fixation des jours et heures des audiences, désignation des huissiers audienciers, ou des experts agréés), soit même à régler diverses questions relatives à l'instance (ex. jonction et disjonction d'instance : CPC, a. 368 ; radiation d'une affaire : a. 382). Syn. Mesure d'administration judiciaire. V. fonction * juridictionnelle. b/ Dans un sens très étroit, acte d'administration intérieur de la juridiction relevant de la gestion administrative (personnel, budget, bâtiments, etc.) »* : CORNU Gérard (dir.), Vocabulaire juridique, 10e éd. PUF, 2014, *V°* Acte d'administration judiciaire, p. 21.

[3] CADIET Loïc (dir.), *Pour une administration au service de la justice*, Paris, Club des juristes - Commission « Gouvernance de la justice », juin 2012, p. 34. – Le Vocabulaire juridique Cornu présente la

juridictionnelle, quant à eux, concernent l'organisation du service de la juridiction : composition et attributions des formations de jugement, répartition des magistrats entre les services de la juridiction et distribution des affaires. Et enfin, les actes de gestion procédurale relèvent de la formation de jugement et règlent diverses questions relatives à l'instance : le traitement par ordonnance ou par formation collégiale, la radiation, le retrait du rôle, le renvoi, la jonction et la disjonction des affaires, la réouverture de l'instruction, etc.

2. L'augmentation prodigieuse de la demande judiciaire a révélé l'importance grandissante de l'administration interne des juridictions. En fait, l'affaire n'est plus la chose des parties et l'institution judiciaire doit répondre à l'augmentation de la demande juridictionnelle, à l'accroissement des contentieux. L'autorité judiciaire doit ainsi être en mesure de s'organiser en interne pour répondre efficacement aux exigences actuelles et, entre autres, les standards qui imposent le respect du droit au procès équitable[4]. Cette perspective de l'office du juge renvoie alors au *case management* judiciaire car l'objectif d'efficience du système judiciaire introduit la logique de gestion en matière de justice, de qui l'on requiert de plus en plus de faire preuve de *qualité*[5].

---

définition suivante : « *Dans un sens très étroit, acte d'administration intérieure de la juridiction relevant de la gestion administrative (personnel, budget, bâtiments, etc.) »* : CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., *V°* Acte d'administration judiciaire, b, p. 21.

[4] V. l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 8 § 1 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme.

[5] CADIET Loïc, « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure », *Revue française d'administration publique* 2008/1, n° 125, p. 135. – Comme l'explique l'auteur, *« Les théories du New public management sont déjà à l'œuvre dans d'autres pays de l'Union européenne, notamment aux Pays-Bas, et la récente réforme de la procédure civile anglaise à la suite du rapport Woolf, est largement inspirée des "techniques de management des entreprises privés concurrentielles". Le vocabulaire utilisé en témoigne d'ailleurs qui fait ainsi place au concept de "gestion de l'affaire" (case management). Le justiciable devient "un client" et l'institution judiciaire "un fournisseur", le premier exprimant des attentes que la seconde doit satisfaire "dans les délais fixés et au moindre coût". Toute l'économie du système, si l'on peut dire, repose sur la maîtrise de toutes les étapes du processus qui va de la demande en justice jusqu'à la décision du juge. (...) Les travaux de celui qui était, alors, le premier magistrat de l'ordre judiciaire français, qui théorise cette juridicisation des préceptes managériaux à travers la définition d'un "principe d'efficience", très clairement inspiré des règles applicables au traitement du contentieux de la concurrence, constitue incontestablement la tête de pont de cette nouvelle pensée économique de la justice qui conduit à poser la question de la définition de la justice en terme de marché »* : CADIET Loïc, « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure », préc., p. 136. – V. aussi : CADIET Loïc, « Efficience versus équité », *Mélanges Jacques van Compernolle,* Bruyant, 2004, p. 25, *in verbis : « Mais cette diversification de l'office du juge, qui propulse l'équité, substantielle autant que procédurale, au premier plan de la scène doctrinale, ne doit pas occulter une autre évolution, qui monte incontestablement en puissance dans les questionnements dont la justice et le procès sont aujourd'hui l'objet, celle de l'*

3. Bien que ces trois types d'actes d'administration judiciaire soient également importants dans le *processus* décisionnel[6], l'étendue de ces différents actes – pris en compte par différents acteurs – et les divers problèmes liés à chacune de ces catégories, empêchent qu'ils soient analysés conjointement et de manière approfondie. Les actes de pure gestion administrative sont donc exclus de cette rechercher par souci de précision.

Les actes de pure gestion administrative ont indéniablement une influence déterminante sur la gestion des procès car ils indiquent l'existence d'un lien important entre les actes administratifs et processuels. La répartition des moyens, le recrutement, la gestion de la carrière des magistrats et des fonctionnaires des greffes, la formation, l'évaluation de l'activité juridictionnelle avec la définition d'indicateurs de qualité et l'évaluation de l'activité des juridictions, la gestion prévisionnelle avec les contrats d'objectifs, etc. interfèrent dans la prestation juridictionnelle, non pas dans son contenu, mais dans le traitement efficient des dossiers et possèdent alors des conséquences sur les affaires, du point de vue individuel et dans leur ensemble. Ces actes de pure gestion administrative ne sont pourtant pas directement liés à la fonction de juger. De plus, leur complexité, leur pluralité et les différentes questions qu'ils posent exigent une étude spécifique. La nécessité de délimiter la recherche conduit donc à leur exclusion de la présente étude[7], malgré leur influence indéniable sur la juridiction et le procès.

"efficience" du système judiciaire, de plus en plus requis de faire la preuve de la "qualité", au moyen de processus, sinon de procédures, d'"évaluation" qui introduisent une logique nouvelle, celle du management, dans l'administration, souvent considérée comme poussiéreuse, de la justice ». – Pourtant, les préoccupations managériales dans l'activité judiciaire doit être limitées, comme l'explique la doctrine, *in verbis : « Certes, les préoccupations d'économie de la justice ne datent pas d'aujourd'hui et on peut en trouver trace dans le nouveau Code de procédure civile lui-même. La nouveauté tient à leur généralisation et à leur promotion comme principe d'action publique de sorte que les réformes de procédure peuvent aujourd'hui être présentées comme le résultat d'un arbitrage permanent, et nécessaire, entre un principe d'efficacité et un principe d'équité »* : CADIET Loïc, « D´un code à l´autre : de fondations en refondations », *in* CADIET Loïc et CANIVET Guy (dir.), *108-2006, de la commémoration d'un code à l'autre, 200 ans de procédure civile en France,* Litec, 2006, p. 14. – V. aussi : CADIET Loïc, « Ordre concurrentiel et justice », *L'ordre concurrentiel : Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano,* Frison-Roche, 2003, p. 139.

[6] CADIET Loïc, « La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédure », *in* JEULAND Emmanuel et FRYDMAN Benoit (dir.), *Le nouveau management de la justice et l´indépendance des juges*, Dalloz, 2011, pp. 111-129. – Sur la notion de *processus* juridictionnel : V. *infra,* note nº 404.

[7] Les actes de pure gestion administrative étant exclus de cette recherche, l'emploi de l'expression *acte d'administration judiciaire* ou de ses correspondants englobera seulement les actes d'organisation

4. En raison de cette délimitation, les objectifs établis par le Conseil national de justice – CNJ brésilien (« metas do CNJ ») dans l'exercice de sa compétence constitutionnelle de contrôle de l'activité administrative du Pouvoir judiciaire[8] ne seront pas traités dans la présente recherche. Les objectifs du Conseil, élaborés conformément à l'article 4°, XXVIII, de son règlement intérieur[9] et à l'article 6° de la Résolution CNJ n° 70 de 2009[10] et soumis à l'approbation des cours, constituent les principaux engagements publics des juridictions. Ils visent l'augmentation de la productivité, la réduction des affaires non traitées, l'incitation aux modes alternatifs de règlement des conflits et la suppression des obstacles qui empêchent le jugement des procès de lutte contre la corruption[11]. Ils possèdent sans aucun doute des effets processuels qui influencent la gestion des affaires en cours et qui interfèrent dans la prestation juridictionnelle – non pas directement dans son contenu, mais dans la détermination de son traitement. Malgré la force du rapport entre les actes administratifs et les actes processuels, les objectifs du Conseil doivent être exclus de cette recherche, dans un souci de précision et de méthode, ainsi que tous les autres actes de pure gestion administrative parce qu'ils ne sont pas liés à la gestion juridictionnelle du litige.

Nous nous concentrerons alors sur les actes d'organisation juridictionnelle et les actes de gestion procédurale en droit judiciaire privé[12], dans la mesure où ils ne sont pas

---

juridictionnelle et de gestion procédurale. Sur les actes de pure gestion administrative : V. Commission Gouvernance de la justice, *Pour une administration au service de la justice*, préc. – CADIET Loïc, « La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédure », préc., pp. 111-129.

[8] Prévue à l'article 103-B, § 4°, de la Constitution de la République brésilienne.

[9] D'après l'article 4°, XXVIII, du règlement intérieur du Conseil National de Justice, il appartient à sa Cour plénière de proposer les mesures visant à l'obtention d'une plus grande célérité dans les procès judiciaires, ainsi comme des diagnostics, des évaluations et projets de gestion des différents domaines du Pouvoir judiciaire, visant à sa modernisation, réduction de la bureaucratie et efficience.

[10] Conformément à l'article 6° de la Résolution CNJ n° 70 de 2009, *in verbis : « Sans préjudice de la planification stratégique des organes du Pouvoir judiciaire, le Conseil National de Justice coordonnera la mise en place d'indicateurs de résultats, objectifs, projets et actions à l'échelle nationale, communs à tous les cours »* (traduction libre).

[11] Sur les objectifs établis par l'année 2017 : V. les informations disponibles sur http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2017, consulté le 10/12/16.

[12] Le choix d'utilisation de l'expression *droit judiciaire privé* découle de la constatation faite par la doctrine selon laquelle le droit judiciaire privé englobe les règles relatives à la procédure civile et aussi à l'ensemble des règles relatives aux juridictions civiles, étant plus approprié à l'étude des actes d'administration judiciaire, *in verbis : « Ainsi, faut-il parler de procédure civile ou de droit judiciaire privé ? L'expression droit processuel civil ne serait-elle pas, aujourd'hui, plus appropriée ? L'intitulé traditionnel est celui de*

détachables de la fonction de juger et continuent pourtant à être largement occultés du droit positif et de la doctrine.

5. Le concept français d'acte d'administration judiciaire englobe donc les actes qui visent respectivement au bon fonctionnement des juridictions et au bon déroulement de l'instance. Par les actes d'organisation juridictionnelle, les chefs de juridiction organisent leurs juridictions, décident de l'affectation des juges dans les différents services et de la distribution des affaires entre les juges à compétence égale. Par les actes de gestion procédurale, les juges assurent le déroulement régulier de l'instance.

Même si les actes d'organisation juridictionnelle et de gestion procédurale ne constituent pas des actes juridictionnels, lorsqu'ils ne tranchent pas de question de droit soumise au juge et qu'ils ne se rattachent donc ni à la juridiction gracieuse, ni à la juridiction contentieuse, ils sont intimement liés à la fonction de juger. Par leur biais, le juge organise la juridiction en interne et dirige l'instance pour permettre le prononcé postérieur du jugement. Pourtant, selon la législation et la jurisprudence françaises actuelles, ces actes ne sont pas, en principe, susceptibles de recours juridictionnel, selon l'article 537 du Code de procédure civile français, ce qui empêche le contrôle ou la contestation effective des actes concernant l'organisation de la juridiction et le déroulement de l'instance[13].

---

procédure civile. Cet intitulé de la matière a posé problème à partir du moment où, à la fin du XIXe siècle, les programmes officiels d'enseignement ont ajouté à l'étude de la procédure celle de l'organisation judiciaire et des règles de compétence. L'expression "procédure civile" est alors apparue étriquée et inexacte au regard de l'ampleur prise par l'enseignement de la matière. Aussi, à l'instar de la doctrine italienne, certains auteurs modernes ont-ils préféré parler de "droit judiciaire civil", expression à laquelle a été préférée celle de "droit judiciaire privé". Cela étant, il faut compter avec la force des habitudes et l'expression "procédure civile" reste largement employée. Le droit judiciaire privé peut être défini comme l'ensemble des règles relatives aux juridictions civiles et à la procédure civile » : CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9e éd., 2016, pp. 9-10.

[13] CADIET Loïc (dir.), Pour une administration au service de la justice, préc., pp. 35-36, *in verbis : « Les actes d'organisation juridictionnelle et de gestion procédurale, parce qu'ils sont relatifs à la procédure juridictionnelle, doivent rester de la compétence exclusive du juge, à la différence des actes de gestion administrative qui, relevant de processus administratif, pourraient être accomplis, dans une certaine mesure, par un autre que le juge ».* – V. aussi : CADIET Loïc, « La théorie du procès et le nouveau management de la justice: processus et procédure », pp. 14-15, *in verbis : « Ne serait-il pas préférable de mettre un terme à cette pratique schizophrène et de créer carrément un corps d'administrateurs de la justice, à l'instar des court managers existant dans certains systèmes étrangers, comme il existe en France un corps de l'administration universitaire et un corps de l'administration hospitalière, sauf à tenir compte de la spécificité de l'administration de la justice, y compris par rapport à l'administration universitaire et*

6. Le droit français ne donne pas de définition générale et positive des actes d'administration judiciaire. Le Code de procédure civile[14] se limite à affirmer que les dispositions du titre XIV relatives au jugement ne leur sont pas applicables (article 499) et qu´ils ne sont sujets à aucun recours (article 537). La doctrine française affirme que ces actes ont respectivement comme finalité d'assurer le bon fonctionnement du service dans

---

à l'administration hospitalière, pour définir notamment les compétences requises des membres de ce corps, les conditions de leur formation et les règles de leur statut? (...) Dans cette perspective, il faudrait bien sûr faire l'inventaire précis de l'ensemble des actes d'administration de la justice afin de déterminer ceux qui pourraient être attribués aux administrateurs et ceux qui devraient rester de la compétence des magistrats car ils sont intimement liés à l'acte de juger au point parfois de déguiser de véritables actes juridictionnels ». – V. sur la matière : PAULIAT Hélène, « L'administration de la justice dans les institutions françaises », *in* GABORIAU Simone et PAULIAT Hélène, *L'éthique des gens de justice – Actes du colloque des 19-20 octobre 2000*, PULIM, 2001, p. 89, *in verbis : « Si, dans les textes, les tâches sont à peu près définies, dans la pratique et avec l'augmentation des missions de gestion et d'administration, les rôles peuvent être modifiés (V. la rédaction un peu ambiguë des articles R 812-1 et s. du COJ). Il faudra clarifier les tâches des greffiers en chef et sûrement indiquer précisément ce qui relève de la gestion purement administrative, les SAR servant d'appui, et ce qui relève de l'administration judiciaire des juridictions, qui ne devrait pas relever des services administratifs ».* – Finalement, Hubert Dalle ajoute à la discussion, *in verbis : « Le débat actuel peut s'articuler autour de deux questions: quel est l'échelon pertinent pour l'administration de la justice? Qui doit gérer, de l'administrateur ou du juge? Deux modèles s'affrontent. Pour le premier, l'administration est une chose trop sérieuse pour la confier à des juges. C'est une affaire de professionnels de la gestion. Pour Philippe LEMAIRE, en l'an 2000, alors qu'il était adjoint au directeur des services judiciaires : "Il faut impérativement que les juges et les chefs de juridiction comprennent que l'administration doit rester une affaire des professionnels, que ce n'est pas leur mission". (...) Dans l'autre conception, deux arguments principaux sont avancés. Le premier est classique : l'activité juridictionnelle dépend directement des moyens affectés. Séparer les fonctions administratives et juridictionnelles pourrait porter atteinte à l'indépendance nécessaire de la justice. Le seconde s'appuie sur la modernisation de l'Etat qui met en avant la nécessité de lier les moyens et l'activité, au plus près de l'usager »* : DALLE Hubert, « Administration de la justice et acte juridictionnel », *in* GABORIAU Simone et PAULIAT Hélène, *L'éthique des gens de justice – Actes du colloque des 19-20 octobre 2000*, PULIM, 2001, pp. 94-95.

[14] Sur l'origine du Code de procédure civile français actuel, la doctrine explique, *in verbis : « L'ouvrage fondamental est le nouveau Code de procédure civile qui est entré en vigueur le 1er janvier 1976. Mis en chantier à l'initiative de Jean Foyer, ministre de la Justice, puis président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, il a été élaboré progressivement à partir des travaux d'une commission de réforme du Code de procédure civile institué en 1969. Dans un premier temps, les travaux de cette commission ont conduit à la promulgation de quatre décrets. C'est seulement dans un deuxième temps que cet ensemble de textes fut codifié et complété par le décret nº 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau Code de procédure civile. En 1981, le code a pris sa forme quasiment définitive, avec le décret nº 81-500 du 12 mai 1981 concernant l'arbitrage. Mais, l'ancien Code de procédure civile n'était pas encore abrogé dans sa totalité. Demeurait en vigueur un certain nombre de dispositions dont certaines dataient de 1806 (en particulier les articles 505 à 516 relatifs à la prise à partie des magistrats). La coexistence a duré jusqu'en 2008. Le "nouveau Code de procédure civile", institué par le décret du 5 décembre 1975, est en effet devenu le "Code de procédure civile" par la grâce de la loi nº 2007-1787 du 20 décembre 2007, qui a abrogé le code de 1806, et, dans toutes les dispositions réglementaires en vigueur, les mots "nouveau Code de procédure civile" ont dès lors été remplacés par les mots "Code de procédure civile". Le code a atteint sa forme définitive avec l'installation au livre V, demeuré vide jusque-là, d'un corps de dispositions relatives à "La résolution amiable des différends" »* : CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, préc., pp. 21-22.

une juridiction (actes d'organisation juridictionnelle) et le bon déroulement de l'instance (actes de gestion procédurale). Certains auteurs identifient les actes d'administration judiciaire aux mesures d'ordre intérieur du droit administratif[15]. Cela indiquerait ainsi qu'il y aurait également dans les juridictions des décisions de faible importance prises par le juge, dont les effets variables doivent être considérés comme normaux eu égard à la situation particulière de leur destinataire par rapport au service public de la justice.

7. La Cour de cassation propose, quant à elle, une définition *a contrario*, en établissant qu´*« une cour d'appel qui déclare son arrêt opposable à une partie appelée en cause rend une décision susceptible d'en affecter les droits et les obligations. Par suite, cette décision ne constitue pas une mesure d'administration judiciaire »*[16]. Le raisonnement suivi par la haute juridiction judiciaire française s´est fondé sur la différence entre l'acte juridictionnel et les actes d'administration judiciaire. Elle considère que le jugement affecte l'existence ou le contenu des droits et des obligations des parties, d'où l'ouverture des voies de recours selon les règles de droit en vigueur, tandis que les actes d´administration judiciaire ne font pas grief aux parties, d'où l'impossibilité d'être frappés de recours, conformément à l´article 537 du Code de procédure civile français. L'absence de recours se justifierait lorsque l'acte d'administration judiciaire ne statue pas sur la demande au fond du justiciable[17]. Par conséquent, selon la cour régulatrice, tout recours contre un acte judiciaire d'administration doit se heurter, en règle, à une fin de non-recevoir d'ordre public[18] car il est irrecevable sans examen du fond, selon l'article 122 du Code de procédure civile français.

[15] DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », in *Justice et droits fondamentaux : Études offerts à Jacques Normand*, Litec, 2003, pp. 143, 145 et 164.
[16] Cass. soc., 24 mai 1995 : *Bull. civ.* V, nº 168, p. 122 ; *RTD civ.* 1995, obs. R. Perrot, p. 958.
[17] DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., p. 150.
[18] Conformément à l'article 125 du Code de procédure civile français.

8. De plus, les actes d'organisation juridictionnelle et de gestion procédurale, entendus comme appartenant au fonctionnement des juridictions[19], sont également exclus du contrôle exercé par les juridictions administratives[20]. Le principe d'autonomie de l'autorité judiciaire[21] exige que les juridictions judiciaires soient les juges exclusifs de leur fonctionnement afin que le juge administratif ne soit pas en mesure de porter une appréciation sur la marche même des services judiciaires ; toute interférence de l'ordre administratif français est à exclure. La jurisprudence française reconnaît ainsi que ces actes sont intimement liés à l'exercice de la fonction juridictionnelle et qu'ils doivent

[19] Selon le Tribunal des conflits, les actes d'organisation du service public judiciaire constituent des actes à caractère administratif qui peuvent être contrôlés par les juridictions administratives, à la différence des actes liés au fonctionnement du service public de la justice judiciaire qui restent exclus de tout contrôle exercé par les juridictions administratives : V. Tribunal des conflits, 27 nov. 1952, *Préfet de la Guyane*, *Rec.* CE 1952, p. 642, *JCP* 1953. II. 7598, note G. Vedel, *GAJA* 14e éd., 2003, n° 71. – V. *infra,* nº 128 s.

[20] CE, 16 juin 1978, *Bertin*, *Rec.* CE, tables, p. 738. – CE, 10 mars 1982, *Duport de Loriol, Rec. CE*, tables, p. 564. – CE, 26 mars 1993, *Mmes. Bouarha, Grunstein et Bouche, Rec. CE*, p. 85. – CE, 23 juillet 2010, *Syndicat de la magistrature et autre, Rec. CE,* nº 328463. – CE, 23 novembre 1966, *Azam, Rec. CE*, tables p. 903. – CE, 5 juin 1981, *Testard, Rec. CE*, p. 245. – CE, 13 février 1987, *Bertin, Rec. CE*, p. 53. – CE, 23 juillet 2009, nº 329768, inédit. – CE, 16 février 2004, nº 147787, inédit. – CE, 29 novembre 1961, *Paisnel,* Lebon 669. – CE, 6e et 4e sous-sections réunies, 30 juin 2003, nº 231836, Lebon 31.

[21] Concernant l'utilisation par la Constitution française de 1958 de l'expression « autorité judiciaire », la doctrine ajoute, *in verbis : « Au même titre que la justice pénale ou la justice administrative, la justice civile est une manifestation du pouvoir de juger que l'État, qui est l'expression des citoyens dans une société démocratique, délègue aux juges qu'il institue à cet effet. Dès l'abord, ce pouvoir apparaît comme une fonction de l'État, une attribution de la souveraineté étatique qu'organise la Constitution au titre de l'autorité judiciaire. Autorité judiciaire est l'expression consacrée par la Constitution de 1958 (Titre VIII, art. 64 à 66) pour désigner la fonction juridictionnelle. L'expression, entend-on parfois, est péjorative ; elle dénoterait l'infériorité de cette fonction par rapport aux fonctions législative et exécutive de l'État : il eût mieux valu parler du pouvoir judiciaire. Le débat est toujours ouvert. On observera simplement que la notion d'autorité n'est pas dépourvue de grandeur, tant s'en faut, qu'elle est même la marque d'une prééminence, et traduit bien la place particulière qu'occupe la justice au sein des institutions étatiques »* : CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, préc., p. 41. – Sur le sujet, Thierry S. Renoux ajoute, *in verbis : « Contrairement à d'autres Constitutions européennes, la Constitution française du 4 octobre 1958 ne comporte pas de titre consacré spécifiquement à la justice mais seulement des dispositions fragmentaires, réunies sous un Titre VIII, dont l'énoncé se veut neutre, "De l'autorité judiciaire". En tout et pour tout, trois articles : l'article 64, affirmant l'indépendance de l'autorité judiciaire, l'article 65 instituant un Conseil supérieur de la magistrature et l'article 66 rappelant le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle. Cette rédaction, dans un domaine fondamental que celui de la justice, n'a pas empêché, en pratique puis en droit, l'émergence et la consécration, notamment grâce à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, d'un véritable "pouvoir juridictionnel" au sens donné par la doctrine de la séparation des pouvoirs. Dire de la justice qu'elle est, sur le plan constitutionnel, "un pouvoir" et non une "simple autorité" à l'instar de la plupart des constitutions parlementaires européennes modernes, ne doit ni étonner ni surprendre. En premier lieu, cette qualification n'est en aucune manière contraire à sa vocation de service public. Parler de service public et de ses corollaires (égal accès à la justice, égal traitement des justiciables, gratuité et continuité), c'est tout simplement poser un regard administratif sur la fonction constitutionnelle de juger. La notion de "pouvoir juridictionnel" ne désigne donc pas un corps autonome mais l'attribut constitutionnel d'une fonction indépendante, celle de dire le droit avec force de vérité légale »* : V. RENOUX Thierry S., *Vº* Autorité judiciaire, *in* CADIET Loïc (dir), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 87.

alors être exclusivement exercés par les membres des juridictions judiciaires. Tout contrôle des juridictions administratives sur ces membres est à exclure au nom de l'autonomie de l'autorité judiciaire et de l'autonomie de la fonction qu'elle exerce[22].

9. Néanmoins, la notion négative établie par la Cour de cassation est *data maxima venia* critiquable lorsque le droit positif qualifie expressément d'administration judiciaire des actes faisant grief[23]. En outre, le critère retenu par la haute juridiction judiciaire française est également susceptible de contestation lorsque la nature d'un acte est définie en raison de ses effets juridiques, la frontière entre le juridictionnel et l'administration judiciaire étant poreuse et floue. La définition *a contrario* des actes d'administration judiciaire s'avère alors assez problématique. En outre, l'exclusion de toute voie de recours à l'encontre des actes judiciaires d'administration soulève des problèmes, surtout lorsque l'on constate que l'organisation du travail juridictionnel est réalisée par le chef de juridiction dont les pouvoirs majeurs dans le domaine présentent des risques d'arbitraire.

10. En fait, même si les actes d'administration judiciaire ne constituent pas des actes juridictionnels, ils ont du contenu décisionnel, comme le reconnaît le droit positif français qui qualifie expressément certains actes de gestion procédurale de décisions, comme c'est le cas, par exemple, de la décision concernant la connexité entre diverses formations d´une même juridiction[24] ; des décisions de jonction ou disjonction d´instances[25] ; de la radiation et du retrait du rôle[26] ; du renvoi du dossier par le juge de proximité au juge d´instance en cas de difficulté juridique sérieuse portant sur l´application d´une règle de droit ou sur l´interprétation d´un contrat liant les parties[27].

[22] Plusieurs actes judiciaires ont été soumis au contrôle du Conseil d'Etat qui a dû se prononcer sur leur inclusion dans les notions de fonctionnement ou d'organisation de la juridiction judiciaire. Si l'acte judiciaire est considéré comme appartenant à l'organisation du service public de la justice judiciaire, son caractère administratif est reconnu, permettant le contrôle par la haute juridiction administrative. Au contraire, si le Conseil d'Etat considère que l'acte est relatif au fonctionnement de ce même service, il se refuse à exercer tout contrôle sur l'acte, en raison du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire : V. *infra,* nº 129 s.
[23] V. *infra,* nº 101.
[24] Selon l'article 107 du Code de procédure civile français.
[25] D'après l'article 368 du Code de procédure civile français.
[26] Conformément à l'article 383 du Code de procédure civile français.
[27] D'après l'article 847-4 du Code de procédure civile français.

11. Les actes de gestion procédurale s'insèrent donc dans l'arsenal mis à la disposition du juge pour veiller au bon déroulement de l'instance, conformément à l'article 3 du Code de procédure civile français. Le magistrat peut alors déterminer l'injonction de conclure[28], éventuellement sous astreinte ; fixer les délais[29] et les dates de comparution[30] ; ordonner la clôture de l'instruction lorsque l'affaire est en état d'être jugée[31] ou à titre de sanction, si l'une des parties n'a pas accompli les actes de procédure dans le délai imparti[32] ; refuser une demande même conjointe de révocation de l'ordonnance de clôture[33] ou de renvoi à une audience ultérieure[34] ; entre autres. Les actes de gestion procédurale touchent ainsi directement les plaideurs, les parties souffrant les contraintes du fonctionnement du service public de la justice lorsqu'elles décident de donner une solution judiciaire à leur litige[35].

12. Toutefois, les retentissements procéduraux des actes d'organisation juridictionnelle sont également importants, dans la mesure où ces actes englobent l'affectation des juges dans les différents services des juridictions judiciaires et la distribution des affaires entre les juges d'égale compétence.

Or, l'affectation des juges faite librement par le chef de juridiction peut être utilisée comme un moyen de promotion ou de rétrogradation symbolique, un transfert de juge pouvant être aussi le résultat de sa jurisprudence. Néanmoins, les membres des juridictions ne disposent d'aucune voie de recours pour contester ces actes. Pour cette raison, le décret n° 2014-1458 du 8 décembre 2014 a voulu renforcer la démocratie interne au sein des juridictions, modifiant dans les tribunaux de grande instance et les cours d'appel la manière de délibération des assemblées générales des magistrats du siège

[28] V. l'article 76 du Code de procédure civile français.
[29] V., par exemple, les articles 3, 84, 90, 764 et 1009 du Code de procédure civile français.
[30] Cass. 2e civ., 22 juin 1988, *Bull. civ.* II, n° 150.
[31] V. les articles 760, 761 et 779 du Code de procédure civile français.
[32] V. l'article 780 du Code de procédure civile français.
[33] V. l'article 784 CPC et Cass. civ. 3e, 28 octobre 1985 : *Gaz. Pal.* 1986, somm. 245, obs. Guinchard et Moussa ; *D.* 1987, 534, note Fenaux ; *RTD civ.* 1986, 417, obs. Perrot. – Cass. 3e civ., 15 février 2000 : *Juris-Data* n° 000639.
[34] Cass. ass. plén., 24 novembre 1989 : *D.* 1990, 25, concl. Cabannes et 425, note Julien ; *JCP* 1990, II, 21407, note Cadiet ; *RTD civ.* 1990, 145, obs. Perrot.
[35] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 456.

sur les projets d'ordonnance de répartition des juges. Selon les règles adoptées par ledit décret, l'avis ne peut être émis que lorsque les magistrats qui se sont prononcés représentent au moins 50 % des magistrats présents ou représentés lors de la constatation du *quorum*. Si l'avis est défavorable ou si le *quorum* mentionné au premier alinéa n'est pas atteint, l'assemblée est de nouveau convoquée dans un délai minimum de huit jours ne pouvant excéder un mois et le projet d'ordonnance, éventuellement modifié selon les observations qui auraient été formulées par l'assemblée, lui est de nouveau soumis.

Cependant, les modifications mises en œuvre ne limitent pas entièrement le chef de juridiction à l'avis donné, dans la mesure où il n'a pas été prévu un avis conforme de l'assemblée générale des magistrats du siège. Les observations présentées ne lient pas nécessairement les présidents des tribunaux de grande instance ou les Premiers présidents des cours d'appel. Les règles d'administration judiciaire ne protègent donc pas le juge dans l'exercice de son pouvoir juridictionnel de façon à ce que seule l'éthique du chef de juridiction lui interdise d'utiliser l'ordonnance de roulement comme une arme contre un juge[36]. La flexibilité et le manque d'objectivité dans le cadre de la répartition des juges dans les différents services aux seins des juridictions judiciaires françaises sont alors en mesure de porter atteinte à l'indépendance et à l'impartialité des juges et, par conséquent, au droit au procès équitable et à légitimité du *processus* décisionnel. Les règles d'affectation des juges n'apparaissent donc pas totalement conformes à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'efficience désirée dans le domaine n'étant pas suffisante pour justifier la possibilité de violation de ces principes majeurs.

En outre, si, en règle générale, la distribution des affaires est faite selon des critères objectifs – qui peuvent varier de juridiction à juridiction –, afin de mettre en œuvre le partage égalitaire du service juridictionnel, le droit positif français autorise les chefs de juridiction à redistribuer les procès selon la nécessité du service[37] et leur permet également de décider de présider toute formation de jugement au sein de la juridiction[38], sans qu'une telle décision soit le résultat d'un motif légitime et justifié ou du devoir

[36] DALLE Hubert, « Administration de la justice et acte juridictionnel », préc., pp. 98-99.
[37] Selon l'article R. 212-6 du Code de l'organisation judiciaire français.
[38] Conformément à l'article R. 121-2 du Code de l'organisation judiciaire français.

d'abstention du juge. Ces règles ouvrent donc des questionnements légitimes sur le respect du droit au procès équitable dans ce domaine si l'on considère que le principe d'impartialité, dans son aspect objectif, exige que l'organisation juridictionnelle soit en mesure d'offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime sur l'impartialité des magistrats, indépendamment de la conduite personnelle des juges.

13. Ces actes ont ainsi une incidence non seulement sur les parties du procès concerné, mais aussi sur l'ensemble des citoyens, justiciables en puissance, et sur les membres des juridictions car ils affectent la manière selon laquelle le système judiciaire est perçu par rapport aux principes majeurs qui gouvernent le procès et la justice. Ceci encourage à repenser l'adéquation des règles françaises actuelles aux principes fondamentaux du procès et à vérifier si les réformes qui sont en marche sont suffisantes ou non pour garantir le respect des principes d'indépendance et d'impartialité des juges, d'égalité des justiciables devant la justice, du droit au procès équitable, du juge naturel et du recours effectif. Il faut alors se demander si le système français, fondé sur la souplesse et la hiérarchie, doit être restructuré pour se conformer aux instruments internationaux applicables à la matière.

14. Même si le droit brésilien ne connaît pas la notion française de mesure d'administration judiciaire, l'administration de la justice brésilienne requiert, elle aussi, l'accomplissement d'actes judiciaires qui ont pour objet d'assurer le bon fonctionnement du service dans une juridiction et le bon déroulement de l'instance[39].

L'étude des actes de gestion procédurale en droit judiciaire privé brésilien s'avère néanmoins peu systématisée. Tout d'abord, en raison des définitions légales et doctrinales des différents actes judiciaires – mieux qualifiés de « pronunciamentos » judiciaires par la doctrine et par le législateur de 2015[40] –, surtout du concept négatif des « despachos ».

[39] Nous ferons la traduction libre des normes, de la jurisprudence et de la doctrine brésiliennes citées dans ce travail, afin de permettre la compréhension des textes concernant le droit brésilien aux francophones qui ne comprennent pas le portugais.

[40] V. *infra,* nº 47. – Il convient d'indiquer que le Code de procédure civile de 1973 a été abrogé par le Code de procédure civile de 2015, conformément à l'article 1.046 du nouveau code. Afin de permettre l'analyse

Selon l'article 203 du Code de procédure civile brésilien de 2015, la « sentença » est le « pronunciamento » judiciaire qui met fin à la phase cognitive de la procédure commune ou éteint l'exécution ; la « decisão interlocutória » englobe tous les « pronunciamentos » du juge avec contenu décisionnel qui ne sont pas des « sentenças », tandis que les « despachos » sont *« tous les autres "pronunciamentos" du juge pratiqués dans le procès, d'office ou à la demande de la partie »*.

La définition négative de « despacho » conduit donc la majorité de la doctrine à affirmer qu'ils ne contiennent pas de contenu décisionnel et ne causent pas de griefs aux parties. Selon cette conception, tout « pronunciamento » judiciaire de nature décisoire qui ne correspond pas à la définition légale de « sentença » doit être qualifié de « decisão interlocutória ». Les actes de gestion procédurale peuvent donc être qualifiés en droit judiciaire privé brésilien soit de « despacho », soit de décision interlocutoire, selon les effets juridiques produits. Par conséquent, la doctrine et la jurisprudence sud-américaines se limitent à donner, ainsi qu'en France, une définition *a contrario* des « despachos », en affirmant que les actes judiciaires susceptibles d'affecter les droits et les obligations des parties ne sont pas des « despachos », mais des décisions interlocutoires, dont la voie du recours d'« agravo » est seulement ouverte pour certaines d'entre elles, conformément à l'article 1.015 du nouveau Code de procédure civile brésilien. La majorité des juristes finit ainsi par défendre la modification de la nature juridique d'un acte en raison de ses conséquences[41], affirmation similaire à celle qui est identifiée dans la jurisprudence et défendue par la doctrine française où les effets juridiques des actes judiciaires sont déterminants dans leur qualification, position problématique et sujette à critiques[42].

Les définitions légales apportées par le nouveau *codex* brésilien visent à faciliter la distinction entre les différents « pronunciamentos » judiciaires et à identifier la voie de

---

des modifications apportées par le *codex* de 2015, ce travail essayera de faire une analyse comparative entre les normes précédentes et celles qui sont actuellement en vigueur.

[41] NERY JUNIOR Nelson e NERY Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante,* 11ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010*,* p. 452.

[42] Cour supérieure de justice, Troisième chambre, « Recurso Especial » n° 1022910/PR, Ministre rapporteur : Nancy Andrighi, date du jugement : 8/09/2009, date de la publication : 2/10/2009. – Cour supérieure de justice, Cinquième chambre, « Agravo Regimental no Recurso Especial » n° 769733/SP, Ministre rapporteur : Gilson Dipp, date du jugement : 11/10/2005, date de la publication : 7/11/2005.

recours susceptible de le contester. Elles sont toutefois critiquables dans la mesure où les effets juridiques de l'acte sont déterminants pour la qualification de l'acte du juge, un même « pronunciamento » judiciaire pouvant être qualifié différemment selon les conséquences juridiques rattachées. De plus, l'affirmation de l'absence de contenu décisionnel des « despachos » nécessite d'être revue afin de vérifier l'existence ou non d'activité mentale pour la prise des actes judiciaires d'impulsion processuelle qui visent le bon déroulement de l'instance.

15. Concernant les actes d'organisation juridictionnelle, ils demeurent largement occultés des manuels de droit judiciaire privé brésilien, la reconnaissance de leur nature administrative pouvant expliquer un tel oubli. Pourtant, différemment du système français, le droit positif brésilien prévoit – depuis la Constitution, passant par le Code de procédure civile, la loi organique de la magistrature et les règlements intérieurs des cours – un ensemble de principes et de règles d'organisation juridictionnelle qui doivent être nécessairement observés par les chefs de juridiction. Dans le cadre d'un Etat Fédéral, avec des juridictions spécialisées et des juridictions appartenant à la justice appelée « commune », composée par les juridictions fédérales et des Etats de la Fédération, selon les compétentes établies dans la Constitution de la République[43], des normes détaillées sont alors établies par le législateur brésilien afin que l'affectation des juges et la distribution des affaires soient faites selon des critères communs, à la fois objectifs, prédéterminés et transparents. En outre, des voies de contestations disciplinaires – devant les juridictions et le Conseil national de justice – et processuelles sont également prévues.

[43] Comme l'explique la doctrine, *in verbis : « Au Brésil, la Constitution fédérale définit les différentes "justices", c'est-à-dire, les groupes d'organismes qui ont la compétence pour traiter de certains groupes de litiges. On parle alors des justices du travail (arts. 111 à 116), électorale (arts. 118 à 121), militaire (arts. 122 à 124), et des justices fédérales (arts. 106 à 110) et des Etats (art. 125 et 126). Ce qui n'est pas de la compétence des justices spécialisées du travail, électorale et militaire, est de la compétence, par exclusion, de la justice commune. Au sein de la justice commune, également par un critère d'exclusion, ce qui n'est pas de la compétence de la justice fédérale (arts. 108 et 109) est de la compétence de la justice des Etats »* (traduction libre) : MARINONI Luiz Guilherme, ARENHART Sérgio Cruz e MITIDIERO Daniel, *Novo curso de processo civil : Tutela dos direitos mediante procedimento comum,* v. 2, 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016, p. 56. – DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* v. 1, 8ª ed., São Paulo : Malheiros, 2016, p. 309, *in verbis : « Cette structure complexe (...) est très étroitement rattachée au système politique du pays qui est fédératif et qui est différent de ce qui est pratiqué dans de nombreux autres pays »* (traduction libre).

Cet arsenal mis à disposition des intéressés – parties, juges et Ministère public – vise à garantir effectivement le respect des normes pertinentes.

16. L'étendue du thème concernant l'administration judiciaire exige néanmoins d'autres précisions sur la délimitation de la présente recherche. Tout d'abord, il est important d'expliciter que le sujet de cette étude se restreindra à l'analyse des actes *judiciaires* d'administration. Nous nous pencherons alors sur les actes du juge.

Nous sommes conscients que le contrat se diffuse sensiblement au sein du procès car il est en harmonie avec le principe de coopération du juge et des parties et se présente comme *« une technique complémentaire de gestion de la procédure civile »*[44]. Le fait d'analyser le lien juridique d'instance comme un rapport juridique de nature légale, et non pas contractuel, n'interdit pas qu'il puisse faire l'objet d'accord. La coopération des sujets du lien juridique de l'instance[45] et la flexibilité de la procédure constituent ainsi des instruments pour promouvoir l'efficacité du procès[46] de par leur insertion dans le *processus* de contractualisation de l'instance qui est en œuvre[47].

Néanmoins, considérant que la présente recherche part de l'étude de la notion française d'acte d'administration judiciaire et dans un but de précision, la présente investigation se restreindra à l'analyse comparative des actes *judiciaires* d'administration, c'est-à-dire des actes du juge, soient les actes unilatéraux, soient les actes conjoints du juge et des parties relatifs à l'administration judiciaire. Sont donc exclus de la recherche les actes pris exclusivement par les parties, même s'ils peuvent être considérés comme des techniques complémentaires de gestion procédurale[48]. Les actes processuels[49] qui ne

[44] CADIET Loïc, « Les conventions relatives au procès en droit français : sur la contractualisation du règlement des litiges », *Revista de processo,* ano 33, junho de 2008, nº 160, p. 71. – CADIET Loïc, « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure », préc., p. 141.
[45] Prévu à l'article 6º du Code de procédure civile brésilien de 2015 et aux articles 1er à 3 du Code de procédure civil français : V. *infra,* nos 121 et 154.
[46] Conformément à l'article 8 du *codex* brésilien de 2015.
[47] V. *infra,* nos 127 et 163.
[48] C'est le cas, par exemple, en droit judiciaire privé brésilien de la convention des parties pour suspendre l'instance (article 313, II, du Code de procédure civile de 2015) ou de la convention des parties pour le renvoi à une audience ultérieure (article 362, I, du Code de procédure civile de 2015).

concernent que les parties – c'est-à-dire, les actes de procédure au sens strict – n'entrent donc pas dans le domaine de la présente thèse[50].

Nous savons aussi que les tâches d'organisation et d'administration sont également présentes au parquet, comme l'affirme la doctrine française[51]. Par exemple, en animant et coordonnant la politique d'action publique de son ressort, le procureur de la République *« répartit par ailleurs les substituts au sein des services du parquet et peut modifier cette répartition lorsqu'il l'estime nécessaire. Il peut également exercer en personne les fonctions qu'il a déléguées »*[52], comme l'affirment les articles R. 212-12 et R. 212-13 du Code de l'organisation judiciaire français[53]. De plus, le législateur français qualifie expressément de mesure d'administration judiciaire insusceptible de recours la décision de « délocalisation » de l'affaire au profit d'une juridiction limitrophe prise par

---

[49] Comme l'affirme la doctrine brésilienne, *« Pour que la procédure avance vers la prestation juridictionnelle, des actes processuels doivent être pratiqués par le juge et par les parties. Les actes processuels sont des déclarations de volonté qui visent à la création, à la modification ou à l'extinction des situations processuelles »* : MARINONI Luiz Guilherme, ARENHART Sérgio Cruz e MITIDIERO Daniel, *Novo curso de processo civil : tutela dos direitos mediante procedimento comum,* v. 2, préc., p. 115.

[50] Voir la définition d'acte de procédure présentée par le Vocabulaire juridique, *in verbis* : *« a / Au sens large, acte de volonté (negotium) ou écrit le constatant (instrumentum), se rattachant à une instance judiciaire et pouvant être l'œuvre des parties et de leurs mandataires ou des juges et de leurs auxiliaires. b / Au sens strict, acte des parties à une instance ou des auxiliaires de la justice qui ont pouvoir de les représenter (huissier de justice, avocats, avoués) ayant pour objet l'introduction, la liaison ou l'extinction d'une instance, le déroulement de la procédure ou l'exécution du jugement. Ex. assignation, signification des conclusions, désistement d'instance, exploit de saisie-arrêt (v. CPC, a. 2, 411) »* : CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., *V°* Acte de procédure, p. 22. – La notion d'acte de procédure est alors adoptée au sens strict, comme le fait Loïc Cadiet dans un de ses articles, *in verbis : « Il n'est pas douteux que le nouveau code de procédure civile n'emploie l'expression "acte de procédure" qu'à propos des actes accomplis par les parties pour conduire l'instance dans les formes et les délais requis (art. 2). Il est donc opportun de réserver cette expression à ce seul emploi et, du coup, pour désigner l'ensemble des actes du procès, quel que soit leur auteur, juge ou parties, parler plutôt " d'acte processuel" »* : V. CADIET Loïc, « Les accords sur la juridiction dans le procès », *in* P. ANCEL et M.-C. RIVIER (dir.), Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, Economica, 2001, p. 48.

[51] Comme le reconnaît Loïc Cadiet, *« Les mêmes tâches d'organisation et d'administration se rencontrent au parquet, pour l'organisation interne des services et pour la détermination, par le procureur de la République, des modes de poursuite »* : CADIET Loïc (dir.), *Pour une administration au service de la justice*, préc., p. 35.

[52] DESPORTES Frédéric et LAZERGES-COUSQUER Laurence, *Traité de procédure pénale,* Economica, 3e éd., 2013, p. 590.

[53] L'article R. 212-12 du Code de l'organisation judiciaire établit, *in verbis: « Le procureur de la République répartit les substituts entre les chambres du tribunal et les divers services du parquet. Il peut modifier à tout moment cette répartition. Il peut exercer lui-même les fonctions qu'il a spécialement déléguées à ses substituts »*. L'article R. 212-13 dudit code prescrit, *in verbis : « Au sein de chaque tribunal de grande instance dans le ressort duquel un tribunal pour enfant a son siège, un ou plusieurs magistrats du parquet désignés par le procureur général sont chargés spécialement des affaires concernant les mineurs ».*

le procureur général[54]. De plus, en matière délictuelle, les jours d'audience correctionnelle sont définis en France conjointement par le président de la juridiction et le procureur de la République[55], ce qui est un cas de dyarchie. Comme l'explique la doctrine, *« suivant la politique pénale que veut appliquer le parquet, il y a plus ou moins de comparution immédiate ou de recours d'instruction »*[56].

Le Ministère public brésilien réalise également la distribution des investigations criminelles entre ses différents membres, comme l'indique l'article 3º de la Résolution nº 13 de 2006 du Conseil national du ministère public[57]. Bien que nombreux, ces actes d'administration judiciaire également pris par le parquet intéressent principalement la procédure pénale. Hormis ce fait, comme ils ne sont pas des actes du juge, ils sont exclus de la présente recherche.

17. Comme le droit positif et la doctrine traitent le sujet de façon plurielle, il est donc nécessaire, comme étape préalable à l'étude, de déterminer la terminologie qui sera employée dans cette recherche. En effet, si le droit positif utilise l'expression *mesure d'administration judiciaire*[58], les auteurs parlent aussi d'*acte judiciaire d'administration,* d'*acte judiciaire administratif* ou d'*acte judiciaire d'administration*[59]*,* le terme *décision*

[54] V. l'article 43, al. 2, du Code de procédure pénale français. – V. DESPORTES Frédéric et LAZERGES-COUSQUER Laurence, *Traité de procédure pénale,* préc., p. 650.

[55] Conformément à l'article 399 du Code de procédure pénale français, *in verbis : « Le nombre et le jour des audiences correctionnelles sont fixés par décision conjointe du président du tribunal de grande instance et du procureur de la République. Il en est de même de la composition prévisionnelle de ces audiences, sans préjudice des pouvoirs propres du ministère public en matière d'audiencement. Les décisions prévues au présent article sont prises, après avis de l'assemblée générale du tribunal, à la fin de l'année judiciaire pour l'année judiciaire suivante, et peuvent, en cas de nécessité, être modifiées en cours d'année dans les mêmes conditions. En cas d'impossibilité de parvenir à des décisions conjointes, le nombre et le jour des audiences correctionnelles sont fixés par le seul président du tribunal de grande instance, et la composition prévisionnelle de ces audiences est déterminée par le seul procureur de la République, après avis du premier président de la cour d'appel et du procureur général ».*

[56] JEULAND Emmanuel, *Droit processuel général,* LGDJ, 3e éd., 2014, pp. 151-152.

[57] Conformément à l'article 130-A, § 2°, de la Constitution de la République brésilienne, norme incluse par l'amendement constitutionnel n° 45 de 2004, *in verbis : « Il appartient au Conseil national du ministère public de contrôler l'activité administrative et financière du Ministère public et du respect des devoirs de ses membres »* (traduction libre).

[58] V., par exemple, les articles 107, 126-3, 537, 836, 847-4, 1237 du Code de procédure civile français et les articles R. 11-7, R. 212-8, R. 212-9, R. 212-9-1, R. 312-9, R. 312-11-1, R. 532-11, R. 552-12, R. 562-11 du Code de l'organisation judiciaire français.

[59] V., par exemple, CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, préc., p. 97. – CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc., *V°* Acte d'administration judiciaire, p. 21. – AUBY Jean-Marie, « La

étant également utilisé dans différentes situations[60]. Toutefois, les termes *mesure, acte* et *décision* sont pourvus de significations distinctes, ce qui nécessite de choisir le terme le plus adéquat au traitement du sujet.

Il est indéniable que l'utilisation du terme mesure d'administration judiciaire par le droit positif français constituerait une raison objective pour adopter ladite terminologie. De plus, l'identification des actes d'organisation juridictionnelle et de gestion procédurale aux mesures d'ordre intérieur du droit administratif, conformément à la thèse défendue par certains auteurs[61], pourrait également soutenir le choix de cette terminologie. Néanmoins, il est important de s'interroger sur le sens du mot *mesure* pour vérifier la pertinence de son utilisation.

Selon le Vocabulaire Juridique Cornu, *mesure* est le *« moyen tendant à obtenir un résultat déterminé (sauvegarde, aide, administration, sanction, etc.) »* ou, par extension, « *la décision (judiciaire ou administrative) qui ordonne la mesure »*[62]. Même si le terme est utilisé pour qualifier d'autres actes processuels pris par le juge – comme, par exemple, les mesures provisoires[63], les mesures d'instruction[64] et les mesures conservatoires[65] –, il n'a pas une signification juridique exacte car il est, selon la référence ci-dessus, un *moyen* qui tend à obtenir un résultat déterminé. Ladite terminologie ne comporte donc pas la même densité de signification rattachée aux termes *décision* et *acte*. Il faut ainsi se demander si l'utilisation de l'un de ces deux mots ne serait pas plus adaptée au traitement de la matière.

---

compétence juridictionnelle dans le contentieux des actes d'administration judiciaire », *Revue de droit public,* 1995, 246, p. 1062 s.

[60] V. CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, préc., p. 89, *in verbis : « D'autres actes ont pour objet plus particulier d'assurer le bon déroulement de l'instance : ainsi, les décisions relatives à la fixation des délais, les décisions de radiation (art. 382), de renvoi à l'audience, de jonctions et disjonctions d'instance (art. 368), les décisions relatives à la fixation des délais, à la connexité entre formations d'une même juridiction (art. 107), à la clôture de l'instruction (art. 782) ».* – En traitant des actes juridiques et de l'application de la théorie de l'acte juridique aux actes du procès, Lucie Mayer qualifie de décision la mesure d'administration judiciaire de jonction d'instance, *in verbis : « Tel est le cas, incontestablement, de la décision de jonction d'instances »* : MAYER Lucie, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, IRJS éd., Tome 20, 2009, p. 270.

[61] V. *infra,* nº 108 s.

[62] CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., *V°* Mesure, p. 653.

[63] V., par exemple, les articles 80, 944, 1207, 1449, 1468 du Code de procédure civile français.

[64] V., par exemple, les articles 10, 11, 80, 89, 131-8, 143 et suivants du Code de procédure civile français.

[65] V., par exemple, les articles 1304 et suivants du Code de procédure civile français.

De fait, la prise des actes de gestion procédurale et d'organisation juridictionnelle exige inévitablement une activité mentale de choix de la part du juge qui doit avoir la compréhension préalable de l´utilité, de l´opportunité et de la nécessité de l´acte. Même si ces actes ne possèdent pas la même densité décisoire que les jugements, ce sont des décisions *lato sensu* concernant le fonctionnement de la juridiction et le déroulement de la procédure et qui peuvent affecter – et affectent plusieurs fois – les droits – substantiels et procéduraux – des parties. La nature décisionnelle de ces actes est reconnue par le Vocabulaire Juridique Cornu qui affirme que le terme *décision* englobe, dans un sens plus large, les « *décisions d'ordre administratif (et non juridictionnel) émanant d'un juge : mesures d'administration judiciaire »*[66]. Il ne faut donc pas occulter leur contenu décisoire[67].

Il est cependant important d'indiquer que le terme *décision* désigne spécifiquement les actes juridictionnels, *« englobant tout jugement, quel que soit son auteur (arbitre, tribunal de première instance, cour d'appel, Cour de cassation), son objet (décision contentieuse ou gracieuse), etc. »*[68]. Et comme nous le montrerons[69], les actes d'organisation juridictionnelle et de gestion procédurale ne tranchent pas le litige soumis à l'appréciation du juge et ne sont pas directement liés à l'application du droit au cas *sub judice,* les dispositions relatives au jugement n'étant pas applicables par conséquent, selon l'article 499 du Code de procédure civile français. Ainsi, sans nier son contenu décisionnel, il est préférable de ne pas utiliser l'expression *décision*

[66] CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., *V°* Décision, p. 300.
[67] Sur le contenu décisoire des actes de gestion procédurale et d'organisation juridictionnelle : V. *infra,* n^{os} 124, 147 et 359.
[68] CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., *V°* Décision, p. 300, *in verbis* : *« **1.** Action de décider (pour une autorité ou un particulier), de prendre un parti (en général après une délibération) ; par ext., soit le parti adopté, la décision prise (par ex. acceptation ou refus, admission ou rejet), soit l'acte (instrumentum) qui la contient. V. option. Comp. Disposition, stipulation, convention, ordre, injonction. **2.** Plus spécialement, décision de justice ; terme générique engloband tout jugement, quel que soit son auteur (arbitre, tribunal de première instance, cour d'appel, Cour de cassation), son objet (décision contentieuse ou gracieuse), etc. V. arrêt, sentence, débouté. **3.** Plus spécialement encore, dans la décision de justice, ce que contient le dispositif (par opp. aux motifs et à obiter dictum) (CPC, art. 455). V. chose jugée, dictum. **4.** En un sens plus large, englobe même les décisions d'ordre administratif (et non juridictionnel) émanant d'un juge : mesure d'administration judiciaire ».*
[69] V. *infra,* nº 123.

d'administration judiciaire pour indiquer des actes d'organisation juridictionnelle et de gestion procédurale.

Il faut ainsi se demander si les *mesures d'administration judiciaire*, conformément à la terminologie adoptée par le droit positif français, sont des actes juridiques afin de soutenir l'utilisation du terme *acte* dans l'espèce. Malgré les différentes théories concernant l'acte juridique[70] – volontariste, normativiste[71] et post-normativiste[72] – et les critiques rattachées, l'acte juridique peut être défini comme la *« manifestation de volonté de créer l'effet de droit déclenché »*[73]. Partant de cette conception, les critères

[70] Nous ne nous livrerons pas ici à un exposé de toutes les théories de l'acte juridique, dans la mesure où cette analyse dépasserait le cadre de la présente étude. Nous adoptons le concept d'acte juridique comme étant la manifestation de volonté qui emporte des effets de droit, ceux-ci étant en relation nécessaire avec celle-là : V. BRENNER Claude, *in Répertoire de droit civil*, Dalloz, septembre 2006, n° 10, *V°* Acte. – Pour des informations plus approfondies sur les différentes thèses concernant l'acte juridique : V. MAYER Lucie, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique,* préc.

[71] La théorie normativiste fut inaugurée par les auteurs de l'Ecole de Vienne, notamment par Hans Kelsen, son fondateur, comme l'explique la doctrine, *in verbis : « L'attraction exercée par la notion de norme sur les notions juridiques classiques se ressent particulièrement dans l'analyse kelsénienne de l'acte juridique. En termes normativistes, l'acte juridique est en effet l'acte humain dont la signification subjective est d'ordonner, de permettre ou d'habiliter une certaine conduite (de poser un Sollen), et auquel une norme supérieure confère la signification objective d'une norme. (...) Il ne s'agit pourtant pas, pour les auteurs normativistes, de nier que la plupart des actes juridiques sont effectivement des actes de volonté, "des actes qui portent en intention sur la conduite d'autrui". Simplement, selon eux, il n'est pas pertinent d'ériger la volonté en élément essentiel de l'acte juridique. En effet, l'adoption d'une définition volontariste de l'acte juridique impliquerait d'abord nécessairement de la part de ses partisans une adhésion à une théorie jusnaturaliste du droit. En effet, aux yeux des auteurs normativistes et de leurs successeurs, les conceptions attachées au rôle de la volonté sont entachées en permanence du soupçon de jusnaturalisme, car ces auteurs ne conçoivent pas qu'un critère volontariste puisse être adopté, du moins par un auteur civiliste, sans impliquer nécessairement une adhésion à la théorie de l'autonomie de la volonté dans sa forme plus traditionnelle. (...) Nombre de manuels de droit public caractérisent ainsi aujourd'hui l'acte juridique par son effet normateur, parfois, il est vrai, tout en conférant une égale importance à son caractère volontaire »* : MAYER Lucie, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique,* préc., pp. 132, 134-135.

[72] Pourtant, *« le seul critère de la création de norme ne permet pas de distinguer les actes juridiques non normateurs des simples faits juridiques auquel un effet de droit prédéterminé est attaché par la loi. Il devient donc impossible de conserver un critère tiré exclusivement de la nature spécifique des effets de l'acte. Une partie de la doctrine publiciste récente, inspirée par la théorie des actes de langage, s'est attachée à corriger le critère eisenmannien. Tout en restant fidèle à une conception de l'ordre juridique comme un système de normes, elle a tenté de dégager un critère de l'acte juridique susceptible d'englober l'acte juridique non normateur »*. Ainsi, les actes juridiques *« sont des actes de dire (...) institués par la réglementation juridique pour l'exercice de compétence d'autorité publique ou non publique »* : MAYER Lucie, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique,* préc., pp. 136 et 138.

[73] MAYER Lucie, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique,* préc., p. 121. – Selon le Vocabulaire Juridique Cornu, l'acte juridique est l'*« opération juridique (negotium) consistant en une manifestation de la volonté (publique ou privée, unilatérale, plurilatérale ou collective) ayant pour objet et pour effet de produire une conséquence juridique (établissement d'une règle, modification d'une situation juridique, création d'un droit, etc.) »* : CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique,* préc., *V°* Acte, p. 19.

pour reconnaître un acte juridique sont alors au nombre de deux : la manifestation de volonté de créer un effet de droit[74] et le caractère juridique des effets créés par l'acte. Il y a ainsi acte juridique chaque fois que l'intention de réaliser les effets de droit est absolument indispensable et nécessaire à la production de ces effets[75].

Il est important de préciser que l'effet de droit doit être compris comme la *« modification du contenu substantiel d'une situation juridique antérieure et l'attribution d'un caractère obligatoire à la situation nouvelle créée »*[76]. La situation juridique consiste, de son côté, *« en un certain type de rapports qu'un individu entretient avec autrui – ces rapports pouvant impliquer, de sa part ou de la part d'autrui, l'adoption future d'une certaine conduite, ou consister dans un état de choses indépendant du comportement des sujets de droit –, dès lors qu'un organe d'application du droit est contraint par l'ordre juridique de tirer les conséquences, positives ou négatives, de l'existence de tels rapports »*[77].

Partant alors dudit concept et de ses deux composantes, nous considérons que les *mesures d'administration judiciaire* constituent des *actes juridiques*. En prenant un acte d'organisation juridictionnelle ou de gestion procédurale, le juge manifeste sa volonté de créer l'effet de droit déclenché en vue d'assurer le bon fonctionnement du service public

---

[74] MAYER Lucie, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique,* préc., p. 129, *in verbis* : *« Si la définition énonce plus précisément que l'acte juridique est une "manifestation" de volonté, c'est simplement parce qu'une volonté doit évidemment avoir été extériorisée pour se voir attacher des effets juridiques ».*

[75] Concernant la différence entre acte juridique et fait juridique, Lucie Mayer éclaircit, *in verbis : « Le fait juridique est en effet défini comme "un événement qui modifie une situation juridique, mais sans que ce résultat ait été voulu", "en-dehors de la volonté". Ce qui distingue ainsi l'acte juridique du fait juridique, c'est le caractère essentiellement volontaire du premier. Plus spécifiquement, c'est le fait que l'auteur de l'acte juridique ait exprimé une volonté dont l'objet est précisément de créer les effets de droit qui sont attachés par la loi à l'acte »* : MAYER Lucie*, Actes du procès et théorie de l'acte juridique,* préc., *p. 122.* Concernant les critiques posées à la théorie volontariste d'identification d'acte juridique, l'auteur ajoute, in verbis : *« En droit privé, la plupart des difficultés de qualification sont résolues grâce à la mise en œuvre du critère de manifestation de volonté de créer un effet de droit. (...) Le constat en a déjà été opéré à propos des actions, plus ou moins frauduleuses, accomplies dans l'intention de créer l'effet de droit qui leur était attaché, telles que la destruction volontaire de sa voiture, le délit commis afin de passer l'hiver en prison, etc. En l'absence de toute expression de la volonté de déclencher les effets de droit, il est aisé de conférer à ces actions la qualification de fait juridique »* : MAYER Lucie, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique,* préc., p. 174.

[76] MAYER Lucie, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique,* préc., p. 161.

[77] MAYER Lucie, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique,* préc., p. 157.

de la justice[78] et le bon déroulement de l'instance (effet juridique). Ainsi, les deux critères de la notion sont toujours présents : la manifestation de volonté de créer un effet de droit et le caractère juridique des effets créés par l'acte[79]. Il n'est pas inutile de préciser que les effets juridiques produits sont multiples, comme l'indique Lucie Mayer, *in verbis :*

---

[78] A propos de la qualification de la Justice comme service public en France : V. TRUCHET Didier, *V°* Service public de la justice, *in* CADIET Loïc (dir), *Dictionnaire de la justice*, préc., pp. 1225, *in verbis : « Le droit français fait traditionnellement entrer toutes les activités publiques dans deux catégories seulement : la police et le service public. Ce dernier est une activité d'intérêt général prise en charge par une personne publique. La justice (tant judiciaire qu'administrative) délivre des prestations (ses décisions), qui poursuivent un intérêt général évident, à des usagers (les justiciables) ; elle est prise en charge par l'Etat. Il est donc normal de la considérer comme un service public et de tirer de cette qualification les conséquences qui en découlent logiquement. Ce service public est pourtant très particulier. Son existence répond à une exigence constitutionnelle (bien que le Conseil constitutionnel n'ait pas eu l'occasion de le confirmer explicitement). Les tribunaux sont souverains (statuant "au nom du peuple français"). Leurs membres sont indépendants. Leurs décisions ont autorité de chose jugée. On ne saurait donc assimiler la justice à une administration ordinaire »*. – V. aussi : PAULIAT Hélène, « L'administration de la justice dans les institutions françaises », préc., pp. 81-83, *in verbis : « Si l'on a pu comprendre, à une époque, que la justice ne soit pas reconnue comme un véritable service public, il est plus surprenant d'entendre encore ce discours à l'heure actuelle parmi d'éminents juristes. L'idée d'une organisation minimale construite en vue de la satisfaction d'une mission d'intérêt générale, avec des sujétions et des contraintes mais aussi des prérogatives, semblait ne pas pouvoir s'appliquer à la justice, pouvoir ou autorité constitutionnelle. (…) Si l'on admet donc que la justice est un service public, il est indéniable qu'il s'agit d'un service public dont l'existence et le fonctionnement sont exigés par la Constitution, formule purement jurisprudentielle, retenue par le Conseil constitutionnel dans sa décision des 25-26 juin 1986, Privatisations. (…) La Justice est une activité d'intérêt général, prise en charge par une personne publique, et fonctionnant avec des procédés dérogatoires au droit commun. Il est vrai cependant que cette double qualité (service public et autorité constitutionnelle) ne facilite pas la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, les subtiles distinctions effectuées dans l'arrêt Préfet de la Guyane étant délicates à mettre en œuvre et faisant l'objet d'évolutions jurisprudentielles »*. – V. également : CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, préc., pp. 44-45 et 855, *in verbis : « Fonction étatique, la Justice est, naturellement, un service public ; elle l'est en principe dans les deux sens du terme, organique (l'institution) et matériel (l'activité) lorsque la fonction de juger est exercée par une juridiction étatique ; elle l'est parfois au seul sens matériel quand l'acte de juger émane d'un arbitre. De fait, l'arbitrage n'est pas vraiment une justice privée puisque l'arbitre doit, au moins, respecter les principes directeurs de l'instance (CPC, art. 1464, al. 2), que la sentence arbitrale, lorsqu'elle est susceptible d'appel, l'est comme n'importe quel jugement devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle elle a été rendue (CPC, art. 1489-1490) et que son efficacité est subordonnée à l'exequatur conféré par le tribunal de grande instance statuant à juge unique (COJ, art. R. 212-8). Parce qu'elle est un service public, la justice doit fonctionner conformément aux principes communs à tous les services publics : la continuité (Section 1) et l'égalité (Section 2). Elle fait également appel aux services de magistrats qui sont, fondamentalement, des agents de l'État, des agents publics au sens de l'article 15 DDHC, même si la spécificité de leur fonction publique les distingue substantiellement du lot commun des fonctionnaires (Section 3). (...) La fonction juridictionnelle est une fonction étatique qui prend la forme d'un service public : le service public de la justice. Cette manière d'être de la justice s'explique par le fait que la fonction de juger est destinée à satisfaire, au-delà des intérêt des particuliers, un besoin d'intérêt général : le respect des lois »*.

[79] En traitant de l'application de la théorie de l'acte juridique aux actes du procès, Lucie Mayer adopte partiellement la conclusion selon laquelle les actes judiciaires d'administration sont des actes juridiques, *in verbis : « De même, l'organe juridictionnel qui prend une mesure d'administration judiciaire décide que l'effet déclenché par la mesure adoptée est bien l'effet conforme aux impératifs liés au bon fonctionnement du service de la justice. On peut donc dire que le juge manifeste une volonté de créer un effet de droit*

> *« La qualité d'actes juridiques leur sera cependant reconnue si l'on est en mesure de constater qu'ils emportent un effet juridique. Tel est le cas, incontestablement, de la décision de jonction d'instances. En effet, la situation juridique du juge est clairement modifiée par le fait qu'il est désormais autorisé à puiser des éléments de conviction dans toutes les instances qui ont été jointes : le champ du débat a été élargi. Réciproquement, en cas de disjonction d'instance, le champ du débat est réduit, puisque le juge n'a plus le droit de fonder sa décision relative à une instance sur un élément extrait de l'autre instance. De même, lorsque la procédure est orale, la fixation d'une date d'audience est dotée d'un effet juridique : en pareille hypothèse, les parties doivent comparaître à la date prévue, faute de quoi le juge constatera leur défaillance et sera contraint, soit de rejeter la demande en l'absence de prétention émise par celui-ci, soit de prononcer un jugement par défaut en cas d'absence du défendeur »*[80].

Ces effets peuvent varier en intensité et en forme, mais ils sont toujours vérifiables[81]. Par exemple, la fixation d'une date d'audience très éloignée est susceptible de causer un dommage important et irrémédiable aux droits des parties, comme le souligne la doctrine[82], surtout lorsque l'on retient l'important constat que le droit au procès équitable confère aux plaideurs le droit au traitement de l'affaire dans un délai raisonnable. Ainsi, non seulement la jonction ou la disjonction d'instance ou la radiation d'une affaire du rôle, mais tous les actes d'administration judiciaire constituent des manifestations de volonté pris par le juge pour garantir le bon déroulement de l'instance

---

lorsqu'il a dû procéder au préalable à une appréciation de la réunion des conditions de déclenchement de cet effet » : MAYER Lucie, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique,* préc., pp. 254-255.

[80] MAYER Lucie, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique,* préc., pp. 269-271. L'auteur reconnaît la nature d'acte juridique à plusieurs actes d'administration judiciaire, en affirmant, *in verbis : « Or, les administratifs judiciaires constituent des manifestations de volonté prises par le juge visant justement à déclencher l'effet juridique nécessaire à la gestion efficace du service public de la justice. Ainsi, même si ces actes ne constituent pas des jugements, ils sont des décisions judiciaires, c'est-à-dire des actes juridiques avec force obligatoire, opposables aux parties au procès, dans la mesure où ils provoquent des effets juridiques sur la situation des parties »* : MAYER Lucie, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique,* préc., p. 343.

[81] Position contraire à celle adoptée par une partie de la doctrine. Lucie Mayer, par exemple, refuse de qualifier d'acte juridique tous les actes d'organisation juridictionnelle et de gestion procédurale. Selon elle, l'acte de fixation d'une date d'audience lorsque la procédure est écrite, par exemple, ne comporterait aucun effet juridique, *in verbis : « En revanche, il semble que d'autres mesures d'administration judiciaire soient dépourvues d'effet juridique. Ainsi, la fixation d'une date d'audience lorsque la procédure est écrite n'emporte aucun effet juridique, dans la mesure où les prétentions et moyens ont été, quant à eux, déjà soumis au juge grâce aux conclusions. Dans toutes ces hypothèses, la modification ne touche pas les relations d'ordre juridique qu'entretiennent les parties entre elles et avec le juge »* : MAYER Lucie, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique,* préc., p. 271.

[82] V. PERDRIAU André, « Les mesures d'administration judiciaire au regard du juge de cassation », *La* Gazette du Palais, 7 mars 2002, n° 66, p. 12.

et le bon fonctionnement de la juridiction, ces actes ayant des effets plus ou moins importants sur la situation juridique des parties à l'instance.

En ce qui concerne le droit brésilien, l'utilisation des termes *mesure* et *décision* comporte les mêmes critiques antérieurement indiquées[83]. La terminologie *acte* se présente également comme la plus adéquate en droit judiciaire privé brésilien, conformément au concept d'acte juridique présenté par la doctrine, *in verbis :*

> *« Il est appelé acte juridique (...) l'extériorisation consciente de la volonté qui ait pour objet l'obtention d'un résultat juridiquement protégé ou non interdit et possible. A partir de ce concept, ce sont des éléments essentiels à la caractérisation de l'acte juridique : (i) un acte humain volontaire, c'est-à-dire, un comportement qui représente une extériorisation de volonté, par simple manifestation ou déclaration, selon le cas, qui constitue une conduite réglée par le droit et qui, pour cette raison, est prévue comme la base d'incidence d'une norme juridique ; (ii) la conscience d'une telle extériorisation de volonté, c'est-à-dire, que la personne qui manifeste ou déclare la volonté le fait avec l'intention de réaliser exactement le comportement réglé par le droit ; (iii) que l'acte vise l'obtention d'un résultat qui soit protégé ou, au moins, non interdit (= autorisé) par le droit, et possible »* (traduction libre)[84].

---

[83] C'est la conclusion à laquelle nous arrivons en raison de la définition de *mesure* présentée par le *Vocabulário Jurídico*, *in verbis : « Dans la terminologie juridique, c'est le vocable utilisé pour indiquer le moyen de prévention employé en justice pour défendre un droit ou par disposition légale. Il exprime ainsi le commandement, la prévention ou la disposition prises pour atteindre certaines exigences légales ou pour prévenir des faits qui peuvent porter atteinte aux droits d'autrui, afin d'empêcher leur occurrence ou de conserver un droit. (...) Le terme révèle aussi, dans les pratiques des juridictions, la diligence prise pour atteindre un objectif : telles que les mesures autorisées ou déterminées par le juge, à la demande des parties ou ex officio, en faveur du procès, afin de prévenir un fait, empêcher son événement ou découvrir la vérité le concernant » :* SILVA De Plácido e, *Vocabulário Jurídico,* v. 3, 12ª éd., Rio de Janeiro : Forense, 1997, *Vº* Mesure, p. 171. De même, pour la notion de *décision*, *in verbis : « Mais, dans l'acception juridique, la décision signifie la solution qui est donnée à une question ou contestation, mettant fin au problème, par le biais d'un jugement, "despacho" ou résolution, créant une composition nouvelle entre les parties au litige. Elle est alors le résultat d'une demande, comprise dans un sens plus restreint, ou la simple délibération concernant un acte ou une demande faite dans le cadre d'un procès, dans une acception plus large »* : SILVA De Plácido e, *Vocabulário Jurídico,* préc., v. 2, p. 11.

[84] MELLO Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico – Plano da existência*, 20ª ed., São Paulo : Saraiva, 2014, p. 198. Selon l'auteur, *« il est impossible de considérer comme acte juridique l'acte auquel on ne peut conférer, ou au moins qu'il soit impossible de lui conférer une attribution juridique caractérisée par la possibilité de modification dans le contenu de la sphère juridique des participants de l'acte juridique ; c'est-à-dire : l'acte juridique doit viser à la modification de la situation juridique des intéressés en raison des effets produits. L'acte juridique, pourtant, n'est pas nécessairement efficace, mais il faut, au moins, qu'il soit capable de l'être »* (traduction libre) : MELLO Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico – Plano da existência*, préc., pp. 204-205. – De Plácito e Silva donne une définition similaire, *in verbis : « Dans le sens donné par le droit civil, il est compris comme tout acte licite qui a pour objectif immédiat d'acquérir, de préserver, de transférer, de modifier ou de mettre fin à des droits. Par conséquent, l'acte juridique, manifestation de volonté de l'agent ou de plusieurs agents, doit être conforme à une telle volonté et, comme il doit être licite, il doit également être pratiqué selon les déterminations légales »*

Comme l'explique José Miguel Garcia Medina, les actes juridiques processuels *lato sensu* comprennent l'acte juridique *stricto sensu* et la convention juridique (*negotium*). La différence est concentrée sur la prépondérance de l'autonomie des parties dans la détermination des effets juridiques dans la seconde espèce d'acte juridique, *in verbis :*

> *« Comme nous avons antérieurement affirmé, la volonté est l'élément principal de la base d'incidence des actes juridiques stricto sensu et des negotia juridiques (...). Dans l'acte processuel stricto sensu, l'acte est pratiqué pour la production des effets juridiques prédéterminés par la loi, tandis que dans les negotia juridiques l'autonomie des partie prévaut, y compris sur ce qui concerne les effets (...). La distinction peut être employée dans le domaine de la procédure civile, avec la restriction évidente concernant la liberté des parties par rapport aux effets du negotium juridique processuel »* (traduction libre)[85].

(traduction libre) : SILVA De Plácido e, *Vocabulário Jurídico,* v. 1, préc., *V°* Acte juridique, pp. 236-237. – Marcos Bernardes de Mello, dans l'ouvrage ci-dessus indiqué, traite du fait juridique *lato sensu*, concept qui comprend, selon lui, le fait juridique *stricto sensu*, l'acte juridique *stricto sensu*, l'acte-fait juridique, le *negotium* juridique et le fait illicite. Selon l'auteur : *« A l'intérieur de ces catégories (conformément au droit et contraire au droit), la classification des espèces doit être réalisée selon une donnée qui les distingue définitivement : la présence, ou non, de la conduite humaine volontaire dans la base d'incidence d'une norme juridique. Comme vu auparavant, les simples événements de la nature et des animaux, tout comme les actes humains, peuvent constituer des éléments de la base d'incidence d'une norme juridique. Il semble évident que la présence d'un comportement humain comme composante de la base d'incidence d'une norme juridique établit une différence substantielle entre les faits juridiques. En analysant le monde du droit sous une telle perspective, nous constatons qu'il existe des faits juridiques dont la base d'incidence d'une norme juridique est intégrée : (a) par de simples faits de la nature ou d'un animal pour lesquels un acte humain n'est pas nécessaire à leur existence ; ce sont des faits juridiques stricto sensu, licites ou illicites ; (b) d'autres, au contraire, ont dans leur base un acte humain comme élément essentiel ; parmi eux : (b.a) il y en a quelques-uns qui, bien que le comportement humain soit essentiel à leur existence, pour lesquels le droit considère sans importance la circonstance d'avoir ou non, la volonté dans la pratique, une attention particulière étant accordée à la base d'incidence de la norme juridique : ce sont les actes-faits juridiques, licites ou illicites ; (b.b) pour d'autres néanmoins, la volonté dans la pratique de l'acte n'est seulement importante, mais constitue l'élément essentiel du fait juridique. Ce sont les actes juridiques lato sensu, qui se décomposent en actes juridiques stricto sensu et les negotium juridiques et actes illicites »* (traduction libre) : MELLO Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico – Plano da existência*, préc., pp 175-176.

[85] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* 3ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015, p. 309. – V. aussi : PEREIRA Caio Mário da Silva*, Instituições de direito civil : Introdução ao direito civil – Teoria geral do direito civil,* v. 1, 23ª ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro : Forense, 2010, pp. 407-408, *in verbis : « On observe alors que le "negotium juridique" et l'"acte juridique" diffèrent les uns des autres. Le premier est la déclaration de volonté par laquelle l'agent poursuit l'effet juridique (Rechtsgeschäft) ; dans l'acte juridique stricto sensu, il y a également une manifestation de volonté, mais les effets juridiques sont créés indépendamment de la volonté directe de l'agent. (...) Ce sont tous des faits humains volontaires. Les "negotia juridiques" sont cependant des déclarations de volonté destinées à la production des effets juridiques voulus par l'agent ; les "actes juridiques stricto sensu" sont des manifestations de volonté, obéissantes à la loi, mais génératrices d'effets qui naissent de la propre loi.*

Ainsi, au lieu d'utiliser l'expression *mesure d'administration judiciaire* ou *décision d'administration judiciaire*, terminologies possibles, nous retiendrons dans cette étude la terminologie *acte d'administration judiciaire* et ses correspondants – *acte judiciaire d'administration*, *acte administratif judiciaire*, etc. –, considérant que les actes d'organisation juridictionnelle et de gestion procédurale sont des actes juridiques.

18. Notre thèse, intitulée « Les actes d'administration judiciaire en droit français et en droit brésilien : Etude de procédure civile comparée », propose d'examiner les systèmes français et brésilien d'administration judiciaire, plus spécifiquement à propos des actes du juge d'organisation juridictionnelle et de gestion procédurale dans les deux ordres juridiques. L'analyse comparative se montre pertinente dans la mesure où nous identifions des similarités en ce qui concerne les actes de gestion procédurale en droit judiciaire privé français et brésilien, le concept négatif établi par la haute juridiction judiciaire française étant également adopté dans la qualification de « despacho » par la jurisprudence et la doctrine brésiliennes.

De plus, nous constatons des différences significatives quant aux règles actuelles d'organisation juridictionnelle. Le système français, souple et flexible, dans lequel le chef de juridiction détient des pouvoirs majeurs dans le domaine, s'oppose à l'ensemble des normes prédéterminées, objectives et transparentes d'affectation des juges et de distribution des affaires devant les juridictions brésiliennes. Les convergences et divergences de règlement dans ce domaine suscitent alors l'intérêt de développer la présente étude comparative afin de comprendre les particularités et les similitudes de ces deux systèmes et ce que chaque ordre peut apprendre de l'autre dans le but d'un développement constant.

19. L'opposition entre les actes judiciaires administratifs et les actes juridictionnels exige une étude préalable de jugement pour permettre ensuite l'analyse spécifique des

---

Parmi les actes licites il y a les actes qui ne sont pas des negotia juridiques, tout comme les negotia juridiques ». – Sur la validité du « negotium » juridique : V. les articles 104 à 114 du Code civil brésilien de 2002.

actes judiciaires d'administration en identifiant ce que la doctrine et la jurisprudence actuelles affirment dans le domaine. Partant alors de la notion française d'acte d'administration judiciaire, cette analyse entend comprendre, dans une première étape, le concept d'acte judiciaire d'administration en droit judiciaire privé français et brésilien avec l'identification de la nature juridique des actes d'organisation juridictionnelle et de gestion procédurale (Première partie).

Cette compréhension préalable nous conduira à identifier les ressemblances et les divergences dans le traitement du sujet en droit français et brésilien et soulèvera des interrogations, non seulement au sujet des raisons qui justifient les éventuelles différences, mais également à propos de la conformité des régimes juridiques applicables aux principes fondamentaux du procès e de la justice. L'étude comparative facilitera ainsi l'analyse critique de la matière afin de permettre la proposition des modifications souhaitables et d'identifier ce que chaque système peut apprendre de l'autre, dans un effort constant d'évolution et d'amélioration des dispositifs juridiques (Seconde partie).

PREMIERE PARTIE

LES ACTES D´ADMINISTRATION JUDICIAIRE : DES ACTES DE GESTION NON DETACHABLES DE LA FONCTION DE JUGER

20. Même si l´acte juridictionnel constitue le but final du procès – par lequel le juge dit le droit (*jurisdictio*), pour dissiper l'incertitude juridique[86] et promouvoir ainsi la paix sociale[87] –, son accomplissement, à la fin de la procédure, est nécessairement précédé et dépendant de plusieurs actes d´administration judiciaire. Assurant le bon fonctionnement du service dans une juridiction et le bon déroulement de l´instance, ces actes judiciaires administratifs ne se rattachent pas directement, ni à la juridiction contentieuse, ni à la juridiction gracieuse[88]. Pour autant, la doctrine et la jurisprudence – françaises et brésiliennes – divergent sur la qualification juridique de certains actes pris par les juges. L'exacte identification de la nature juridique d'un acte est néanmoins la condition nécessaire pour l'application du régime juridique idoine.

En présentant une définition *a contrario*, la Cour de cassation française a établi que les actes du juge, qui causent des griefs aux parties, ne constituent pas des actes d'administration judiciaire [89]. La Cour supérieure de justice brésilienne[90] affirme aussi

[86] CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès,* 2e éd., PUF, 2013, pp. 313, 315-316.

[87] Selon Jean Carbonnier, la fin suprême du droit consiste à *« faire régner la paix entre les hommes »*, mission éthique de la justice : CARBONNIER Jean, *Droit civil*, vol. 1 : *Introduction*, PUF, coll. « Quadrige », 2004, n° 188, p. 362, *apud* : CADIET Loïc, « La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédure », préc., p. 123. – V. aussi : CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, préc., pp. 39, 108 et 320, *in verbis* : *« Dans une première vue, le procès peut être défini comme le mécanisme destiné à assurer la paix sociale à l'issue d'une procédure réglée permettant, en principe, à un tiers impartial de dire le droit entre des intérêts potentiellement ou réellement divergents ».* Les auteurs continuent, *in verbis : « La fonction de juger est une mission assurée ou contrôlée par la puissance publique car elle est destinée à satisfaire, au-delà des intérêts des particuliers, un besoin d'intérêt général : la paix civile dans le respect des lois. (...) le jugement doit avoir pour objectif, comme l'a si bien montré Paul Ricœur, au-delà du départage des intérêts juridiques en présence (suum cuique tribuere, c'est la finalité courte du jugement), de contribuer à la paix sociale (c'est la finalité longue) en faisant reconnaître par chacun la part que l'autre prend à la même société que lui, en vertu de quoi le gagnant et le perdant du procès sont réputés avoir chacun leur juste part à ce schème de coopération qu'est la société ».* – Sur la différence entre les finalités longue et courte du procès : V. CADIET Loïc, « La qualité de la norme juridictionnelle », *in* STEFANINI Marthe Fathin-Rouge, GAY Laurence et PINI Joseph (dir.), *Autour de la qualité des normes : actes du colloque d'Aix-en-Provence des 24 et 25 octobre 2008,* Bruyant, 2010, pp. 241-242. – Sur le thème concernant le but de pacification social du procès : V. DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* v. 1, préc., pp. 220-221.

[88] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, préc., pp. 97-98.

[89] Cass. soc., 24 mai 1995 : *RTD civ.* 1995, obs. R. Perrot, p. 958 ; *Bull. civ.* V, nº 168, p. 122.

[90] La Cour supérieure de justice (« Superior Tribunal de Justiça ») a été créée par la Constitution de la République brésilienne de 1988. Sa compétence est prévue à l'article 105 de la Constitution brésilienne qui établit les affaires qui commencent à la Cour supérieure de justice (affaire de compétence originaire) et celles où la Cour agit comme organisme réviseur. C'est la juridiction responsable pour uniformiser l'interprétation de la législation fédérale du Brésil, c'est-à-dire, la dernière instance de la Justice brésilienne

que les « despachos », actes qui ont pour seul but le déroulement de l'instance, n'ont pas de contenu décisionnel et ne provoquent pas des griefs aux parties, d'où l'impossibilité de recours pour les contester[91]. Les deux juridictions supérieures proposent alors un critère de distinction entre les actes du juge fondés sur leurs effets juridiques, affirmation problématique et sujette à critiques.

Malgré l'importance de la matière, des hésitations quant à l'exacte qualification des actes judiciaires persistent et une même décision est qualifiée, selon les circonstances, soit comme un acte d'administration judiciaire, soit comme une décision juridictionnelle[92]. Une telle confusion n´est pourtant pas souhaitable lorsque les actes judiciaires administratifs sont, en France et au Brésil, soumis à des régimes juridiques différents de ceux applicables aux actes juridictionnels, de telle sorte qu´ils ne sont pas, en principe, assujettis aux mêmes contraintes que les jugements[93], ce qui provoque des opinions opposées[94] et démontre l'insuffisance des contrôles à leur égard[95].

---

compétente pour trancher les affaires non liées directement à la Constitution, à l'exclusion de la compétence des organismes spécialisés : V. la présentation des attributions de la Cour donnée sur le site http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Atribuições, consulté le 1er novembre 2016.

[91] Cour supérieure de justice, Quatrième chambre, « Recurso Especial » n° 195.848/MG, Ministre rapporteur : Sálvio de Figueiredo Teixeira, date du jugement : 20/11/2001, date de publication : 18/02/2002. – Cour supérieure de justice, Première chambre, « Recurso Especial » nº 901.774/SP, Ministre rapporteur : José Delgado, date du jugement : 28/08/2007, date de publication : 13/09/2007. – Cour supérieure de justice, Première section, « Agravo Regimental na Petição na Ação Rescisória » nº 4824/RJ, Ministre rapporteur : Mauro Campbell Marques, date du jugement: 14/05/2014, date de publication : 21/05/2014, *in verbis: « (...) la différence entre la décision interlocutoire et le "despacho" est dans l'existence, ou non, de contenu décisoire et de grief. Les "despachos" sont des "pronunciamentos meramente ordinatórios" (actes simplement ordonnateurs), qui visent au déroulement de l'instance, sans trancher le litige, alors que la décision interlocutoire, quant à elle, à la différence des "despachos", a du contenu décisoire et provoque des griefs aux parties »* (traduction libre).

[92] PERDRIAU André, « Les mesures d´administration judiciaire au regard du juge de cassation », préc., p. 11. – Au Brésil : V. THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil*, v. I, 49ª ed., 2008, p. 234 et la jurisprudence sur la matière: Cour supérieure de justice, Première chambre, « Recurso Especial » n° 884794/RJ, Ministre rapporteur : Luiz Fux, date du jugement : 4/11/2008, date de la publication : 27/11/2008. – Cour supérieure de justice, Deuxième chambre, « Recurso Especial » n° 1204850/RS, Ministre rapporteur : Mauro Campbell Marques, date du jugement : 21/09/2010, date de la publication : 8/10/2010.

[93] V. l'article 537 du Code de procédure civile français et l'article 1.001 du Code de procédure civile brésilien de 2015.

[94] Sur le droit français : V. CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 98. – Sur ce qui concerne le droit brésilien : V. PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », *Revista de processo*, ano 15, nº 58, abril-junho de 1990*,* pp. 52-53.

[95] CHOLET Didier, « Le contrôle de l´activité non juridictionnelle des juridictions »*, La Gazette du Palais*, 13 octobre 2007, n° 286, p. 11.

L'étude des actes administratifs judiciaires exige alors l'analyse préalable de la fonction juridictionnelle (titre 1), dans la mesure où seule l'identification correcte des actes juridictionnels est capable d'éviter qu'ils soient « déjuridictionnalisés », c'est-à-dire, *« privés à tort de leurs attributs juridictionnels »*[96]. Ensuite, à partir de l'analyse comparative et critique des définitions données par les jurisprudences et par les doctrines françaises et brésiliennes, ce travail entend proposer une définition positive des actes d'administration judiciaire en vérifiant leur nature juridique selon la fonction exercée par le juge (titre 2).

[96] Selon la définition du terme établie par Julien Théron : V. THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », *Recueil Dalloz* 2010, p. 2246.

TITRE 1

L'ANALYSE DE LA NOTION D'ACTE JURIDICTIONNEL, ETAPE PREALABLE A L'IDENTIFICATION CORRECTE DES ACTES D'ADMINISTRATION JUDICIAIRE

21. Si l´acte juridictionnel constitue le but final de la procédure, par lequel le juge dit le droit (juridictions gracieuse et contentieuse)[97], le magistrat prend également d´autres décisions qui n´ont pas de caractère juridictionnel et qui ont pour seul objet l'administration de la justice[98] : ce sont les actes d´administration judiciaire. Ces mesures, *« à défaut de dire le droit, sont prises pour dire le droit »*[99] et visent au bon déroulement de l´instance et au bon fonctionnement du service public de la justice[100].

---

[97] V. *infra,* nº 30 s.

[98] CADIET Loïct et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 98.

[99] GROULIER Cédric, « Remarques sur la notion de mesure d´administration de la justice », *Revue du droit public*, 20 novembre 2011 nº 2, p. 407.

[100] Il est important d'indiquer que la fonction juridictionnelle au Brésil peut également être qualifiée de service public. Si la fonction juridictionnelle est exclue du concept restrictif de service public – notion qui normalement fait référence aux services fournis par l'Administration, et non par l'Etat –, l'activité juridictionnelle peut être incluse dans le sens large de service public, comme l'indique la doctrine, *in verbis : « Les concepts stricts sont ceux qui confinent le service public entre les activités exercées par l'Administration publique, avec l'exclusion des fonctions administratives et juridictionnelles ; et, outre cela, le considèrent comme une des activités administratives parfaitement distinctes du pouvoir de police de l'Etat. On part de la différence entre activité juridique et activité sociale. Dans la première, selon l'enseignement de Caio Tácito (1975 : 198-199) "on vise la préservation du droit objectif, de l'ordre public, de la paix et de la sécurité collective" ; il correspond au pouvoir de police. Dans l'activité sociale, au contraire, "l'Administration traite des matières concernant l'intérêt collectif, visant le bien-être et le progrès social en fournissant des services en particuliers". Il équivaut aux services publics proprement dits. (...) 4. On ne peut affirmer, parmi les concepts plus amples ou plus restrictifs, que l'un soit plus correct que l'autre ; il est possible de classer, de manière décroissante, les différents concepts : ceux qui englobent toutes les activités de l'Etat (législation, juridiction et exécution) ; ceux qui ne tiennent compte que des activités administratives en excluant la juridiction et la législation, sans distinguer le service public du pouvoir de police, promotion ("fomento") et intervention ; ceux qui préfèrent limiter plus pour distinguer le service public des autres trois activités de l'Administration publique. Dans le droit positif, l'expression est utilisée parfois au sens plus large et parfois au sens plus restrictif. Par exemple, dans l'article 37, § 6º, de la Constitution fédérale, qui traite de la responsabilité des personnes morales de droit public et des personnes morales de droit privé prestataires de service public, cette expression est utilisée au sens plus large afin de tenir compte de toutes les activités de l'Etat, sans distinguer l'administrative, la juridictionnelle et la législative, et sans distinguer le service public, au sens strict, de l'activité de police, de promotion (" fomento") et de l'intervention. (...) A cet égard, notre définition du service public comme étant toute activité matérielle que la loi incombe à l'Etat afin qu'il l'exerce directement ou par le biais de ses délégataires, avec l'objectif de satisfaire concrètement les besoins collectifs, sous le régime juridique total ou partiellement public »* (traduction libre) : DI PIETRO Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo,* 27ª ed., São Paulo : Atlas, 2014, pp. 104 et 107. – Selon José dos Santos Carvalho Filho, le service public est *« toute activité menée par l'Etat ou par ses délégués, basiquement sous le régime de droit public, visant à la satisfaction des nécessités essentielles et secondaires de la collectivité »* (traduction libre) : CARVALHO FILHO José dos Santos, *Manual de direito administrativo,* 25ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo : Atlas, 2012, p. 321. – En adoptant alors le concept plus ample de service public, nous pouvons parler du service public de la justice, tant en France comme au Brésil, dans la mesure où la juridiction constitue une activité d'intérêt général (élément matériel) menée par l'Etat – dans ce cas, par son Pouvoir judiciaire – (élément subjectif) –, sous le régime de droit public (élément formel), le prononcé des jugements et la suppression de l'incertitude juridique par l'application du droit au cas *sub judice* étant entendu comme le service fourni, les usagers du service étant les parties à l'instance, dont le service doit être de qualité, continu, égalitaire et mené dans tout le territoire national. De plus, les principes qui régissent en général les services publics sont également applicables à l'activité juridictionnelle, à savoir, les principes de généralité – selon lequel les services publics doivent bénéficier le plus grand nombre

Malgré leur importance, les Codes de procédure civile français et brésilien n´ont pas donné de définition positive des actes d'administration judiciaire. C´est surtout la jurisprudence et la doctrine de chaque pays qui ont contribué à la qualification juridique des actes du juge. En effet, en exerçant le contrôle sur la qualification juridique des actes judiciaires, la Cour de cassation française et la Cour supérieure de justice brésilienne ont respectivement présenté des définitions négatives d'acte d'administration judiciaire et de « despacho » tout en les distinguant de l'acte juridictionnel. Toutefois, la frontière entre l´acte juridictionnel et les actes administratifs judiciaires demeure floue[101], permettant *« des incertitudes, voire des confusions quant à délimitation exacte des mesures d´administration judiciaire »* et, par conséquent, les différentes chambres civiles, et parfois une même chambre, n´ont pas de vision unitaire de ce que sont véritablement les actes administratifs judiciaires[102].

L´identification correcte des actes administratifs judiciaires est néanmoins impérieuse lorsque leur régime juridique diverge de celui qui est applicable aux actes juridictionnels[103]. La qualification correcte des actes est, en outre, indispensable pour éviter que de véritables jugements soient incorrectement qualifiés[104]. L´identification exacte des actes d´administration judiciaire exige alors la compréhension préalable de ce

---

d'individus –, de continuité – qui détermine que la prestation de service doit être continue –, d'efficience – qui impose que l'activité atteigne le meilleur résultat avec le moindre coût – et de modicité, principes du service public indiqués par José dos Santos Carvalho Filho : V. CARVALHO FILHO José dos Santos, *Manual de direito administrativo,* préc., pp. 330-336. – En traitant de la responsabilité de l'Etat en raison de la fonction juridictionnelle, la doctrine affirme, *in verbis : « Pour ces raisons, quant à l'ordre juridique brésilien, constitutionnellement ajouté par des normes de protection des droits de l'homme qui intègrent le Pacte de San José da Costa Rica, les personnes ont non seulement le droit fondamental à la juridiction, mais aussi le droit à l'équité de la fonction juridictionnelle, c'est-à-dire, le droit à que ce service public essentiel et monopolisé par l'Etat leur soit rendu dans un délai raisonnable, par la garantie d'un procès sans retards indus »* (traduction libre) : DIAS Ronaldo Brêtas de Carvalho, *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional,* Belo Horizonte : Del Rey, 2004, p. 199. – Le service public de la justice a cependant des spécificités, comme nous l'avons indiqué pour le service public de la justice en France : V. *supra,* note nº 78.

[101] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2246.

[102] PERDRIAU André, « Les mesures d´administration judiciaire au regard du juge de cassation », préc., nº 66, p. 11.

[103] Conformément à l'article 499 du Code de procédure civile français et aux articles 1.001, 1.009 et 1.015 et du Code de procédure civile brésilien de 2015.

[104] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2246.

qui constitue et identifie les jugements. L'étude de l'acte juridictionnel en France (chapitre 1) et au Brésil (chapitre 2) constitue le premier pas à franchir dans la compréhension de la nature juridique et des finalités des actes d'administration judiciaire[105].

[105] Il faut noter que l´acte juridictionnel est un sujet assez vaste. La présente recherche ne prétend donc pas couvrir toute la complexité du sujet avec toutes les doctrines le concernant. L´acte juridictionnel sera alors analysé sous les aspects qui le distinguent des actes d´administration judiciaire. Pour une analyse plus approfondie de l´acte juridictionnel : V. AMBRA Dominique d´, *L´objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994, préface G. Wiederkehr.

CHAPITRE 1

L'ETUDE DE L'ACTE JURIDICTIONNEL EN FRANCE : L'ETAPE PREALABLE A LA COMPREHENSION DE LA NOTION D'ACTE D'ADMINISTRATION JUDICIAIRE EN DROIT JUDICIAIRE PRIVE FRANÇAIS[106]

22. L'identification correcte de l'acte d'administration judiciaire exige préalablement la compréhension de la notion de l'acte juridictionnel afin d'éviter que des véritables jugements soient « déjuridictionnalisés », c'est-à-dire qualifiés à tort d'actes d'administration judiciaire. L'étude de l'acte juridictionnel constitue alors la première étape pour bien identifier les actes judiciaires d'administration.

En France, l'acte juridictionnel fut l'objet de plusieurs études[107] et les auteurs divergent sur son contenu et son ampleur[108]. Si, dans un premier moment, l'autonomie de

[106] Le présent chapitre sur les actes juridictionnels en droit judiciaire privé français n'a pas la prétention d'analyser en détail et en profondeur l'acte juridictionnel, sujet relativement vaste et traité par plusieurs auteurs. Nous proposons, au contraire, d'indiquer les principales questions relatives à l'acte juridictionnel afin de comprendre l'opposition entre le jugement et les actes d'administration judiciaire réalisés par la Cour de cassation française : V. *supra,* note nº 105.

[107] Comme l'avertit la doctrine, le sujet est traité sous différentes perspectives, *in verbis : « Hormis les hypothèses où la loi qualifie un organe de juridiction ou utilise des vocables apparentés tels que le jugement, la première instance, l'appel, la doctrine, plus ou moins relayée en jurisprudence, a dû dégager les critères de la juridiction. La tâche n'est pas facile car les différents travaux consacrés au sujet utilisent des "entrées" variables puisqu'il est question de juridiction, de tribunal, d'actes juridictionnels ou de fonction juridictionnelle sans que les rapports des uns aux autres soient vraiment explicités, ce qui ne clarifie pas le débat. Ces entrées différentes s'expliquent par le fait que la doctrine s'est intéressée à la notion de juridiction au gré de ses besoins. Les constitutionnalistes ont envisagé la notion dans une perspective bien particulière puisqu'il s'agissait de situer la juridiction par rapport au pouvoir exécutif et législatif. La juridiction est alors appréhendée comme un pouvoir ou, du moins, comme une autorité, ce qui justifie notamment des développements sur l'autorité de ses décisions. Quant à la doctrine administrative, elle s'y est intéressé pour marquer l'autonomie de la fonction juridictionnelle par rapporta à la fonction administrative, traditionnellement confondues. Classique, la distinction de la fonction administrative et de la fonction juridictionnelle a connu un regain d'actualité avec l'apparition et le déploiement des autorités administratives ou publiques indépendantes. C'est ce qui explique le passage de la notion de juridiction à celle d'acte juridictionnel. Pour Cornu et Foyer, "une préoccupation plus pragmatique a conduit (les publicistes) plutôt à rechercher le critère de l'acte juridictionnel qu'à définir la fonction...c'est de la nature des actes qu'ils ont entendu induire la nature et même l'existence de la fonction". Pourtant, ces enjeux s'estompent à mesure que la fonction administrative se déroule dans le respect de principes communs à la juridiction tels que la motivation des décisions et le respect de la contradiction. A l'inverse, la doctrine civile est restée longtemps très en retrait, justifiant le jugement sévère qu'Henry Visio portait sur elle, fustigeant ses auteurs qui se seraient contentés de reprendre et de vénérer les anciens écrits. En vérité, la réflexion civiliste relative à la juridiction a emprunté d'autres chemins, au gré de ses besoins propres au procès civil. C'est pourquoi les travaux concernant la notion de juridiction se sont principalement articulés autour de la distinction des fonctions contentieuse et gracieuse »* : CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, préc., p. 410.

la fonction juridictionnelle a pu être contestée, la doctrine a ensuite établi différents critères pour identifier le jugement (section 1), ce qui a permis l'application du régime juridique qui lui est attaché (section 2).

Section 1 - Les différents critères d´identification de l´acte juridictionnel en France

23. Si les critères organique et procédural se sont avérés insuffisants pour aboutir à l'identification de l'acte juridictionnel (§ 1), des critères matériels ont été proposés pour orienter la découverte du jugement (§ 2). Ces derniers ont cependant suscité une divergence doctrinale au sujet du caractère juridictionnel des décisions gracieuses. Toutefois, la combinaison des différents critères est apparue comme la solution plus adéquate pour reconnaître la fonction juridictionnelle (§ 3).

§ 1 : De la négation de l'autonomie de la fonction juridictionnelle à la proposition des critères organique et procédural d'identification de l'acte juridictionnel

24. Pour sauvegarder la liberté, Montesquieu a défendu, dans son ouvrage paru en 1748, la séparation des pouvoirs, en affirmant *« qu'il n'y a point encore de Liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice »*. Pourtant, le magistrat a écrit que *« le juge n'est que la bouche qui prononce les paroles de la Loi »* de façon à ce que *« la puissance de juger est en quelque façon nulle »*[109].

Au début du XX[e] siècle, l'autonomie de la fonction juridictionnelle fut également contestée par l´Ecole normativiste de Vienne qui ne reconnaissait que deux fonctions à l´Etat : la fonction législative – qui pose des règles générales et impersonnelles – et la fonction administrative – qui consiste à émettre des actes particuliers, à prendre des

---

[108] V. AMBRA Dominique, *L´objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préc., p. XIX, *in verbis : « Il n´est pas de question où règne plus de confusion et où apparaissent plus de divergences que celle de la définition de l'acte juridictionnel. En premier lieu, son existence même, en tant qu'acte juridique ayant une nature propre, est contestée. Ensuite, ceux qui lui reconnaissent cette existence distincte du point de vue matériel se font de lui les notions les plus diverses et recourent pour le caractériser à des critères fort différents ».*

[109] MONTESQUIEU Charles-Louis de Secondat, *L'esprit des Lois,* Garnier Frères, Libraires-Éditeurs, Paris, 1869, Livre XI, chap. VI. – RENOUX Thierry, *V°* Séparation des pouvoirs, *in* CADIET Loïc (dir), *Dictionnaire de la justice*, préc., p. 1215.

décisions applicables à des cas concrets. Selon l'Ecole normativiste de Vienne, la fonction juridictionnelle ne possédait aucune autonomie ou spécificité dans la mesure où elle n'était qu'un simple acte de l'administration, l'acte juridictionnel n´étant qu'*« un mode de création d´une norme, pris en exécution de la norme qui lui est supérieure »*[110].

25. Malgré la thèse défendue par ces théories publicistes, la plupart des auteurs ont fini par reconnaître l'autonomie de la fonction juridictionnelle et du jugement et ont établi des critères pour identifier l'acte juridictionnel. Dans ce sens, Carré de Malberg a proposé le critère organique selon lequel le jugement est un acte rendu par des juridictions, des organes spécialisés, hiérarchisés et indépendants[111]. Pourtant, l'existence des commissions administratives de toute nature a exigé la proposition d´un critère procédural pour identifier l'acte juridictionnel qui est défini, selon cette théorie, comme l'acte accompli par des organes spécialisés, hiérarchisés, indépendants et autonomes (critère organique) et en suivant des règles de procédure particulières donnant des garanties aux plaideurs (critère procédural)[112].

Néanmoins, les critères organique et procédural se sont révélés insuffisants pour identifier adéquatement les actes juridictionnels puisque de nombreuses décisions administratives sont prises selon des règles de procédure garantissant les droits de leurs destinataires[113]. D'autre part, la qualité de l'auteur de l´acte n'est pas absolument

---

[110] KELSEN Hans, « Aperçu d´une théorie générale de l´Etat » (traduction de Ch. Eisenmann), *RDP* 1926, p. 620 s. – KELSEN Hans, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *RDP* 1929, p. 213 s., *apud :* AMBRA Dominique d´, *L´objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préc., p. XX.

[111] AMBRA Dominique d', *V°* Jugement, *in* CADIET Loïc (dir), *Dictionnaire de la justice*, préc., p. 690.

[112] Pour les références doctrinales : CARRÉ de MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l´État*, Paris, 1920-1922, t. I, p. 268 s., *apud* : CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 82. – GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, *Procédure civile : droit interne et droit de l´Union européenne*, Dalloz, 32e éd., 2014, p. 706. – Pour les références jurisprudentielles : CE, 2 février 1945, *Moineau*, *D.* 1945. 269, note Colliard ; S. 1946.3.9, note Lhuillier ; *RTD civ.* 1945. 291, obs. Vizioz. – CE 17 avril 1953, *Falco, JCP* 1953. II. 7598, note Vedel. – Cass. crim. 11 mai 1948, *Gaz. Pal.* 1948. 1. 285.

[113] V., par exemple, l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui établit, *in verbis : « Droit à une bonne administration : 1. Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union. 2. Ce droit comporte notamment: le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ; le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires ; l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions. 3. Toute personne a droit à la*

déterminante dans la mesure où *« tous les actes émanant d´un organe juridictionnel ne sont pas nécessairement des actes juridictionnels. Le fait qu'une décision soit prise par un juge à l'issue d´une certaine procédure ne suffit donc pas à caractériser la nature juridictionnelle d'un acte »*[114].

Ces critères ne permettaient donc pas d'identifier, au sein d´un organe réunissant ces traits caractéristiques (spécialisation, hiérarchisation, indépendance, autonomie et règles de procédure particulières), ce qui relève du juridictionnel et ce qui n'en relève pas, comme l'a bien remarqué la doctrine, *in verbis :*

> *« Ainsi, s'agissant des actes faits par les magistrats des tribunaux judiciaires eux-mêmes, dont chacun conviendra, à l´évidence, que tous ne sont pas juridictionnels, ces indices extérieurs ne sont d´aucun secours, car tous les actes qu'ils accomplissent sont rendus suivant certaines formes et par des organes dont la spécialisation, la hiérarchisation, l´indépendance et l´autonomie sont certaines. (...) il n´est pas douteux que les décisions des autorités administratives indépendantes sont de nature juridictionnelle car le législateur a exigé que l´on respecte devant elles les droits de la défense, a organisé une procédure véritablement juridictionnelle et les a soumises au contrôle judiciaire de la Cour d´appel et de la Cour de cassation. Il y a donc acte juridictionnel, fonction, mission juridictionnelle, sans organe juridictionnel, sans juridiction au sens strict »*[115].

26. Jèze, quant à lui, a défendu l'idée que l'identification de l'acte juridictionnel reposerait sur son efficacité, dans la mesure où le jugement se différencierait des autres actes du juge en raison de l'autorité de chose jugée rattachée à l'acte juridictionnel. C'est alors *« la volonté du législateur qui, en conférant l´autorité de chose jugée à un acte, lui attribuerait le caractère d´acte juridictionnel »*[116]. Toutefois, le critère s'est à nouveau

---

réparation par la Communauté des dommages causés par les institutions, ou par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres. 4. Toute personne peut s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues des traités et doit recevoir une réponse dans la même langue ».

[114] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., pp. 82-83. – CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès,* préc., p. 414, *in verbis : « La juridiction ne se réduit pourtant pas à l'activité juridictionnelle. Si des actes juridictionnels émanent d'une juridiction, l'activité de la juridiction repose également sur des mesures d'administration judiciaire qui sont tout aussi nécessaires à l'accomplissement de sa fonction ».*

[115] GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, *Procédure civile : droit interne et droit de l'Union européenne*, préc., pp. 706-708.

[116] JEZE G., « De la force de vérité légale attachée par la loi à l´acte juridictionnel », *RDP* 1913, 437, *apud* : CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 83.

révélé insuffisant et entaché d'un vice de raisonnement, dans la mesure où l'acte juridictionnel a été caractérisé d'après ses effets et non selon la nature de la décision prise, comme le reconnaît la doctrine, *in verbis :*

> *« Il n´est pas d´usage de déterminer la nature d´un acte au moyen de ses attributs. Si l'interprète a besoin de qualifier un acte, c´est précisément pour en déduire les conséquences. L´autorité de chose jugée découle du but de la fonction juridictionnelle : un acte la possède précisément parce qu´il est juridictionnel »*[117].

Ledit critère confond la cause et l'effet car l'autorité de chose jugée découle de la qualification préalable de l'acte du juge comme acte juridictionnel et non l'inverse[118]. Il fallait alors continuer à rechercher le bon critère pour identifier l´acte juridictionnel. L'incapacité des critères formels pour individualiser l'acte juridictionnel a conduit la doctrine à dégager des critères matériels pour l'identification du jugement.

§ 2 : Les critères matériels d'identification de l'acte juridictionnel

27. Les vices de raisonnement liés aux critères formels d'identification de l'acte juridictionnel ont poussé la doctrine à chercher des critères matériels pour distinguer le jugement des autres actes judiciaires. Nous analyserons ainsi les thèses qui identifient l'acte juridictionnel en raison de sa structure particulière (A), de sa fonction de trancher une contestation ou un litige (B) ou, plus amplement, de dire le droit (C).

A. - La structure spécifique de l´acte juridictionnel

28. Duguit a tenté de définir le jugement par sa structure en affirmant *in verbis :*

---

[117] GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, *Procédure civile : droit interne et droit de l´Union européenne*, préc., p. 708.

[118] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 83. – V. aussi : CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, préc., p. 417, *in verbis :* « *Mais ce critère confond la cause et l´effet. L´autorité de chose jugée est un attribut de l´acte, un effet dit-on plus traditionnellement. Il ne peut donc servir à qualifier l´acte quand il résulte au contraire de sa qualification préalable comme acte juridictionnel. Cet effet n´est d´ailleurs pas systématique, si on veut bien considérer certaines catégories de jugement qui, comme les ordonnances de référé en matière civile, n´ont qu´une autorité de chose jugée au provisoire ».*

> *« Ce qui caractérise essentiellement la fonction de juger, c´est que l´Etat est lui-même lié par la constatation du droit subjectif et que la décision qu´il rend doit être la conclusion syllogistique de la constatation qu´il a faite. Toute décision juridictionnelle est un syllogisme : la majeure est le rappel de la règle de droit ; la mineure est la constatation soit d´un acte ou d´un fait contraire à cette règle ou d´une situation de droit née conformément à cette règle, et la conclusion est une décision qui est la conséquence nécessaire et logique de la constatation »*[119].

C'est ainsi que Duguit a cru pouvoir déceler la spécificité de l'acte juridictionnel dans sa structure originale. L'acte juridictionnel serait composé de trois éléments : la prétention qu'un trouble a été porté à l'ordre public ; la constatation que l'atteinte fut ou ne fut pas portée à l'ordre public ; et la conséquence logique de cette constatation, la décision, qui déduit les conséquences pratiques de la constatation (défense, condamnation, etc.). L'acte juridictionnel serait alors la réunion de ces divers éléments.

Des critiques ont cependant été adressées à cette théorie. Selon certains auteurs[120], seule la constatation caractériserait l´acte juridictionnel, *in verbis :*

> *« Parmi ces trois éléments, il nous semble que, seule, la constatation caractérise réellement l´acte juridictionnel. La prétention qui est une condition nécessaire de l´intervention du juge demeure, en effet, extérieure à l´acte. Par ailleurs, un certain nombre d´actes juridictionnels ne comporte pas de décision consécutive. Tel est le cas pour les questions préjudicielles ; quand la solution du procès civil dépend de l´appréciation préalable par un tribunal administratif de la validité d´un acte, ce tribunal se borne à effectuer une simple constatation dont le juge civil déduit ensuite les conséquences nécessaires par une décision. Le jugement par lequel le tribunal rejette comme non fondée la prétention du demandeur ne contient, elle aussi, qu´une pure constatation. On peut citer aussi l´exemple des actions déclaratoires ; en matière de nationalité notamment, le jugement qui constate qu´un individu est français ou ne l´est pas, ne comporte pas normalement de décision consécutive (art. 129, C. nat. devenu art. 29-3 C. civ., L. N 93-933, 22 juillet .1993). Ces situations, en dépit de leur rareté, conduisent à ne pas incorporer la décision dans l´acte juridictionnel et à ramener celui-ci à une pure constatation. La finalité de l´acte juridictionnel est donc de procéder à*

[119] DUGUIT Léon, « L´acte administratif et l´acte juridictionnel », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l´étranger,* 1906, pp. 450-451.

[120] GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, *Procédure civile : droit interne et droit de l´Union européenne*, préc., pp. 710-711. – En ce qui concerne les références jurisprudentielles : CE, 5 mars 1948, *Gaz. Pal.* 9 avr. 1948, *RTD civ.* 1948. 242. Obs. Vizioz ; *cf.* Obs. Hébraud, *RTD civ.* 1948. 498. – Sous des espèces analogues : CE, 31 juillet 1948, *Gaz. Pal.* 20 oct. 1948. – CE, 5 mars 1948, *Gaz. Pal.* 1948. 1. 161 ; CE, 25 juillet 1952 (2 arrêts), *D.* 1953. 187 et 327, concl. Guionin ; *RDP* 1953. 204, note Auby ; *RTD civ.* 1953. 573, obs. Hébraud ; 12 déc. 1953, *D.* 1954. 294, *RTD civ.* 1954. 349, obs. Hébraud.

une constatation, ce qui conduit à examiner le critère fondé sur le but de l´acte, afin de conforter cette analyse »[121].

Il faut cependant remarquer que la théorie qui identifie l'acte juridictionnel à la constatation prise par le juge n'est pas suivie par tous les auteurs, comme l'illustre Georges Wiederkehr, *in verbis :*

> *« Certes le terme même de juridiction (jurisdictio) atteste que la fonction première du juge est de dire le droit, mais il dit le droit en tranchant un litige ou, en tout cas, en donnant une solution à une question concrète à propos d´une situation de fait (le rôle du juge étant parfois non de trancher, mais de prévenir le litige). (...) Le juge n´a pas un pouvoir juridictionnel de constater, d´une part, et un pouvoir de décision de nature différente, d´autre part. Il n´a normalement pouvoir de constater que pour décider. La constatation et la décision sont indissociables et constituent un acte unique (même dans les cas de questions préjudicielles où l´on a affirmé que la constatation et la décision étaient dissociées, sous prétexte que la décision d´un juge dépendait de la constatation d´un autre, on pourrait observer que chacun des jugements comporte, en réalité, une part de constatation et une part de décision »*[122].

Comme cette théorie ne permet pas d'identifier tous les actes juridictionnels[123], d´autres critères ont été proposés.

B. – L'objet de la fonction juridictionnelle : trancher les litiges ?

29. Comme les critères précédents se sont avérés insuffisants pour identifier l´acte juridictionnel, la doctrine s'est penchée sur le but de l'acte pour tenter de comprendre le jugement et le différencier des autres actes pris par le juge. Certains auteurs ont ainsi soutenu que la spécificité de l´acte juridictionnel résiderait dans son but d´*« assurer la protection de l´ordre juridique en vigueur, au contraire de l´acte d´administration qui tendrait à réaliser les buts correspondants aux intérêts de l´Etat »*[124]. Cette

---

[121] GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, *Procédure civile : droit interne et droit de l´Union européenne*, préc., pp. 710-711.
[122] WIEDERKEHR Georges, « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires », *Mélanges Alfred Rieg,* Bruylant, 2000, p. 885.
[123] AMBRA Dominique d', *V°* Jugement, in *Dictionnaire de la justice,* préc., p. 690.
[124] MAYER Otto, *Le droit administratif allemand*, éd. française, t. 1, 1903, p. 6 ; JELLINECK Georg, *L´État moderne et son droit*, éd. française, 1904, t. 2, p. 317 ; ARTUR Émile, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RDP* 1900, t. 1, p. 237 s., *apud* : AMBRA Dominique d´, *L´objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préc., p. XX.

différenciation s´est pourtant avérée exagérée dans la mesure où les tribunaux, comme la police, visent à maintenir la paix publique dans le respect de la loi[125].

La doctrine retient ensuite le critère selon lequel l´existence d´une contestation soumise au juge serait l'élément décisif de l´acte juridictionnel. Le contentieux apparaîtrait comme une contestation que les parties ont accepté de soumettre à un juge public afin qu'il lui donne une solution pacifique[126]. Néanmoins, actuellement, l'instance est imposée par la loi au défendeur. En outre, l'idée de contestation exige l´opposition des intérêts et des prétentions[127]. La doctrine moderne préfère ainsi utiliser la notion de litige, *in verbis :*

> *« En effet, à la suite de Calamandrei, Vizioz a montré que le terme de contestation est trop étroit car il implique une discussion effective entre deux parties qui soutiennent des thèses opposées devant le juge. Or, dans les trois contentieux, privé, pénal et administratif, des situations ne correspondent pas à cette définition. La notion de litige, plus vaste, suppose simplement un conflit d´intérêts qui conduit à une prétention juridique »*[128].

Selon la majorité de la doctrine, la notion de litige englobe ainsi les hypothèses de contestation patente ou latente, réunissant alors les cas où il existe une opposition de prétentions antagonistes, caractéristique de la procédure contentieuse contradictoire, mais également dans les procédures contentieuses par défaut[129]. Juger serait alors choisir entre deux prétentions concurrentes, acte d'autorité réalisé par un tiers en fonction des intérêts en présence. Le jugement qui tranche le conflit en désignant la prétention fondée déclarerait alors la certitude d'une situation de droit subjectif[130].

---

[125] AMBRA Dominique d', *V°* Jugement, in *Dictionnaire de la justice,* préc., p. 690.
[126] HAURIOU M., « Les éléments du contentieux », *Recueil de l´Académie de législation de Toulouse* 1905. 1-98, 1907. 149-191, *apud :* GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, *Procédure civile : droit interne et droit de l´Union européenne*, préc., p. 709. – HEBRAUD P., « L´acte juridictionnel et la classification des contentieux », *R.A.L.T.,* t. 19, 1949, p. 131 s. et spécialement p. 161 s. ; HEBRAUD P., *RTD civ.* 1948, p. 498 et *RTD civ.* 1960, p. 706, *apud :* AMBRA Dominique d´, *L´objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préc., p. XX.
[127] GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, *Procédure civile : droit interne et droit de l´Union européenne*, préc., p. 709.
[128] AMBRA Dominique d', *V°* Jugement, in *Dictionnaire de la justice,* préc., p. 691.
[129] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 83.
[130] BANDRAC Monique, « De l´acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », in *Le juge entre deux millénaires – Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, pp. 171-172.

Cette théorie identifie donc l'acte juridictionnel par sa fonction de résolution du litige, et exclue par conséquent les jugements gracieux du domaine juridictionnel, dans la mesure où l´article 25 du Code de procédure civile français les qualifie justement par l'absence de tout litige. Ainsi, selon la théorie classique et la jurisprudence, seuls les jugements contentieux doivent être qualifiés de véritables actes juridictionnels[131], comme l'affirme une partie de la doctrine française, *in verbis :*

> *« En réalité l'objet propre de la fonction juridictionnelle paraît résider dans la fonction qui est de trancher les litiges : c´est la notion de litige qui permet de distinguer parmi les actes du juge ceux qui constituent des actes juridictionnels et c´est encore elle qui va permettre de démêler le contenu juridictionnel du contenu jurisprudentiel d´un jugement. C´est donc dans cette fonction qui consiste à trancher les litiges que se trouve le germe des pouvoirs du juge »*[132].

Pourtant, il y a des auteurs qui ne sont pas d'accord avec le critère proposé et affirment qu´il serait trop ample et trop étroit dans la mesure où il existerait des actes judiciaires ayant pour objet de résoudre un litige sans être, à proprement parler, des actes juridictionnels. La doctrine donne l´exemple des jugements d'équité par lesquels le juge statue en amiable compositeur, et non par application des règles de droit[133]. En outre, le critère lié à la résolution du litige exclurait les décisions gracieuses du domaine juridictionnel, ce qui rencontre des résistances[134].

Une partie minoritaire de la doctrine française adopte même une conception plus large du litige, en affirmant que le litige existe dès qu'une personne a besoin d'un juge pour qu'il se prononce sur le bien-fondé d'une prétention, *in verbis :*

> *« Ce n'est pas parce qu'en matière civile, le litige se présente souvent comme un différend entre personnes que tout litige, en général, doit être réduit à un désaccord de volonté entre deux personnes. (...) Certes, le Code de procédure civile semble parfois se prêter lui-même à cette manière de réduire le litige à un différend entre deux personnes, en définissant la matière gracieuse par*

[131] AMBRA Dominique d', *V°* Jugement, in *Dictionnaire de la justice,* préc., p. 691.
[132] AMBRA Dominique d´, *L´objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préc., p. XXI.
[133] Si une partie de la doctrine refuse la qualité d´acte juridictionnel dans les cas où le juge statue en amiable compositeur, il y a d'autres auteurs qui ne suivent pas ce raisonnement : V WIEDERKEHR Georges, « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires », préc., p. 885.
[134] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 96.

" l'absence de litige" (art. 25). Mais, en vérité, dans ce cas, il s'agit simplement de l'absence d'un différend déclaré entre deux ou plusieurs personnes, ce qu'exprimait beaucoup mieux la disposition antérieure à l'article 25 du Code de procédure civile qui définissait la matière gracieuse par l'absence de contestation, c'est-à-dire d'adversaire (D. 9 sept. 1971, art. 63). (...) A chaque fois, ce qui compte, c'est moins l'existence d'un différend opposant des personnes que l'existence d'une situation d'incertitude juridique, s'exprimant à travers une contestation (le contentieux) ou non (le gracieux), justiciable, en toute hypothèse, d'une décision juridictionnelle dont l'objet est de lever l'incertitude sur la situation juridique en cause. Que la procédure obéisse à des règles différentes selon la nature des intérêts en cause est une autre affaire qui ne contredit pas l'existence d'un litige soumis à un juge »[135].

La notion de litige peut alors varier, englobant ou non la matière gracieuse. A cette controverse s'en ajoute néanmoins une autre, à propos de la discussion, un peu plus ancienne, sur le caractère juridictionnel des décisions gracieuses : l'objet de la fonction juridictionnelle peut être identifié pour l'application du droit au cas *sub judice.*

C. - L´objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit

30. D´après l´article 25 du Code de procédure civile français, le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige, il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle. Ainsi, dans certaines hypothèses prévues par la loi, malgré l´absence de litige[136], les demandes doivent nécessairement être soumises au contrôle du juge, en raison de la gravité des intérêts en cause ou pour prévenir l´apparition d´un contentieux éventuel, de sorte que l'efficacité juridique de l'acte de volonté privée reste conditionnée au contrôle et à la décision judiciaire. L´activité du juge dans ces hypothèses vise, soit à un simple contrôle de légalité de l´acte, soit à un contrôle de légitimité et d´opportunité, le juge s'assurant de la conformité de l'acte aux intérêts auxquels la loi subordonne la mesure envisagée[137].

[135] CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès,* préc., pp. 313, 315-316.
[136] Le litige ici est compris dans sa notion traditionnelle : V. *supra*, nº 29.
[137] NORMAND Jacques, *Vº* Office du juge, in *Dictionnaire de la justice*, préc., p. 929.

La nature juridique des décisions gracieuses demeure ainsi un sujet controversé en France dans la mesure où ces décisions sont prises par le juge en l'absence de litige[138]. En outre, leur régime juridique diffèrerait de celui qui s'applique aux jugements : les décisions gracieuses n´ont pas, selon la Cour de cassation, l'autorité de chose jugée[139] ; le juge n´est pas immédiatement dessaisi après le prononcé de sa décision[140] ; leur procédure est en surplus inquisitoire, écrite, secrète et bien peu formaliste[141].

---

[138] La Convention européenne des droits de l´homme a prévu, dans son article 6 § 1, le droit à un tribunal indépendant et impartial qui décidera les *« contestations sur les droits et obligations de caractère civil »* et le *« bien-fondé de toute accusation en matière pénale »*. Si l´article parle de tribunal et non d´acte juridictionnel, il semble indiquer que le droit au procès équitable s´applique seulement aux jugements contentieux, par lesquels le tribunal se limite à trancher les contestations sur les droits et obligations de caractère civil. Si le texte ne dit pas au moyen de quel instrument le tribunal doit trancher la contestation, la Cour a postérieurement éclairci que le tribunal est un organe qui statue en droit : CEDH, 29 avril 1988, *Belilos*, série A, nº 132. – CEDH, 27 août 1991, *Demicoli c/ Malte*, série A, nº 210.

[139] Comme explique Frédérique Eudier, *in verbis : « Cependant, la Cour de cassation refuse toujours de reconnaître aux décisions gracieuses l'autorité de la chose jugée : ces décisions ne dessaisissent pas le juge et sont donc susceptibles d'être rapportées ou modifiées si les circonstances dans lesquelles elles ont été prononcées ont changé (Civ. 1re, 6 avr. 1994, nº 92-15.170, Bull. civ. I, nº 141 ; RTD civ. 1994. 563, obs. Hauser ; Justices nº 2, juill.-déc. 1995. 283, obs. crit. G. Wiederkehr, pour une décision de rectification d'état civil. – Civ. 1re, 17 oct. 1995, nº 94-04.025, Bull. civ. I, no 367 ; Justices nº 4, juill.-déc. 1996. 266, obs. G. Wiederkehr, pour une décision d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire civil prononcée sans convocation préalable des parties, au seul vu des pièces produites par le débiteur). Pourtant, il n'est pas envisageable, par exemple, que d'anciens époux, divorcés par consentement mutuel, puissent réitérer leur demande en divorce (S. GUINCHARD, CHAINAIS et FERRAND,* préc*., nº 2057). La Cour de cassation a d'ailleurs affirmé que la décision prononçant le divorce, y compris la convention homologuée par le juge, ne peut être attaquée qu'au moyen des voies de recours qui sont ouvertes à son encontre (Civ. 2e, 25 nov. 1999, nº 97-16.488, Bull. civ. II, nº 177). La décision rendue, quoique gracieuse, est définitive. Il ne faut donc pas confondre juridiction gracieuse et juridiction provisoire »* : EUDIER Frédérique, *Vº* Jugement, in *Répertoire de procédure civile,* Dalloz, septembre 2011, nº 11. – Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland affirment, cependant, *in verbis : « Dans les deux cas, le juge "statue", "se prononce" (art. 25 et 28) et rend un "jugement" qui peut être frappé de voies de recours (ex. CPC, art. 543), ce qui n'a de sens qu'à la condition de lui reconnaître autorité de chose jugée. (...) Il suffit d'observer ici que l'ouverture de voies de recours à l'encontre des décisions gracieuses postule leur autorité de chose jugée. Notamment, les jugements gracieux peuvent être frappés d'appel (art. 543 et 546, al. 2) et de tierce opposition (art. 583, al. 2). Or, l'effet de ces recours est bien de remettre en cause la chose jugée pour qu'il soit de nouveau statué en fait et en droit (art. 561 et 582, al. 2) »* : CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., pp. 96 et 610.

[140] V. l´article 481, alinéa 1er, du Code de procédure civile français, *in verbis : « Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche ».* La mention de la résolution d´une contestation met en évidence que le principe du dessaisissement s´applique essentiellement aux jugements contentieux, excluant, par conséquent, les décisions gracieuses : V. *infra,* nº 37.

[141] AMBRA Dominique d´, *L´objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préc., pp. 291-292. – Il faut, cependant, nuancer ces affirmations, dans la mesure où certaines décisions contentieuses présentent des caractéristiques similaires à celles qui sont attribuées aux jugements gracieux. L'ordonnance sur requête, par exemple, est définie, précisément, comme la décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler la partie adverse (article 493 du Code de procédure civile français). Frédérique Eudier, de son côté, affirme, *in verbis : « Le code de procédure civile considère les décisions gracieuses comme de véritables jugements (C. pr. civ., art. 451,*

Une partie minoritaire de la doctrine française refuse donc de qualifier ces décisions d´actes juridictionnels[142], en affirmant que la fonction juridictionnelle consisterait à trancher les litiges et non pas à les prévenir. Mais tous les auteurs ne sont pas d'accord avec cette théorie et défendent le caractère juridictionnel des décisions gracieuses[143], comme l'explique Dominique d'Ambra, *in verbis* :

> *« Tout a commencé, semble-t-il, avec le commentaire très nuancé d´Hébraud de la loi du 15 juillet 1944. Il a développé l´idée que la matière gracieuse constitue une véritable juridiction de nature spéciale qui se rapproche, en raison de la dégradation de ses caractères spécifiques, de la juridiction contentieuse. Pour lui les différences entre juridiction gracieuse et juridiction contentieuse sont plus de degré que de nature car il s´agit toujours de protéger les intérêts privés en les plaçant sous la tutelle du droit. Cette idée est reprise par M. Tomasin dans sa thèse. M. Balensi, quant à lui, affirme que les décisions du juge de l´homologation sont de véritables actes juridictionnels. De même, plusieurs*

---

454 et 466, faisant allusion aux jugements rendus en matière gracieuse). Elles sont donc soumises, en principe, au régime juridique de ceux-ci, sauf disposition expresse prévoyant des règles particulières à la matière gracieuse. Ainsi, par exemple, le juge peut, en matière gracieuse, se fonder sur des faits non allégués par le requérant (C. pr. civ., art. 26. – Pour une application de l'article 26 en matière de rectification d'état civil : Civ. I^re^, 20 mai 1980, JCP 1981. II. 19549, note D. L. N. ; RTD civ. 1980. 803, obs. Normand ; RTD civ.1981. 212, obs. Perrot). Il peut se prononcer sans débat (C. pr. civ., art. 28. – Civ. 2^e^, 1er déc. 1993, n° 92-12.726, Bull. civ. II, n° 343 ; JCP 1995. II. 22399, note Le Ninivin : saisie d'un recours motivé et statuant sur les moyen invoqués par ce recours, une cour d'appel n'était pas tenue de convoquer le demandeur). Néanmoins, le juge statuant en matière gracieuse, qui retient des faits non allégués par le requérant, doit respecter le principe du contradictoire (Civ. I^re^, 13 janv. 1993, n° 91-04.135, Bull. civ. I, no 17 ; RTD civ. 1993. 647, obs. R. Perrot)» : EUDIER Frédérique, *V°* Jugement, in *Répertoire de procédure civile,* préc., n° 10.

[142] Comme expliquent MM. Degoffe et Jeuland, *in verbis : « (...) la discussion concernant les mesures d´administration judiciaire est un peu à notre époque ce que la discussion sur l´acte gracieux a été au milieu du siècle dernier. Hébraud en 1952 comparait les actes gracieux et les mesures d´administration judiciaire en notant que le pouvoir discrétionnaire et l´absence de recours étaient des points communs mais il concluait : "les actes de nature proprement administrative, tendant à l´organisation du service judiciaire, sont en marge de la juridiction gracieuse, qui comprend essentiellement des actes, de nature très variée, faits à l´occasion de l´exercice des droits privés. Les actes d´administration judiciaire sont inspirés par l´intérêt du service, et cette considération y prédomine même lorsqu´ils retentissent sur des intérêts particuliers" »* : DEGOFFE Michel, JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., p. 150.

[143] JEULAND Emmanuel, *Droit processuel général*, préc., p. 485, *in verbis : « La notion d'acte juridictionnel est discutée en procédure civile. Certains auteurs considèrent qu'il n'existe un acte juridictionnel que si un litige entre deux personnes est tranché, ce qui exclut la matière gracieuse. Or, il ne semble pas qu'un litige soit nécessaire, il suffit d'une incertitude juridique ou autrement dit d'un trouble dans une relation juridique. Les actes gracieux seraient donc bien des jugements »*. – CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 96. – CROZE Hervé, MOREL Christian, FRADIN Olivier, *Procédure civile : manuel pédagogique et pratique*, LexisNexis, 4^e^ éd., 2008, p. 28. – CORNU et FOYER, *Procédure civile,* PUF, 3^e^ éd., 1996, n° 21 ; GUINCHARD Serge, n° 162 ; HÉRON J., n° 269 ; AMIEL-COSME, *Justices* 1997, n° 5, *apud :* BANDRAC Monique, « De l´acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », préc., p. 173.

auteurs estiment que la décision d´homologation de la convention définitive, dans le cadre du divorce sur requête conjointe, est un acte juridictionnel »[144].

Ainsi, pour une partie de la doctrine, l´acte juridictionnel se passe de la présence de litige et constitue l'acte par lequel le juge dit le droit (*jurisdictio*), ainsi que MM. Cadiet et Jeuland en défendent la thèse, *in verbis :*

« Stricto sensu, l'acte juridictionnel est l'acte par lequel le juge dit le droit : juris dictio. Moins lapidairement, est juridictionnel l'acte du juge qui, saisi d´une situation donnée, statue par application des règles de droit relativement à cette situation, peu importe que le litige soit avéré ou non. Sans en faire un absolu, le traditionnel syllogisme judiciaire rend d´ailleurs compte de cette méthode caractéristique de la fonction juridictionnelle. Aux premisses correspondent les motifs du jugement : la majeure y exprime la règle du droit ; la mineure, les faits de l´espèce. Quant à la conclusion, elle prend la forme du dispositif du jugement qui énonce la décision à laquelle la confrontation du fait au droit a conduit le juge (CPC, art. 455). Partant, la fonction juridictionnelle combine deux démarches : une démarche inductive, consistant à confronter les faits de l´espèce aux présuppositions de la règle de droit (opération de qualification) et une démarche déductive, consistant à faire produire ou à ne pas faire produire, en l´espèce, l´effet juridique que la règle attache à son présupposé (opération de décision). La combinaison de ces deux opérations caractérise l´activité, donc l´acte juridictionnel ; elle rend compte, formellement, de la spécificité de l'acte juridictionnel et permet de déterminer les actes judiciaires d´ordre juridictionnel »[145].

L'acte juridictionnel ne serait donc pas uniquement réduit à l'acte du juge qui tranche le litige soumis à son appréciation mais englobe au contraire, tous les actes du juge par lesquels il dit le droit, *in verbis :*

« Ce qui caractérise l´acte juridictionnel, c´est davantage l´application, par le juge, d´une règle de droit à une situation de fait dont il est saisi. Or, cette confrontation du fait au droit, d´où découle la décision, n´est pas propre aux décisions contentieuses ; le juge l´opère également dans son activité gracieuse. Dans les deux cas, le juge "statue", "se prononce" (art. 25 et 28) et rend un "jugement" qui peut être frappé de voies de recours (ex-CPC, art. 543), ce qui n´a de sens qu´à la condition de lui reconnaître autorité de chose jugée »[146].

[144] AMBRA Dominique d´, *L´objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préc., p. 291.
[145] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., pp. 83-84.
[146] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, préc., p. 96.

En outre, s'il est vrai que les décisions gracieuses et contentieuses ont des régimes juridiques qui ne sont pas strictement identiques, ceci résulterait justement du fait qu'en matière gracieuse, qu'il n´y ait pas de contestation de prime abord. Il serait alors *« normal que les règles qui ne se justifient que par l´existence d´un litige ne soient pas applicables »*[147].

Il semble même que les rédacteurs du Code de procédure civile français avaient l'intention délibérée d´intégrer les décisions gracieuses au sein de la fonction juridictionnelle. En effet, le *codex* place, au sein des dispositions liminaires, un chapitre spécial consacré à la matière gracieuse (art. 25 à 29), comme s'il s´agissait d'un aspect spécial de la procédure juridictionnelle. Il règle donc parallèlement, et sous un même plan, la procédure applicable en matière contentieuse et gracieuse. En outre, l'article 454 du Code utilise expressément le terme *jugement* pour identifier les décisions rendues en matière gracieuse[148]. Ainsi, en matière gracieuse, même en l'absence de litige – au sens traditionnel, dans la mesure où il n'y a pas deux positions opposées –, le juge doit dire le droit en confrontant la situation dont il est saisi au respect de la règle juridique[149].

31. Il faut néanmoins bien préciser ce que l'on comprend par *« le droit prononcé par le juge »,* élément identificateur de la nature juridictionnelle de l'acte pour déterminer l'appartenance, ou non, de certains actes judiciaires au domaine juridictionnel. Or, par le jugement d'équité, prévu à l'article 12, alinéa 4, du Code de procédure civile français, le litige n'est pas tranché par application des règles de droit, le juge étant autorisé à statuer en amiable composition. Par conséquent, si l'on considère que l'acte juridictionnel est le jugement rendu par l'application des règles de droit, le jugement d'équité n'est pas un acte juridictionnel. Pourtant, ce jugement va bien se prononcer sur les droits des parties. Ainsi, s'il n'est pas un acte juridictionnel dans les deux sens du terme – jugement par application des règles de droit se prononçant sur les droits des parties –, il est un acte

[147] CROZE Hervé, MOREL Christian, FRADIN Olivier, *Procédure civile : manuel pédagogique et pratique*, préc., p. 27.
[148] BANDRAC Monique, « De l´acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », préc., p. 173, note nº 8.
[149] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 96.

juridictionnel dans le sens qu'il se prononce sur les droits des parties, comme l'exprime la doctrine :

> *« Le jugement rendu en amiable composition ne serait pas, à proprement parler, un acte juridictionnel. Pourtant, s'il n'y a pas application du droit par le juge, il y a bien respect d'une règle de droit qui lui permet de statuer en équité et, que ce soit par application des règles de droit ou en raison de l'équité, le juge dit bien le droit en que ce qu'il statue sur la situation juridique des parties qui l'ont saisi. Au demeurant, l'équité ne s'éloigne pas nécessairement de l'application du droit. La qualification de juridiction ne devrait pas dépendre du sens de la décision du juge, qui peut estimer la règle de droit équitable »*[150].

M. WIEDERKEHR adopte un raisonnement pareil, en affirmant, *in verbis :*

> *« Le droit dont il s´agit, ce n´est pas la simple indication de la règle qui doit être appliquée au litige ou à la situation mais, le cas échéant, le résultat même de son application. Le droit autrement dit, c´est la solution même du litige ou de la question concrète posée : non le droit dans la situation, mais le droit de la situation, le bon droit des plaideurs. (...) alors qu´on peut penser qu´elle réside plutôt dans le fait de donner la solution du litige, les règles de droit n´étant qu´un moyen d´y parvenir »*[151].

Toutefois, le seul critère concernant la fonction de dire le droit n'est pas capable d'identifier les actes juridictionnels. Consciente de ce fait, une partie de la doctrine propose l'utilisation conjointe des critères matériels et formels pour l'identification des jugements.

§ 3 : La combinaison de critères différents pour l'identification de l'acte juridictionnel

32. La doctrine a proposé différents critères pour identifier l'acte juridictionnel. Si les critères formels se sont avérés, à eux seuls, insuffisants pour caractériser les jugements, de la même façon, l'adoption exclusive d'un critère matériel peut conduire à une décision

---

[150] CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès,* préc., p. 416. – V. dans ce sens : CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé* préc., p. 100, *in verbis* : *« Toutefois, s'il n'est pas juridictionnel à défaut, pour le juge, de faire application des règles de droit (objectif), du moins le jugement d'équité l'est-il en ce sens qu'il se prononce sur les droits (subjectifs) des parties ».*

[151] WIEDERKEHR Georges, « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires », préc., p. 885.

non conforme au droit européen. Si les oppositions qui existent entre les divers critères ne sont pas irréductibles, il est possible et souhaitable de les associer[152].

Comme l'explique la doctrine, la Cour de justice de l'Union européenne invoque tantôt des critères matériels – concernant le caractère obligatoire de la juridiction, son pouvoir juridictionnel[153], l´application du droit[154] –, tantôt des critères formels – concernant la création par la loi, le respect du contradictoire, la qualité de tiers par rapport à celui qui a pris la décision contestée, la permanence de l'organe et l'indépendance de ses membres[155] – pour identifier l´acte juridictionnel[156].

De la même manière, la Cour européenne des droits de l'homme qualifie de juridiction tout organe qui tranche, sur la base de normes de droits et à l´issue d´une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence, ce qui constitue bien une association d'éléments matériels et formels[157]. Elle considère ainsi qu´un tribunal se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel qui consiste à *« trancher, sur la base de normes de droit et à l´issue d´une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »*[158]. La Cour de Strasbourg exige, en outre, que le tribunal soit établi par la loi[159]. Georges Wiederkehr suit un tel raisonnement et affirme *in verbis :*

---

[152] GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, *Procédure civile : droit interne et droit de l´Union européenne*, préc., pp. 712-714.
[153] CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. C-222/84, *Rec.* 1986, 1651.
[154] CJCE, 12 novembre 1998, *Victoria Films,* aff. C-134/97, *Europe* 1999, nº 18 – CJCE, 2 mars 1999, *Nour eddline El Yassini et Secretary of state for home department,* aff. C-416/96, *Europe* 1999, nº 173.
[155] CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult,* aff. C-54/96, *Rec.* I-4961, *Europe* 1997, nº 343, obs. Simon. – CJCE, 4 février 1999, *Josef Dôllensperger Gnbh,* aff. C-103/97, *Europe* 1999, nº 138.
[156] CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, préc., p. 421. Comme l'écrivent ces auteurs : *« La méthode du faisceau d'indices peut ne pas satisfaire dans la mesure où, reposant sur une analyse in concreto, elle ne fournit pas a priori de réponse ne varietur à la question de la notion de juridiction. Il faut s'en contenter. "Le caractère juridictionnel ne se déduit pas, mais (...) il se constate et (...), face à son obligation de qualification, le juge part des effets et remonte à la cause" ; le juge français doit continuer "à préférer, lui aussi, l'impressionisme au pointillisme"».*
[157] CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, préc., p. 420.
[158] CEDH, 29 avril 1988, aff. *Belilos*, *Rec.* § 64. – CEDH, 27 août 1991, aff. *Demicoli*, *Rec.* § 39. – V. aussi : MOURY Jacques, « De quelques aspects de l´évolution de la juridiction (en droit judiciaire privé) », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l´honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, p. 299.
[159] CEDH, 22 octobre 1983, *Srameck,* Série A, nº 84, § 36. – V. CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, préc., p. 420, *in verbis : « La Cour européenne des droits de l'Homme exige cependant que le tribunal soit établi par la loi, afin d'assurer le respecte de la séparation avec le pouvoir exécutif. En ce sens, elle exclut l'arbitrage de son domaine d'application alors*

> *« Ce qu´il y a d´essentiel dans la fonction de juger, c´est que le juge est complétement extérieur au litige (...). Ainsi l´indépendance et l´impartialité du juge ne sont pas de simples garanties de bonne justice, elles sont de l´essence même de la fonction de juge (...). La position du tiers qui est fondamentalement celle du juge explique aussi que la contradiction loin d´être un simple droit de la défense est l´âme même du procès »*[160].

La combinaison de ces différents critères pour identifier l'acte juridictionnel se révèle alors nécessaire, dans la mesure où la qualité de la procédure juridictionnelle est de nature à favoriser la qualité de la décision juridictionnelle, car *« si une procédure juste ne prémunit pas des sentences injustes, il y a peu de chances, en revanche, qu´une procédure injuste conduise à de justes sentences »*[161].

CONCLUSION DE LA SECTION 1

33. La doctrine a proposé différents critères pour identifier l'acte juridictionnel. Si les critères formels se sont avérés, à eux seuls, insuffisants pour caractériser les jugements, de la même façon, l'adoption exclusive d'un critère matériel peut conduire à une décision non conforme au droit européen. Les oppositions qui existent entre les divers critères ne sont pas irréductibles. Il est donc possible et souhaitable de les associer.

La combinaison de ces différents critères pour identifier l'acte juridictionnel se révèle même nécessaire, dans la mesure où la qualité de la procédure juridictionnelle est de nature à favoriser la qualité de la décision juridictionnelle. L'acte juridictionnel peut donc être défini comme la décision par laquelle le juge dit le droit (*jurisdictio*) et élimine l'incertitude à propos de la situation juridique en cause, selon les règles générales de procédure. La notion de l´acte juridictionnel étant ainsi analysée, il convient maintenant d'étudier le régime juridique attaché aux jugements.

---

même que le tribunal arbitral est parfois conçu, en droit interne, comme une juridiction d'origine conventionnelle ».

[160] WIEDERKEHR Georges, « Qu´est-ce qu´un juge ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l´honneur de Roger Perrot*, préc., p. 582.

[161] CADIET Loïc, « La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédure », préc., p.117.

Section 2 : Le régime juridique des actes juridictionnels en France

34. En France, la définition des actes d´administration judiciaire est normalement effectuée par opposition à l'acte juridictionnel, de façon à ce que ceux-ci ne comportent aucune conséquence rattachée aux jugements – rendus en matière contentieuse ou gracieuse – et ne sont pas assujettis aux mêmes contraintes[162]. Le contenu du jugement, son objet et sa finalité une fois analysés, il faut alors se pencher sur son régime juridique, plus précisément sur ses conditions de forme et de publicité (§ 1), ses effets extinctifs à l'égard du juge et des parties (§ 2) et aussi la remise en cause de l'acte juridictionnel (§ 3).

§ 1 : Les conditions de forme et de publicité de l'acte juridictionnel

35. Pour exister juridiquement et pour produire la totalité de ses effets, l'acte juridictionnel doit observer les conditions relatives à son élaboration et sa publicité[163]. Le législateur énonce une série de règles concernant le contenu minimum d'un jugement et le régime de son élaboration.

Ainsi, l'article 454 du Code de procédure civile français établit certaines mentions qui doivent être présentes dans le jugement de manière à permettre de vérifier sa régularité formelle. L´acte juridictionnel, rendu au nom du peuple français, doit contenir l'indication de la juridiction dont il émane, le nom des juges qui ont délibéré, la date, le nom du représentant du Ministère public s'il a assisté aux débats, le nom du secrétaire, les noms, prénoms ou dénominations des parties ainsi que leur domicile ou siège social, le cas échéant, le nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties. En matière gracieuse, il contient les noms des personnes auxquelles il doit être notifié.

---

[162] PERDRIAU André, « Les mesures d´administration judiciaire au regard du juge de cassation », préc., p. 3.
[163] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 593.

Le jugement doit, en outre, exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens, cet exposé pouvant revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. De plus, le jugement doit être motivé, énonçant la décision sous forme de dispositif[164], sans qu´il puisse être suppléé à cette exigence par référence à une autre décision[165]. Les motifs sont les raisons de fait et de droit qui expliquent et justifient la décision. Ils doivent être suffisamment précis pour répondre aux moyens articulés par les parties[166] et permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle en cas de recours[167]. Ni la simple référence aux pièces produites[168], ni la référence à une décision antérieurement prononcée[169] ne satisfont à l'exigence de motivation[170].

Le jugement doit être signé par le président et par le greffier. En cas d'empêchement du président, mention en est faite sur la minute qui est signée par l'un des juges qui ont délibéré[171]. Cette double signature donne au jugement la force probante d'un acte authentique[172]. Toutefois, l'omission ou l'inexactitude d'une mention destinée à établir la régularité du jugement ne peut entraîner la nullité de celui-ci s'il est établi, par les pièces de la procédure, par le registre d'audience ou par tout autre moyen statuant que les prescriptions légales ont été de fait observées[173].

Finalement, les décisions contentieuses sont en principe prononcées publiquement[174], tandis que les décisions gracieuses le sont hors présence du public[175]. Le

[164] V. l´article 455 du Code de procédure civile français.
[165] Cass. com., 8 juin 1993 : *JCP* 1993, IV, 2017.
[166] Repond à cette exigence le fait, pour une juridiction, de se borner à réproduire en partie les conclusions du défendeur sans y ajouter d´autres motifs : V. Cass. com., 16 juillet 1991 : *JCP* 1991, IV, 365.
[167] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., pp. 596-597.
[168] Cass. 2e civ., 18 février 1992 : *JCP* 1992, IV, 1117.
[169] Cass. 2e civ., 2 avril 1997 : *JCP* 1997, II, 22901, note Rusquec ; *Gaz. Pal.* 7-8 nov. 1997, 14, note Puigelier. – Cass. com., 16 février 1993 : *JCP* 1993, IV, 998.
[170] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., pp. 596-597..
[171] V. l´article 456 du Code de procédure civile français.
[172] V. l'article 457 du Code de procédure civile français. – Cass. 3e civ., 27 mars 1996 : *JCP* 1996, IV, 1200, V.
[173] Conformément à l´article 459 du Code de procédure civile français.
[174] Mais il faut indiquer que, selon l'article 448 du Code de procédure civile français, les délibérations sont secrètes. En traitant de la matière, la doctrine avertit, *in verbis : « Les délibérations sont secrètes. Le Conseil d'État voit dans cette exigence un principe général du droit destiné à assurer l'indépendance des juges et l'autorité morale de leurs décisions. En conséquence, le jugement ne doit pas rendre compte de*

jugement peut être prononcé sur-le-champ, à l´issue ou dans la journée du délibéré, à une date ultérieure indiquée par le président aux parties ou par sa mise à disposition au greffe de la juridiction, à la date qu'il indique[176]. Une fois prononcé selon les règles applicables, le jugement produit des effets extinctifs à l'égard du juge et des parties à l'instance.

Il faut pourtant préciser que ces règles sont applicables à la forme originaire de l'acte juridictionnel, c'est-à-dire, au jugement sur le fond ou au jugement définitif[177]. Or, tous les jugements ne prennent pas la forme d'un jugement au sens classique du terme. Le juge peut également prendre, en raison de l'atténuation du formalisme, certains jugements par simple mention au dossier. La distinction entre les actes d'administration judiciaire dans ces cas semble donc plus délicate[178].

---

l'opinion dissidente des juges minoritaires, ni même mentionner qu'il a été rendu à l'unanimité. Il résulte de l'article 450 que les délibérations et le vote peuvent avoir lieu immédiatement après la clôture des débats, en chambre du conseil ou dans la salle d'audience elle-même ("sur le siège", le délibéré se fait murmures), ou plus tard dans la journée, après que les autres affaires retenues auront été plaidées. En toute hypothèse, dès lors que la décision est rendue le jour même, elle sera considérée comme prononcée "sur-le-champ". Sinon, le prononcé est renvoyé "pour plus ample délibéré" à une date ultérieure que le président est tenu d'indiquer afin que les parties en soient immédiatement informées (art. 450). La nécessité d'indiquer cette date se conçoit aisément : certains vices de nullité du jugement doivent être invoqués au moment de son prononcé et certaines voies de recours courent à compter du prononcé du jugement » : CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 595.

[175] V. l´article 451 du Code de procédure civile français.

[176] V. l´article 450 du Code de procédure civile français.

[177] Pourtant, ces qualifications n'échappent pas à la critique, comme l'avertit la doctrine, *in verbis : « La qualification de jugement sur le fond est critiquable parce que les jugements qui statuent sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou un autre incident ne concernent pas le fond de l'affaire : ce ne sont pas des jugements se prononçant sur des défenses au fond ; ce sont pourtant des jugements définitifs qui ont autorité de chose jugée dès leur prononcé s'ils mettent fin à l'instance. Toutefois, la qualification de jugement définitif l'est également dans la mesure où elle renvoie, en pratique, au jugement irrévocable, qui n'est plus susceptible d'aucune voie de recours, ce qui n'est pas la même chose. Pourtant, faute de mieux, cette qualification est encore préférable, la qualification de jugement irrévocable étant réservée au jugement insusceptible de recours, même extraordinaire »* : CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., pp. 90-91.

[178] Par exemple, la décision qui ordonne ou modifie, refuse d'ordonner ou de modifier une mesure d'instruction est un jugement avant-dire droit, conformément à l'article 482 du Code de procédure civile français, qui peut revêtir la forme d'une simple mention au dossier ou au registre d'audience, selon l'article 151 dudit code et n'est pas notifiée aux parties, du moins s'il s'agit d'une mesure d'instruction ordinaire. Les parties défaillantes ou absentes lors du prononcé de la décision en sont simplement averties par lettre simple du greffier (article 152) : V. CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 510. – V. aussi l'article 170 du Code de procédure civile français. – Concernant les formalités applicables aux actes d'administration judiciaire : V. *infra,* nº 92.

§ 2 : Les effets extinctifs du jugement à l´égard du juge et des parties

36. Dès son prononcé, l'acte juridictionnel comporte des effets substantiels dans la mesure où il affecte la situation juridique des parties par la réalisation de la sanction judiciaire de leurs droits[179]. De plus, il produit des effets processuels, à savoir le dessaisissement du juge (A) et l´autorité de chose jugée à l´égard des parties (B).

A. - L´effet du jugement à l´égard du juge : le principe du dessaisissement du juge

37. Conformément à l'article 481, alinéa 1er, du Code de procédure civile français, le jugement, dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche. En tranchant la contestation, le jugement vide le litige et éteint l´instance. *« En conséquence, le juge ne peut plus remettre en cause le jugement qu´il a prononcé, pour en modifier les termes ni, encore moins, pour le rétracter. L'accord éventuel des parties n'y fait rien. Il ne lui est même pas possible de se réserver une faculté de réexamen du litige. En prononçant son jugement, le juge a totalement épuisé son pouvoir de juridiction »*[180].

La mention de la résolution d´une contestation met en évidence que le principe du dessaisissement s´applique essentiellement aux jugements contentieux et exclue donc les décisions gracieuses. En outre, il faut préciser que le dessaisissement s´applique aux décisions contentieuses et définitives, mais non pas aux jugements avant-dire droit, ni aux ordonnances sur requête, comme en disposent les articles 483 et 497, respectivement, du Code de procédure civile français.

Il faut pourtant rappeler que le principe du dessaisissement rencontre des limites, conformément aux alinéas 2e et 3e de l´article 481 du Code de procédure civile français selon lesquels le juge a le pouvoir de rétracter sa décision en cas d'opposition, de tierce opposition ou de recours en révision. Il peut également l'interpréter ou la rectifier sous les

[179] CADIET Loïct et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 604.
[180] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 605.

distinctions établies aux articles 461 à 464 du *codex*[181]. Si le prononcé d'un jugement contentieux provoque le dessaisissement du juge, il existe en outre des effets sur les parties à l'instance.

B. - L´effet du jugement à l´égard des parties : l´autorité de chose jugée de l´acte juridictionnel

38. L´autorité de chose jugée traduit l'effet extinctif et la force obligatoire du jugement à l´égard des parties[182]. Il est prévu à l´article 480 du Code de procédure civile français, *in verbis :*

> *« Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche. Le principal s'entend de l'objet du litige tel qu'il est déterminé par l'article 4 ».*

L´autorité de chose jugée est une notion ancienne, classiquement présentée comme une présomption irréfragable de vérité légale : *res iudicata pro veritate accipitur*, la chose jugée est tenue pour vraie. Sa fonction principale est d'éviter des procès identiques et d'assurer le désencombrement des juridictions[183]. Elle est immutable, ne peut être remise en cause que par les voies de recours légalement ouvertes à cet effet[184]. Pourtant, elle ne signifie pas une vérité absolue, mais, au contraire, une simple vérité légale prévue par le législateur, comme l'explique le doyen Carbonnier, *in verbis :*

> *« (...) ce qui donne au jugement sa pleine valeur (...) ce n´est pas d´être conforme à la vérité absolue (où est la vérité ?), c´est d´être revêtu par l´État d´une force particulière qui interdit de le remettre en question, parce qu´il faut une fin aux litiges. Le litige (dès lors que les voies de recours sont épuisées) est vidé, tranché*

[181] Les articles 461 à 464 du Code de procédure civile français traitent de la demande en interprétation, des décisions rectificatives en cas d'erreurs et d'omissions matérielles qui affectent un jugement, des omissions sur un chef de demande ou si le juge s'est prononcé sur des choses non demandées ou s'il a été accordé plus qu'il n'a été demandé.
[182] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 609.
[183] CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, préc., p. 893.
[184] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 612.

une fois par toutes, ce qui garantit stabilité, sécurité et paix entre les hommes »[185].

L´autorité de chose jugée empêche alors que les parties saisissent à nouveau le juge de la contestation qu´il a tranchée. Toute nouvelle demande identique à une autre déjà tranchée se heurte, par conséquent, à une fin de non-recevoir qui peut être soulevée par les parties (dite, à tort, exception de chose jugée) et même d´office par le juge, selon l´article 125, alinéa 2e, du Code de procédure civile français[186].

Conformément à l'article 1351 du Code civil français, *« l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».* Cette règle, connue comme *« la règle de la triple identité »* permet de vérifier si une nouvelle demande est identique à la chose déjà jugée. Elle indique aussi la relativité de la chose jugée, dans la mesure où elle est limitée aux seules parties à l´instance ayant donné lieu au jugement, ne pouvant pas, en principe, nuire ni profiter aux tiers, le jugement devant rester *res inter alios acta* à leur égard[187]. Cependant, si un jugement porte atteinte aux intérêts d´un tiers, celui-ci peut faire rétracter ce qui a été jugé à son égard au moyen d'une tierce opposition[188].

Si l´autorité de chose jugée est normalement connue par son effet *négatif*, qui consiste à interdire de recommencer le procès, elle présente aussi un effet *positif*, classiquement entendu comme la possibilité, pour une partie, d'invoquer la chose jugée dans un autre procès, sans pour autant qu'il y ait respect de la règle de la triple identité car il ne s´agit pas du même procès[189].

---

[185] CARBONNIER J., *Droit civil,* Vol. 1, PUF, collection Quadrige, 2004, nº 46, *apud* : CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, préc., pp. 893-894.
[186] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., pp. 612-613. – Sur la discussion concernant l'autorité de chose jugée des jugements gracieux : V. *supra,* note n° 139.
[187] V. en ce sens : Cass. 3e civ., 20 mai 1992 : *JCP* 1992, IV, 2036.
[188] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., pp. 616-617.
[189] Comme la règle de la triple identité n'est pas observée dans cette hypothèse, certains auteurs considèrent que l'autorité de la chose jugée se réduit à son aspect négatif : V. CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, préc., p. 896.

Pourtant, selon l'Ecole dite de Caen, l'effet positif de l'autorité de chose jugée s'étendrait aussi aux motifs de la décision, affirmant que ce qui a autorité de chose jugée, c'est ce qui a fait l'objet de la vérification juridictionnelle, la décision étant l'effet substantiel du jugement. Cependant, la Cour de cassation s'oppose à cette thèse juridique, du moins en matière civile[190] et établit que l´autorité de chose jugée se limite au dispositif du jugement[191].

En outre, l´article 482 du Code de procédure civile français affirme que les jugements avant-dire droit n´ont pas, au principal, autorité de chose jugée. Le même raisonnement doit s´appliquer aux ordonnances sur requête et aux ordonnances de référé qui n´ont pas autorité de chose jugée au principal car ce sont des décisions provisoires. Toutefois, la doctrine reconnaît, respectivement, l´autorité de chose jugée avant-dire droit et l´autorité de chose jugée provisoire à ces décisions[192]. Étant immutable, l'autorité de chose jugée ne peut pas être remise en cause que par les voies de recours légalement ouvertes à cet effet.

---

[190] CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, préc., pp. 896-897.

[191] V. Cass. 2e civ., 17 mai 1993 : *JCP* 1993, II, 22162, note Rusquec. – Cass. 1re civ., 7 octobre 1998 : *Bull. civ.* I, nº 284. – CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., pp. 611-612, *in verbis* : *« En principe, l'autorité de la chose jugée se limite au dispositif du jugement. Ce principe est imposé par l'article 480, alinéa 1er (...). Cette conclusion est corroborée par l'article 455, alinéa 2 selon lequel "le jugement énonce la décision sous forme de dispositif". En conséquence, les motifs du jugement se sauraient avoir autorité de chose jugée ; ils ne sont que les prémisses de la décision. Les motifs ne sauraient être décisoires et si, par maladresse de rédaction, une partie de la décision du juge devait se trouver dans les motifs du jugement, il ne faudrait en aucun cas lui reconnaître autorité de chose jugée. Cette solution, justifiée par la logique juridictionnelle, l'est également en opportunité : la chose jugée serait incertaine s'il fallait la déceler dans les attendus du jugement ; la force particulière qui s'y attache impose qu'elle puisse être identifié d'emblée. (...) L'étude du droit positif révèle cependant que l'autorité de la chose jugée déborde parfois du dispositif du jugement. D'abord, il a été admis de longue date que l'autorité de la chose jugée s'étend aux motifs qui sont indissociables de la décision. Il s'agit des motifs qui sont "le soutien nécessaire du dispositif" ou "l'antécédent logique nécessaire de la décision", des "motifs décisifs" selon une expression plus récente. Il est logique que ces motifs participent de l'autorité de chose jugée et que les assertions qui s'y trouvent contenues ne puissent pas être remises en cause, soient tenues pour vrais ; au demeurant, si le jugement en était dépourvu, il manquerait de base légale. La jurisprudence, cependant, semble avoir évoluée en sens contraire, sous quelques réserves, ce qui appelle une clarification ».*

[192] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 610.

§ 3 : La remise en cause de l´acte juridictionnel[193]

39. Par le jugement, le magistrat met un terme à l´instance en cours, en se dessaisissant. Sa décision a autorité de chose jugée. Pourtant, s´il finit l´instance en cours, il ne met forcément pas un terme au procès[194]. Les parties peuvent, en règle, demander que la question soit encore une fois analysée, en utilisant les voies de recours expressément prévues par la loi. Si le droit à une voie de recours n´a pas de valeur constitutionnelle en France, comme l'a déjà déclaré le Conseil constitutionnel[195], la Cour de cassation affirme, cependant, que le principe est celui du recours et l´exception, celui de son exclusion par un texte[196].

Le Code de procédure civile français consacre un titre entier aux voies de recours contre les jugements (titre XVI). Si le législateur prévoit différentes voies de recours – l´appel, l´opposition, le contredit, le pourvoi en cassation, etc. –, il faut souligner que ces recours visent à remettre en cause les actes juridictionnels pris par les juges, dans le respect des conditions établies par le droit positif.

---

[193] La présente étude des actes juridictionnels et de leur remise en cause n'a pas pour but l'analyse de toutes les règles qui gouvernent les voies de recours ouvertes contre les actes juridictionnels, sujet assez vaste et déjà traité suffisamment par la doctrine. Cette recherche présentera seulement les lignes générales qui gouvernent les voies de recours pour comprendre la jurisprudence de la Cour de cassation française qui actuellement empêche toute contestation contre les actes d'administration judiciaire.

[194] Il faut distinguer les notions de l'instance et du procès. Sur cette distinction : CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 397, *in verbis : « Période qui va ordinairement de la saisine du juge au jugement, l'instance se présente comme la phase judiciaire du procès au cours de laquelle les parties au litige accomplissent un certain nombre d'actes de procédure afin que l'affaire soit jugée sur le fond de la demande. L'instance n'est donc qu'une phase du procès, pouvant comporter plusieurs instances qui, tantôt, se succèdent dans le temps à la suite, par exemple, d'une voie de recours, tantôt coexistent devant la même juridiction en raison, par exemple, de la saisine incidente d'un autre juge ».* – V. aussi : Cass. ass. plén., 3 avril 1962 : *JCP* 1962, II, 12744, note RAYNAUD. – Cass. 2e civ., 24 mars 2005 : *Bull. civ. 2005,* II, nº 85 ; *RTD civ.* 2006, 603, obs. THÉRY.

[195] Cons. const., 12 février 2004, nº 2004-491 DC, *Loi complétant le statut d´autonomie de la Polynésie française, JO* 2 mars 2004, p. 4227. – Pourtant, il faut tenir compte que, en matière pénale, l'article 2 du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que *« toute personne déclarée coupable d'une infraction par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou de condamnation ».* Par réserve d'interprétation, la France a déclaré que l'examen par une juridiction supérieure dans cette hypothèse se limite au contrôle en droit de la décision rendue (Déclaration du 22 novembre 1984). – V. CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, préc., p. 703.

[196] Cass. crim., 13 mars 1961, *Bull. Crim.*, nº 84. – Cependant, la Cour de cassation admet que la formule *« sans recours possible »* s´applique aussi au pourvoi en cassation : Cass. 1e civ., 6 décembre 1994, *JCP* 1995, I, 3846, nº 23, obs. Cadiet. – V. aussi : CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, préc., p. 703.

Divisés en voies de recours ordinaires et extraordinaires, conformément à l'article 527 du Code de procédure civile français, la recevabilité de différents recours est soumise à certaines conditions d´ordre subjectif – concernant qui peut remettre en cause le jugement, englobant la qualité pour agir et l´intérêt pour agir – et d'ordre objectif – relatives aux délais pour interjeter le recours et la nature de la décision rendue. Il est important de remarquer qu'en principe, seules les décisions qui jugent au fond ou au principal sont susceptibles de recours immédiat[197]. Ainsi, il paraît généralement admis que la voie de recours est l'instrument procédural qui permet de remettre en cause un acte juridictionnel[198]. Par conséquent, si, en principe, le droit au recours est le moyen ouvert aux parties pour critiquer l´acte juridictionnel et obtenir que la question soit à nouveau tranchée et si les actes d'administration judiciaire ne constituent évidemment pas des jugements, il semble qu'*a priori,* selon le droit français positif actuel, les actes judiciaires d'administration ne soient pas susceptibles de recours, comme l'affirme l'article 537 du Code de procédure civile français.

CONCLUSION DE LA SECTION 2

40. Pour exister juridiquement et pour produire la totalité de ses effets, l'acte juridictionnel doit observer les conditions relatives à son élaboration et sa publicité. Une fois prononcé selon les règles applicables, le jugement produit des effets extinctifs à l'égard du juge et des parties à l'instance. L'acte juridictionnel comporte des effets substantiels dans la mesure où il affecte la situation juridique des parties par la réalisation de la sanction judiciaire de leurs droits. De plus, il produit des effets processuels. Par le jugement, le magistrat met un terme à l´instance en cours, en se dessaisissant et sa décision a autorité de chose jugée.

[197] CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, préc., p. 926. – Cass. 2e civ., 10 mars 2011, nº 10-14.629, inédit. – Cass. 2e civ., 10 mars 2011, nº 10-14.111, inédit. – Cass. 2e civ., 17 février 2011, nº 10-15.285, inédit.
[198] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., pp. 660-661.

41. Pourtant, s´il finit l´instance en cours, il ne met forcément pas un terme au procès. Par conséquent, les parties peuvent, en règle, demander que la question soit encore une fois analysée, en utilisant les voies de recours expressément prévues dans l'ordre juridique. Cependant, en principe, seules les décisions qui jugent au fond ou au principal sont susceptibles de recours immédiat, la recevabilité de différents recours étant soumise aux conditions d'ordre subjectif et d'ordre objectif établies par l'ordonnancement juridique. Ainsi, il paraît généralement admis que la voie de recours est l'instrument procédural qui permet de remettre en cause un acte juridictionnel.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

42. Si l'autonomie de la fonction juridictionnelle a été contestée par Montesquieu et par l'Ecole normativiste de Vienne[199] – qui ne reconnaissait que les fonctions législative et administrative de l'Etat –, la plupart des auteurs ont fini par reconnaître la spécificité du jugement et se sont essayés à situer les critères d'identification de l'acte juridictionnel.

43. Du critère organique, par lequel Carré de Malberg a proposé que le jugement soit l'acte rendu par les juridictions – organes spécialisés, hiérarchisés et indépendants[200] –, au critère attaché à l'efficacité de l'acte juridictionnel qui présente un vice de raisonnement[201], passant aussi par le critère procédural – qui identifie l'acte juridictionnel en raison de l'observance des règles de procédure particulières pour donner des garanties aux plaideurs[202] –, les critères formels se sont avérés, à eux seuls, insuffisants pour reconnaître de façon adéquate les actes juridictionnels. De la même façon, l'adoption exclusive d´un critère matériel – lié à la structure originale de l'acte juridictionnel, à l'existence d'une contestation ou d'un litige ou à la fonction de dire le droit – peut conduire à une décision non conforme au droit européen.

44. Pourtant, les oppositions qui existent entre les divers critères ne sont pas irréductibles. Il est alors possible et souhaitable de les associer car l'acte juridictionnel peut être défini comme la décision par laquelle le juge dit le droit (*jurisdictio*) et élimine l'incertitude à propos de la situation juridique en cause, selon les règles générales de procédure et en englobant alors les décisions gracieuses.

---

[199] AMBRA Dominique d´, L´objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges, préc., p. XX. – RENOUX Thierry, *V° Séparation des pouvoirs*, *in* CADIET Loïc (dir), Dictionnaire de la justice, préc., p. 1215.

[200] CARRÉ de MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l´État*, Paris, 1920-1922, t. I, p. 268 et s., *apud* : CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 82.

[201] JEZE G., « De la force de vérité légale attachée par la loi à l´acte juridictionnel », *RDP* 1913, 437, *apud* : CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 83.

[202] GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile et FERRAND Frédérique, *Procédure civile : droit interne et droit de l´Union européenne*, Dalloz, 32e éd., 2014, p. 706.

Dès son prononcé, l'acte juridictionnel provoque des effets substantiels car il affecte la situation juridique des parties en réalisant la sanction judiciaire de leurs droits. Il est ainsi généralement admis que la voie de recours est l'instrument procédural qui permet de remettre en cause un acte juridictionnel. Par conséquent, il semble, qu'*a priori*, les actes d'administration judiciaire ne sont pas susceptibles de recours, selon l'article 537 du Code de procédure civile français.

Si, en droit judiciaire privé français, la notion d'acte d'administration judiciaire s'oppose au concept de jugement, d'où la divergence de leurs régimes respectifs, au Brésil, la « sentença » et la « decisão interlocutória » sont qualifiés de décisions *lato sensu* selon le droit positif, en opposition aux « despachos » dont le but est le simple déroulement de l'instance. L'étude du jugement et des décisions interlocutoires se présente alors comme l'étape préalable à l'identification des actes d'administration judiciaire en droit judiciaire privé brésilien ainsi que du régime juridique rattaché.

CHAPITRE 2

LES DECISIONS CONCERNANT LE *MERITUM CAUSÆ* : L'EXAMEN PRELIMINAIRE A L'IDENTIFICATION DES ACTES D'ADMINISTRATION JUDICIAIRE EN DROIT JUDICIAIRE PRIVE BRESILIEN

45. En sus des fonctions législative et administrative, la fonction juridictionnelle est la *« fonction attribuée à un tiers impartial pour réaliser le Droit de manière impérative et créative*[203]*, reconnaissant/rendant effectif/protégeant les situations juridiques concrètement soumises à son appréciation, par une décision non susceptible de contrôle externe et avec l'aptitude de devenir incontestable »* (traduction libre)[204]. Ainsi, la juridiction est la manifestation d'un Pouvoir étatique[205] par lequel un tiers impartial[206]

[203] Comme l'explique la doctrine, *« La juridiction est une fonction créative. Cette créativité est illimitée. En fait, elle ressemble plutôt à une activité de reconstruction : on recrée la norme juridique du cas concret, comme l'on recrée plusieurs fois la propre règle abstraite qui doit réguler le cas concret. Uniquement pour simplifier, nous utiliserons le terme "créer". Les textes normatifs ne déterminent pas totalement les décisions des cours et il appartient seulement aux cours d'interpréter, de tester et de confirmer ou non leur consistance. Les problèmes juridiques ne peuvent pas être seulement résolus avec une opération déductive (général-particulier). Il y a une tâche dans la production juridique qui appartient exclusivement aux cours : il incombe aux cours d'interpréter, de construire et également de distinguer les affaires afin qu'elles puissent formuler leur décisions en les confrontant avec le Droit en vigueur. Les juridictions jouent un rôle singulier et unique dans la production normative »* (traduction libre) : DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. 1, 17ª ed., Salvador : JusPodium, 2015, p. 157.

[204] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 153. Pourtant, il est important d'ajouter l'avertissement de la doctrine, *in verbis : « La chose jugée est une situation postérieure à la décision et ne peut pas en être sa caractéristique ou son élément d'existence : on ne conditionne pas l'"être" pour quelque chose qui, dans le temps, lui est postérieur »* (traduction libre) : DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 164.

[205] Bien que ce soit un monopole de l'Etat, le propre Etat peut autoriser l'exercice de la juridiction par d'autres agents privés, comme dans le cas de l'arbitrage, et selon une partie de la doctrine, *in verbis* : *« En choisissant l'arbitrage, le justiciable ne renonce pas à la juridiction ; il renonce, en fait, à la juridiction exercée par l'Etat. Il est possible d'affirmer que la juridiction est un monopole de l'Etat, mais il n'est pas correct de dire qu'il y a monopole de son exercice. L'Etat brésilien l'autorise, non seulement par la Loi, mais aussi au niveau constitutionnel (art. 114, §§ 1º et 2º, Constitution fédérale de 1988), l'exercice de la juridiction par des juges privés »* (traduction libre) : DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. 1, préc., p. 172. – Contre la nature juridictionnelle de l'arbitrage: V. MARINONI Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, pp. 147 s. – MITIDIERO Daniel Francisco, *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, Porto Alegre : Livraria dos advogados, 2005, pp. 87-88, *in verbis : « En effet, il y a des hypothèses où la révision de la sentence arbitrale par le Pouvoir judiciaire est possible (arts. 32/33, Loi nº 9.307, de 1996), ce qui enlève à l'arbitrage son caractère juridictionnel, pour permettre la révision par une autre structure différente de celle qui lui a donné l'origine »* (traduction libre).

remplace la volonté des parties et détermine, avec un caractère impératif, la solution de la question soumise à son appréciation.

46. La majorité de la doctrine brésilienne défend ainsi que la « jurisdicão voluntária »[207] – la juridiction non contentieuse – n'intégrerait pas la fonction juridictionnelle mais s'avère, au contraire, une simple activité étatique d'intégration et de fiscalisation par laquelle la participation du Pouvoir judiciaire tendrait à l'intégration de la volonté des intéressés afin de la rendre apte à produire une certaine situation juridique. Il y aurait ainsi *« des effets juridiques produits par la volonté humaine qui peuvent être seulement obtenus après l'intégration de cette volonté auprès de l'Etat-juge »* (traduction libre)[208].

---

[206] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. 1, préc., p. 156. Comme l'explique la doctrine, *in verbis* : *« C'est de l'essence de l'activité juridictionnelle d'être exercée par une personne étrange au conflit (tiers, aspect objectif) et désintéressée (impartial, aspect subjectif). Une personne peut être un tiers par rapport au conflit, mais n'est pas désintéressée (un fils est un tiers par rapport au conflit du père avec une autre personne, mais n'est pas désintéressé). L'organe juridictionnel doit être un tiers et désintéressé. On propose le terme " impartialidade" pour désigner la condition de tiers de l'organe juridictionnel, l'aspect objectif d'être étranger à ce qui est débattu. On réserve "imparcialidade" pour indiquer l'aspect subjectif du juge, qui ne doit avoir aucun intérêt dans la demande. La division est assez importante pour éloigner l'idée selon laquelle l'attribution des pouvoirs à l'organe juridictionnel puisse interférer dans son impartialité. L'attribution des pouvoirs à l'organe juridictionnel découle exactement en raison de sa condition de tiers et n'a, selon Antonio do Passo Cabral, aucune relation de cause et effet avec l'éventuelle partialité du juge »* (traduction libre) : DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. 1, préc., p. 155. – Antonio do Passo Cabral explique les notions d'« imparcialidade » et d'« impartialidade », *in verbis : « Plus connu et diffusé, même dans le domaine normatif sur le plan national et international, le terme "imparcialidade" est intimement lié à l'exemption dans le jugement, l'éloignement du sujet par rapport aux intérêts en dispute; (...) "imparcialidade" signifie que ce qui motive le sujet du procès est la correction de sa conduite afin que la solution juste/légale soit prononcée. (...) L'"impartialidade" est la condition de l'Etat-juge, statut typique d'un tiers, non pas dans le sens des interventions des tiers, mais dans le sens de la figure d'un tertium auquel la solution du litige est attribuée quand l'autotutelle est interdite et remplacée par la justice étatique. (...) Une partie de la doctrine se réfère aussi à l'"indépendance ou impartialité fonctionnelle" (signifiant la notion d'"impartialidade") et "imparcialidade (ou indépendance) personnelle". Il a déjà été proposé de diviser le concept en impartialité subjective et objective, l'incompatibilité de fonctions étant comprise dans cette dernière. Dans ce dernier sens, nous pouvons constater des décisions dans la jurisprudence espagnole, prononcées par le Tribunal Constitutionnel dans le cadre de "recurso de amparo", et aussi par la Cour européenne des droits de l'homme par l'interprétation de la clause de l'art. 6º de la Convention »* (traduction libre) : CABRAL Antonio do Passo, « Imparcialidade e Impartialidade : por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal », *Revista de processo*, nº 149, julho de 2007, pp. 341-342, 345, 351-352.

[207] L'article 719 et les suivants du Code de procédure civile de 2015 traitent des procédures de juridiction gracieuse, parmi elles, les demandes d'émancipation, de séparation ou de divorce consensuels, d'interdiction, d'aliénation de bien commun, etc.

[208] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. 1, préc., p. 186.

Ainsi, d'après certains auteurs, la « jurisdição voluntária » constituerait l'administration publique des intérêts privés menée par le Pouvoir judiciaire. L'absence de litige et de « substitutividade » (« remplacement ») dénatureraient l'existence de juridiction dans l'espèce. Par conséquent, la « jurisdição voluntária » ne serait ni juridiction, ni volontaire. Dans l'espèce, il ne serait pas possible d'affirmer l'existence des parties et d'un procès, mais de simples intéressés qui participeraient à une procédure. Elle serait ainsi matériellement administrative et subjectivement judiciaire[209].

Néanmoins, une partie minoritaire de la doctrine défend que la juridiction gracieuse est une activité juridictionnelle[210]. Selon cette théorie, même si la « jurisdição voluntária » ne présuppose pas l'existence de litige, pour des raisons de politique

[209] V. DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. 1, préc., pp. 186, 190 et 191. – V. aussi : MARQUES José Frederico, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária,* Campinas : Millenium, 2000, p. 65. – MARQUES José Frederico, *Instituições de direito pocessual civil,* v. 1, 1ª edição revista, atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, Campinas : Millennium Editora, 2000, p. 307. – ALVIM NETO José Manoel de Arruda, *Manual de direito processual civil,* 13ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010, p. 240. – NERY JUNIOR Nelson e NERY Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante,* préc., p. 1302. – THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil : Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum,* v. I, 57ª ed. revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro : Forense, 2016, pp. 117-121.

[210] V. DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. 1, préc., pp. 191-195. – MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 979. – DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* v. 1, préc., pp. 464-469. – GRECO FILHO Vicente, *Direito processual civil brasileiro,* v. 3, 21ª ed., São Paulo : Saraiva, 2012, pp. 319-321, *in verbis : « J'apperçois (dans la juridiction "volontaire") l'action de la volonté concrète de la loi et la manifestation du juge en qualité de pouvoir juridictionnel qui justifie ses caractéristiques propres en raison de sa spécialité. (...) La solution juridictionnelle des conflits est naturelle et nécessaire alors que d'autres questions peuvent être soumises à la juridiction par la loi, qui peut obliger à faire ou à ne pas faire une chose. (...) Ce sont les hypothèses de juridiction "volontaire", au sein desquelles le Pouvoir judiciaire, en raison de la loi, se présente comme étant indispensable à la réalisation d'un acte déterminé ou à l'obtention d'un effet juridique déterminé. (...) Cependant, dans les deux hypothèses, la juridiction contentieuse et "volontaire" (gracieuse) font agir la juridiction comme autorité du Pouvoir judiciaire, sans aucune différence essentielle. Les différences sont, data venia d'importantes opinions contraires, dans l'"acidentalia" : la manière de procéder, dans la position du juge, la position des parties ou intéressés, les effets réguliers du jugement, etc. dans le cas il n'y a pas litige. (...) On ne veut pas défendre ici la dénomination "volontaire" parce qu'elle ne l'est pas, mais elle est, au contraire, obligatoire ou indispensable pour obtenir le résultat juridique voulu. Sans une meilleure dénomination, la dénomination courante et traditionnelle a été adoptée. (...) Cependant, il faut rappeler que, même dans la juridiction "volontaire", l'activité juridictionnelle ne tend pas à consulter le juge. Elle agit (...) pour prononcer une décision et non pas pour orienter les parties ou leur donner, préalablement, un conseil juridique »* (traduction libre). – MITIDIERO Daniel Francisco, *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro,* préc., pp. 86-87.

législative, ces procédures non contentieuses doivent avoir lieu auprès du juge qui agit comme un tiers impartial face aux intérêts privés[211]. Ainsi comme dans la juridiction contentieuse, il y a fonction juridictionnelle dans la « jurisdição voluntária », la juridiction étant *« l'activité exercée par les juges (des organes investis dans ladite fonction) qui appliquent le droit objectif en dernier ressort, donnent le dernier mot sur la question, prononcent une décision qui ne peut être contrôlée par une autre fonction étatique »* (traduction libre)[212]. Comme l'affirme José Miguel Garcia Medina, après l'incorporation, dans le Code de procédure civile de 2015, selon l'idée que le Pouvoir judiciaire doit également agir pour promouvoir la solution consensuelle des conflits, il n'est plus possible d'affirmer que seule l'activité typique du juge pour trancher les affaires est juridictionnelle. Les procédures non contentieuses intègrent également ladite fonction[213]. Et le procès est la méthode de l'exercice de la juridiction car la juridiction s'exerce processuellement, comme l'indique Fredie Didier Junior *in verbis :*

> *« La juridiction s'exerce processuellement. Mais ce n'est pas n'importe quel procès qui légitime l'exercice de la fonction juridictionnelle. C'est-à-dire : il ne suffit pas qu'il y ait procès pour que l'acte juridictionnel soit valide et juste. La méthode-procès doit obéir au modèle tracé dans la Constitution, qui consacre le droit fondamental au procès dû, avec toutes ses corollaires (contradictoire, la prohibition de preuves illicites, adéquation, effectivité, juge naturel, délais raisonnables du procès, etc.) »* (traduction libre)[214].

Le procès peut également être défini comme la relation juridique processuelle qui relie les parties et le juge, tiers impartial chargé d'appliquer le droit au cas concret *sub judice*[215]. Réalisé par une procédure[216] établie par la loi[217], le procès est visualisé comme

---

[211] Ce qui différencie la juridiction volontaire de l'Administration qui *« agit dans son propre intérêt, dans l'intérêt de l'Etat, dans l'intérêt de la collectivité dans son ensemble, et non dans l'intérêt des particuliers qui figurent comme des destinataires directs de son activité »* (traduction libre) : DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. 1, préc., p. 193.

[212] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. 1, préc., p. 192.

[213] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 979.

[214] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. 1, préc., p. 30.

[215] Comme l'avertit la doctrine, *« le procès peut être compris comme la méthode de création de normes juridiques, comme un acte juridique complexe (procédure) et comme relation juridique. (...) Afin de comprendre le procès comme procédure (acte juridique complexe de formation successive) ou, de plus, comme une procédure avec du contradictoire, d'après la vision de Fazzalari, il n'est pas nécessaire*

une succession d´actes processuels accomplis par tous les sujets au procès selon leurs charges, devoirs et pouvoirs processuels[218].

Si les Codes de procédure civile brésilien de 1973 et de 2015 n'ont pas défini les actes processuels, une partie de la doctrine[219], en adoptant le critère objectif, les identifie comme les actes accomplis pendant l'instance, dans le cadre d´une relation juridique processuelle. Selon leur contenu, ces actes correspondent à trois types : les actes d'initiative (acte introductif de l´instance), les actes de développement de l'instance (pour faire avancer l´instance) et les actes de conclusion/dénouement de l'instance (décisions du juge ou transactions/renonciations des parties). Pourtant, la majorité de la doctrine brésilienne adopte le critère subjectif[220] et affirme que les actes du procès sont ceux pratiqués soit par les parties, soit par les organes juridictionnels[221]. Le Code de procédure civile brésilien de 1973 suivait explicitement cette dernière position et détermina, dans le titre V de son livre 1[e], que les actes processuels étaient les actes des parties (articles 158-

d'abandonner l'idée selon laquelle le procès est également une relation juridique » (traduction libre) : DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. 1, préc., pp. 30 et 33.

[216] LEBORGNE Anne : *Rép. proc. civ.*, *V°* Actes de procédure, septembre 2005 : *« Si on poursuit la recherche dans ce même dictionnaire en allant voir à procédure, on est renvoyé à "manière de procéder en justice" (du latin pro-cedere qui renvoie à une marche à suivre, à un déroulement) ».*

[217] Selon l´article 22 de la Constitution de la République brésilienne, l'Union fédérale est compétente pour légiférer sur le droit civil, commercial, pénal, processuel, électoral, agricole, maritime, aéronautique, spatial et du travail. L'article 190 du Code de procédure civile de 2015 établit pourtant une clause générale de convention processuelle qui permet aux parties d'adapter la procédure aux spécificités de la demande : V. *infra,* nº 160. Le juge est aussi autorisé à prolonger les délais légaux, conformément à l'article 139, VI, du *codex* de 2015.

[218] Selon Giuseppe Chiovenda, *« Le procès civil est l'ensemble des actes coordonnés à l'objectif de la réalisation de la volonté de la loi (avec le respect à un bien qui s'entend garanti par elle), par les organes de juridiction ordinaire »* : CHIOVENDA Giuseppe, *Instituições de direito processual civil : os conceitos fundamentais – A doutrina das ações,* Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale acompanhado de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman, v. 1, Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia : São Paulo, 1942, p. 71.

[219] MARQUES José Frederico, *Instituições de direito processual civil,* v. 2, 1ª edição atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, Campinas : Millennium Editora, 2000, pp. 281-282.

[220] En raison d´être plus didactique et simple.

[221] En traitant de la matière quando en vigueur le Code de procédure civile de 1973: V. THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil*, préc., p. 221. – Sur la perspective du Code de 2015 : V. THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil : Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum,* préc., pp. 477-479.

161), les actes du juge (articles 162-165) et les actes du greffier en chef et de ses auxiliaires (articles 166-171)[222].

Le droit judiciaire privé brésilien adopte ainsi une conception large des actes du procès qui ne sont donc pas l´apanage des parties. Au contraire, s'il appartient aux parties de déclencher l´instance[223], le juge exerce la direction du procès dans le sens d'un développement rapide par l'impulsion *ex office*[224]. Ces pouvoirs/devoirs lui sont confiés pour qu'il conduise l´instance selon la procédure établie par la loi ou par la convention des parties et pour résoudre tous les incidents survenus, jusqu´au moment de délivrer la

[222] Ainsi comme la notion d'*acte du procès* ou d'*acte processuel* prise par la doctrine française : V. CADIET Loïc, « Les accords sur la juridiction dans le procès », *in* P. ANCEL et M.-C. RIVIER (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends,* Economica, 2001, p. 48, *in verbis : « Le nouveau Code de procédure civile n´emploie l´expression "acte de procédure" qu´à propos des actes accomplis par les parties pour conduire l´instance dans les formes et les délais requis. Il est donc opportun de réserver cette expression à ce seul emploi et, du coup, pour désigner l´ensemble des actes du procès, quel que soit leur auteur, juge ou parties, parler plutôt "d´acte processuel" ».* – Sur l'acte processuel : V. *supra,* note nº 50.

[223] Selon les articles 2 et 262 du Code de procédure civile de 1973 et d'après l'article 2 du Code de procédure civile de 2015.

[224] V. l´article 125 du Code de procédure civile de 1973 qui déterminait *in verbis*: *« Le juge exerce la direction du procès conformément aux dispositions de ce code et il est responsable pour: I – assurer l´égalité de traitement des parties ; II – veiller à la solution rapide du litige ; III – prévenir ou réprimer tout acte contraire à la dignité de la Justice ; IV – tenter, à tout moment, de concilier les parties »*. V. aussi l´article 262 qui statuait, *in verbis: « Le procès civil est déclenché sur initiative de la partie, mais se développe par l´impulsion ex office »*. L'article 139 du Code de procédure civile de 2015 établit, *in verbis : « Le juge exerce la direction du procès conformément aux disposition de ce code et il est responsable de : I – assurer l´égalité de traitement des parties ; II – veiller à la durée raisonnable du procès ; III – prévenir ou réprimer tout acte contraire à la dignité de la Justice et rejeter des demandes qui visent simplement au retardement de la décision judiciaire ; IV – déterminer tous les moyens inductifs, coercitifs ou subgatoires nécessaires pour assurer l'accomplissement de l'ordre judiciaire, y compris pour les demandes qui ont comme objet la prestation pécuniaire ; V – promouvoir, à tout moment, l'autocomposition, de préférence avec l'aide de conciliateurs et de médiateurs judiciaires ; VI – prolonger les délais procéduraux et modifier l'ordre de production des moyens de preuves, en les adaptant aux besoins du conflit afin de donner plus d'effectivité à la tutelle du droit ; VII – exercer le pouvoir de police et solliciter, si nécessaire, la force de police, outre la sécurité interne des juridictions ; VIII – déterminer, à tout moment, la comparution personnelle des parties, pour les questionner sur les faits de la demande, dans l'hypothèse où il n'y aura pas de peine de confession ; IX – déterminer le respect des conditions d'exercice de l'action et l'élimination d'autres vices de procédure ; X – en cas de demandes individuelles répétitives, communiquer au Ministère public, à la Défense publique et, dans la mesure du possible, à d'autres légitimés indiqués dans l'article 5 de la Loi nº 7.347, du 24 juillet 1985, et dans l'article 82 de la Loi nº 8.078, du 11 septembre 1990, pour promouvoir, le cas échéant, une action collective respective. Paragraphe unique : La prolongation des délais prévue à l'alinéa VI peut seulement être déterminée avant que le délai régulier soit écoulé »* (traduction libre).

prestation juridictionnelle (jugement). Pour remplir ses fonctions, le juge prend ainsi divers actes processuels[225].

47. Le Code de procédure civile de 1973 prévoyait, dans le *caput* de l´article 162, trois types d'actes du juge[226] : les « sentenças », les « decisões interlocutórias » et les « despachos ». Depuis un long moment, la doctrine brésilienne critiquait la rédaction de l´article du Code de procédure civile de 1973 et défendait que le législateur *dixit plus quam voluit*, dans la mesure où l'article ne prévoit pas tous les actes processuels du juge (genre)[227], mais seulement une seule catégorie : les « pronunciamentos »[228]. Selon Teresa

[225] L'une des principales différences des actes pris par le juge par rapport aux actes des parties consiste justement dans le caractère impératif des actes du juge, de sorte qu'ils peuvent être considérés comme des décisions – entendus au sens large –, en raison de leur caractère impératif et du fait qu'ils extériorisent de vrais commandements ou des ordres : V. THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil,* préc., p. 232. – V. également : THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil : Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum,* préc., p 498. – Une grande partie de la doctrine brésilienne défend pourtant que les « despachos » n'ont aucun contenu décisoire car c'est justement cette caractéristique qui les différencie des jugements et des décisions interlocutoires. Il ne faut toutefois pas confondre le contenu décisoire avec la notion d'acte juridictionnel. Les actes non juridictionnels des juges – même s´ils ne mettent pas fin à un différend ou ne disent pas le droit applicable au cas *sub judice* – contiennent une décision, ordonnent quelque chose ou même autorisent des actes, le juge intervenant alors comme un administrateur selon la distinction classique entre la *jurisdictio* et l´*imperium* : AMBRA Dominique d', *V°* Jugement, *in* CADIET Loïc (dir), *Dictionnaire de la justice*, préc., p. 689. – V. *infra,* nº 147s.

[226] Ces trois types d'actes du juge sont ceux qui peuvent être pratiqués devant la première instance, comme l'avertit la doctrine *in verbis : « Dans le premier degré de juridiction, les juges peuvent se prononcer par des "sentenças", des "décisões interlocutórias et des "despachos". (...) Dans les cours, les "pronunciamentos" judiciaires peuvent gagner la forme d'"acórdãos" (arrêts) ou de "decisões monocráticas". Les "acórdãos" sont des jugements prononcés par les formations collégiales des cours (art. 204). Cette dénomination découle du fait que le jugement constitue un accord unanime ou majoritaire entre les juges ("desembargadores" ou "ministres") qui composent le collège en charge du jugement. Les "décisões monocráticas" (ordonnances) sont des décisions prises individuellement par les rapporteurs des procès dans les cours qui visent l'économie processuelle, soit parce que la demande n'est pas recevable, soit parce qu'il y a une jurisprudence sur le meritum causæ ou parce qu'il y a un précédent (art. 932, IV et V). Dans ce sens, les "decisões monocráticas" sont des moyens de rationalisation de l'activité de la justice et de promotion du droit fondamental à la protection juridictionnelle effective »* (traduction libre) : MARINONI Luiz Guilherme, ARENHART Sérgio Cruz e MITIDIERO Daniel, *Novo curso de processo civil : tutela dos direitos mediante procedimento comum,* v. 2, préc., pp. 120-121.

[227] WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, 6ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 34.

[228] Le mot portugais « pronunciamento » (nom commun) – « prononciation » en français – vient du verbe *prononcer* et signifie le fait d'articuler, de dire, d'énoncer, de déclarer. Cândido Rangel Dinamarco définit que les « provimentos » judiciaires sont des déclarations de volonté de l'Etat-juge, parfois accompagnées de déterminations pour réaliser ou pour omettre un comportement. Elles s'extériorisent par l'utilisation des langages, écrit ou oral, et sont appelées par conséquent « pronunciamentos ». : V. DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. II, 5ª ed., São Paulo : Malheiros, 2005, pp. 493-494. – NEVES Daniel Amorim Assumpção, « O novo conceito de sentença », *in* NEVES Daniel Amorim Assumpção, RAMOS Glauco Gumerato, FREIRE Rodrigo da Cunha Lima e MAZZEI Rodrigo, *Reforma*

Arruda Alvim Wambier, *« il n´est pas exact d´affirmer que les actes du juge se subdivisent en jugements, en décisions interlocutoires et en "despachos", dans la mesure où il y a d´autres actes judiciaires qui ne s´ajustent pas (...) à une de ces trois catégories »* (traduction libre)[229]. Selon l'auteur, les *actes du juge* contiennent également des *actes matériels* pratiqués par le magistrat pendant l'instance, à savoir, les actes d´exécution des décisions prises par le juge, comme par exemple, la réalisation d'inspections judiciaires. Les jugements, les décisions interlocutoires et les « despachos » du magistrat doivent alors être qualifiés de « pronunciamentos »[230], espèce du genre *acte du juge*.

La critique a été finalement accueillie par les rédacteurs du Code de procédure civile brésilien de 2015 qui ont adopté la terminologie proposée par la majorité de la doctrine brésilienne. Ainsi, l'article 203 dudit code ne fait plus référence aux *actes du juge*, mais à ses « pronunciamentos » qui consistent en des jugements, des décisions interlocutoires et des « despachos »[231].

---

do CPC : Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, pp. 76-77.

[229] WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*, 4ª ed. revista, ampliada e atualizada, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 105.

[230] WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença,* préc., p. 34. – PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis », préc., p. 45. – NERY JÚNIOR Nelson, *Teoria geral dos recursos*, 6 ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004, p. 235. – WAMBIER Luiz Rodrigues e TALAMINI Eduardo, *Curso avançado de processo civil,* v. 1, 11ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010, p. 226. – RIBEIRO Leonardo Ferres da Silva, « A definição dos pronunciamentos judiciais (sentenças, decisões interlocutórias e despachos) após as últimas alterações legislativas : impacto e efeitos no plano recursal », *in* MEDINA José Miguel Garcia e *alii* (dir.), *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008, p. 379. – ARAÚJO Fábio Caldas de, « Breves considerações sobre o agravo (instrumento e retido) », *in* MEDINA José Miguel Garcia e *alii* (dir.), *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008, p. 669. – MONTENEGRO FILHO Misael, *Código de processo civil comentado e interpretado*, São Paulo : Atlas, 2008, pp. 219-220. – MEDINA José Miguel Garcia e WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Processo civil moderno*, v. 1, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009, p. 123.

[231] Comme l'explique la doctrine, *« il y a des actes pris par le juge qui ne sont pas des "pronunciamentos" (par exemple, l'audition de témoins, prévue à l'article 456 do CPC/2015) ; de ce fait, et de manière correcte, l'article 203 do CPC/2015 n'utilise plus la nomenclature "actes", comme c'était le cas dans l'article 162 du CPC/2015 »* (traduction libre) *:* MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 338.

Comme la notion française d'acte judiciaire d'administration est opposable aux décisions judiciaires concernant le *meritum causæ* – « decisões de mérito » –, l'étude des concepts de jugement (Section 1) et de décision interlocutoire en droit judiciaire privé brésilien (Section 2) se présente donc comme une étape préalable à franchir.

Section 1 : Les jugements en droit judiciaire privé brésilien

48. Le contenu de l'acte juridictionnel et son aptitude d'éteindre l'instance différencient les jugements des autres « pronunciamentos » judiciaires. La définition *a contrario* du « despacho » établie dans le Code de procédure civile de 1973 et répétée dans le *codex* de 2015, demande alors une compréhension préalable du concept de jugement et de l'étude des voies de recours ouvertes pour contester ledit « pronunciamento » judiciaire. En raison de l'entrée en vigueur récente du nouveau Code de procédure civile brésilien[232] et afin de procéder à l'étude comparative des normes, l'analyse englobera les règles prévues dans les codes de 1973 (§ 1) et de 2015 (§ 2).

§ 1 : Le concept de « sentença » et l'adoption du principe de correspondance dans le Code de procédure civile brésilien de 1973

49. Le Code de procédure civile de 1973 identifiait la « sentença » d'après le contenu de l'acte judiciaire et dont les matières étaient prévues dans les articles 267 et 269 (A). Ledit acte du juge était susceptible d'être contesté par le recours d'appel, selon le principe de correspondance adopté par le *codex* précédant (B).

A. – Le concept de jugement dans le *codex* de 1973 : la notion légale et les critiques de la doctrine

50. Selon la rédaction originale de l'article 162, § 1º, du Code de procédure civile de 1973, la « sentença » était qualifiée comme l'acte par lequel le juge éteignait le procès, avec ou sans examen du fond du litige, le *meritum causæ* étant ou non analysé. La rédaction de l'article était pourtant très critiquée car l´extinction du procès ne constitue

[232] Le Code de procédure civile brésilien de 2015 est entré en vigueur le 17 mars 2016, selon l'article 1.045.

pas l´essence du jugement et l'acte juridictionnel doit être qualifié selon son contenu et non d´après ses effets juridiques[233]. De plus, le jugement en première instance ne provoque pas nécessairement l´extinction du procès, mais seulement de l´instance. En fait, les parties peuvent, sous certaines conditions, faire appel contre la décision prononcée. Dans ce cas, le procès est éteint par l´épuisement des voies de recours (force irrévocable de chose jugée)[234].

En fait, dans le but de conférer une plus grande efficacité à la justice, la loi nº 11.232 a supprimé le procès autonome d´exécution des jugements[235] et permis que l´exécution des titres judiciaires avec force exécutoire soit faite dans la même procédure dans laquelle la décision a été prononcée, au sein d'une phase appelée « cumprimento da sentença » – accomplissement du jugement –, prévue aux articles 475-I et suivants dudit code (« processo sincrético »)[236]. Avec cette modification, il est devenu manifeste que le jugement et l'arrêt avec force exécutoire ne mettaient nécessairement pas fin au procès qui continue son cours afin que le titre judiciaire/l'acte juridictionnel soit exécuté (phase d´exécution).

51. Par la loi nº 11.232 de 2005, le législateur a également modifié l´article 162, § 1º, du Code de procédure civile de 1973 et établi une nouvelle définition légale de jugement. La « sentença » a donc été définie comme *« l´acte du juge qui implique une des situations prévues aux articles 267 et 269 du Code de procédure civile »* (traduction libre).

---

[233] WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, préc., p. 31. – PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », préc., p. 46. – Teresa Arruda Alvim Wambier a également affirmé que la définition de « sentença » donnée par le Code de procédure civile de 1973 énonçait une tautologie : V. WAMBIER Teresa Arruada Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*, préc., pp. 106-107.

[234] MARQUES José Frederico, *Manual de direito processual civil,* v. 3, 2ª edição atualizada por Vilson Rodrigues Alves, Campinas : Millennium Editora, 2001, pp. 47-48. – WAMBIER Luiz Rodrigues, WAMBIER Teresa Arruda Alvim e MEDINA José Miguel Garcia, *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 31. – V. *supra,* note nº 194.

[235] Avant la modification législative, après le prononcé d'un jugement/arrêt en dernier ressort avec force exécutoire, le procès était éteint et la partie gagnante devait initier une autre procédure autonome pour exécuter l'acte juridictionnel.

[236] DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* v. 1, préc., pp. 49 et 79, *in verbis : « Le syncrétisme processuel consiste à réunir des activités de cognition et d'exécution en un seul procès composé de plusieurs phases »* (traduction libre).

L´article 267 du Code de procédure civile de 1973[237] prévoyait les hypothèses dans lesquelles le procès s´éteint[238] sans qu'il y ait examen du fond de l´affaire, à savoir, en cas de péremption ; de litispendance ; d'irrévocabilité du jugement ; quand le juge rejetait l'acte introductif de l´instance ; face au désistement de l´instance ou de son abandon ; quand les conditions d´existence ou d´exercice de l´action n'étaient pas observées ; quand l´action n´était pas transmissible ; en raison de la confusion entre le demandeur et le défendeur ; en raison d´une clause compromissoire (d´arbitrage) et dans d´autres hypothèses prévues par le code.

L´article 269 du Code de procédure civile de 1973 établissait, de son côté, les hypothèses dans lesquelles il y avait examen au fond de l´affaire dans son sens *stricto,* c'est-à-dire lorsqu'il y avait jugement au principal : quand le juge se prononçait sur les défenses au fond ; quand il avait accordé la demande ou la transaction ; quand le juge prononçait la prescription ou la déchéance du droit ou quand le demandeur renonçait à son droit.

La modification législative réalisée par la loi nº 11.232 de 2005 avait donc établie la définition de jugement d'après le contenu de l´acte – prévus aux articles 267 et 269 du code de 1973 –, et non d´après ses effets juridiques[239]. C´était alors, en principe, le

[237] La rédaction originale du *caput* de l'article 267 du Code de procédure civile de 1973 établissait *in verbis : « Le procès s'éteint, sans le jugement du meritum causæ (...)* ». La loi nº 11.232 de 2005 a donné une nouvelle rédaction au *caput* de l'article en établissant que *« Le procès s'éteint sans examen au fond (...) »* (traduction libre).

[238] Bien que la loi nº 11.232 de 2005 ait altéré le *caput* de l'article 267 du Code de procédure civile de 1973, elle n'a pas remplacé le mot *procès* par *instance* et affirme à tort que le procès se terminera avec le prononcé du jugement dans les hypothèses prévues à l'article. Ceci n'est toutefois pas exact dans la mesure où, même en cas d'extinction de l´instance sans l´examen du fond de l´affaire, le procès peut continuer, soit en raison de l´appel, soit par l´exécution de la condamnation aux dépens et frais.

[239] Il faut pourtant préciser que, si le jugement constitue la décision juridictionnelle prise par les juridictions du premier degré dont le contenu s´ajuste à ceux établis par les articles 267 et 269 du Code de procédure civile, il y a des actes pris par les cours d´appel, régionales et supérieures qui ont le même contenu des jugements, comme par exemple, l´arrêt prononcé par une formation collégiale de jugement d´une Cour d´appel ou même la décision à juge unique prise par les « desembargadores » ou « ministres » de cours d'appel ou supérieures qui décident sur le bien-fondé du recours, sans que la décision soit prise par la formation collégiale, dans les hypothèses prévues à l´article 557 CPC : V. WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, préc., p. 32.

contenu du jugement qui le différenciait d'autres « pronunciamentos » judiciaires, principalement des décisions interlocutoires[240].

Toutefois, la définition législative s´est révélée inadéquate dans certaines hypothèses. En effet, quand le juge déclarait *verbi gratia* la prescription de l´action par rapport à un seul des litisconsorts, sa décision avait le contenu prévu à l´article 269 du Code de procédure civile de 1973. Ce qui supposait que l'acte judiciaire était un jugement au fond. Pourtant, l´instance n´était pas éteinte par une telle décision car elle continuait par rapport aux autres parties au procès.

52. Pour ne pas suspendre l´instance jusqu´à la décision du recours éventuellement utilisé par la partie concernée[241], la doctrine brésilienne a proposé de prendre en compte

[240] PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », préc., p. 46.

[241] Dans le Code de procédure civile brésilien de 1973, en cas d´appel, l'appelant devait présenter, dans les 15 jours à compter de la notification du jugement, devant le juge de première instance, sa déclaration d´appel avec les moyens qui soutenaient sa prétention (article 514). Après avoir déclaré les effets de l´appel (suspensif ou non), le juge intimait l´autre partie pour qu'elle présente sa réponse (ses conclusions). Si toutes les conditions pour l´appel étaient remplies, le dossier était ensuite transmis à la cour d´appel qui statuait à nouveau (article 518). Le juge de première instance pouvait cependant ne pas recevoir l´appel quand le jugement contesté était en conformité avec l'énoncé de sa jurisprudence prédominante – la « súmula » – de la Cour supérieure de justice ou de la Cour fédérale suprême, conformément à l´article 518, § 1º, du CPC/1973. – L'énoncé de la jurisprudence prédominante – la « súmula » – contient l´interprétation juridique adoptée par une juridiction après le jugement, obtenu par majorité absolue, d´un « incidente de uniformização de jurisprudência » (incident d´uniformisation de la jurisprudence). Elle est rédigée de manière concise, numérotée et publiée, conformément aux articles 477 et suivants du Code de procédure civile de 1973. En principe, la « súmula » n´a pas force de loi mais fonctionne, selon le règlement intérieur des juridictions, comme un instrument de dynamisation des jugements et un précieux véhicule d´uniformisation jurisprudentielle. La « súmula » simplifie les jugements des recours car un juge rapporteur pourra ne pas recevoir un recours – sans nécessité d´écouter la formation collégiale compétente – quand la prétention est contraire à une « súmula » de la propre juridiction ou d´une juridiction supérieure (selon les articles 518, § 1º, 554, § 3º et 557 du Code de procédure civile du CPC/73) : V. THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil*, préc., p. 533. – De façon différente, dans le Code de procédure civile de 2015, la procédure de l'appel est prévue dans les articles 1.009 et suivants et le juge *a quo* n'analyse plus la recevabilité de l'appel, conformément à l'article 1.010, § 3º. De plus, le nouveau Code de procédure civile a expressément établi le devoir des juridictions d'uniformiser leur jurisprudence et de la maintenir équitable, intègre et cohérente, l'approbation des « súmulas » étant expressément indiquée dans l'article 926 du code de 2015 comme un instrument à cette fin, *in verbis : « Article 926 : Les cours doivent uniformiser leur jurisprudence et la maintenir stable, intègre et cohérente. § 1º : Dans la forme établie et selon les présupposés fixés dans le règlement intérieur, les cours éditeront des énoncés de "súmula" correspondants à leur jurisprudence dominante. § 2º : En éditant les énoncés de "súmula", les cours doivent se conformer aux circonstances de fait des précédents qui ont motivés leur création »* (traduction libre). Dans le nouveau système, la « súmula » simplifie aussi les jugements des affaires et des recours, dans la mesure où une demande pourra, par exemple, être rejetée liminairement en première instance quand elle contrarie une « súmula » de la Cour fédérale suprême ou de la Cour supérieure de justice (article 332, I) ; un recours pourra être rejeté par le « desembargador » rapporteur dans les Cours

un élément téléologique comme condition nécessaire pour qualifier un acte judiciaire de jugement : l´aptitude de l'acte de mettre fin à l´instance lorsqu'il tranche la totalité de l´objet du litige[242]. Ainsi, la décision du juge qui déclarait la prescription de l´action par rapport à l'un des demandeurs/litisconsorts ne devait pas être qualifiée de jugement – dans la mesure où elle n'éteint pas l'instance –, mais de décision interlocutoire, appelée par certains auteurs de « décision interlocutoire de *meritum causæ* »[243].

Les jugements devaient alors être motivés, sous peine de nullité, comme en dispose l´article 93, IX, de la Constitution de la République[244] et le déterminait également

---

d'appel qui statue seul lorsque ce dernier est contraire également à une « súmula » de la Cour fédérale suprême, de la Cour supérieure de justice ou de la propre cour (article 932, IV, *a*) ou un recours pourra même être accueilli par le « desembargador » rapporteur si le jugement contesté est contraire à la jurisprudence dominante de dites juridictions (article 932, V, *a*). En traitant de la matière, Fredie Didier Junior précise, *in verbis : « La " súmula" est l'énoncé normatif (texte) de la ratio decidendi (norme générale) de la jurisprudence dominante, qui est la réitération d'un précédent. On conclut alors que l'énoncé de la "súmula" est, pour ainsi dire, le texte qui cristallise la norme générale extraite, à la lumière des cas concrets, d'un autre texte (le texte légal, dans son sens ample) »* (traduction libre) : DIDIER JUNIOR Fredie, BRAGA Paula Sarno e OLIVEIRA Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil : Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória,* v. 2, 10ª ed., Salvador : JusPodium, 2015, p. 487.

[242] V. ASSIS Araken de, *Manual dos recursos,* préc., p. 138. – THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil,* préc., p. 591. – DIDIER JUNIOR Fredie, CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Curso de direito processual civil*, v. 3, 7ª ed., Salvador : JusPodivm, p. 30. – NERY JUNIOR Nelson e NERY Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante,* préc., p. 448. – RIBEIRO Leonardo Ferres da Silva, « A definição dos pronunciamentos judiciais (sentenças, decisões interlocutórias e despachos) após as últimas alterações legislativas : impacto e efeitos no plano recursal », préc., pp. 380-381. – Cependant, une partie de la doctrine a affirmé que les « pronunciamentos » judiciaires dont les contenus étaient insérés dans les articles 267 et 269 du Code de procédure civile de 1973, mais qui ne mettaient pas fin à l'instance, seraient des « sentenças » susceptibles d'être contestées exceptionnellement par le recours d'« agravo » : V. WAMBIER Luiz Rodrigues, WAMBIER Teresa Arruda Alvim e MEDINA José Miguel Garcia, *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*, préc., p. 37.

[243] NERY JÚNIOR Nelson, *Teoria geral dos recursos,* préc., p. 239. – Daniel Amorim Assumpção Neves donne d'autres exemples dans lesquels l'adoption du concept strict de « sentença », sans tenir compte de l'effet du « pronunciamento » serait problématique, à savoir, la décision du juge de rejet de la demande reconventionnelle et la décision judiciaire qui exclut un litisconsort. Dans ces hypothèses, le procès continuera : NEVES Daniel Amorim Assumpção, « O novo conceito de sentença », préc., pp. 83-86.

[244] V. l'article 93, IX, de la Constitution de la République, *in verbis : « Tous les jugements du Pouvoir judiciaire seront publics et motivés, sous peine de nullité. Toutefois, le huis clos peut être prononcé dans les hypothèses expressément prévues par la loi, dès que la préservation du droit à la vie privée ne porte pas atteinte à l´intérêt public à l´information (rédaction donnée par l´amendement constitutionnel nº 45 de 2004) »* (traduction libre). – La norme constitutionnelle établit alors la pondération de trois principes constitutionnels : la publicité des jugements, le droit à la vie privée (prévu à l´article 5, X, de la Constitution) et finalement, la liberté d´information (prévue à l´article 220 de la Constitution). Si en règle générale, les jugements du Pouvoir judiciaire sont publics, la loi peut donc prévoir des hypothèses dans lesquelles la publicité des jugements pourra être restreinte pour garantir le droit à la vie privée des parties. Dans ces hypothèses, l´audience sera à huis clos et seulement les parties et leurs représentants – ou

l'article 131 du *codex* de 1973[245], étant susceptibles d'être contestés par le recours d'« apelação », comme nous le verrons par la suite.

B. – La remise en cause de la « sentença » dans le Code de procédure civile de 1973[246]

53. Initialement, il faut remarquer que seules les décisions du juge qui provoquent des griefs aux parties sont susceptibles de recours[247]. Les actes processuels des parties, du Ministère public et des auxiliaires de la justice ne sont pas susceptibles de recours car ils sont toujours soumis au contrôle de la juridiction et ne sont pas capables de provoquer eux-mêmes des griefs[248]. Le système des voies de recours qui était adopté par le Code de procédure civile de 1973 avait ainsi pour fondement le principe de correspondance entre la décision judiciaire prise et le type de recours susceptible de la contester[249]. Suivant ce principe, l´article 513 dudit code disposait que les « sentenças », c'est-à-dire les jugements de première instance, étaient susceptibles d'être contestés par le recours d'« apelação » (recours d´appel)[250]. Comme principe général, cette règle était assez simple et claire mais elle exigeait cependant l'identification préalable de ce qui constituait un jugement. En présence d´un jugement et de conditions d'ordre subjectif et objectif auxquelles est subordonnée la recevabilité du recours, l'appel pouvait être interjeté.

---

seulement ceux-ci – y seront admis, sans que le public puisse y assister. Pourtant, en cas de conflit entre le droit à la vie privée et la liberté d´information (l´intérêt public à l´information), celui-ci doit prévaloir.

[245] L'article 131 du Code de procédure civile de 1973 établissait, *in verbis : « Le juge appréciera librement la preuve, selon les faits et les circonstances du procès, même si non indiqués par les parties ; mais il devra indiquer dans le jugement les raisons qui ont formé sa conviction »* (traduction libre).

[246] La présente division, consacrée à l'étude de la remise en cause des jugements, n'a pas pour but l'analyse de toutes les règles du Code de procédure civile de 1973 qui traitaient des voies de recours contre les actes juridictionnels, sujet très vaste. Cette recherche présentera seulement les lignes générales qui gouvernaient les voies de recours contre les jugements de première instance – les « sentenças » – dans le code précédent, en raison de l'opposition faite par la jurisprudence entre les décisions judiciaires et les « despachos », celui-ci n'étant pas susceptible de recours d'après la jurisprudence de la Cour supérieure de justice.

[247] SOUZA Bernardo Pimentel, *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, 9ª ed., São Paulo : Saraiva, 2013, p. 53.

[248] NERY JÚNIOR Nelson, *Teoria geral dos recursos,* préc., p. 234.

[249] NERY JÚNIOR Nelson, *Teoria geral dos recursos,* préc., p. 239.

[250] Il faut néanmoins préciser que d'autres voies de recours sont également recevables contre les arrêts prononcés par les cours d'appel, régionales et supérieures, selon l'article 496 du Code de procédure civile de 1973 et à l'article 994 du Code de procédure civile de 2015. Pourtant, en raison de l'étendue des voies de recours – ordinaires et extraordinaires –, nous analyserons seulement les voies de recours recevables contre les jugements pris en première instance, à savoir, l'appel et les « embargos de declaração ».

Selon les règles prévues dans le Code de procédure civile de 1973, surtout en raison de la modification législative réalisée par la loi nº 11.232 de 2005 et de l'interprétation littérale de l'article 162, § 1º, des doutes sur la qualification de certains actes du juge sont survenus[251]. Cependant, l´identification des jugements selon leur contenu – indiqué aux articles 267 et 269 du Code de procédure civile de 1973 – et aussi d'après leur aptitude à mettre fin à l´instance – critère formel adopté par la doctrine – a eu le mérite de résoudre le problème posé par la modification législative.

Ainsi, dans la systématique adoptée sous l'emprise du Code de procédure civile de 1973, si la décision judiciaire avait le contenu prévu aux articles 267 ou 269 dudit code et mettait fin à l´instance, elle était qualifiée de jugement – au sens *matériel* et *formel* – et, par conséquent, susceptible d'être contestée par le recours d'« apelação », d'après l´article 513 du *codex* de 1973[252]. Au contraire, si la décision du juge avait le contenu prévu aux articles 267 ou 269, mais ne mettait pas fin à l´instance, elle n'était pas qualifiée de jugement et ne pouvait pas être remise en cause par l'utilisation dudit recours[253].

54. Outre le recours d'appel, les « pronunciamentos » du juge[254] – et parmi ces derniers, les jugements – pouvaient être critiqués par l´utilisation du recours

[251] La loi nº 11.232 de 2005 a modifié le Code de procédure civile de 1973 et a établi la définition du jugement d'après le contenu de l´acte – prévus aux articles 267 et 269 du diplôme processuel de 1973 –, et non d´après ses effets juridiques. L´interprétation littérale du nouvel article 162, § 1º, du Code de procédure civile signalait que tous les actes du juge qui s´ajustaient aux situations prévues aux articles 267 et 269 devaient être qualifiés de jugements et étaient donc susceptibles d´appel. Une telle interprétation causait néanmoins le désavantage de suspendre l´instance jusqu´à l'analyse par la juridiction supérieure du recours, même dans les hypothèses où la décision contestée ne mettait pas fin à l´instance et ne décidait pas de la totalité de l´objet du litige : V. *supra,* nº 51 s.

[252] Selon l'article 513 du Code de procédure civile brésilien, *« contre le jugement, il peut être interjeté appel (articles 267 e 269) »* (traduction libre).

[253] Au contraire, une telle décision devait être qualifiée de décision interlocutoire, acte susceptible d´être contesté par le recours appelé « agravo » : V. *infra,* nº 64 s. – Teresa Arruda Alvim Wambier affirme que cette construction doctrinale provoque toutefois un assouplissement du principe de correspondance, dans la mesure où des jugements au sens matériel – dont les contenus sont prévus aux articles 267 et 269 du CPC – ne sont pas susceptibles d´appel : WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, préc., pp. 35-36.

[254] Une partie de la doctrine et de la jurisprudence brésiliennes admet l´utilisation des « embargos de declaração » contre tous les actes du juge, même quand la loi établit que l´acte n´est pas susceptible de recours, y compris les « despachos » : V. DIDIER JUNIOR Fredie, CUNHA Leonardo José Carneiro da,

d'« embargos de declaração », leur utilisation par n'importe quelle partie interrompait le délai des autres recours[255]. En effet, les « embargos de declaração », prévus à l´article 496, IV, du Code de procédure civile de 1973, permettaient aux parties de demander, dans un délai de cinq jours[256], à la même juridiction qui avait rendu la décision contestée, de l´éclaircir, d´éliminer les contradictions du jugement ou de remplir complètement l´office juridictionnel, lorsqu´elle avait omis de statuer sur un chef de la demande.

Si la règle établie dans l´article 535 du Code de procédure civile de 1973 prévoyait expressément l'utilisation des « embargos de declaração » contre les jugements et les arrêts obscurs ou contradictoires[257], l´utilisation dudit recours a aussi été admise par la jurisprudence et par la doctrine brésiliennes pour la correction des erreurs matérielles du jugement, dans la mesure où les erreurs ou inexactitudes matérielles de l'acte juridictionnel pouvaient être rectifiées à la demande des parties ou même *ex officio*, selon l´article 463, I, du Code de procédure civile de 1973[258].

Curso de direito processual civil, v. 3, préc., pp. 186-187. – MOREIRA José Carlos Barbosa, *Comentários ao código de processo civil,* v. 5, 12e éd., Rio de Janeiro : Forense, 2005, nº 298, pp. 548-549.

[255] D'après l'article 538 du Code de procédure civile brésilien de 1973.

[256] Selon l'article 536 du Code de procédure civile brésilien de 1973. – MAZZEI Rodrigo, « Embargos de declaração : Evolução legislativa em 30 anos de CPC – Horizontes de uma nova reforma », *in* COSTA Hélio Rubens Batista, RIBEIRO José Horácio Halfeld Rezende, DINAMARCO Pedro da Silva (coord.), *Linhas mestras do processo civil : comemoração dos 30 anos de vigência do CPC,* São Paula : Atlas, 2004, p. 358.

[257] L'article 535 du codex de 1973 disposait, *in verbis : « La voie des "embargos de declaração" est ouverte quand : I - Il y a obscurité ou contradiction dans le jugement ou dans l´arrêt (rédaction donnée par la loi nº 8.950 de 1994) ; II - Il a été omis un point qui devait être tranché par le juge ou la cour (rédaction donnée par la loi nº 8.950 de 1994) »* (traduction libre). – Concernant la matière, la doctrine affirme, *in verbis : « Il est actuellement possible de défendre, sans aucun doute, que les "embargos de declaração" ont des racines constitutionnelles. Ils visent à garantir aux justiciables le droit d'analyse de leurs conflits (lato sensu) par le Pouvoir judiciaire. Les tendances contemporaines ne permettraient que de comprendre la satisfaction de ce droit lorsque la prestation juridictionnelle est garantie au justiciable par le biais de décisions claires, complètes et cohérentes interna corporis ».* (traduction libre) : V. WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Omissão judicial e embargos de declaração,* São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, pp. 15-16.

[258] DIDIER JUNIOR Fredie, CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Curso de direito processual civil*, v. 3, préc., p. 184. – V. la jurisprudence sur la matière : Cour supérieure de justice, Première chambre, « Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Mandado de Segurança » n° 17258/DF, Ministre rapporteur : Benedito Gonçalves, date du jugement : 8/02/2012, date de la publication : 14/02/2012, *in verbis : « Les "embargos de declaração" peuvent être utilisés quand l´acte judiciaire contient une omission, une contradiction ou une obscurité, selon l´article 535, I et II, du CPC, et aussi pour rectifier des erreurs matérielles »* (traduction libre). – Cour supérieure de justice, Première chambre, « Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial » nº 1218330/RJ, Ministre rapporteur : Benedito Gonçalves, date du jugement : 15/12/2011, date de la publication : 2/02/2012. – Cour supérieure de justice, Deuxième chambre, « Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no

Le nouveau Code de procédure civile de 2015 a répété la règle du *codex* précédent qui prévoyait l'utilisation du recours d'appel pour contester la « sentença ». Il a cependant modifié la définition légale de jugement et les critères matériels et formels sont alors expressément indiqués par le législateur.

§ 2 : La notion de « sentença » dans le Code de procédure civile de 2015

55. Dans le nouveau Code de procédure civile de 2015, la « sentença » est identifiée cumulativement par le contenu du « pronunciamento » judiciaire et par son effet processuel (A). Le nouveau *codex* prévoit également l'utilisation du recours d'« apelação » pour remettre en cause le jugement de première instance (B).

A. – L'adoption des critères matériels et formels pour l'identification de « sentença » dans le *codex* de 2015

56. Le Code de procédure civile de 2015 a englobé dans le concept de « jugement » les critères matériels et formels indiqués par la doctrine sous l'emprise du *codex* de 1973[259]. Selon l'article 203, § 1°, du nouveau code, le jugement est le « pronunciamento »[260] par lequel le juge, sur le fondement des articles 485 et 487[261], met fin à la phase cognitive de la procédure commune[262] ou éteint l'exécution. Ainsi, selon le

---

Agravo em Recurso Especial » nº 3214/DF, Ministre rapporteur : Humberto Martins, date du jugement : 13/12/2011, date de la publication : 19/12/2011.

[259] V. *supra,* nº 51 s.

[260] V. *supra,* nº 47.

[261] Néanmoins, la doctrine précise, *in verbis : « il n'y a pas que le jugement qui peut se fonder sur une des hypothèses prévues dans les articles 485 et 487. Les arrêts (décisions collégiales prononcées par une cour) et les décisions prononcées par les rapporteurs des cours peuvent aussi être fondés sur les mêmes hypothèses. Il suffit d'imaginer la décision d'un conseilleur rapporteur qui rejette l'acte introductif de l'instance (art. 485, I, CPC) d'une action en révision (procès de compétence originaire de la cour) ou l'arrêt qui se prononce sur le bien-fondé (art. 487, I, CPC) d'une réclamation (procès dont la compétence est également de la cour) »* (traduction libre) : DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 706.

[262] La procédure commune est réglementée par l'article 318 et suivants du Code de procédure civile brésilien de 2015. Elle constitue en quelque sorte la procédure type dans le sens que si *« l'action a pour objet l'obtention d'un jugement, même s'il s'agit d'un jugement exécutoire, et que le législateur n'a pas prévu une procédure spéciale, la procédure commune doit être observée »* (traduction libre) *:* V. MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 522. – Sur la matière : V. MARINONI Luiz Guilherme, ARENHART Sérgio Cruz e MITIDIERO Daniel, *Novo curso de processo civil : tutela dos direitos mediante procedimento comum,* v.

code de 2015, la « sentença » est définie, de façon cumulative, par le moment processuel dans lequel elle est prononcée – vu qu'elle met fin à la procédure ou à la phase processuelle – et également par son contenu, qui doit être prévu aux articles 485 et 487 du Code de procédure civile de 2015[263].

L'article 485 prévoit les hypothèses où le juge prononce les « sentenças terminativas »[264], c'est-à-dire sans examen au fond de l'affaire, ce qui évite alors que la procédure continue inutilement[265]. Il y a « sentença terminativa » quand le juge rejette l´acte introductif de l´instance ; quand le procès n'avance pas pendant plus d'un an par négligence des parties ; quand l'auteur abandonne la demande pendant plus de trente jours, ne promouvant pas les actes et diligences qui lui incombent ; quand les conditions d´existence ou d´exercice de l´action ne sont pas observées ; en cas de péremption, de litispendance ou de l'irrévocabilité du jugement ; en cas d'absence de qualité pour agir ou

---

2, préc., p. 145, *in verbis : « Dans les hypothèses où il y a exercice de la juridiction face à des litiges entre les parties – juridiction contentieuse – la protection juridictionnelle peut être réalisée par la procédure commune (art. 318) ou, selon la liste du Code, par quatorze procédures différenciées »* (traduction libre).

[263] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 340. Selon l'auteur, *« la décision que ne correspond pas à la description du § 1° de l'article 203 do CPC/2015 n'est pas jugement, mais décision interlocutoire »* (traduction libre). – V. aussi : WAMBIER Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO Maria Lúcia Lins, RIBEIRO Leonardo Ferres da Silva e MELLO Rogério Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo,* 2ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016, p. 203. – Sur le concept de « decisão interlocutória » dans le Code de procédure civile de 2015 : V. *infra,* nº 71 s.

[264] Fredie Didier Junior critique la terminologie de « sentença terminativa » (jugement définitif), *in verbis : « La désignation n'est pas bonne dans la mesure où tout jugement "finit" ; il vaut mieux désigner comme jugement qui n'examine pas le meritum causæ »* (traduction libre)*:* DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 707.

[265] En observant le principe de primauté de décision au fond, prévu à l'article 4º du Code de procédure civile de 2015, le prononcé d'une « sentença terminativa » (jugement définit) doit être exceptionnel lorsqu'il n'est pas possible de corriger le défaut qui l'a motivé. Ainsi, le juge doit toujours concéder à la partie la possibilité de corriger le vice de procédure tout en observant les devoirs de prévention et de coopération des parties au procès, prévus aux articles 6° et 139, IX, du nouveau code de 2015 : V., dans ce sens, MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., pp. 518 et 722. – Sur la matière, Fredie Didier Junior éclaircit, *in verbis : « Il faut rappeler, encore une fois, que le juge a le devoir d'examiner le meritum causæ, seulement ne le faisant pas quand il y ait obstacle insurmontable. (...) L'article 488 concrétise ce principe : si la décision au fond est favorable à la partie qui se bénéficie avec la décision qui ne tranche pas le litige, le juge doit, si possible, choisir pour la décision au fond »* (traduction libre) : DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 708.

d'intérêt pour agir[266] ; quand l'allégation d'existence de convention d'arbitrage est accueillie et l'arbitre reconnaît sa compétence ; quand le désistement de l'action est homologué ; en cas de décès de la partie et l´action est considérée intransmissible ; et dans d´autres hypothèses prévues par le code.

L´article 487, de son côté, fixe les hypothèses dans lesquelles il y a examen au fond de l´affaire, entendu dans son sens *stricto,* c'est-à-dire, quand il y a jugement au principal, à savoir, quand le juge se prononce sur le bien-fondé de la prétention de l'action ou de la reconvention ; quand le juge décide, *ex officio* ou à la demande des parties, sur la déchéance du droit ou sur la prescription ; quand il homologue l'acquiescement à la demande principale ou reconventionnelle, quand il homologue la transaction ou le désistement des prétentions formulées dans la demande principale ou reconventionnelle.

Ainsi, dans le Code de procédure civile de 2015, si la décision n'est pas finale – définitive ou terminative –, elle ne sera pas une « sentença », mais une décision interlocutoire, même si son contenu correspond aux matières indiquées dans les articles 485 et 487. Par ces motifs, même si l'article 356 prévoit la possibilité du juge de décider partiellement le *meritum causæ*[267], la doctrine explique que, dans la nouvelle systématique, il n'est plus possible d'avoir une « sentença » partielle, comme il était possible sous l'empire du Code de procédure civile de 1973 quand le juge appréciait une partie de la prétention de l'auteur, *in verbis :*

[266] Sur la non utilisation par le Code de procédure civile brésilien de 2015 de la catégorie « conditions de l'action » prévue dans le *codex* précédent : V. *infra,* note nº 1254.

[267] L'article 356 du Code de procédure civile de 2015 établit, *in verbis : « Le juge décidera partiellement le meritum causæ quand l'une ou plusieurs demandes formulées ou une partie d'elles : I – sont incontestées ; II – sont en condition d'être jugées immédiatement, dans les conditions de l'article 355. § 1° : La décision qui juge partiellement le meritum causæ pourra reconnaître l'existence d'une obligation liquide ou non. § 2° : La partie pourra liquider ou exécuter, tout de suite, l'obligation reconnue dans la décision qui juge partiellement le meritum causæ, indépendamment de caution, même s'il est interjeté recours contre la décision. § 3° : Dans l'hypothèse prévue au § 2°, en cas de force irrévocable de chose jugée de la décision, l'exécution sera définitive. § 4° : La liquidation et l'accomplissement de la décision qui juge partiellement le meritum causæ pourront être réalisés dans un dossier supplémentaire, à la demande de la partie ou à la discrétion du juge. § 5°: La décision prononcée avec fondement dans cette article est attaquable par le recours d'agravo de instrumento »* (traduction libre).

> *« C'est que, si seulement une partie de la prétention du demandeur a été jugée, une telle décision ne met pas fin à la procédure, dans le sens du § 1° de l'article 203 du CPC/2015. Conséquemment, il n'est pas "sentença" la décision qui tranche (décision sur le meritum) en avance seulement une ou une partie des prétentions (voir l'article 356 du CPC/2015) ; dans l'hypothèse, sous l'empire du CPC/2015, il est possible d'utiliser l'expression "décision partielle" pour désigner celle qui traite d'une partie des prétentions (ou actions) cumulées, mais non de "sentença' partielle". Si une prétention n'est pas analysée, la procédure doit continuer jusqu'au prononcé d'une "sentença" (qui sera la décision qui mettra fin au procès ou à la procédure, analysant le meritum causæ). Selon la terminologie utilisée dans le CPC/2015, la "sentença" est seulement le "pronunciamento" qui analyse tous les prétentions (décision globale) ou la dernière prétention (puisque, dans ce cas, la décision sera finale) »* (traduction libre)[268].

Pour ces raisons, le contenu du « pronunciamento » du seul juge n'est pas suffisant pour déterminer la notion de « sentença » et pour la distinguer du concept de décision interlocutoire. Le jugement est alors, dans le Code de procédure civile de 2015, un concept restrictif car il met fin au procès ou à une de ses phases. De ce fait, le *meritum causæ* n'est pas nécessairement tranché par une « sentença » mais par une décision : la décision finale (« sentença ») ou décision interlocutoire au fond (« decisão interlocutória de mérito »)[269].

Le contenu du « pronunciamento » judiciaire n'est donc pas déterminant pour l'identification du jugement et une même décision peut donc être qualifiée de « sentença » ou de « decisão interlocutória » selon son effet processuel. La décision du juge qui rejette *in limine* la demande, avant même la citation du défendeur, dans les hypothèses prévues à l'article 332 du *codex*[270], sera qualifiée de jugement tandis que le

---

[268] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 341.

[269] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., pp. 340-341. – Pour ces raisons, une partie de la doctrine affirme que le contenu de la décision ne permet pas l'identification de la « sentença » qui, au contraire, doit être identifiée par le fait de mettre fin au procès ou à l'une de ses phases : THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil : Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum,* préc., p. 499. – Sur les « decisões interlocutórias » : V. *infra,* nº 71 s.

[270] L'article 332 du Code de procédure civile de 2015 établit, *in verbis : « Dans les affaires qui dispensent la phase d'instruction, le juge, indépendamment de la citation du défendeur, rejettera d'emblée la demande qui contrarie : I – l'énoncé de la "súmula" de la Cour fédérale suprême ou de la Cour supérieure de justice ; II – l'arrêt prononcé par la Cour fédérale suprême ou par la Cour supérieure de justice dans les jugements de recours répétitifs ; III – la compréhension établie dans l'"incidente de resolução de demandas repetitivas" (l'incident de résolution de demandes répétitives) ou d'"assunção de competência"*

« pronunciamento » qui rejette *in limine* la demande reconventionnelle du défendeur sera qualifiée de décision interlocutoire car l'instance continuera et le critère formel ne sera pas respecté.

Finalement, en observance de la norme constitutionnelle qui prévoit l'obligation de motivation de tous les jugements du Pouvoir judiciaire[271], le Code de procédure civile de 2015 réaffirme, dans son article 11[272], l'obligation de motivation de toute décision judiciaire, non seulement des jugements. Le législateur établit, en outre, dans le § 1° de l'article 489 du nouveau code, les hypothèses où la décision judiciaire n'est pas considérée motivée[273].

Contre les jugements de première instance, le législateur de 2015 prévoit l'utilisation du recours d'appel (« apelação ») et les « embargos de declaração » peuvent aussi être utilisés en cas d'obscurité, d'omission, de contradiction ou d'erreur matérielle de la décision, comme nous l'analyserons par la suite.

(incident de l'assomption de compétence) ; IV – dans l'énoncé de "súmula" de la cour d'appel concernant le droit local. § 1º : Le juge pourra aussi rejeter d'emblée la demande s'il vérifie de suite la déchéance du droit ou la prescription » (traduction libre).

[271] V. *supra,* note nº 244.

[272] Selon l'article 11 du Code de procédure civile de 2015, *« tous les jugements des organes du Pouvoir judiciaire seront publics et toutes les décisions doivent être motivées sous peine de nullité »* (traduction libre).

[273] V. l'article 489, § 1°, du Code de procédure civile brésilien de 2015, *in verbis : « § 1º : Toute décision, soit-elle interlocutoire, jugement ou arrêt, n'est pas considérée motivée quand elle : I - se limite à indiquer, à reproduire ou à expliquer un acte normatif, sans indiquer sa relation avec la demande ou la question décidée ; II – emploie des concepts juridiques indéterminés, sans expliquer le motif concret de son incidence dans l'espèce ; III – invoque des motifs qui seraient possibles d'être utilisés dans n'importe quelle décision ; IV – n'aborde pas tous les arguments utilisés dans le procès capables d'infirmer, en théorie, la conclusion adoptée par le juge ; V – se limite à invoquer un précédent ou un énoncé de "súmula", sans indiquer ses fondements déterminants ou démontrer que la demande en question correspond aux fondements ; VI – ne suit pas un énoncé de "súmula", jurisprudence ou précédent invoqué par la partie, sans démontrer l'existence de distinction dans l'affaire sub judice ou le changement de jurisprudence »* (traduction libre).

B. – La remise en cause des jugements dans le *codex* de 2015[274]

57. Dans l'article 1.009, le Code de procédure civile de 2015 répète la règle de l'article 513 du code antérieur et fait que le recours d'« apelação » est toujours prévu pour contester les jugements. Selon l'article 1.010 du nouveau code, l'appel, interjeté par une pétition adressée au juge qui a rendu le jugement, doit comporter les noms et la qualification des parties ; l'exposition du fait et du droit ; les motifs de la demande de réforme ou de déclaration de nullité du jugement ; ainsi que la demande d'une nouvelle décision. L'autre partie doit alors être intimée pour présenter son mémoire en réponse (« contrarrazões ») et le procès est renvoyé à l'instance supérieure par le juge, indépendamment de l'analyse de la recevabilité de l'appel[275].

58. Il est cependant important d'indiquer que, dans la nouvelle systématique, l'appel n'est plus exclusivement utilisé pour attaquer les « sentenças », mais aussi certaines décisions interlocutoires, comme nous le verrons par la suite[276], ce qui démontre l'affaiblissement du principe de correspondance[277].

59. De plus, le nouveau *codex* a accueilli la jurisprudence construite lorsque le code de 1973 encore en vigueur admettait l'utilisation du recours des « embargos de declaração » pour la correction des erreurs ou inexactitudes matérielles de l'acte juridictionnel. L'article 1.022 du code autorise ainsi l'utilisation des « embargos de declaração » contre toute décision judiciaire pour clarifier une obscurité, éliminer une contradiction, supprimer une omission ou corriger des erreurs matérielles[278].

---

[274] La présente division, consacrée à l'étude de la remise en cause des jugements dans le Code de procédure civile de 2015, n'a pas pour but l'analyse de toutes les règles qui gouvernent les voies de recours contre les actes juridictionnels : V. *supra,* note nº 246.

[275] Selon le § 3º de l'article 1.010 du Code de procédure civile de 2015. A la différence de la règle actuelle, l'article 518, § 2º, du *codex* de 1973 prévoyait l'analyse de la recevabilité du recours d'appel par le juge de première instance.

[276] V. *infra,* nº 73.

[277] V. *infra,* nº 55.

[278] MARINONI Luiz Guilherme, ARENHART Sérgio Cruz e MITIDIERO Daniel, *Novo curso de processo civil : tutela dos direitos mediante procedimento comum,* v. 2, préc., p. 551.

Il n'est pas inutile alors d'indiquer que les « embargos de declaração » n'ont pas pour but l'annulation ou la réforme de la décision contestée, mais l'intégration du « pronunciamento » judiciaire. Ils sont donc un recours *sui generis.* Ils doivent alors être utilisés en cas de vices de motivation de la décision judiciaire relatifs à sa clarté – obscurité, contradiction ou erreur matérielle – ou, dans certaines hypothèses plus graves, en cas de motivation insuffisante ou fausse[279], comme l'indique expressément le paragraphe unique de l'article 1.022 du Code de procédure civile de 2015[280].

Si les critères *formel* et *matériel* ont facilité l'identification des jugements dans la pratique, la qualification de certains « pronunciamentos » judiciaires reste encore problématique car la distinction entre les décisions interlocutoires et les « despachos » n'est pas toujours évidente. Il faut alors passer à l'étude des « decisões interlocutórias » en droit judiciaire privé brésilien.

CONCLUSION DE LA SECTION 1

60. Le nouveau *codex* a englobé dans la notion de « sentença » les critères matériel et formel indiqués par la doctrine développée quand le code précédent était en vigueur. Dans le Code de procédure civile de 2015, la « sentença » est ainsi identifiée cumulativement par le contenu du « pronunciamento » judiciaire – prévu aux articles 485 et 487 – et par son effet processuel – en ce qu'elle met fin à la procédure ou à la phase processuelle. Pour ces raisons, le contenu du « pronunciamento » du seul juge n'est pas suffisant pour déterminer la notion de « sentença » et pour la distinguer du concept de décision interlocutoire. Le jugement est alors, dans le nouveau code, un concept restrictif car il met fin au procès ou à l'une de ses phases.

[279] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 1.414.
[280] Selon le paragraphe unique de l'article 1.022 du Code de procédure civile de 2015, il y a omission de la décision quand elle ne se manifeste pas sur la thèse établie dans le jugement des affaires répétitives ou dans un « incidente de assunção de competência » (prévu à l'article 947) ou dans les hypothèses prévues à l'article 489, § 1º, qui prévoit des circonstances où la décision judiciaire n'est pas considérée motivée : V. *supra,* note nº 273.

61. Le *codex* de 2015 prévoit l'utilisation du recours d'« apelação » pour remettre en cause le jugement de première instance. L'article 1.022 du code autorise également l'utilisation des « embargos de declaração » contre toute décision judiciaire pour clarifier une obscurité, éliminer une contradiction, supprimer une omission ou corriger des erreurs matérielles.

62. La notion française d'acte judiciaire d'administration étant opposable aux décisions judiciaires concernant le *meritum causæ*, l'étude des « decisões interlocutórias » se présente donc comme l'étape suivante à franchir.

Section 2 : Les décisions interlocutoires en droit judiciaire privé brésilien

63. Dans le Code de procédure civile de 1973, la « decisão interlocutória » était définie comme l'acte du juge qui résoudrait une question incidente, contestable par l'utilisation du recours d'« agravo » (§ 1). Le Code de procédure civile de 2015 a pourtant modifié la notion de décision interlocutoire – qui passe à être un concept extensif – bien comme le système de recours contre ledit « pronunciamento » du juge (§ 2). Cependant, la différenciation entre les décisions interlocutoires et les « despachos » est encore problématique et incertaine dans certaines hypothèses. Ce qui est à l'origine de conséquences relativement importantes dans la mesure où chaque type de « pronunciamento » judiciaire possède son régime juridique propre. La qualification adéquate des actes judiciaires possède ainsi une importance pratique fondamentale. L'analyse des « decisões interlocutórias » est donc nécessaire à la compréhension de la notion d'acte d'administration judiciaire en droit judiciaire privé brésilien.

§ 1 : La « decisão interlocutória » dans le Code de procédure civile de 1973

64. Dans le Code de procédure civile de 1973, la décision interlocutoire était qualifiée comme l'acte du juge qui tranchait une question incidente (A) et qui était susceptible de contestation par le recours d'« agravo » (B).

A. – L'acte du juge sur une question incidente

65. L'expression « decisão interlocutória » trouve son origine dans l´expression *inter et locutus est* et correspond donc à la décision prise entre le déclenchement et le dénouement de l´instance[281]. Le concept de décision interlocutoire remonte au droit romain qui distinguait les *jugements* des *interlocutions*. Les premiers tranchaient le litige tandis que les dernières comprenaient tous les autres actes du juge, émis durant l´instance et qui ne tranchaient pas le litige[282].

En raison d´une dénaturation réalisée par le droit germanique, le concept de *jugement interlocutoire* a été créé et défini comme l´acte du juge qui, sans trancher le *meritum causæ*, décidait des questions survenues au cours de l´instance pour la préparation du jugement, comme par exemple, la décision sur la charge de la preuve, les mesures d´instruction, etc. Chiovenda a néanmoins démontré que cette expression de *jugement interlocutoire* n'est pas correcte car le jugement est directement lié à la fin de l´instance alors que l´interlocution est le moyen de préparer la solution du litige[283].

66. Conscient d´une telle critique, l´article 162, § 2º, du Code de procédure civile de 1973 définissait la décision interlocutoire comme l´acte par lequel le juge résolvait une question incidente[284] durant l´instance. Les questions incidentes sont des points sur lesquels les parties divergent, qui ne touchent néanmoins pas ni la solution du *meritum causæ*, ni la reconnaissance de l´impossibilité de trancher le litige et ni le dénouement du procès ou de l´instance. Ce sont des doutes qui apparaissent au cours de l´instance et qui doivent être réglés par une décision judiciaire[285]. Selon Carnelutti, *« il suffit qu´une affirmation (...) puisse occasionner des doutes, devant, par conséquent, être vérifiée, pour*

[281] PARÁ FILHO Tomás, « A recorribilidade das decisões interlocutórias no novo código de processo civil », *Revista de processo,* ano II, nº 5, janeiro-março de 1977, p. 23.
[282] V. THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil,* préc., p. 234. – PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », préc., pp. 46-47.
[283] V. THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil,* préc., p. 234.
[284] La doctrine plus ancienne, fondée sur les « Ordenações », divisait les décisions interlocutoires en incidentes et émergentes, selon leur surgissement avant ou après la présentation par le défendeur de ses moyens de défense – « contestação » – mais toujours avant la « sentença » : MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 341.
[285] WAMBIER Luiz Rodrigues e TALAMINI Eduardo, *Curso avançado de processo civil,* préc., p. 228.

qu´elle devienne une question. La question peut alors être définie comme un point incertain, en droit ou en fait » (traduction libre)[286].

Durant l´instance, divers incidents peuvent avoir lieu, certains d´entre eux pouvant même mettre fin à l´instance sans que l´objet du litige soit tranché, comme par exemple, en cas d'absence des conditions d´existence ou d´exercice de l´action. Néanmoins, quand la solution des incidents éteint l'instance, l'acte du juge n'était pas qualifié de décision interlocutoire, mais de jugement, selon le critère *formel* de jugement qui était établi par la doctrine quand le code de 1973 était en vigueur[287].

Les interlocutions n´ont pas de contenu spécifique[288] puisque le juge peut prendre, avant le prononcé du jugement, divers types de décisions dont le nombre et la variété varient selon les particularités de chaque litige. Ce sont des décisions interlocutoires, *v.g.*, celles qui ordonnent ou modifient, refusent d´ordonner ou de modifier une mesure d´instruction ; les décisions provisoires ; les saisies conservatoires[289], etc. En tant que décisions, les « decisões interlocutórias » doivent nécessairement être motivées, sous peine de nullité, selon l´article 93, IX, de la Constitution de la République[290]. L´article 165 du Code de procédure civile de 1973 réaffirmait l´obligation de motivation de toutes

[286] CARNELUTTI Francesco, *Sistema de direito processual civil,* v. 2, p. 39, *apud :* JORGE Flávio Cheim e RODRIGUES Marcelo Abelha, « A sentença, a interlocutória e os recursos », *in* MEDINA José Miguel Garcia e *alii* (dir.), *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, préc., pp. 711-712.

[287] Comme nous l'avons vu, la doctrine établie, quand le code de 1973 était en vigueur, différenciait la décision interlocutoire du jugement par l´absence d´aptitude de celle-là à mettre fin à l´instance ou au procès, même si le juge statuait sur une partie de l´objet du litige : V. THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil,* préc., p. 234. – V. *supra,* nº 51 s.

[288] Selon Teresa Celina Arruda Alvim Pinto, les décisions interlocutoires n'auraient pas de contenus préétablis à la différence des jugements dont les contenus étaient ceux indiqués dans les articles 267 et 269 du Code de procédure civile de 1973 : PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », préc., p. 46. – WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, préc., p. 41. Il faut pourtant noter que si cette affirmation est en principe correcte, elle n´est pas absolue. En fait, si la décision du juge a le contenu indiqué dans les articles 267 ou 269 du CPC, mais ne met pas fin à l´instance, elle ne pourra pas être qualifiée de jugement, mais de décision interlocutoire, selon le concept de jugement élaboré par la doctrine brésilienne : V. *supra,* nº 52.

[289] PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », préc., p. 47.

[290] V. *supra,* note nº 244.

les décisions prises mais permettait toutefois que les décisions interlocutoires soient motivées de manière concise[291].

67. Il faut néanmoins souligner que la qualification des actes par le législateur n´est pas toujours exempte de reproche, comme la doctrine et la jurisprudence brésiliennes l'ont déjà reconnu[292]. Dans l´article 930, paragraphe unique, du Code de procédure civile de 1973, par exemple, le législateur qualifiait à tort l´acte du juge qui anticipait les effets du jugement de « despacho » même si la jurisprudence était unanime à qualifier ledit « pronunciamento » judiciaire de décision interlocutoire[293]. En outre, la rédaction originale de l´article 338 dudit code[294] utilisait le mot « despacho » pour traiter de la « decisão de saneamento », la décision par laquelle le juge fixait les questions controversées, décidait les questions processuelles non résolues, déterminait les preuves à être produites et désignait l'audience d'instruction et de jugement, si nécessaire, selon l'article 331, § 1º, du Code de procédure civile de 1973. La dénomination incorrecte de l´acte par le législateur n'est pourtant pas à l'origine de la modification de sa nature juridique car l´essence du « pronunciamento » judiciaire doit déterminer la qualification juridique et le régime juridique qui y est rattaché.

De même, la qualification donnée par la majorité de la doctrine et par la jurisprudence était susceptible de critiques puisqu'il était admis de modifier la nature juridique d'un acte en raison des effets produits. On affirmait ainsi qu'un « despacho »

---

[291] L´article 165 du Code de procédure civile de 1973 établissait, *in verbis : « Les jugements et les arrêts seront prononcés conformément à l´article 458 ; les autres décisions seront motivées, même de manière concise »* (traduction libre).

[292] V. sur les critiques de la doctrine sur la qualification équivoque des actes par le législateur : MENEZES Iure Pedroza, « A recorribilidade dos despachos »**,** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, nº 1498, 8 de agosto de 2007, disponible sur http://jus.com.br/artigos/10252/a-recorribilidade-dos-despachos, consulté le 18 juillet 2015. – PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », préc., p. 58 . – ARAGÃO Egas Dirceu Moniz de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, 9ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1998*,* pp. 36-37. – MARCATO Antonio Carlos, *Código de processo civil interpretado*, 2004, p. 2514. – GRECO FILHO Vicente, *Direito processual civil brasileiro,* v. 3, préc., p. 255. – SOUZA Bernardo Pimentel, *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, préc., pp. 360-361.

[293] Cour supérieure de justice, Troisième chambre, « Agravo Regimental no Agravo de Instrumento » nº 826509/MT, Ministre rapporteur : Sidnei Beneti, date du jugement : 26/08/2008, date de la publication : 11/09/2008. – Cour supérieure de justice, Deuxième chambre, « Agravo Regimental no Recurso Especial » nº 1280104/RJ, Ministre rapporteur : Humberto Martins, date du jugement : 13/12/2011, date de la publication : 19/12/2011.

[294] Avant le changement apporté par la loi nº 11.280 de 2006.

devenait une décision interlocutoire en cas de préjudice aux parties pour ouvrir les voies de recours afin de contester l'acte. Cependant, les conséquences juridiques d´un acte lui sont extérieurs et postérieurs et ne peuvent donc pas être le facteur déterminant de sa nature juridique[295].

Pourtant, les exemples indiqués ci-dessus démontrent, de façon incontestable, l´importance des décisions interlocutoires qui peuvent provoquer des griefs aux parties[296]. Comme il s'agit de décisions et qui peuvent occasionner des préjudices aux parties, le Code de procédure civile de 1973 prévoyait l'utilisation de l'« agravo » pour les attaquer, quand étaient présentes les conditions d'ordre subjectif et objectif auxquelles la recevabilité du recours était subordonnée.

B. – L'utilisation du recours d'« agravo » contre les décisions interlocutoires dans le Code de procédure civile de 1973

68. Dans le Code de procédure civile brésilien de 1939[297], seules certaines décisions interlocutoires, expressément indiquées par le législateur[298], étaient susceptibles d´être contestées par le recours d´« agravo ». Les autres « decisões interlocutórias » étaient exclues de toute voie de recours même si elles provoquaient des griefs aux parties. Cependant, la fermeture des voies de recours par le législateur n´a pas empêché la contestation des décisions qui causaient des griefs car les parties utilisaient d´autres instruments processuels – comme la « correição parcial »[299] et le « mandado de segurança »[300] – pour contourner l´interdiction légale[301]. L´utilisation de ces manœuvres pour contester les interlocutions non susceptibles de recours a donc prouvé l´inefficience de la disposition légale du code de 1939.

[295] Sur les critiques faites à un tel raisonnement : V. *infra,* n[os] 99 et 146. – Selon Teresa Arruda Celina Alvim Pinto, *« le contexte d´un acte judiciaire peut ouvrir les voies de recours pour le contester, mais ne peut pas modifier sa nature juridique »* (traduction libre) : V. PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », préc., p. 55.
[296] PARÁ FILHO Tomás, « A recorribilidade das decisões interlocutórias no novo código de processo civil », préc., p. 24.
[297] Code qui a précédé le Code de procédure civile de 1973.
[298] V. les articles 842 et 851 du Code de procédure civile brésilien de 1939.
[299] V. *infra,* n° 418 s.
[300] V. *infra,* n° 424 s.
[301] PARÁ FILHO Tomás, « A recorribilidade das decisões interlocutórias no novo código de processo civil », préc., p. 20.

Le Code de procédure civile brésilien de 1973, dans sa rédaction originale, a ainsi prévu la possibilité d'utiliser le recours d'« agravo de instrumento » pour contester toute décision interlocutoire[302]. La loi nº 9.139 de 1995 a toutefois modifié le système de recours contre ces décisions en prévoyant deux formes d´« agravo » pour remettre en cause les interlocutions selon le choix et les intérêts des parties : l´« agravo retido » et l'« agravo de instrumento ».

69. L´« agravo retido » était la voie de recours ouverte contre une décision interlocutoire qui n´était pas analysée immédiatement par la juridiction supérieure et qui restait dans le dossier pour être jugée préliminairement au jugement de l´appel. Selon l´article 523 du Code de procédure civile de 1973[303], dans la forme retenue, l´aggravant demandait à la cour d´appel d'en avoir connaissance au moment du jugement de l´appel.

Dans la forme d´« instrumento », l´« agravo » était formé directement auprès de la juridiction supérieure dans un délai de dix jours à compter de la décision interlocutoire prise. L´« agravo » était sous forme d´« instrumento » justement parce que l´aggravant devait former un *instrument,* c´est-à-dire, un dossier distinct du dossier principal, avec toutes les copies des pièces et documents nécessaires pour que la juridiction supérieure à celle qui a rendu la décision puisse juger le recours en connaissance de cause. De cette manière, la procédure où la décision contestée était prise n´était donc pas suspendue en

[302] V. THEODORO JÚNIOR Humberto, « O problema da recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro », *Revista síntese direito civil e processo civil*, nº 27, janeiro-fevereiro de 2004, disponible sur http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo47.htm, consulté le 12 avril 2014. Selon l´auteur, le mot « agravo » vient de grief, d´aggraver et signifie alors le préjudice subi par une partie en raison de la décision prise par le juge. L´origine du mot vient du droit portugais. Pendant des siècles, toutes les décisions (jugements ou décisions interlocutoires) prises en première instance étaient susceptibles d´appel. Toutefois, l´appel contre toutes les décisions interlocutoires provoquait un grand tumulte processuel car l´instance était suspendue pour que l´appel contre la décision interlocutoire soit jugé. Au XIV[e] siècle, l´appel contre les décisions interlocutoires a été interdit par Afonse IV, hormis quelques exceptions. Les parties ont pourtant développé la stratégie de solliciter, hors instance, le roi pour casser la décision interlocutoire qui causait des griefs et qui aggravait leur situation. Avec le temps, le *nomen iuris* « agravo » a été utilisé pour indiquer l´instrument processuel utilisé pour contester les décisions interlocutoires qui causaient grief.

[303] Rédaction donnée par la loi nº 9.139 de 1995.

raison du recours, sauf si le « desembargador » rapporteur – le magistrat chargé de l´instruction et du rapport de l´affaire à la juridiction supérieure – le déterminait[304].

Par conséquent, la grande modification introduite par la loi nº 9.139 de 1995 ne fut pas restreinte à la nomenclature utilisée, mais justement à la modification de la procédure de l´« agravo de instrumento » qui est alors déposée directement auprès de la juridiction supérieure à celle qui a rendu la décision contestée. Néanmoins, les modifications accomplies par la loi nº 9.139 de 1995 ont rendu plus complexe le traitement et le jugement d´autres recours de la compétence des cours d´appel vu le nombre excessif d´« agravos de instrumento » porté devant elles. Pour résoudre ce problème, le Code de procédure civile de 1973 fut à nouveau modifié et la loi nº 11.187 de 2005 exclue la possibilité de choix entre deux types d´« agravo »[305]. A partir de ladite modification légale, l'« agravo retido » est ainsi devenu le moyen adéquat de contester les décisions interlocutoires (la règle générale) et l´utilisation de l´« agravo de instrumento » est devenue exceptionnelle car seulement recevable dans les hypothèses expressément prévues à l´article 522, à savoir, contre les décisions interlocutoires susceptibles de causer de graves griefs et de réparation difficile ou contre la décision du juge de première instance qui n´admet pas l´appel ou encore pour contester les effets donnés à l´appel par le juge[306].

70. Il faut finalement ajouter que les décisions interlocutoires étaient également susceptibles d´être frappées d'« embargos de declaração », malgré la rédaction de l'article 535 du *codex* de 1973 restreindre l´utilisation dudit recours pour contester les *jugements* et les *arrêts* obscurs et contradictoires (incise I) ou en cas d'omission sur une question sur laquelle le juge ou la cour devait se prononcer (incise II)[307].

Si l´interprétation littérale du dispositif pouvait indiquer, en principe, que seules les interlocutions pouvaient être frappées d'« embargos de declaração » en cas

[304] V. les articles 524 et suivants du Code de procédure civile brésilien de 1973.
[305] THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil*, préc., p. 610.
[306] Conformément à l´article 522 du Code de procédure civile de 1973, selon la rédaction donnée par la loi nº 11.187 de 2005.
[307] V. *supra,* n° 54.

d´omission, selon l'article 535, II, du code précédent – dans la mesure où l´article 535, I, du *codex* traitait spécifiquement des jugements/arrêts obscurs ou contradictoires –, la doctrine[308] et la jurisprudence[309] brésiliennes défendaient, même lorsque le code de 1973 était en vigueur, l'utilisation des « embargos de declaração » pour contester les décisions interlocutoires obscures, contradictoires ou omises, dans la mesure où toute décision judiciaire doit être dûment motivée et donc libre de tout vice, sous peine de nullité, selon l´article 93, IX, de la Constitution[310].

Le Code de procédure civile de 2015 a pourtant modifié les voies de recours contre les décisions interlocutoires et a apporté une nouvelle définition légale dudit « pronunciamento » judiciaire, comme nous l'analyserons par la suite.

§ 2 : Le concept de « decisão interlocutória » dans le Code de procédure civile brésilien de 2015

71. Dans le Code de procédure civile de 2015, l'importance et l'amplitude du concept de décision interlocutoire se sont considérablement élargies (A). De plus, la « decisão interlocutória » peut être contestée par deux types de recours, d'où l'affaiblissement du principe de correspondance (B).

A. – Le concept extensif de décision interlocutoire

72. Selon l'article 203, § 2°, du Code de procédure civile de 2015, tout « pronunciamento » judiciaire de nature décisoire qui ne correspond pas à la définition légale de « sentença » doit être qualifié de « decisão interlocutória ». En conséquence, le contenu du « pronunciamento » du juge n'est pas suffisant uniquement pour distinguer la

[308] DIDIER JUNIOR Fredie, CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Curso de direito processual civil*, v. 3, préc., pp. 186-187.
[309] Cour supérieure de justice, Deuxième chambre, « Recurso Especial » nº 1172082/SP, Ministre rapporteur : Mauro Campbell Marques, date du jugement : 14/09/2010, date de la publication : 6/10/2010. – Cour supérieure de justice, Première chambre, « Recurso Especial » nº 788597/MG, Ministre rapporteur : José Delgado, date du jugement : 18/04/2006, date de la publication : 22/05/2006. – Cour supérieure de justice, Quatrième chambre, « Recurso Especial » nº 117696/SP, Ministre rapporteur : Aldir Passarinho Junior, date du jugment : 21/09/2000, date de la publication : 27/11/2000.
[310] V. *supra,* note nº 244.

« sentença » de la « decisão interlocutória ». Il peut donc y avoir des décisions interlocutoires au fond (dont l'objet est prévu à l'article 487) ou des décisions interlocutoires qui ne tranchent pas le *meritum causæ* (qui traitent des matières prévues à l'article 485), ce qui octroie de l'importance à ladite notion, comme l'affirme la doctrine *in verbis :*

> *« (...) la décision interlocutoire, de son côté, n'est plus liée à l'idée de question incidente résolue dans le cours du procès, vu que, dans le nouveau code, toute décision qui n'est pas une "sentença" est qualifiée de décision interlocutoire, conformément au § 2º de l'article 203 du CPC/2015. (...) Selon nous, la "sentença" devrait être définie, uniquement, par son contenu, et non en raison du moment dans lequel elle est prononcée. Si la préoccupation du législateur était de rendre claire l'hypothèse où le recours d'appel était recevable, il devrait avoir rédiger l'article 1.009 du CPC/2015 différemment, pour affirmer que l'appel est recevable contre la "sentença" quand elle met fin au procès, ou à la phase de cognition. De toute façon, le concept légal de "sentença" et de "decisão interlocutória" et la déférence que le CPC/2015 donne aux "décisions au fond", qui ne traite plus de "jugements au fond", comme c'était le cas dans le CPC/1973, révèlent que le législateur du nouveau code a choisi de donner plus d'importance à l'idée de décision qu'à celle de "sentença" »* (traduction libre)[311].

Dans cette nouvelle systématique, le concept de « sentença » devient restrictif – dans la mesure où le juge met fin à la phase cognitive ou éteint l'exécution sur le fondement des articles 485 et 487 par le « pronunciamento » – tandis que la notion de « decisão interlocutória » devient extensive et englobe tous les « pronunciamentos » judiciaires avec contenu décisoire qui ne sont pas des « sentenças », c'est-à-dire qui ne mettent pas fin à l'instance.

De ce fait, le *meritum causæ* n'est pas nécessairement tranché par une « sentença » mais par une décision. C'est alors la décision finale (« sentença ») ou la

[311] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 340. – V. THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil : Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum,* préc., p. 503, *in verbis: « Il s'avère évident, dans le nouveau code, qu'une décision interlocutoire ne se limite pas toujours à résoudre une question accessoire, secondaire, d'occurrence anormale dans le cours du procès et autonome par rapport à son objet. Le fond de l'affaire peut également être fractionné et, par conséquent, il peut y avoir une décision partielle par la voie d'une décision interlocutoire, comme l'indique clairement l'article 356. Le Code actuel a donc adopté une orientation plus adéquate quand il s'est abstenu de limiter la décision interlocutoire à la solution de questions incidentes et à la destiner à la résolution de n'importe quelle décision qui ne met pas fin à la phase cognitive de la procédure commune ou de l'exécution ».* (traduction libre).

décision interlocutoire au fond qui a force irrévocable de chose jugée (article 502), qui constitue un titre exécutoire (article 515, I) et qui peut être révoqué par le recours en révision (article 966), ce qui indique que le législateur valorise l'idée de décision par rappport à celle de jugement[312].

Dans le Code de procédure civile de 2015, toutes les décisions interlocutoires sont susceptibles de recours. Toutefois, la possibilité d'un recours immédiat est limitée à certaines « decisões interlocutórias » prévues à l'article 1.015, comme nous le verrons ensuite.

B. – Les voies de recours contre les décisions interlocutoires dans le Code de procédure civile de 2015

73. Dans le Code de procédure civile de 1973, toutes les décisions interlocutoires étaient susceptibles d'être attaquées par le recours d'« agravo », soit dans sa forme d' « instrumento » auprès de la juridiction supérieure, soit retenu dans le dossier (« agravo retido »)[313]. Le Code de procédure civile de 2015 a pourtant modifié les voies de recours contre les « decisões interlocutórias ». En premier lieu car il ne prévoit plus l'utilisation de l'« agravo retido » et établit deux types différents de recours pour contester les décisions interlocutoires prononcées en première instance : l'« agravo de instrumento » ou l'appel, selon les circonstances.

En principe, seules certaines « decisões interlocutórias » sont susceptibles d'être immédiatement attaquées par l'utilisation du recours d' « agravo de instrumento » dans la procédure de cognition, à savoir, celles prévues à l'article 1.015 du Code de procédure civile de 2015[314]. Tout d'abord, en qui concerne la procédure de cognition,

[312] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 340.
[313] V. *supra,* n° 68 s.
[314] V. l'article 1.015 du code de 2015, *in verbis : « L'"agravo de instrumento" peut être interjeté contre les décisions interlocutoires qui portent sur : I – les mesures provisoires ; II – le meritum causæ ; III – le rejet de la demande concernant la convention d'arbitrage ; IV – l'incident de déconsidération de la personnalité juridique ; V – le rejet de la demande concernant la gratuité de la justice ou l'accueil de la demande de sa révocation ; VI – exhibition ou possession de document ou bien ; VII – exclusion de litisconsort ; VIII – rejet de la demande de limitation de litisconsort ; IX – admission ou refus d'intervention d'un tiers ; X –*

l'établissement d'une liste exhaustive des décisions interlocutoires susceptibles d'être immédiatement remises en cause par l'utilisation de l'« agravo de instrumento » permet aux cours d´appel de se concentrer sur les appels – « apelações » – dans la mesure où *« le nombre excessif d'"agravos" contre les décisions interlocutoires faisait des cours d´appel des cours d'"agravos" »* (traduction libre)[315]. Pourtant, même si les hypothèses d'utilisation de l'« agravo de instrumento » sont, en principe, seulement celles expressément prévues par la loi, la liste est assez vaste et le législateur a prévu les cas qui exigeraient une contestation immédiate de la décision par l'utilisation d'une voie de recours, selon l'expérience vécue durant la période de validité du code antérieur[316].

Ceci ne signifie cependant pas que les autres décisions interlocutoires ne sont plus susceptibles d'être contestées. Leur remise en cause sera seulement différée et elles peuvent être attaquées comme matière préliminaire du recours d´appel ou dans les conclusions de l'intimé sans qu'un « agravo retido » soit utilisé par l'intéressé, conformément à la règle prévue dans les §§ 1° et 2º de l'article 1.009 du Code de procédure civile de 2015[317]. Ainsi, la possibilité de contester certaines décisions interlocutoires comme matière préliminaire dans le recours d'appel ou dans les conclusions de l'intimé (« contrarrazões ») provoque la simple modification du moment où la partie doit contester la « decisão interlocutória ». Cette nouvelle systématique vise

---

concession, modification ou révocation de l'effet suspensif aux "embargos à execução" ; XI – redistribution de la charge de la preuve selon l'article 373, § 1° ; XII – (veto a été opposé) ; XIII – d'autres hypothèses prévues par la loi. Paragraphe unique : L'"agravo de instrumento" peut aussi être utilisé contre les décisions interlocutoires prononcées dans la phase de liquidation de la "sentença" ou de l'accomplissement de la "sentença", dans la procédure d'exécution et dans la procédure d'inventaire de succession » (traduction libre).

[315] ALVIM Arruda, « Notas sobre o projeto de novo código de processo civil », *Revista de informação legislativa,* v. 48, nº 190, pp. 35-48, abril-junho de 2011, disponible sur http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242902, consulté le 28 février 2015.

[316] José Miguel Garcia Medida signale néanmoins que les situations possibles sont plus riches que la créativité du législateur. Dans ces cas, l'auteur défend l'utilisation du « mandado de segurança » pour attaquer la décision judiciaire quand la loi ne prévoit pas une voie de recours immédiat pour contester la décision qui fait grief : MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 1.399. – V. *infra,* nº 424 s.

[317] V. l'article 1.009, §§ 1° et 2°, *in verbis : « § 1° : Les questions résolues dans la phase cognitive, si la décision n'est pas susceptible d'"agravo de instrumento", ne sont pas frappées de forclusion et doivent être contestées comme matière préliminaire de l'appel, éventuellement interjeté contre la décision finale, ou dans les conclusions de l'intimé ("contrarrazões"). § 2° : Si les questions indiquées dans le § 1° sont suscitées dans les conclusions de l'intimé, l'appelant sera intimé pour se manifester à ce propos dans un délai de quinze jours »* (traduction libre).

alors à remplacer l'« agravo retido » qui n'était pas immédiatement analysé par la juridiction supérieure, selon les règles du Code de procédure civile de 1973, car il restait dans le dossier jusqu'au moment de l'appel lorsqu'il était alors apprécié comme matière préliminaire de l'« apelação » eventuellement formée contre le jugement[318].

74. De plus, il faut indiquer que le contenu de la décision – si relative à une question procédurale ou, au contraire, au *meritum causæ* – n'est pas pris en compte pour déterminer la voie de recours susceptible d'attaquer l'acte. Il peut donc y avoir des décisions interlocutoires *au fond* (article 1.015, II, do CPC/15) susceptibles d'être contestées par l'« agravo de instrumento » et des décisions interlocutoires qui traitent des questions procédurales qui, pour n'être pas susceptibles d'« agravo de instrumento », seront attaquables par le recours d'« apelação »[319]. Par conséquent, l'appel n'est plus exclusivement utilisé pour attaquer les « sentenças » car les décisions interlocutoires qui ne sont pas susceptibles d'« agravo de instrumento » pourront être contestées comme matière préliminaire de l'appel, ce qui entraîne l'affaiblissement du principe de correspondance[320].

Pourtant, si toutes les décisions interlocutoires sont actuellement susceptibles de recours – soit immédiatement, soit de manière différée –, la contestation de la « decisão interlocutória » comme matière préliminaire de l'appel peut être inefficace. Dans ces

---

[318] V. l'exposition des motifs de l'avant-projet du nouveau Code de procédure civile présentée par la Commission de juristes instituée par l'acte nº 379 de 2009 du Président du Sénat fédéral disponible sur http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf, consulté le 20 août 2015. Pour cette raison, la doctrine brésilienne affirme que la nouvelle systématique a été conçue pour remplacer l'« agravo retido » : MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 1.398. – Sur l'« agravo retido » : V. *supra,* nº 68 s.

[319] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 1.398.

[320] Selon quel type de décision doit correspondre un type spécifique de recours : V. MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 1340, *in verbis : « En règle générale, une fois définie la nature du "pronunciamento" judiciaire (v. art. 203 du CPC/15), le type de recours recevable est connu. Dans le contexte du CPC/2015, cette formule ne peut pas être acceptée sans réserve. Il est certain que contre le jugement (art. 203, § 1º, du CPC/2015) l'appel est recevable (art. 1.009, caput, du CPC/2015). Les décisions interlocutoires (art. 203, § 2º, du CPC/2015) seront toutefois susceptibles d'être contestées par l'"agravo de instrumento" dans les hypothèses prévues dans la loi (art. 1.015 du CPC/2015) ou par l'appel, en cas de décision interlocutoire qui n'est pas susceptible d'être attaqué par l'"agravo de instrumento" »* (traduction libre). – V. *supra,* nº 53.

hypothèses, la doctrine défend l'utilisation du « mandado de segurança », action constitutionnelle qui suit une procédure sommaire et spéciale et qui a pour but de protéger les citoyens contre certains actes d´autorité[321].

CONCLUSION DE LA SECTION 2

75. Dans le Code de procédure civile de 2015, l'importance et l'amplitude du concept de décision interlocutoire se sont considérablement élargies. La notion de « decisão interlocutória » devient extensive et englobe tous les « pronunciamentos » judiciaires avec contenu décisoire qui ne sont pas des « sentenças », c'est-à-dire qui ne mettent pas fin à l'instance.

76. De plus, la « decisão interlocutória » peut être contestée par deux types de recours, ce qui entraîne l'affaiblissement du principe de correspondance. Toutefois, la possibilité d'un recours immédiat, par l'utilisation de l'« agravo de instrumento », est limitée à certaines « decisões interlocutórias » prévues à l'article 1.015 du nouveau code. Par conséquent, l'appel n'est plus exclusivement utilisé pour attaquer les « sentenças » car les décisions interlocutoires qui ne sont pas susceptibles d'« agravo de instrumento » pourront être contestées comme matière préliminaire de l'appel.

[321] V. *supra,* note nº 316 et *infra,* nº 424 s.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

77. Les actes d'administration judiciaire visent au bon déroulement de l'instance et au bon fonctionnement du service public de la justice. Ces mesures, *« à défaut de dire le droit, sont prises pour dire le droit »*[322] et ne traitent pas du *meritum causæ*. La notion d'acte d'administration judiciaire en droit judiciaire privé brésilien est alors opposable aux concepts de jugement et de décision interlocutoire au fond.

78. Selon le Code de procédure civile de 2015, la « sentença » est le « pronunciamento » judiciaire par lequel le juge, sur le fondement des articles 485 et 487, met fin à la phase cognitive de la procédure commune ou éteint l'exécution. Le nouveau *codex* a donc englobé dans la notion de « sentença » les critères matériel et formel indiqués par la doctrine développée quand le code précédent était en vigueur. Le législateur de 2015 a également élargi l'importance et l'amplitude du concept de décision interlocutoire qui est alors défini comme tout « pronunciamento » judiciaire de nature décisoire qui ne correspond pas à la définition légale de « sentença ».

79. En conséquence, le seul contenu du « pronunciamento » du juge n'est pas suffisant pour distinguer la « sentença » de la « decisão interlocutória » et il peut y avoir des décisions interlocutoires au fond – dont l'objet est prévu à l'article 487 – ou des décisions interlocutoires qui ne tranchent pas le *meritum causæ* – qui traitent des matières prévues à l'article 485 ou d'autres matières. De cette façon, le *meritum causæ* n'est pas nécessairement tranché par une « sentença », mais par une décision.

80. En outre, le *codex* de 2015 a prévu l'utilisation de deux types différents de recours pour contester les décisions interlocutoires prononcées en première instance, ce qui entraîne donc l'affaiblissement du principe de correspondance. Dans le nouveau code, seules les décisions interlocutoires indiquées à l'article 1.015 sont, en principe, susceptibles d'être immédiatement remises en cause par l'utilisation de l'« agravo de

[322] GROULIER Cédric, « Remarques sur la notion de mesure d´administration de la justice », *Revue du droit public*, 20 novembre 2011 nº 2, p. 407.

instrumento ». Par conséquent, la contestation d'autres « decisões interlocutórias » doit être réalisée par le recours d'appel éventuellement interjeté contre le jugement, comme matière préliminaire dudit recours ou dans les conclusions de l'intimé (« contrarrazões »). Leur remise en cause est alors différée selon les règles prévues dans les §§ 1° et 2º de l'article 1.009.

81. Cependant, si le Code de procédure civile de 2015 facilite la différenciation entre les concepts de « sentença » et de « decisão interlocutória » et l'identification, en principe, de la voie de recours disponible dans chaque hypothèse, l'option législative est cependant critiquable, dans la mesure où le contenu du « pronunciamento » judiciaire n'est pas déterminant pour la qualification juridique de l'acte, une même décision pouvant être identifiée comme « sentença » ou « decisão interlocutória » selon l'effet processuel rattaché.

CONCLUSION DU TITRE 1

82. L'étude des systèmes français et brésilien révèle que l'identification de l'acte juridictionnel en droits judiciaires privés français et brésilien est faite par la combinaison des critères *matériel* et *formel.* Le contenu de ces critères et leur établissement sont néanmoins en divergence dans chaque ordre juridique.

83. En droit judiciaire privé français, il n'existe pas de définition légale de jugement. La notion d'acte juridictionnel a alors été débattue, construite et développée par la doctrine française et les auteurs divergent sur son contenu et ses limites. Après la négation de l'autonomie de la fonction juridictionnelle[323], divers critères ont successivement été proposés par la doctrine pour identifier l'acte juridictionnel. Certains auteurs ont défendu que le jugement est l'acte rendu par des juridictions (critère organique) ou l'acte émanant d'un organe judiciaire selon une procédure particulière (critère procédural)[324]. Une partie de la doctrine française a également soutenu que l'identification de l'acte juridictionnel reposerait sur son efficacité et différencierait le jugement des autres actes judiciaires par l'autorité de chose jugée qui y est rattachée[325]. Pourtant, les vices de raisonnement et l'incapacité de ces critères formels à individualiser l'acte juridictionnel ont favorisé le dégagement de critères matériels pour l'identification du jugement.

Ainsi, pour certains auteurs français, la spécificité de l'acte juridictionnel serait alors située dans sa structure originale[326] ou dans son but d'assurer la protection de l'ordre juridique. La doctrine a aussi retenu la thèse selon laquelle l'existence d'une contestation patente ou latente soumise au juge serait l'élément décisif du jugement ; cette théorie exclut les décisions gracieuses du domaine juridictionnel. Néanmoins, la majorité des

[323] RENOUX Thierry, *V°* Séparation des pouvoirs, *in* CADIET Loïc (dir), *Dictionnaire de la justice*, préc., p. 1215.
[324] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 82. – GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, *Procédure civile : droit interne et droit de l´Union européenne*, préc., p. 706.
[325] JEZE G., « De la force de vérité légale attachée par la loi à l´acte juridictionnel », *RDP* 1913, 437, *apud :* CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 83.
[326] DUGUIT Léon, « L´acte administratif et l´acte juridictionnel », préc., pp. 450-451.

auteurs français se passe de la présence de litige pour identifier le jugement, celui-ci pouvant être qualifié comme l'acte du juge qui, saisi d'une situation donnée, statue par application des règles de droit[327].

Néanmoins, la doctrine française a relevé que l´adoption exclusive d´un critère matériel pourrait conduire à une décision non conforme au droit européen et a alors proposé la combinaison des critères *matériel* et *formel* pour la qualification du jugement[328]. L'acte juridictionnel peut alors être défini comme l'acte du juge qui, saisi d'une situation donnée, statue par application des règles de droit (critère *matériel*) en observance des règles et des principes procéduraux (critère *formel*). De plus, le droit positif français établit que seules les décisions qui jugent au fond ou au principal sont susceptibles de recours immédiat ; il est alors généralement admis que la voie de recours est l'instrument procédural qui permet de remettre en cause un acte juridictionnel. Il est possible d'affirmer que, en France, le traitement de la matière est fait d'une manière plus conceptuelle, l'analyse de la fonction juridictionnelle de l'Etat, son essence et sa finalité étant considérées dans le traitement du sujet, plutôt que la solution des questions pratiques éventuelles par l'établissement d'un concept légal de l'acte juridictionnel.

84. Au Brésil, le Code de procédure civile de 2015 présente les définitions des différents « pronunciamentos » judiciaires. Selon le législateur de 2015, la « sentença » est l'acte par lequel le juge, sur le fondement des articles 485 et 487, met fin à la phase cognitive de la procédure commune ou éteint l'exécution (article 203, § 1º), en ajoutant l'élément téléologique indiqué par la doctrine dans le concept légal de jugement. L'ordre judiciaire brésilien prévoit également un ensemble de règles et principes procéduraux dont la violation peut provoquer la nullité de l'acte, y compris celle du jugement.

L'importance et l'amplitude du concept de décision interlocutoire ont aussi été élargies par le nouveau code et la « decisão interlocutória » a alors été définie comme

[327] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 96. – CROZE Hervé, MOREL Christian, FRADIN Olivier, *Procédure civile : manuel pédagogique et pratique*, préc.*,* p. 28.
[328] GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, *Procédure civile : droit interne et droit de l´Union européenne*, préc., pp. 712-714.

tout « pronunciamento » judiciaire de nature décisoire qui ne correspond pas à la définition légale de jugement. Il est ainsi possible d'avoir des décisions interlocutoires au fond ou des décisions interlocutoires qui ne tranchent pas le *meritum causæ*. En conséquence, le contenu du « pronunciamento » du juge n'est pas déterminant pour distinguer le jugement de la décision interlocutoire, une même décision pouvant être qualifiée de « sentença » ou de « decisão interlocutória », selon que l'acte puisse mettre fin ou non à l'instance. De plus, dans le code de 2015, l'appel n'est plus le recours susceptible de contester exclusivement le jugement. En fait, les « decisões interlocutórias » qui ne sont pas susceptibles d'un recours immédiat peuvent être contestées par le recours d'appel, comme matière préliminaire dudit recours ou dans les conclusions de l'intimé (« contrarrazões »), conformément à l'article 1.009 du Code de procédure civile de 2015.

85. Nous remarquons ainsi que le système brésilien adopte une approche plus pragmatique de la matière[329] car la qualification légale des « pronunciamentos » judiciaires est élaborée et construite par le législateur afin de faciliter l'identification des différents actes du juge et leurs voies de recours respectives. Si l'option du législateur brésilien a le mérite de faciliter le traitement pratique de la matière, elle est cependant critiquable dans la mesure où les définitions légales ne sont pas établies selon le contenu de l'acte judiciaire, un même « pronunciamento » pouvant être qualifié différemment selon ses effets processuels. La clarté du raisonnement est donc superficielle car la qualification d'un « pronunciamento » judiciaire comme décision interlocutoire ou, au contraire, comme un simple « despacho » dépend, en pratique, de l'effet de l'acte et de son aptitude de provoquer des griefs aux parties, comme nous le verrons à suivre.

[329] Comme l'a indiqué une partie de la doctrine, *in verbis: « Cette triple classification (...) adoptée par notre code visait, on le sait, des finalités plus pratiques que scientifiques. (...) Cette option du législateur a servi pour simplifier la détermination du recours recevable dans chaque hypothèse, rendant plus facile en général le tâche des parties »* (traduction libre) : SILVA Ovídio A. Baptista da, *Curso de processo civil,* v. 1, 6ª éd. Revista e atualizada de acordo com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, pp. 200-201. – Vicente Greco Filho, en traitant des procédures spéciales dans le Code de procédure civile de 1973, a fait un commentaire toujours d'actualité d'ailleurs, *in verbis : « (...) parce que le législateur, en traitant d'un certain thème de droit matériel ou processuel, ne se préoccupe pas de la qualification ou la nature juridique de l'institut, mais de sa finalité pratique »* (traduction libre) : GRECO FILHO Vicente, *Direito processual civil brasileiro,* v. 3, préc., pp. 254-255.

TITRE 2

A LA RECHERCHE D'UNE DEFINITION POSITIVE DES ACTES D'ADMINISTRATION JUDICIAIRE EN DROITS JUDICIAIRES PRIVES FRANÇAIS ET BRESILIEN

86. L´activité principale des juridictions consiste à rendre des jugements. En disant le droit, le juge accomplit sa fonction juridictionnelle et garantit la sécurité juridique et la paix sociale. L´activité du juge n'est toutefois pas restreinte au prononcé des actes juridictionnels. En effet, de nombreux actes sont nécessaires avant qu'une décision de justice soit rendue, comme la distribution des affaires aux différentes chambres de la juridiction, leur attribution à un rapporteur, la fixation des dates d´audience et de délibérés, la radiation du rôle, les jonctions et disjonctions d´instances, etc. Les actes d´administration judiciaire qui étaient, il y a une dizaine d´années, négligés dans le raisonnement processuel, règlent ainsi une partie importante de l´activité judiciaire. Comme ils sont liés au bon déroulement de l´instance et au bon fonctionnement de la juridiction, ils sont intimement liés à la fonction de juger et peuvent donc exercer une influence sur l'issue du procès, comme le reconnaît une partie de la doctrine[330].

Malgré l'importance de la matière, cette activité reste largement occultée par le droit positif en France et au Brésil. Si les Codes de procédure civile[331] et de l'organisation judiciaire français[332] qualifient expressément certains actes pris par le juge d'actes

[330] V. CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, préc., p. 414, *in verbis : « La juridiction ne se réduit pourtant pas à l´activité juridictionnelle. Si des actes juridictionnels émanent d´une juridiction, l´activité de la juridiction repose également sur des mesures d´administration judiciaire qui sont tout aussi nécessaires à l´accomplissement de sa fonction. Ces actes d´administration judiciaire ont largement été négligés par la doctrine, à tort. Non susceptibles de recours, pour la raison qu´il n'existe pas de chose jugée mais une simple gestion administrative de l´instance, ces actes ont pourtant une influence certaine sur le sort du procès ».*

[331] Le Code de procédure civile français qualifie expressément d'actes d´administration judiciaire les décisions suivantes : la décision concernant la connexité entre diverses formations d´une même juridiction (art. 107) ; les décisions de jonction ou disjonction d´instances (art. 368) ; la radiation et le retrait du rôle (art. 383) ; la délégation par le président du tribunal de grande instance de tout ou partie des pouvoirs qui lui sont dévolus par les sous-titres I^er^ et II à un ou plusieurs magistrats (art. 820) ; le renvoi du dossier par le juge de proximité au juge d´instance en cas de difficulté juridique sérieuse portant sur l´application d´une règle de droit ou sur l´interprétation d´un contrat liant les parties (art. 847-4) ; la délégation par le premier président de la cour d´appel des fonctions qui lui sont attribuées par les sous-titres I^er^ et II et aussi la délégation par les présidents de chambre aux magistrats de leur chambre de tout ou partie des fonctions qui leur sont attribuées par le sous-titre I^er^ (art. 965).

[332] Le Code d´organisation judiciaire français qualifie expressément d'actes d´administration judiciaire les actes suivants : la décision du président de la formation de jugement qui autorise que les audiences se déroulent dans plusieurs salles d´audience reliées directement par un moyen de télécommunication audiovisuelle (art. R. 111-7 et art. L. 111-12) ; la répartition des juges dans les différents services de la juridiction (art. R. 121-1) ; la décision par laquelle il y a renvoi de l´affaire en l'état du juge unique à la formation collégiale du tribunal de grande instance (art. R. 212-8) ; la décision prise par le président du tribunal de grande instance ou son délégué de renvoyer à la formation collégiale l´affaire antérieurement attribuée à un juge unique (art. R. 212-9) ; les décisions prises par le président du tribunal de grande instance qui tranchent les incidents relatifs à la répartition des affaires entre les juges auxquels il a délégué

d'administration judiciaire, ils ne présentent pas une définition générale et positive de ces actes car ils se limitent à affirmer que les dispositions relatives au jugement ne leur sont pas applicables et qu´ils ne sont sujets à aucun recours[333].

Du côté du droit brésilien, les actes judiciaires de gestion procédurale peuvent être qualifiés de « despacho »[334] ou de décision interlocutoire, d'après leur aptitude ou non de causer des préjudices aux parties, selon la doctrine et la jurisprudence majoritaires. La gestion de la procédure peut également être réalisée par le biais de conventions procédurales, par la prise des actes par les greffiers et par des outils procéduraux de gestion du contentieux. L'administration de la justice brésilienne requiert aussi l'accomplissement des actes qui visent l'organisation des juridictions. L'affectation des juges et la distribution des affaires entre les magistrats d'égale compétence constituent des actes matériellement administratifs susceptibles de contrôle par le Pouvoir judiciaire.

Pourtant, les droits positifs français et brésilien restent muets sur la qualification de plusieurs décisions prises par le juge. C'est donc la jurisprudence et la doctrine qui ont dû se prononcer sur la nature juridique de ces actes et vérifier si ce sont des actes d´administration judiciaire ou des actes juridictionnels afin d'appliquer ensuite le régime

---

les fonctions de juge de l´exécution (art. R. 213-11) ; les décisions relatives au renvoie à la formation collégiale (art. R. 213-12) ; les décisions du premier président de la cour d´appel qui assigne aux juges chargés du service du livre foncier leurs circonscriptions déterminées et leur remplacement en cas d´absence ou d´empêchement (art. D. 223-6) ; le renvoi d´une affaire à l´audience solennelle devant deux chambres de la cour d´appel après la cassation d´un arrêt en matière civile (art. R. 312-9) ; la répartition par le premier président de la Cour de cassation des fonctionnaires du greffe dans les différents services de la juridiction (art. R. 434-1) ; le renvoi de l´affaire par le juge unique du tribunal de première instance à la formation collégiale (art. R. 532-11 et L. 532-7 ; art. R. 552-11et L. 552-6 ; art. R. 562-11 et L.562-6).

[333] Conformément aux articles 499 et 537 du Code de procédure civile français.

[334] A propos des actes pris par le juge, le Code de procédure civile brésilien de 1973 qualifiait expressément de « despacho » divers actes pris par le juge : l'acte qui ordonne la citation du défendeur (art. 219, § 2º) ; l'acte qui accepte le désistement de l'action par rapport à l'un des défendeurs qui n'a pas été cité (art. 298, paragraphe unique) ; l'acte par lequel le juge désigne l'expert (art. 421, § 1º) ; l'acte non susceptible de recours par lequel le juge admet la manifestation d'autres organes ou entités dans la procédure de déclaration d'inconstitutionnalité (art. 482, § 3º) ; l'acte par lequel le juge homologue l'indication du dépositaire (art. 677, § 2º). Le Code de procédure civile de 2015, quant à lui, qualifie de « despacho » : l'acte du juge qui prorroge le délai de présentation de la procuration écrite (art. 104, § 1º) ; l'acte judiciaire qui ordonne l'accomplissement du testament (article 759, II) ; l'acte qui détermine la citation dans l'exécution (art. 802) ; l'acte qui homologue l'indication du dépositaire du bien (art. 862, § 1º) ; l'acte du rapporteur qui admet la manifestation des organes ou entités dans l'incident qui invoque l'inconstitutionnalité des lois ou des actes normatifs du pouvoir public (art. 950, § 3º). L'utilisation par le législateur du mot « despacho » n'est pourtant pas toujours correcte. Il faut donc analyser la nature réelle de l'acte afin d'identifier s'il s'agit effectivement d'un « despacho » ou non : V. *infra,* nº 149 s.

juridique approprié. *Data maxima venia,* les réponses données par la jurisprudence et par la doctrine des deux pays paraissent quelquefois critiquables et la recherche d'une définition positive et satisfaisante des actes d'administration judiciaire en droit judiciaire privé français (chapitre 1) et en droit judiciaire privé brésilien (chapitre 2) est envisageable. Nous espérons alors que l'analyse comparative de la matière peut contribuer à la compréhension de la matière.

CHAPITRE 1

LA DEFINITION DE L'ACTE D'ADMINISTRATION JUDICIAIRE EN DROIT JUDICIAIRE PRIVE FRANÇAIS

87. Les Codes de procédure civile et d'organisation judiciaire français qualifient expressément certains actes pris par le juge d'actes d'administration judiciaire, mais ils restent néanmoins muets sur la nature juridique de plusieurs décisions judiciaires. En exerçant son contrôle sur la qualification des actes pris par le juge, la Cour de cassation a présenté une définition négative des actes judiciaire administratifs et, de plus, y a associé l'exercice de ces actes au pouvoir discrétionnaire du juge (section 1). La doctrine française, quant à elle, n'a pas assez traité la matière et diverge, en outre, sur la nature juridique des actes judiciaires administratifs (section 2). L'analyse critique des différentes définitions présentées par la jurisprudence et par la doctrine françaises apporte ainsi des informations essentielles pour identifier une notion positive d'acte d'administration judiciaire (section 3).

Section 1 : L'analyse de la notion d'acte d'administration judiciaire retenue par la Cour de cassation française

88. En exerçant son contrôle sur la qualification des actes judiciaires[335], la haute juridiction judiciaire française a donné une définition *a contrario* des actes d´administration judiciaire et les a opposés aux actes juridictionnels (§ 1). De plus, pour justifier l'absence de motivation de certains actes d'administration judiciaire, la Cour de cassation affirme que ces décisions appartiennent au pouvoir discrétionnaire du juge du fond (§ 2). Les réponses données par la cour régulatrice sur le sujet suscitent pourtant des critiques. (§ 3).

[335] Dans ce sens : CADIET Loïc, *Code de procédure civile,* LexisNexis, 27e éd., 2014, p. 392 (commentaires sur l'article 537 du Code de procédure civile).

§ 1 : La définition *a contrario* des actes d´administration judiciaire retenue par la Cour de cassation

89. La Cour de cassation, juridiction suprême de l'ordre judiciaire français, veille au respect de la loi et en garantit l'interprétation et l'application uniformes par les juridictions du fond[336]. Statuant seulement en droit, la cour régulatrice est appelée à censurer la non-conformité des jugements rendus en dernier ressort aux règles de droit[337]. A ces fins, elle doit tout d'abord exercer un contrôle sur la qualification juridique des actes pris par le juge. Pourtant, si seuls les jugements rendus en dernier ressort sont susceptibles d´être frappés de pourvoi, elle doit préalablement vérifier la nature juridique de l´acte judiciaire pour analyser la recevabilité du pourvoi en cassation.

Dans un arrêt de 1995, la haute juridiction judiciaire française a adopté une définition négative des actes d´administration judiciaire. La cour régulatrice a suivi un raisonnement binaire en opposant les actes judiciaires d'administration aux jugements (A). L'opposabilité entre ces deux actes judiciaires est alors utilisée pour justifier l'application de régimes juridiques différents (B).

A. - Le raisonnement binaire de la Cour de cassation

90. Par un arrêt du 24 mai 1995, la chambre sociale de Cour de cassation devait se prononcer sur la nature juridique de l´acte d´une cour d´appel qui avait déclaré son arrêt opposable à une partie appelée en cause[338]. A l'occasion d´un litige qui opposait un salarié à sa caisse d´assurance maladie au sujet de la reconnaissance d´une maladie professionnelle, le juge d´appel avait décidé que la demande du salarié était encore prématurée, mais il a déclaré, en même temps, que cette décision serait opposable à son employeur. Sur pourvoi de ce dernier, qui critiquait la décision d´opposabilité, le salarié répliqua en soutenant que le pourvoi était irrecevable parce que cette décision était assimilable à un acte d'administration judiciaire non susceptible de recours. La Cour de cassation a néanmoins décidé qu´*« une cour d'appel qui déclare son arrêt opposable à*

[336] BUFFET Jean, *V°* Cour de cassation, in *Dictionnaire de la justice*, préc., pp. 260-261.
[337] V. l´article 604 du Code de procédure civile français.
[338] Cass. soc., 24 mai 1995 : *RTD civ.* 1995, obs. R. Perrot, p. 958 ; *Bull. civ.* V, nº 168, p. 122.

une partie appelée en cause rend une décision susceptible d'en affecter les droits et les obligations. Par suite, cette décision ne constitue pas une mesure d'administration judiciaire »[339].

La cour régulatrice a ainsi présenté une définition *a contrario* des actes d´administration judiciaire. Il s'agirait d'actes judiciaires non susceptibles d´affecter les droits et les obligations des parties. Comme l'a remarqué Roger Perrot, la Cour a établi qu´*« à partir du moment où la décision d´un juge affecte l´existence ou le contenu des droits et obligations des parties, cette décision échappe à la pure administration judiciaire, pour verser dans le juridictionnel avec possibilité de recours »*[340].

Le raisonnement suivi par la Cour de cassation s´est fondé sur la différence entre l´acte juridictionnel et les actes d´administration judiciaire. Le jugement affecte l´existence ou le contenu des droits et des obligations des parties ; il est susceptible de recours, selon les règles de droit en vigueur. Pour la Cour de cassation, les actes d´administration judiciaire ne font pas grief aux parties, d´où l´impossibilité qu'ils soient frappés de recours, conformément à l´article 537 du Code de procédure civile français. Ainsi, tous les actes qui font grief doivent être qualifiés de jugements de manière à ce que des modes de contestation soient ouverts à leur encontre[341].

91. Si la haute juridiction judiciaire a établi qu´un acte judiciaire ne sera qualifié d'acte d´administration judiciaire que lorsqu´il est censé ne pas faire grief au justiciable, elle n´a pas dit de quel type de grief il doit s'agir. Pour une partie de la doctrine, un acte du juge fait grief dès qu´il affecte les droits *substantiels* des parties. En l'absence de qualification légale, la jurisprudence n´écarte la qualification d'acte d´administration judiciaire que lorsque ce sont les droits *substantiels* qui risquent d´être affectés, à l'exclusion des charges du procès ou des prérogatives processuelles des parties[342].

[339] Cass. soc., 24 mai 1995 : *Bull. civ.* V, nº 168, p. 122 ; *RTD civ.* 1995, obs. R. Perrot, p. 958.
[340] *Ibidem.*
[341] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2249.
[342] CHOLET Didier, « Le contrôle de l´activité non juridictionnelle des juridictions », préc., p. 12.

Toutefois, pour une autre partie de la doctrine française, il ne faut pas faire la distinction de grief aux seuls droits *procéduraux* ou aux droits *substantiels* des parties. Quels que soient les droits atteints, les actes qui causent un grief suffisamment important pour justifier l´existence d´un recours, doivent être exclus de la catégorie d'acte d´administration judiciaire, comme le défendent Michel Degoffe et Emmanuel Jeuland, *in verbis :*

> *« Pourtant cette interprétation du terme de grief conduit à une distinction entre les griefs portés aux droits au fond et les griefs concernant la procédure (...). Il nous paraît préférable de retenir le critère général du grief aux parties qu´il porte sur le fond de l´affaire ou seulement sur la procédure, dans ce dernier cas on peut parler d´atteinte au droit au procès équitable. Mais en précisant que ce grief doit être suffisamment important pour justifier l´existence d´un recours, ce qui pose bien évidemment une difficulté de frontière mais ce type de difficulté, fréquent en droit, peut être surmonté par la jurisprudence »*[343].

Selon MM. Degoffe et Jeuland, si les actes d´administration judiciaire ne sont pas susceptibles de recours, conformément à l´article 537 du Code de procédure civile, ils ne peuvent pas causer de griefs aux parties car *« l´impossibilité d´introduire un recours méconnaîtrait les principes généraux du droit, un principe constitutionnel*[344] *et la Convention européenne des droits de l´homme »*[345].

L'opposition entre les actes juridictionnels et les actes d´administration judiciaire est alors le fondement utilisé pour justifier la divergence des régimes juridiques attachés à ces actes judiciaires.

---

[343] DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., p. 146.

[344] Sur le droit au recours : V. Cons. const., 21 janv. 1994, nº 93-335 DC, *RFDA* 1995. 7, note P. Hocreitère, et 780 étude B. Mathieu ; *D.* 1995. 294, obs. E. Oliva, et 302, obs. P. Gaia. – Cons. const., 9 avr. 1996, nº 96-373-DC*, AJDA* 1996. 371, note O. Schrameck ; *D.* 1998. 145, obs. J.-C. Car, 147, obs. A. Roux, 153, obs. T. Renoux, et 156, obs. J. Trémeau ; *RFDA* 1997. 1, étude F. Moderne, *apud :* THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., note nº 24.

[345] DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., p. 146.

B. - La différence des régimes juridiques

92. Le raisonnement binaire suivi par la Cour de cassation – qui a opposé les actes d´administration judiciaire aux actes juridictionnels – a été utilisé pour justifier la différence entre les régimes juridiques attachés à ces deux types d´actes judiciaires. Dès lors, les actes d'administration judiciaire ne comporteraient, en principe, aucune des conséquences attachées aux jugements et ne seraient pas assujettis aux mêmes contraintes[346], comme l'explique Cédric Groulier, *in verbis :*

> *« Ainsi, sont-elles en général définies négativement, à partir de la notion d´acte juridictionnel. Alors que celui-ci clôt une contestation, elles ne tranchent aucun litige, ni aucune question de droit. S´il dessaisit le juge, elles laissent l´affaire pendante. Enfin, elles ne revêtent pas, contrairement à lui, l´autorité de chose jugée. En d´autres termes, les mesures d´administration de la justice ne mettent pas fin à une instance en disant le droit ; en les prononçant, le magistrat "fait acte d´autorité et non point office de juge" »*[347].

En tranchant le litige ou en disant le droit, le juge affecte l´existence ou le contenu des droits et des obligations des parties. Par conséquent, l´acte juridictionnel est susceptible d´être frappé, en principe, de recours, selon les règles de droit en vigueur. Par contre, si les actes d´administration judiciaire ne font pas grief aux parties, comme le considère la Cour de cassation, ils ne sont sujets à aucun recours, selon l´article 537 du Code de procédure civile français. L´absence de recours se justifierait lorsque l'acte d´administration judiciaire ne statue pas sur la demande au fond du justiciable[348]. Par conséquent, selon la cour régulatrice, tout recours contre un acte judiciaire d´administration doit se heurter, en règle, à une fin de non-recevoir d´ordre public[349] car il est irrecevable sans examen du fond, conformément à l'article 122 du Code de procédure civile français[350].

---

[346] PERDRIAU André, « Les mesures d´administration judiciaire au regard du juge de cassation », préc., p. 3.

[347] GROULIER Cédric, « Remarques sur la notion de mesure d´administration de la justice », préc., pp. 407-408.

[348] DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., p. 150.

[349] Conformément à l´article 125 du Code de procédure civile français.

[350] La Cour de cassation a qualifié d'actes d´administration judiciaire l'ordonnance sur requête rendue en application de l'article 917, alinéa 1, du Code de procédure civile, étant, comme telle, insusceptible de recours : Cass. 2e civ., 25 février 2010, nº 09-10.403, *Bull. civ.* 2010, II, nº 48. – Cass. 2e civ., 24 juin 2004,

Si les actes d´administration judiciaire ne sont sujets à aucun recours, selon l´article 537 du Code de procédure civile, nous pouvons être tentés d´adopter une notion purement fonctionnelle de ces décisions. La lecture des arrêts de la cour régulatrice – qui qualifient un acte d´administration judiciaire pour conclure à l´irrecevabilité du pourvoi – pourrait inciter à le penser. Toutefois, il faut être attentif car *« il existe des jugements qui ne sont susceptibles d´aucun recours. L´absence d´une possibilité de recours ne peut donc être un critère de la mesure d´administration judiciaire »*[351].

De plus, il faut remarquer l´existence d'impropriétés dans certains arrêts de la Cour de cassation lorsque sont employées des expressions ambigües qui ne permettent pas de savoir si l´échec du recours contre un acte d´administration judiciaire est dû à une irrecevabilité ou à un mal fondé[352]. Toutefois, si la cour régulatrice défend l´impossibilité de recours pour contester les actes judiciaires d'administration, la situation est

---

nº 02-14.886, *Bull. civ*. 2004, II, nº 321. Elle a également qualifié d'acte d´administration judiciaire insusceptible de recours la décision, prise dans le souci d'une bonne administration de la justice, qui ordonne la jonction d'incidents de procédure avec le fond, affirmant que cette décision ne méconnaît pas l'étendue des attributions juridictionnelles de la juridiction et que la nature de cette mesure exclut que les parties puissent exercer à son encontre un appel nullité, fût-ce en invoquant l'excès de pouvoir. L'excès de pouvoir rendant recevables les recours nullité à l'encontre d'une décision de justice ne saurait résulter ni de la méconnaissance du principe de loyauté des débats, ni du grief tiré d'une violation de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : Cass. com., 12 juillet 2011, nº 09-71.764, *Bull. civ*. 2011, IV, nº 120. – De plus, la cour régulatrice qualifie d'acte d´administration judiciaire, dépourvue ainsi de caractère juridictionnel et n´ayant pas d´incidence sur le lien juridique d´instance, la décision de radiation du rôle qui, par conséquent, est insusceptible de recours : Cass. 2e civ., 22 octobre 2009, nº 08-19.635, inédit.

[351] DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., p. 143.

[352] PERDRIAU André, « Les mesures d´administration judiciaire au regard du juge de cassation », préc., p. 2. L'auteur critique, cependant, l'utilisation par la Cour de cassation des expressions ambigües, *in verbis : « Il y a par ailleurs une regrettable ambiguïté lorsqu'il est écrit, dans un arrêt de la Cour de cassation, que la mesure contestée était laissée "à la discrétion du juge", car cette expression donne à penser que le recours ne s´en prenait pas à une mesure d´administration judiciaire, surtout s´il ne lui est pas opposée une fin de non-recevoir avec le visa de l´article 537 du code de procédure civile »* : PERDRIAU André, « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », *Petites affiches,* 15 novembre 2001, nº 228, p. 10. – L´utilisation des expressions ambigües ne permet pas de savoir si l´échec du recours est dû à une irrecevabilité ou à un mal fondé : V. Cass. soc., 22 mai 2001, nº 00-40.989, inédit. – Cass. soc., 22 mai 2001, nº 00-41.732, inédit. – Cass. soc., 22 mai 2001, nº 99-44.203, inédit. – Cass. soc., 22 mai 2001, nº 99-46.059, inédit, *in verbis : « Mais attendu que si les parties ont la libre disposition de l'instance, l'office du juge est de veiller au bon déroulement de celle-ci dans un délai raisonnable ; que la faculté d'accepter ou de refuser le renvoi, à une audience ultérieure, d'une affaire fixée pour être plaidée, relève du pouvoir discrétionnaire du juge, dès lors que les parties ont été mises en mesure d'exercer leur droit à un débat oral ; que le moyen ne peut donc être accueilli . Par ces motifs : rejette le pourvoi ».*

problématique car un acte d´administration judiciaire ne se heurte pas systématiquement à une fin de non-recevoir[353].

En outre, si les dispositions du titre relatif au jugement ne sont pas applicables aux actes d´administration judiciaire, comme l'affirme l´article 499 du Code de procédure civile français, il en résulte que l´autorité de la chose jugée[354] n'y est pas rattachée et que ces actes judiciaires ne dessaisissent pas le juge[355]. En outre, ils peuvent être librement modifiés, voire rétractés par le magistrat qui les a rendus[356].

Il en résulte aussi que ces actes ne doivent pas respecter le principe de la contradiction dans leur élaboration, comme l'a déjà affirmé la Cour de cassation[357], et qu´ils n´ont pas à répondre aux conditions de forme et de publicité auxquelles sont soumis les actes juridictionnels[358]. Toutefois, les actes judiciaires administratifs ne restent

---

[353] PERDRIAU André, « Les mesures d´administration judiciaire au regard du juge de cassation », préc., p. 11.

[354] V. *supra,* nº 38.

[355] DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., p. 146.

[356] Voir en ce sens : Cass. soc., 4 février 1998, nº 96-40.041, inédit, *in verbis : « Mais attendu qu'en application de l'article 605 du nouveau Code de procédure civile, le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'à l'encontre des jugements rendus en dernier ressort et que la décision attaquée (concernant la réouverture des débats) ne constitue qu'une mesure d'administration judiciaire dépourvue d'autorité de la chose jugée »* . – Voir aussi : Cass. com., 17 février 1998, nº 96-13.831, nº 97-15.462 et nº 97-15.463, *Bull.* IV, n° 80, p. 62, *in verbis : « Attendu, en second lieu, qu'aux termes de l'article 3, alinéa 4, du décret du 27 décembre 1985, les décisions du premier président de la Cour de Cassation désignant la juridiction chargée de connaître de la procédure collective d'un débiteur sont des mesures d'administration judiciaire ; qu'elles ne sont ainsi sujettes, selon les dispositions générales de l'article 499 du nouveau Code de procédure civile, à aucune des règles applicables aux jugements, tel le respect du principe de la contradiction dans leur élaboration ; qu'elles ne sont susceptibles, par ailleurs, d'aucun recours ainsi qu'en disposent les articles 3, alinéa 4, du décret du 27 décembre 1985 et 537 du nouveau Code de procédure civile ; que, dès lors, si elles peuvent, en fonction d'informations nouvelles portées à sa connaissance, être librement modifiées par le premier président de la Cour de Cassation, en vue d'une meilleure sauvegarde des intérêts en présence, sans qu'il en résulte que ce magistrat aurait ainsi accueilli une demande de rétractation en référé, leur nature exclut que les parties puissent exercer à leur encontre un pourvoi en cassation fût-ce en invoquant l'excès de pouvoir ».*

[357] V. : Cass. 2e civ., 9 octobre 1991, arrêt nº 929, inédit, *in verbis : « Mais attendu que la décision portant transmission de l'affaire au président de la juridiction supérieure par le président de la juridiction visée par la demande de renvoi (pour cause de suspicion légitime), accompagnée de son avis, constitue une mesure d'administration judiciaire ; que l'absence de communication de cette pièce à la partie qui sollicite le renvoi ne porte pas atteinte à ses droits et, en particulier, ne la prive pas du droit à un procès équitable* ». – V. aussi : Cass. com., 17 février 1998 : *JCP* 1998, II 10171, note Voinot.

[358] Cependant, il faut répéter que tous les jugements ne prennent pas la forme d'un jugement au sens classique du terme, le juge pouvant prendre, en raison de l'atténuation du formalisme, certains jugements

pas totalement informels, de sorte qu´un écrit est nécessaire. Mais une mention au dossier est suffisante[359], dans la mesure où il ne s´agit ni d´acte juridictionnel, ni d´acte de procédure qui supposerait une notification aux parties[360].

De plus, il résulterait que les actes d´administration judiciaire, différemment des actes juridictionnels, n'ont pas à être motivées[361]. Il en est ainsi, par exemple, d'une décision de jonction ou de disjonction d'instance[362], d'une décision accordant ou refusant d'accorder un renvoi[363], d'une décision de clôture[364], de la décision de l'assemblée générale des magistrats de la cour d'appel statuant sur l'inscription d'un expert[365].

---

par simple mention au dossier, la distinction entre les actes d'administration judiciaire dans ces cas pouvant sembler plus délicate : V. *supra,* nº 35.

[359] Comme prévoit, expressément, l´article 847-4, al. 2, du Code de procédure civile français, concernant le renvoi de l´affaire par le juge de proximité au juge d´instance en cas de difficulté juridique sérieuse portant sur l'application d'une règle de droit ou sur l'interprétation d'un contrat liant les parties.

[360] DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., p. 162. – V. en ce sens : Cass. soc., 24 février 2000, nº 98-10.804, pas publié au Bulletin, *in verbis : « Attendu que la caisse primaire d'assurance maladie fait grief au Tribunal d'avoir le 25 mars 1997, par mention au dossier, ordonné la réouverture des débats au 20 mai 1997, alors, selon le moyen, d'une part, que le juge ne peut ordonner la réouverture des débats d'une affaire déjà mise en délibéré qu'en rendant une décision fondée sur une cause grave ; qu'en l'espèce, le tribunal des affaires de sécurité sociale, qui a procédé à une telle réouverture par simple mention au dossier sans constater une cause grave la justifiant, a violé l'article 16 du nouveau Code de procédure civile ; alors, d'autre part, qu'en toute hypothèse, la réouverture des débats ne peut être ordonnée par une simple mention au dossier mais doit résulter d'une véritable décision permettant aux parties de savoir exactement ce qui est attendu d'elles ; qu'en l'espèce, le Tribunal qui a ordonné la réouverture des débats par simple mention au dossier a violé l'article 16 du nouveau Code de procédure civile ; Mais attendu que la décision de réouverture des débats est une mesure d'administration judiciaire, non susceptible d'un pourvoi en cassation ; que le moyen est irrecevable ».* – Voir aussi : Cass. soc., 22 février 1996, nº 92-43789.

[361] Cass. 2e civ., 30 juin 2004, nº 04-10.269, inédit, *in verbis : « Attendu que M. X... a demandé son inscription sur la liste annuelle des experts judiciaires de la cour d'appel d'Orléans, en application d'un décret du 31 décembre 1974 ; que par décision de l'assemblée générale des magistrats de cette cour d'appel, en date du 5 novembre 2003, notifiée par courrier du 5 décembre 2003, sa candidature n'a pas été retenue ; qu'il a régulièrement formé le recours prévu à l'article 34 du décret susvisé ; Attendu que M. X... fait grief à l'assemblée générale des magistrats de la cour d'appel d'avoir rejeté sa requête, sans motiver sa décision ; Mais attendu que la décision de l'assemblée générale des magistrats de la cour d'appel statuant sur l'inscription de l'expert est une mesure d'administration judiciaire qui n'entre pas dans les prévisions de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs ».* – V. dans le même sens : Cass. 1re civ., 31 mai 2005, nº 04-50.032, inédit, *in verbis : « Mais attendu que la décision de transmission d'une copie de l'ordonnance au bureau d'aide juridictionnelle est une simple mesure d'administration judiciaire, qui n'a pas à être motivée et est insusceptible d'être contestée par voie de recours ; que le moyen n'est pas fondé ».*

[362] Cass. 1re civ., 16 juin 1981, *Bull. civ.* I, nº 219. – Cass. 2e civ., 16 février 1984*, Bull. civ.* II, nº 31.

[363] V. l'article 782 du Code de procédure civile. – V. aussi : Cass. ass. plén., 24 novembre 1989, *Bull. ass. plén.* nº 3 ; *D*. 1990. 25, concl. Cabannes ; *D*. 1990. 429, note P. Julien ; *JCP* 1990. II. 21407, note Cadiet ; *RTD civ*. 1990. 145, obs. R. Perrot ; *Gaz. Pal.* 1989. 2. 970, note J. G. M. ; *Gaz. Pal.* 1990. 1. Somm. 358, obs. S. Guinchard et Moussa.

Toutefois, si, en principe, les actes d´administration judiciaire ne sont pas motivés, puisqu´ils ne sont pas soumis aux règles relatives aux jugements, certains actes judiciaires d´administration appellent, par la force des choses, un minimum de motivation[366], le droit positif exigeant lui-même la motivation de certains d'entre eux[367]. Malgré cela, la Cour de cassation englobe les actes d'administration judiciaire dans le pouvoir discrétionnaire des juges du fond. La référence au pouvoir discrétionnaire du juge dispenserait alors le magistrat de s´expliquer, ce qui justifierait la différence de régime juridique attaché aux actes d´administration judiciaire et, surtout, l´absence de motivation des actes judiciaires administratifs.

§ 2 : Les actes d´administration judiciaire et le pouvoir discrétionnaire des juges

93. La cour régulatrice considère que les actes d´administration judiciaire sont prononcés discrétionnairement. Le pouvoir discrétionnaire du juge se distingue de son pouvoir souverain. Nous étudierons, d´abord, la différence entre ce deux types de pouvoirs du juge (A) pour analyser, subséquemment, la jurisprudence de la Cour de cassation qui insère les actes d´administration judiciaire dans le domaine discrétionnaire du juge, vérifiant les conséquences pratiques d´une telle qualification (B).

A. - La différence entre le pouvoir souverain et le pouvoir discrétionnaire du juge : la dispense de motivation des décisions discrétionnaires

94. Le terme *« souverain »* provient de l´adjectif « *superus, a, um »* qui signifie *« qui est au-dessus », « qui est en haut, supérieur »*. L´exercice du pouvoir souverain implique

---

[364] Frédérique EUDIER*, V°* Jugement, in *Répertoire de procédure civile*, préc., n° 262.
[365] Cass. 2e civ., 3 juin 2004 : *JCP* 2004, IV, 2537. – Ainsi, l'appréciation, tant des qualités professionnelles du candidat à l'inscription sur la liste des experts judiciaires, que de l'opportunité d'inscrire un technicien sur cette liste eu égard aux besoins des juridictions du ressort de la cour d'appel, échappe au contrôle de la Cour de cassation, dans la mesure où elle constitue un acte d'administration judiciaire.
[366] PERDRIAU André, « Les mesures d´administration judiciaire au regard du juge de cassation », préc., pp. 3-4.
[367] Conformément aux articles 90, 780, 781 et 784 du Code de procédure civile français : V. *infra,* n° 104.

alors que celui qui en est investi n´ait aucune autorité au-dessus de lui pour le diriger ou le contrôler, comme l'explique Tanguy Barthouil, *in verbis :*

> *« Lorsque la Cour suprême investi les juges du fond d´un pouvoir souverain dans la constatation et l´appréciation des faits et des éléments de preuve, elle leur donne une liberté importante puisqu´elle n´exerce aucun contrôle de l´interprétation qu´ils ont faite. Il s´agit pour ces derniers d´approcher le plus possible de la réalité puisque théoriquement une seule interprétation est juste. Pour ce faire la Cour s´en remet à leur décision mais exige tout de même d´eux qu´ils indiquent les motifs de leur décision, c´est-à-dire qu´ils la justifient. (...) Cette exigence s´explique par l´obligation de motiver les jugements que pose l´art. 455 N.C.P.C et parce que, sans eux, la Cour suprême ne pourrait exercer son contrôle de la qualification légale »*[368].

Ainsi, l´exercice du pouvoir souverain relève du jugement des juridictions du fait, mais il n´est pas inconditionné, car il doit répondre à un certain nombre de règles. Le juge qui exerce son pouvoir souverain doit justifier sa décision, motiver sa position. La motivation constitue alors une obligation générale applicable, en principe, à tous les jugements rendus en matière civile, conformément à l'article 455 du Code de procédure civile français[369]. Il est en effet constant, en jurisprudence, que le pouvoir souverain, dont dispose par exemple le juge du fond pour apprécier les éléments de preuve qui lui sont soumis, ne le dispense pas de donner les motifs propres à justifier sa décision[370], tout défaut de motifs devant entraîner l'annulation de la décision qui en est entachée[371].

---

[368] BARTHOUIL Tanguy, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », *Revue de la recherche juridique* 1992 nº 1, Presses universitaires d´Aix-Marseille, p. 374.

[369] Selon l'article 455 du Code de procédure civile français, *« Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé. Il énonce la décision sous forme de dispositif ».*

[370] Cass. 2e civ., 3 juin 1999, nº 97-14.889, *Bull. civ*. II, nº 110.

[371] BORÉ Jacques et BORÉ Louis, *Vº* Pourvoi en cassation, in *Répertoire de procédure civile*, préc., nº 359. – Xavier Bachellier analyse les différentes hypothèses d'appréciation souveraine par le juge du fond, *in verbis* : *« Le juge apprécie souverainement la valeur probante des éléments de preuve versés aux débats (attestations, procès-verbaux, rapports d'expertise...). Il peut en interpréter la portée, les retenir ou les écarter comme non probants. Il n'existe – hors la dénaturation, très rarement retenue en ce domaine – aucune possibilité de discussion devant la Cour de cassation. (...) Les expressions de volonté, comme, par exemple, l'interprétation des contrats relève du pouvoir souverain des juges du fond (sauf dénaturation). Il y a là encore une frustration, car le contrat est la loi des parties et son interprétation peut poser des questions d'ordre juridique. L'appréciation des expressions de volonté unilatérale relève également du pouvoir souverain. Il en va ainsi par exemple de : – la bonne foi ou la mauvaise foi, dans toutes les situations où elles sont créatrices ou privatrices de droits (possession, action paulienne, surendettement, déclaration des risques par un assuré...) ; – l'insanité d'esprit, cause par exemple de nullité d'un testament ; – connaissance d'un vice affectant la chose vendue. (...) Les appréciations d'ordre quantitatif. Il en va*

L´action des juridictions est strictement encadrée, de sorte que la motivation des décisions juridictionnelles doit être consistante, logique, cohérente et adaptée à l´espèce, ce qui interdit l´emploi de motifs d´ordre général comme ceux qui sont empreints d´incertitude, d´ambiguïté ou de contradiction[372]. La motivation a pour fonction première d´assurer que le juge n´abuse pas du pouvoir qui lui a été confié, qu´il respecte les limites que la loi lui a imposées, de permettre un contrôle de légalité de la décision prise[373]. Elle est, dans un régime démocratique, une garantie contre l´arbitraire du juge, en le mettant, en outre, à l´abri du soupçon d´arbitraire, dans le sens où *« il ne suffit pas que les juges soient justes, il faut encore qu´ils en donnent la preuve »*[374].

Jusqu'à la preuve du contraire, l'article 455 du Code de procédure civile français a force obligatoire et la Cour de cassation doit veiller à son respect, comme à celui de toutes les normes impératives. Si les décisions des juges du fond n'étaient pas motivées, la cour régulatrice ne pourrait pas vérifier leur conformité aux règles légales. Le contrôle de la motivation est donc la condition *sine qua non* du contrôle normatif. Si, toutefois, la motivation se présente comme un instrument de contrôle des juges, elle constitue aussi un instrument de leur liberté et de leur pouvoir, leur permettant de leur soustraire à une cassation et de mieux asseoir l'autorité de la décision, comme l'a remarqué Geneviève Giudicelli-Delage[375].

---

ainsi par exemple de : – l'évaluation d'un préjudice. En ce domaine, non seulement les juges du fond sont souverains, mais encore, la motivation de leur décision peut se réduire à l'énoncé de cette évaluation ; – l'appréciation du bref délai pour agir en rescision de la vente pour vices cachés ; – le grief causé par l'irrégularité d'un acte de procédure (article 114 du Code de procédure civile) ; – le caractère anormal d'un trouble de voisinage. (...) Toutes ces opérations relèvent de la qualification : or, dans certains cas, la Cour de cassation va exercer son contrôle alors que, dans d'autres, elle ne le fera pas, alors pourtant que la qualification devrait être toujours contrôlée, car il s'agit d'une appréciation d'ordre juridique » : BACHELLIER Xavier, « Le pouvoir souverain des juges du fond », *BICC* 15 mai 2009, nº 702, p. 19 s.

[372] PERDRIAU André, « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », préc., p. 8.

[373] BARTHOUIL Tanguy, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », préc., p. 349.

[374] JURET P.-M., « Observations sur la motivation des décisions juridictionnelles internationales », *RGDIP.,* 1960, P. 520, *apud :* BARTHOUIL Tanguy, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », préc., p. 381.

[375] V. GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, *La motivation des décisions de Justice*, thèse, 1979, Poitiers, dactyl., p. 657, *apud :* BARTHOUIL Tanguy, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », préc., p. 350, *in verbis : « Curieux instrument, en effet, que cette motivation qui est tout à la fois instrument de contrôle des juges – donc d´une certaine soumission – mais aussi instrument de leur liberté et de leur pouvoir. La justification des tribunaux inférieurs n´est pas illusoire puisqu´elle*

95. Différemment, il y a des situations spéciales où la loi laisse au juge le pouvoir d´analyser l´opportunité de la mesure à prendre : c´est le domaine du pouvoir discrétionnaire dont l´exercice confère une marge d´appréciation variable qui dépend des limites fixées par la loi. Le pouvoir discrétionnaire est alors *« le pouvoir légal, octroyé aux juges du fond parce qu´indispensable dans certains cas, d´apprécier l´opportunité de la mesure à prendre »*[376]. Il existe chaque fois que la loi octroie au juge, une fois les faits constatés, *« une certaine liberté quant aux conséquences à en tirer, qu´ils ont donc soit à apprécier l´opportunité d´une mesure à prendre, soit à interpréter des concepts légaux indéterminés, soit enfin à juger en se demandant ce qu´exige l´équité »*[377]. C'est alors un pouvoir qui, dans le cadre fixé par la loi, s'exerce en toute liberté, le législateur, lorsqu'il donne une directive, se bornant à formuler une simple recommandation[378]. Le pouvoir discrétionnaire ne signifie pourtant pas l´exercice d´un pouvoir arbitraire, ce qui pourrait indiquer l´absence de motivation. Le pouvoir discrétionnaire ne peut en aucun cas permettre la commission d´illégalités[379].

Dans l´exercice du pouvoir discrétionnaire octroyé par la loi, les juges sont dispensés de l´obligation de motivation par dérogation exceptionnelle de la règle de l´article 455 du Code de procédure civile français[380]. Quels que soient les motifs donnés, la décision prise échappera à la Cour suprême qui considèrera ces motifs surabondants. Le pouvoir discrétionnaire est alors inconditionné puisque son exercice n´a pas à être motivé. La censure pour défaut de motifs n'est pas concevable lorsque le juge exerce son pouvoir discrétionnaire.

---

permet d´assurer que l´interprétation qu´ils donnent est conforme à celle des tribunaux supérieurs, il n´en reste pas moins vrai que le juge du fond tire un certain pouvoir de la motivation qui, si elle est bonne, lui permettra, parfois, de se soustraire à une cassation et, toujours, de mieux asseoir l´autorité de sa décision. (...) Dans ce cas-là, la motivation cherche à faire illusion, elle est une tentative pour établir la nécessité de la décision prise, pour prouver qu´elle ne pourrait être autre ».

[376] BARTHOUIL Tanguy, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », préc., p. 365.

[377] BARTHOUIL Tanguy, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », préc., p. 372.

[378] BORÉ Jacques et Louis, *V°* Pourvoi en cassation, in *Répertoire de procédure civile*, préc., n° 358.

[379] BARTHOUIL Tanguy, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », préc., p. 369.

[380] Cass. soc., 30 avril 1953, *Bull. civ*. IV, n° 320. – Cass. 1re civ., 22 mars 1965, *Bull. civ.* I, n° 202.

André Perdriau cite plusieurs exemples de décisions discrétionnaires relatives aux preuves[381] et d´ordre procédural : la désignation d´un expert, son remplacement et la définition de sa mission ; le transport sur les lieux ; la vérification d´écritures ; la comparution personnelle des parties ; le déféré d´un serment décisoire ; la production forcée d´une pièce probatoire ; l´invitation à une partie pour fournir des explications ou les justifications qu´il estime nécessaires ; l´ordonnance concernant l´ouverture ou non des débats, en dehors des cas où celle-ci est obligatoire ; la décision concernant la suspension de l´instance ; l´imputation à la charge d´une partie de la provision à valoir sur le coût d´une expertise ; etc[382].

L'auteur défend néanmoins l´existence de décisions faussement discrétionnaires. Selon lui, le fait qu´une motivation ne soit pas exigée dans le cadre de certaines mesures ou dispositions décisoires ne suffirait pas à les rendre discrétionnaires. Toujours selon lui, il existerait des hypothèses où les prescriptions de l´article 455 du Code de procédure civile français ne donneraient pas lieu à une application rigoureuse, à savoir dans les cas où il y a motivation implicite, suffisante, inutile ou même interdite[383].

---

[381] Comme indique l´auteur, il ne faut pas confondre l´appréciation de l´opportunité d´une mesure d´instruction avec l´appréciation de la valeur et de la portée d´éléments de preuves, cette dernière étant souveraine, et non discrétionnaire : PERDRIAU André, « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », préc., p. 13.

[382] PERDRIAU André, « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », préc., pp. 13-14.

[383] V. PERDRIAU André, « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », préc., pp. 10-11, *in verbis : « Des motifs formulés expressément ne sont pas indispensables au soutien d´une disposition dont les raisons résultent ou ressortent à l´évidence du reste ou de l´ensemble du jugement. (...) Une illustration caractéristique de cette situation est fournie par la condamnation de la partie gagnante aux dépens, en dehors des hypothèses où cette condamnation est interdite ou obéit à des règles particulières. (...) D´autres exemples classiques concernent : la condamnation aux intérêts aux taux légal, dits "de droit" (articles 1153 et 1153-1 du Code civil) (...) ; la fixation du point de départ de ces intérêts. (...) lorsqu´il se borne à faire application de la loi ou de la convention qu´il a citée comme régissant la cause. (...) Une juridiction n´a pas davantage à motiver les mesures qui sont destinées ou de nature à assurer l´exécution de sa décision. Ainsi en est-il pour les astreintes. (...) Sans être jamais inutile, parce qu´ils sont susceptibles de renseigner des plaideurs peu avertis, des motifs détaillés ne s´imposent pas lorsque la simple référence au texte applicable, et exactement appliqué, peut être suffisante. L´exemple le plus typique nous paraît concerner la condamnation d´une partie aux frais exposés par son adversaire et non compris dans les dépens. (...) D´une façon exceptionnelle, le juge est dispensé de l´obligation de motiver, alors pourtant qu´il se prononce au fond et qu´il n´exerce pas un pouvoir discrétionnaire. Il en va ainsi particulièrement lorsqu´il rend une ordonnance d´injonction de payer (article 1409 du N.C.P.C) qui n´a pas à être motivée, à la différence du jugement intervenant sur opposition à celle-ci. Par ailleurs, une Cour d´appel n´a pas à motiver son arrêt déboutant l´appelant lorsque celui-ci n´a pas conclu ou ne comparaît pas. (...) Enfin, une*

Jacques et Louis Boré qualifient différemment ces actes de décisions discrétionnaires, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, *in verbis* :

> *« De même, la Cour de cassation décide "que les juges du fond, lorsque deux parties succombent respectivement sur quelques chefs de leurs prétentions, sont investis d'un pouvoir discrétionnaire pour mettre la totalité des dépens à la charge de l'une d'elles, sans avoir à justifier de l'exercice de ce pouvoir par des motifs spéciaux" (Civ. 2e, 31 janv. 1973, Bull. civ. II, nº 36 ; Civ. 1re, 12 mai 1987, Bull. civ. I, nº 146), de telle sorte que, si un motif erroné a été déduit par le juge, celui-ci prend un caractère surabondant et ne peut vicier une décision qui n'a pas besoin d'être motivée. Pour la condamnation au paiement des frais irrépétibles, le simple visa de l'article 700 du code de procédure civile suffit (Com. 27 janv. 1982, Bull. civ. IV, nº 37 ; Civ. 2e, 10 oct. 2002, nº 00-13.832, Bull. civ. II, nº 219 ; Civ. 2e, 6 mars 2003, nº 02-60.835, Bull. civ. II, nº 54). Le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour fixer le point de départ des intérêts au taux légal d'une indemnité à une date autre que celle de la décision (Cass., ass. plén., 3 juill. 1992, nº 90-83.430, Bull. civ., nº 7 ; Civ. 2e, 27 mars 2003, nº 01-12.983, Bull. civ. II, nº 83), prononcer une astreinte ou rejeter une demande en ce sens (Civ. 3e, 9 nov. 1983, Bull. civ. III, nº 219 ; Civ. 2e, 6 mars 2003, nº 01-11.026, non publié au Bulletin), accorder l'exécution provisoire (Civ. 3e, 8 avr. 1999, nº 97-14.152, Bull. civ. III, nº 90) »*[384].

L´absence de motivation fait pourtant naître le sentiment que le pouvoir discrétionnaire se situe au-delà du pouvoir souverain. Néanmoins, l´inversion du rapport entre les deux pouvoirs n´est qu´apparente, comme l'explique Tanguy Barthouil, *in verbis :*

> *« (...) si la motivation n´est pas contrôlée par la Cour suprême, c´est pour la simple raison que le pouvoir discrétionnaire est un pouvoir encadré, que le cadre fixé empêche par conséquent, en principe, les débordements, qu´il n´y a donc lieu de vérifier qu´une seule chose : que les limites imposées par la loi ont bien été respectées. La Cour de cassation, en d´autres termes, n´a aucun besoin de cette motivation, aussi en dispense-t-elle le juge »*[385].

---

motivation serait déplacée, sinon défendue, dans des décisions relatives à l´état des personnes qui justifient un souci de discrétion ».

[384] BORÉ Jacques et BORÉ Louis*, Vº* Pourvoi en cassation*,* in *Répertoire de procédure civile,* préc., nº 358.

[385] BARTHOUIL Tanguy, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », préc., p. 375.

Une quantité de mesures relèvent alors du pouvoir discrétionnaire du juge du fond, mesures qui dépendent essentiellement de l´office du juge et qui affectent les droits et obligations des parties. Ces mesures sont livrées à son appréciation la plus libre, sans que soit exigée de sa part la moindre motivation, même implicite. Pour Tanguy Barthouil, le pouvoir discrétionnaire du juge en procédure civile est incontesté lorsqu´il prononce un sursis facultatif à statuer, répartit les dépens entre les parties, assortit son jugement d´une astreinte ou décide de la production forcée d´une pièce[386].

Il est assez fréquent que la loi assigne des limites chiffrées impératives au pouvoir discrétionnaire. Tel est le cas, en matière civile, lorsque la loi autorise le juge à accorder des délais de grâce qui ne peuvent excéder deux ans[387] ou un relevé de forclusion du délai d'appel dans l'année qui suit la notification du jugement[388]. Il se peut, en outre, que la loi n'adresse au juge aucune directive et s'en remette entièrement à sa sagesse pour l'exercice de son pouvoir discrétionnaire[389].

---

[386] BARTHOUIL Tanguy, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », préc., p. 620.

[387] V. l'article 1244-1 du Code civil français, *in verbis : « Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues. Par décision spéciale et motivée, le juge peut prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital. En outre, il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux dettes d'aliments ».*

[388] Selon l'article 540 du Code de procédure civile français, *in verbis : « Si le jugement a été rendu par défaut ou s'il est réputé contradictoire, le juge a la faculté de relever le défendeur de la forclusion résultant de l'expiration du délai si le défendeur, sans qu'il y ait eu faute de sa part, n'a pas eu connaissance du jugement en temps utile pour exercer son recours, ou s'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir. Le relevé de forclusion est demandé au président de la juridiction compétente pour connaître de l'opposition ou de l'appel. Le président est saisi comme en matière de référé. La demande est recevable jusqu'à l'expiration d'un délai de deux mois suivant le premier acte signifié à personne ou, à défaut, suivant la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponibles en tout ou partie les biens du débiteur. Le président se prononce sans recours. S'il fait droit à la requête, le délai d'opposition ou d'appel court à compter de la date de sa décision, sauf au président à réduire le délai ou à ordonner que la citation sera faite pour le jour qu'il fixe. Par exception aux dispositions qui précèdent, le droit au réexamen prévu à l'article 19 du règlement (CE) du Conseil n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires s'exerce par la voie de l'appel ».*

[389] Comme l'indiquent Jacques Boré et Louis Boré, *in verbis : « Le juge dispose encore d'un pouvoir discrétionnaire pour prendre diverses mesures procédurales ayant trait à l'office du juge, notamment pour décider d'un renvoi d'audience (Civ. 2e, 9 oct. 1991, no 90-13.998, Bull. civ. II, no 244 ; Civ. 1re, 10 mars 1998, no 95-19.473, Bull. civ. I, no 105), ordonner ou refuser une mesure d'instruction (Civ. 1re, 6 janv. 1998, no 95-19.902 et no 96-16.721, Bull. civ. I, no 3), surseoir à statuer, hors les cas où le sursis est de droit (Com. 18 janv. 2000, no 96-20.798, Bull. civ. IV, no 11), évoquer le fond de l'affaire (Civ. 1re, 2 mai*

Une partie de la doctrine critique toutefois toute absence de motivation, même dans le domaine du pouvoir discrétionnaire, dans la mesure où le manque de justification, sans raisons impérieuses, serait contraire à l´esprit d´une bonne justice, *in verbis :*

> *« (...) il est permis d´espérer qu´un jour la Cour suprême contrôlera la présence – et non la valeur – de la motivation donnée par les juges investis d´un pouvoir discrétionnaire... Le pouvoir discrétionnaire ne deviendrait pas pour autant du pouvoir souverain, puisque toujours octroyé par la loi pour apprécier une opportunité ou procéder à une évaluation en équité et non pas seulement procéder à une constatation. La motivation obligerait le juge, même sans contrôle de la valeur des motifs par la Cour suprême, à rendre une décision qui soit logiquement acceptable, proportionnée à l´espèce qu´il tranche. – Quel magistrat oserait présenter aux plaideurs une solution que l´explication ne viendrait pas soutenir ? Ainsi, la motivation serait-elle un moyen efficace de lutter contre l´abus dans l´exercice de l´appréciation discrétionnaire »*[390].

Malgré l'importance de ce débat, en adoptant une interprétation littérale de l'article 499 du Code de procédure civile français, la haute juridiction judiciaire française englobe les actes judiciaires d'administration dans le domaine discrétionnaire des juges du fond.

B. - La jurisprudence de la Cour de cassation sur les actes d´administration judiciaire : des actes discrétionnaires des juges

96. Dans l´exercice de la *jurisdictio*, le pouvoir discrétionnaire existe chaque fois que le juge dispose d´une certaine liberté de décision quant aux conséquences à en relever. Pour la Cour de cassation française, le domaine d´un tel pouvoir d´appréciation ne se restreint pas pour autant au domaine juridictionnel et englobe aussi les actes judiciaires

---

1989, Bull. civ. I, no 174), ordonner la réouverture des débats, hors les cas où celle-ci est obligatoire (Civ. 2e, 14 oct. 1999, no 96-21.701, Bull. civ. II, no 155), assortir son jugement de l'exécution provisoire (Civ. 3e, 8 avr. 1999, no 97-14.152, Bull. civ. III, no 90) ou partager les dépens entre deux parties qui succombent partiellement (Civ. 2e, 13 févr. 1991, no 89-20.804, Bull. civ. II, no 53) » : BORÉ Jacques et BORÉ Louis, *V°* Pourvoi en cassation, in *Répertoire de procédure civile*, septembre 2008, n° 361 s.

[390] BARTHOUIL Tanguy, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », préc., p. 386, note n° 219.

relatifs au déroulement de l´instance et au fonctionnement du service public de la justice, conformément à sa jurisprudence[391].

Il faut alors chercher l´origine de l´affirmation qui associe les actes d´administration judiciaire au pouvoir discrétionnaire du juge. Selon l'article 499 du Code de procédure civile français, les dispositions du titre concernant les jugements ne sont pas applicables aux actes d'administration judiciaire. De ce fait, la Cour de cassation affirme que le régime juridique attaché aux actes judiciaires d'administration diverge en tout point de celui appliqué aux actes juridictionnels de telle sorte que les juges ne sont pas tenus de motiver les décisions concernant le bon déroulement de l'instance (actes de gestion procédurale) et le bon fonctionnement de la juridiction (actes d'organisation juridictionnelle).

De plus, si le droit positif français exige la motivation de certains actes d´administration judiciaire[392], il ne se prononce pas, en règle, sur la nécessité de justification pour l'adoption de la plupart des actes administratifs judiciaires[393]. La Cour de cassation interprète ce silence comme une véritable dispense de justification pour la prise des actes. Ce silence est alors interprété comme l´autorisation donnée au juge de décider sans justifier son choix, ce qui a conduit la haute juridiction à insérer ces actes d'administration judiciaire dans le cadre du pouvoir discrétionnaire du juge. L´absence de motivation des actes discrétionnaires crée donc, en règle générale, l´absence de tout contrôle sur ces actes qui demeurent ainsi non susceptibles de recours. La référence au pouvoir discrétionnaire du juge donne à entendre que la Cour de cassation n´a pas à

[391] V., par exemple : Cass. 2e civ., 7 juin 2012, n° 11-19.118, inédit, *in verbis : « Mais attendu que la décision statuant sur une demande de renvoi de l'audience est une mesure d'administration judiciaire relevant du seul pouvoir discrétionnaire du juge et qui n'est pas susceptible de recours ».* – V. aussi : Cass. 2e civ., 10 mars 2011, nº 10-14.629, inédit, *in verbis : « Mais attendu qu'ayant relevé que le jugement se bornait à ordonner la réouverture des débats et que cette décision, qui ressortait du pouvoir discrétionnaire du président, était une mesure d'administration judiciaire insusceptible de recours, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à d'autre recherche a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ».* – V. dans le même sens : Cass. 2e civ., 8 juillet 2010, nº 09-14.066, Bull. II, n° 141, *in verbis : « Mais attendu que la décision relative à la jonction des procédures est une mesure d'administration judiciaire qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge ».*

[392] V. *infra,* nº 104.

[393] V. *supra,* nº 92.

exercer son contrôle, même en l'absence de toute motivation[394]. Pourtant, la définition négative des actes d'administration judiciaire donnée par la Cour de cassation, comme leur inclusion dans le domaine du pouvoir discrétionnaire des juges, s'avèrent *data maxima venia* susceptibles de critiques.

§ 3 : Les critiques de la notion d'acte d'administration judiciaire retenue par la Cour de cassation française

97. La haute juridiction judiciaire française définit négativement les actes judiciaires d'administration en affirmant que les décisions susceptibles d'affecter les droits et obligations d'une partie ne sont pas des actes d'administration judiciaire. Ce raisonnement suivi par la haute juridiction s'avère *data maxima venia* vicié et, de ce fait, sujet à des critiques doctrinales (A). En outre, l'inclusion de ces actes dans le domaine discrétionnaire des juges est également critiquable lorsque le pouvoir discrétionnaire des juges dépasse l'administration judiciaire et l'exigence expresse de motivation pour la prise de certains actes d'administration judiciaire (B). L'analyse de ces différentes critiques constitue une condition préalable pour l'identification subséquente de la nature juridique des actes judiciaires administratifs.

A. - Les critiques à l'égard du critère concernant l´absence de grief des actes d´administration judiciaire

98. Le critère négatif retenu par la Cour de cassation se révèle non adapté car la qualification juridique de l'acte est réalisée en raison de ses effets juridiques, et non pas selon sa fonction et sa finalité (I). De plus, la constatation de l´existence d'actes d´administration judiciaire qui provoquent des griefs démontre l´insuffisance du critère établi par la juridiction suprême française (II).

[394] V. *supra,* nº 95.

I - La qualification d´un acte selon ses effets juridiques

99. Par l'arrêt du 24 mai 1995, la Cour de cassation a décidé qu´*« une cour d'appel qui déclare son arrêt opposable à une partie appelée en cause rend une décision susceptible d'en affecter les droits et les obligations. Par suite, cette décision ne constitue pas une mesure d'administration judiciaire »*[395]. Ledit arrêt peut être discutable, dans la mesure où la cour régulatrice n´a pas dit ce qui constitue positivement un acte d´administration judiciaire et s'est limitée à adopter une définition *a contrario*, en affirmant qu´une décision qui provoque des griefs n´est pas un acte d´administration judiciaire.

La définition négative s'avère notamment contestable dans la mesure où le juge prend des actes qui n´affectent pas le fond du jugement à intervenir et qui n´appartiennent pourtant pas à l´administration judiciaire, comme c'est le cas, par exemple, du prononcé d´une amende civile (articles 32-1 et 628 du Code de procédure civile français)[396]. L'absence de grief ne peut pas alors être le critère exclusif d'identification des actes d´administration de la justice.

Toutefois, le critère retenu par la haute juridiction judiciaire française s'avère fortement critiquable lorsque la nature d´un acte est définie en raison de ses effets juridiques[397]. Par conséquent, la frontière entre le juridictionnel et l'administration judiciaire reste donc floue. La définition *a contrario* des actes d´administration judiciaire est alors assez problématique car elle implique la modification de la nature juridique de l´acte en raison des conséquences rattachées, comme le défend une partie de la doctrine, *in verbis :*

---

[395] Cass. soc., 24 mai 1995 : *Bull. civ.* V, nº 168, p. 122 ; *RTD civ.* 1995, obs. R. Perrot, p. 958 : V. *supra,* nº 90.

[396] PERDRIAU André, « Les mesures d´administration judiciaire au regard du juge de cassation », préc., p. 3.

[397] La doctrine reconnaît le vice de raisonnement et affirme, *in verbis : « D'abord, sur un plan méthodologique, l'ordre des choses est inversé : les mesures d'administration judiciaire sont ici caractérisées à partir de leur régime. Ensuite et surtout, il y a là le postulat selon lequel le seul moyen d'exercer un recours consiste à accueillir un acte dans la catégorie des jugements »* : THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2249.

> *« Néanmoins si une mesure qualifiée habituellement de mesure d´administration judiciaire fait grief en portant atteinte aux droits des parties au fond ou à leur droit au procès équitable, alors un recours doit être possible car il ne s´agit plus d´une mesure d´administration judiciaire. (...) Certaines mesures d´administration judiciaire ont cependant un effet tel sur les parties qu´elles subissent un véritable grief (un renvoi lointain par exemple a pour effet de laisser une partie dans l´ignorance de ses droits pendant une durée déraisonnable). Il faudrait alors les requalifier en acte juridictionnel et ouvrir une voie de recours »*[398].

Or, il est nécessaire d'identifier la nature juridique d´un acte juridique selon son essence, sa fonction et sa finalité, et non pas en raison des effets juridiques qui lui sont rattachés. En fait, les effets juridiques d´un acte lui sont postérieurs et dépendent de son essence, et non pas le contraire[399]. Julien Théron a bien remarqué le vice de raisonnement de la Cour de cassation en signalant, *in verbis :*

> *« Surtout, ce critère ne distingue les jugements des mesures d´administration judiciaire qu'eu égard à l'intensité de leurs effets, et non par la démonstration d'une différence de fonction. Il ne révèle donc pas la nature propre des mesures d´administration judiciaire. (...) Le critère tenant à l'existence du grief poursuit un but légitime. Il a pour vocation de permettre aux parties d'exercer une voie de recours contre tout acte du juge susceptible de leur causer tort. Pour autant, il ne permet pas de singulariser la nature des mesures d´administration judiciaire. Il rend même poreuse la frontière existant entre le juridictionnel et le non-juridictionnel. (...) La possibilité est alors ouverte de "déjuridictionnaliser" de véritables jugements au motif subjectif qu'ils ne font pas grief. (...) Si l'on considère qu'un même acte peut passer de la qualification de mesure d´administration judiciaire à celle d'acte juridictionnel en raison de la seule intensité de ses effets, on rejette l'idée que le juge exerce aux travers de ces deux catégories d'actes des fonctions distinctes. À défaut, seule la vérification de la mission remplie par le juge devrait conduire à la qualification de son acte »*[400].

---

[398] DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., p. 153, note nº 68 et p. 165. – V. aussi : GROULIER Cédric, « Remarques sur la notion de mesure d´administration de la justice », préc., p. 419 et note nº 60, *in verbis : « (...) certains éléments peuvent extérioriser les effets de la mesure, qui perdra alors sa qualification de mesure d´administration de la justice et deviendra susceptible de recours. (...) La mesure " disqualifiée" ne devient cependant pas un acte administratif, eu égard à la qualité juridictionnelle de son auteur. Elle sera traitée comme un acte juridictionnel ».*

[399] En proposant un critère d'identification d'acte d'administration judiciaire tiré de ses effets juridiques, la Cour de cassation a commis un vice de raisonnement semblable à celui perpétré auparavant par la doctrine qui a essayé d'identifier l'acte juridictionnel par l'autorité de chose jugée y attachée : V. *supra,* n° 26.

[400] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., pp. 2247-2249.

En analysant un arrêt prononcé par la Cour de Cassation, l'auteur a critiqué le critère utilisé par la chambre commerciale pour exclure la qualification d'acte d'administration judiciaire de la décision par laquelle le tribunal constate la bonne exécution d'un plan de redressement judiciaire par le débiteur, *in verbis :*

> *« Si cette solution est opportune sur un plan pratique, c'est en revanche le critère utilisé pour départir les jugements des mesures d'administration judiciaire qui est contestable. (...) il implique qu'un même acte peut passer de la qualification de mesure d'administration judiciaire à celle de jugement en raison de la seule intensité de ses effets. Cela signifie donc que le juge remplit toujours la même mission, que ses actes ont toujours la même nature, et que seule la force de leurs effets permet de les distinguer. Or, il est difficile de considérer que la fonction de juger n'est pas distincte de celle d'administrer. (...) En l'espèce, le tribunal lève un doute juridictionnel. Le tribunal est informé que des droits sont peut-être atteints et il lui appartient d'opérer la vérification idoine pour ordonner le cas échéant la mesure nécessaire. (...) Il existe un doute quant à l'atteinte aux droits des créanciers et il appartient au tribunal de le lever en vérifiant la bonne exécution du plan par le débiteur »*[401].

100. Julien Théron ne s'oppose pas ici à la conclusion de la haute juridiction, qui a reconnu la nature juridictionnelle de la décision par laquelle le tribunal constate la bonne exécution par le débiteur d'un plan de redressement judiciaire, mais il critique le critère utilisé à ces fins. Selon l'auteur, la fonction des actes d'administration judiciaire est liée à l'accomplissement de l'intérêt du service public de la justice[402]. Ainsi, dès lors que le tribunal lève un doute juridictionnel, la décision n'est pas un acte d'administration judiciaire.

En fait, la critique faite au critère utilisé par la Cour de Cassation pour exclure certains actes judiciaires du domaine de l'administration de la justice est pertinente. En

---

[401] Cass. com., 8 septembre 2015, nº 14-11.393, FS P+B : JurisData nº 2015-019923 : *JCP G* 2015, 1065, nº 41, p. 1804, obs. Théron.

[402] Comme l'indique aussi Lucie Mayer, *in verbis : « Même lorsque le juge prend une simple mesure d'administration judiciaire, il doit déclencher exclusivement l'effet juridique commandé par le respect des exigences du service public de la justice. (...) De même, l'organe juridictionnel qui prend une mesure d'administration judiciaire décide que l'effet déclenché par la mesure adoptée est bien l'effet conforme aux impératifs liés au bon fonctionnement du service public de la justice. On peut donc dire que le juge manifeste une volonté de créer un effet de droit lorsqu'il a dû procéder au préalable à une appréciation de la réunion des conditions de déclanchement de cet effet »* : MAYER Lucie, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique,* préc., pp. 296-297.

principe, s'il nous semble que le législateur a fermé les voies de recours contre les actes d´administration judiciaire (art. 537 CPC) et si nous constatons l'existence des actes administratifs judiciaires qui provoquent des griefs, défendre la modification de la nature juridique de l'acte – afin de surmonter l'obstacle légal établi par l'article 537 du Code de procédure civile français et ouvrir une voie de recours – ne constitue pas, *data venia,* la meilleure solution. Au contraire, il faut chercher dans l´ordre juridique français les moyens à la disposition des justiciables pour contester ces actes en tenant compte de leur véritable nature juridique.

De plus, le critère retenu par la Cour de cassation ne nous paraît pas déterminant lorsque nous constatons l´existence d'actes d´administration judiciaire qui provoque des griefs aux droits des parties.

II - L´existence des actes d´administration judiciaire préjudiciables

101. La définition *a contrario* établie par la Cour de cassation s'avère critiquable, en outre, lorsque le droit positif et la jurisprudence qualifient expressément d'actes d´administration judiciaire les actes du juge qui causent des griefs. Plusieurs actes qualifiés d´administration judiciaire ont une influence importante sur la durée du procès et même sur l´impartialité et la légitimité du *processus* juridictionnel[403], comme l'affirme la doctrine, *in verbis :*

> *« (...) les décisions de jonction ou disjonction d´instance (article 368 du NCPC), de radiation ou de retrait du rôle (article 383 du NCPC), de clôture de l´instruction (article 782 du NCPC), d´autorisation d´assigner à jour fixe ou de*

[403] Comme explique Loïc Cadiet, *« le processus juridictionnel, c'est d'abord la procédure qui conduit au jugement et, à cet égard, la qualité de la procédure juridictionnelle est de nature à favoriser la qualité de la décision juridictionnelle. (...) L'observation suggère déjà que le processus juridictionnel ne se réduit pas à la procédure qui conduit au jugement. Au-delà du traitement strictement procédural de l'affaire, la qualité de la norme juridictionnelle doit être également recherchée du côté du fonctionnement plus global de l'institution judiciaire, ce qu'exprime l'idée de qualité du processus juridictionnel »* : CADIET Loïc, « La qualité de la norme juridictionnelle », préc., pp. 246-247. – V. sur la notion : PAULIAT Hélène, « Processus, procédure : à la recherche de la qualité de la justice », *in* HOAREAU-DODINAU Jacqueline, MÉTAIRIE Guillaume et TEXIER Pascal, *Procéder : pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action ?,* PULIM, 2006, Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique n° 13, pp. 305-325.

fixation d´une date d´audience ont une influence sur la durée de leur procès. (...) Plus fondamentalement, certaines mesures telles que l´attribution d´une affaire à une chambre de la juridiction plutôt qu´à une autre, à un juge plutôt qu´à un autre, le dessaisissement d´un juge d´instruction au profit d´un autre risquent de modifier l´appréciation de la solution au fond. Il se peut ainsi qu´un magistrat soit en litige (de nature privé) avec un avocat. L´attribution de l´affaire à ce juge ou à la chambre à laquelle il appartient risque de porter préjudice à son client. La répartition des affaires entre les chambres ou entre les juges d´une juridiction peut donc revêtir une grande importance pour les parties qui redoutent un risque de partialité »[404].

De plus, le droit positif et la jurisprudence qualifient expressément d'actes d'administration judiciaire des actes qui laissent à penser qu'il sont dommageables aux droits substantiels des parties, comme, par exemple, les décisions de radiation des affaires du rôle pour défaut d'exécution du jugement[405] (articles 526 et 1009-1 du Code de procédure civile français), d'adoption de la procédure de liquidation judiciaire simplifiée (article L. 644-2 du Code de commerce français) et l'autorisation d'assigner à jour fixe (articles 788 à 792 CPC)[406].

En effet, en principe, si la radiation pour défaut d´exécution ne cause que la suspension de l´instance jusqu´à l´exécution de la décision frappée d´appel ou de pourvoi, elle peut se transformer en une cause d´extinction de l´instance en cas de péremption biennale revendiquée par l'intimé[407]. Dans cette hypothèse, l´affaire n´est pas à nouveau

[404] CHOLET Didier, « Le contrôle de l´activité non juridictionnelle des juridictions », préc., p. 9. – V. aussi : PERDRIAU André, « Les mesures d´administration judiciaire au regard du juge de cassation », préc., pp. 3 et 12, *in verbis : « (...) plusieurs mesures non préjudicielles quant au fond, et par conséquent tenues comme d´administration judiciaire, sont susceptibles de faire grief à l´une des parties, sinon aux deux ; ainsi pour le report lointain du jugement d´une affaire. (...) qu´on ne saurait guère imaginer une mesure qui soit plus assurément d´administration judiciaire que celle par laquelle une juridiction fixe la date du prononcé de son jugement. Or, l´éloignement de cette date est susceptible de causer un dommage important et irrémédiable ».*

[405] Cass. 2e civ., 10 février 2011, nº 09-72.947, inédit. – Cass. soc., 30 novembre 2010, nº 09-67.130, inédit. – Cass. 2e civ., 22 octobre 2009, nº 08-19.635, inédit.

[406] Comme l'affirme la doctrine, *in verbis : « Nombre de mesures d'administration judiciaire font grief. À titre d'exemple, la décision de ne pas vérifier le passif d'un débiteur en liquidation judiciaire simplifiée (Cass. com., 17 sept. 2013, nº 12-30.158 : JurisData nº 2013-019871) ou celle de procéder à une liquidation judiciaire simplifiée (C. com, art. D. 641-10) sont susceptibles de porter atteinte aux droits des créanciers. De même, la décision de refus d'autorisation d'assigner à jour fixe en appel (Cass. 2e civ., 25 févr. 2010, nº 09-10.403 : JurisData nº 2010-000762) est susceptible de porter atteinte aux droits du demandeur puisque par définition il l'a sollicité parce qu'il estimait ses intérêts en péril... »* : THÉRON Julien, « Le constat de bonne exécution du plan exclu de la catégorie des mesures d'administration judiciaire », *La semaine juridique – Edition générale,* nº 41, 5 octobre 2015, p. 1804.

[407] V. les articles 526, al. 2, et 1009-3 du Code de procédure civile français.

enrôlée et l´instance s´éteint à titre principal par l´effet de la péremption, ce qui confère au jugement critiqué force de chose jugée. Ce sont donc indirectement les droits substantiels des parties qui sont irrévocablement fixés par le jugement de première instance[408].

De même, la liquidation judiciaire simplifiée est destinée à s´appliquer aux entreprises ayant peu d´actifs, ce qui permet la suppression des contrôles sur la vente des biens du débiteur de façon à diminuer la durée de la procédure, réduire les frais de justice et éviter que ces derniers n´absorbent tout l´actif. La possibilité de vendre les biens du débiteur de gré à gré, sans contrôle rigide, peut néanmoins nuire aux droits au fond du débiteur. En dépit de ce fait, ces décisions sont qualifiées d'actes d'administration judiciaire par le droit positif français[409].

Le dernier exemple de décision qualifiée d'administration judiciaire par la jurisprudence, malgré son incidence sur les droits au fond du demandeur, est l'autorisation d'assigner à jour fixe, prévue aux articles 788 à 792 du Code de procédure civile français[410]. Comme l'explique la doctrine, la sollicitation d'assigner à jour fixe provient du fait que les droits du demandeur sont en péril et exigent donc une réponse urgente de la juridiction. Tout refus peut ainsi avoir une incidence sur les droits du demandeur[411].

Nous constatons alors que le droit positif et la Cour de cassation qualifient d'actes d'administration judiciaire des actes susceptibles de faire grief aux droits substantiels et procéduraux des parties[412] et démontre ainsi l'inadéquation du critère établi *a contrario*

[408] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2248.
[409] V. l'article L. 644-6 du Code de commerce français.
[410] Cass. 2e civ., 24 juin 2004, nº 02-14.886 : *Bull.* II, nº 321 ; *D.* 2005, somm. 336, obs. Julien et Fricero.
[411] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2248.
[412] Nous pouvons, de plus, citer l´ancien article 915 du Code de procédure civile français – avec la rédaction donnée par le décret nº 89-511 du 20 juillet 1989 – qui établissait l´obligation de l´appelant de déposer au greffe ses conclusions dans les quatre mois de la déclaration d'appel. La sanction du non-respect de ce délai était la radiation de l'affaire du rôle par le juge de la mise en état, ce qui privait l'appel de tout effet suspensif. La décision de radiation était insusceptible de recours, comme affirmait le texte de l´article

par la haute juridiction judiciaire française. Nous ne discuterons pas ici la nature juridique réelle de ces décisions judiciaires qui sera analysée postérieurement[413]. Il nous faut d'abord continuer à étudier d'autres critiques adressées à la jurisprudence à propos des actes administratifs judiciaires, et plus précisément à la thèse qui englobe les actes judiciaires administratifs dans le domaine du pouvoir discrétionnaire des juges.

B. - Les critiques adressées à l´identification des actes d´administration judiciaire au pouvoir discrétionnaire du juge

102. La non-exigence expresse de motivation pour la prise de certains actes d´administration judiciaire est interprétée par la Cour de cassation française comme leur appartenance au pouvoir discrétionnaire du juge. Cependant, le raisonnement suivi par la cour régulatrice peut être critiqué dans la mesure où, même si on considère que les actes judiciaires d´administration appartiennent au pouvoir discrétionnaire du juge, comme le défend une partie de la doctrine, le domaine discrétionnaire ne se restreint pas à l´administration judiciaire (I). En outre, l'identification des actes d'administration judiciaire au pouvoir discrétionnaire reste encore plus problématique, lorsque nous constatons que le droit positif français exige expressément la motivation de certains actes administratifs judiciaires (II).

---

915 et la jurisprudence de la Cour de Cassation. La décision de radiation de l´affaire du rôle de la cour d´appel pour défaut de dépôt des conclusions privait alors l'appel de tout effet suspensif, conférant, par conséquent, à l'intimé le droit à l'exécution provisoire, hors les cas où celle-ci était interdite. L´ordonnance de radiation, simple acte d´administration judiciaire, conformément à l´article 381 du Code de procédure civile, provoquait, alors, des griefs à l´appelant, comme reconnaît la doctrine, *in verbis : « En procédure civile, l´appel est suspensif d´exécution et l´appelant doit déposer ses conclusions dans les quatre mois de la déclaration au greffe. S´il ne le fait pas, l´affaire est radiée du rôle par une mesure d´administration judiciaire qui met fin à la suspension d´exécution. Jacques Héron écrivait à ce propos : "la seule difficulté est de tracer la limite de ces mesures d´administration judiciaire. On verra que les rédacteurs du Nouveau Code de procédure civile en ont retenu une notion extrêmement large peut-être même excessivement large". Ainsi la radiation ne présente pas en général de danger sauf celle qui est prévue par l´article 915 du Nouveau Code de procédure civile. Il existe selon cet auteur une certaine "incongruité (...) à faire dépendre l´effet suspensif de l´appel d´une simple mesure d´administration judiciaire" et "il est aberrant d´avoir lié la cessation de l´effet suspensif de l´appel à une mesure d´administration judiciaire". Cette mesure d´administration judiciaire fait sans doute grief à l´appelant puisqu´il doit exécuter immédiatement le jugement. Pourtant cette mesure ne peut faire l´objet d´un recours car l´appelant a été condamné par le jugement et ne doit pas pouvoir utiliser l´appel pour ne pas exécuter ses obligations. Nous souscrivons cependant à l´opinion de J. Héron selon laquelle un tel acte ne devrait pas être qualifié de mesure d´administration judiciaire »* : V. DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., p. 149.

[413] V. *infra,* nº 120 s.

I - Le pouvoir discrétionnaire du juge au-delà de l´administration de la justice

103. Dans certains cas, la loi octroie au magistrat le pouvoir d´apprécier l´opportunité de la mesure à prendre sans exiger du juge la motivation de son acte : c´est le domaine du pouvoir discrétionnaire du juge. La non-exigence expresse de motivation pour la réalisation de plusieurs actes d´administration judiciaire est alors interprétée par la jurisprudence française comme l'appartenance de ces actes au domaine discrétionnaire des juges[414].

Des auteurs adressent cependant des critiques à l´assimilation de ces deux concepts, en rappelant que le domaine du pouvoir discrétionnaire des juges dépasse l´administration judiciaire, *in verbis :*

> *« Un régime juridique commun peut cependant être dégagé. Les règles relatives aux jugements ne leur sont pas applicables (art. 430 à 499) : elles n´ont pas à être motivées, le principe du contradictoire n´a pas à être appliqué sauf exception et elles ne sont sujettes à aucun recours. Il s´agit, selon plusieurs auteurs, d´une expression du pouvoir discrétionnaire. La jurisprudence emploie d´ailleurs expressément le terme. (...) Il ne s´agit pas pour autant d´une mesure arbitraire car le juge applique des conditions et doit respecter, dans certains cas, le principe du contradictoire. La référence au pouvoir discrétionnaire ne paraît pas pouvoir expliquer, en outre, toutes les mesures d´administration judiciaire. En effet certaines de ces mesures sont prises de manière mécanique. (...) Le domaine du pouvoir discrétionnaire déborde par ailleurs celui des mesures d´administration judiciaire, ainsi la fixation du point de départ des intérêts moratoires en vertu de l´article 1153-1 du Code civil est un acte juridictionnel discrétionnaire. On ne peut donc, semble-t-il, fonder la notion de mesures d´administration judiciaire sur celle de pouvoir discrétionnaire »*[415].

---

[414] V. *supra*, nº 96.

[415] DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., pp. 142-143. – Il faut cependant ajouter que l'ancien article 1153-1 du Code civil français a été abrogé par l'Ordonnance nº 2016-131 du 10 février 2016 et que l'actuel article 1344-1 du Code civil établit que *« La mise en demeure de payer une obligation sous forme de somme d'argent fait courir l'intérêt moratoire, au taux légal, sans que le créancier soit tenu de justifier d'un préjudice ».* – V. aussi : PERDRIAU André, « Les mesures d´administration judiciaire au regard du juge de cassation », préc., p. 2, *in verbis : « En effet, la référence au pouvoir discrétionnaire du juge du fond donne à entendre que la Cour de cassation n´a pas à exercer son contrôle, même en absence de toute motivation. Or, si l´on peut dire qu´une mesure d´administration judiciaire est toujours prononcée*

C’est ainsi que la partie de la doctrine qui accepte le caractère discrétionnaire des actes d’administration judiciaire critique l’assimilation de ces deux notions, dès lors que le domaine du pouvoir discrétionnaire ne se limite pas à l´administration de la justice. Il faut alors se demander si les actes d´administration judiciaire sont véritablement des actes discrétionnaires, dans la mesure où le droit positif français exige, expressément, la motivation de certains actes judiciaires administratifs.

II - L´exigence expresse de motivation de certains actes d´administration judiciaire

104. Le législateur français exige expressément que le juge se justifie pour prendre certains actes judiciaires d’administration. Ainsi, la décision de radier l’affaire pour défaut de constitution d’avocat devant la cour d’appel, en cas d’évocation de l’affaire, doit être motivée, conformément à l´article 90 du Code de procédure civile français[416]. En outre, le juge peut rejeter, par ordonnance motivée, la requête tendant à la clôture de l´instruction lorsque l´une des parties seulement s´est abstenue d´accomplir, dans le délai prescrit, les actes de procédure lui incombant, selon l’article 780 dudit code. De plus, d´après l´article 781, si les avocats s'abstiennent d'accomplir les actes de la procédure dans les délais impartis, le juge de la mise en état peut d’office, après avis donné aux avocats, prendre une ordonnance de radiation motivée non susceptible de recours. Il faut ajouter que, selon l´article 784 du Code de procédure civile français, la décision de

discrétionnairement, il n´est pas vrai qu´à l´inverse, toutes les dispositions laissées à la libre appréciation du juge, sans qu´il ait à les motiver, relèvent de l´administration judiciaire ».

[416] L’article 90 du Code de procédure civile français établit, *in verbis : « Quand elle décide d'évoquer, la cour invite les parties, le cas échéant par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, à constituer avocat dans le délai qu'elle fixe, si les règles applicables à l'appel des décisions rendues par la juridiction dont émane le jugement frappé de contredit imposent cette constitution. Si aucune des parties ne constitue avocat, la cour peut prononcer d'office la radiation de l'affaire par décision motivée non susceptible de recours. Copie de cette décision est portée à la connaissance de chacune des parties par lettre simple adressée à leur domicile ou à leur résidence ».*

révocation de l´ordonnance de clôture doit être motivée et relever une cause grave de révocation[417].

La radiation de l´affaire pour défaut de constitution d´avocat en cas de contredit (article 90) ou pour défaut de diligence des parties (article 781) est toutefois qualifiée d'actes d´administration judiciaire[418]. De plus, l´ordonnance motivée par laquelle le juge refuse d´ordonner la clôture de l´instruction constitue, elle aussi, un acte d´administration judiciaire[419].

Les exemples ci-dessus démontrent donc que le droit positif exige expressément que le juge motive, dans certaines hypothèses, les décisions concernant l´administration judiciaire. L´exigence expresse de motivation de certains actes judiciaires d´administration contrarie alors l´affirmation selon laquelle ces actes appartiennent au pouvoir discrétionnaire des juges du fond, les décisions discrétionnaires se caractérisant justement par l'absence de motivation[420].

---

[417] Frédérique EUDIER défend, *in verbis : « Dans le souci d'une bonne administration de la justice, les mesures d'administration judiciaire ne sont pas, en principe, motivées (C. pr. civ., art. 499) puisqu'elles ne sont pas soumises aux règles relatives aux jugements. (...) En revanche, la décision de révocation de l'ordonnance de clôture doit être motivée et relever une cause grave de révocation (C. pr. civ., art. 784. – Civ. 3e, 21 mars 1984, Bull. civ. III, no 77 ; RTD civ. 1984. 562, obs. R. Perrot. – Civ. 2e, 4 oct. 1989, Bull. civ. II, no 154 ; Gaz. Pal. 1990. 2. Somm. 359, obs. S. Guinchard et Moussa. – Civ. 3e, 8 janv. 1992, no 89-20.346, Bull. civ. III, n° 4 »* : EUDIER Frédérique, *V°* Jugement, in *Répertoire de procédure civile,* préc., n° 262. – Comme l'indique la doctrine, *« En règle générale, il y a cause grave de révocation lorsque l'évolution du litige fait obstacle à ce que l'affaire soit plaidée en l'état à la date fixée (art. 784, al. 2) comme, par exemple, l'application immédiate d'une loi nouvelle. (...) Ces solutions sont admissibles, encore que l'exigence d'une cause grave paraisse bien nécessiter un minimum de motivation explicite »* : V. CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* », préc., p. 743.

[418] Selon Frédérique Eudier, *in verbis : « Les décisions de radiation et de retrait du rôle, qui sont des mesures d'administration judiciaire (art. 383, al. 1er, du code de procédure civile), n'ont pas, en principe, à être motivées, sauf disposition spéciale : en matière de contredit pour la radiation de l'affaire par la cour si aucune des parties n'a constitué avoué (art. 90, al. 2, CPC) ; pour la radiation à titre de sanction lorsqu'un avocat s'abstient d'accomplir les actes de procédure dans les délais impartis (art. 781, al. 1er, CPC)* » : EUDIER Frédérique, *V°* Jugement, in *Répertoire de procédure civile,* préc., n° 262.

[419] V. en ce sens BORÉ Jacques et BORÉ Louis, *V°* Pourvoi en cassation, in *Répertoire de procédure civile*, préc., n° 35, *in verbis : « Parmi les ordonnances que le juge ou le conseiller de la mise en état est autorisé à prendre figurent bon nombre d'actes de pure administration judiciaire, que les textes eux-mêmes, par application du principe posé par l'article 537 du code de procédure civile, ont déclaré non susceptibles de tout recours. Ainsi, en est-il : (...) 2/ de l'ordonnance motivée par laquelle le même juge peut rejeter la requête tendant à la clôture de l'instruction, lorsque l'une des parties seulement s'est abstenue d'accomplir dans le délai prescrit les actes de procédure lui incombant (C. pr. civ., art. 780) ».*

[420] V. *supra,* n° 91 s.

Les réponses ainsi données par la jurisprudence à la nature et au régime juridiques des actes d´administration judiciaire semblent, *data maxima venia*, critiquables. Il nous faut donc progresser dans notre recherche en espérant que l'analyse des différentes thèses doctrinales nous conduise à l'exacte identification de la nature juridique des actes judiciaires administratifs et de leur régime juridique idoine.

CONCLUSION DE LA SECTION 1

105. La Cour de cassation a présenté une définition *a contrario* des actes d´administration judiciaire. Il s'agirait d'actes judiciaires non susceptibles d´affecter les droits et les obligations des parties. Le raisonnement binaire suivi par la cour régulatrice – qui oppose les actes d´administration judiciaire aux actes juridictionnels – a été utilisé pour justifier la différence entre les régimes juridiques attachés à ces deux types d´actes judiciaires. Dès lors, il résulterait que les actes d´administration judiciaire, différemment des actes juridictionnels, n'ont pas à être motivés, ce qui a conduit la haute juridiction judiciaire française à insérer ces actes d'administration judiciaire dans le cadre du pouvoir discrétionnaire du juge.

106. Cependant, le critère négatif retenu par la Cour de cassation se révèle, *data maxima venia*, non adapté car la qualification juridique de l'acte est réalisée en raison de ses effets juridiques, et non pas selon sa fonction et sa finalité. De plus, le critère retenu par la cour régulatrice ne nous paraît pas déterminant lorsque nous constatons l´existence d'actes d´administration judiciaire qui causent des griefs aux parties et lorsque le droit positif français exige la motivation pour la prise de certains actes d'administration judiciaire. Il faut donc analyser les réponses de la doctrine en la matière.

Section 2 : A la recherche de la nature juridique des actes d'administration judiciaire : les réponses de la doctrine française

107. Si l´expression *mesure d'administration judiciaire* est fréquemment utilisée – surtout pour dénoncer l´irrecevabilité des recours contraires à ces actes – et même si les

auteurs affirment que quelques actes du juge appartiennent à l´administration judiciaire, les actes judiciaires administratifs n´ont pas été un sujet assez étudié, malgré son importance pratique indéniable. En outre, la doctrine diverge sur la nature juridique des actes d'administration judiciaire : si quelques auteurs les identifient aux mesures d´ordre intérieur du droit administratif (§ 1), d´autres affirment leur nature *sui generis*, les actes judiciaires d'administration étant qualifiés comme des actes d´administration adoptés par les organes juridictionnels (§ 2).

§ 1 : Les actes d´administration judiciaire : des mesures d´ordre intérieur ?

108. Il existe des convergences entre les actes d´administration judiciaire et les mesures d´ordre intérieur. Pourtant, même s'il est possible d'identifier des traits communs entre eux (A), les divergences démontrent la spécificité de l´acte d´administration judiciaire, qui n'est pas réductible à un autre (B).

A. - Les similitudes entre les actes d´administration judiciaire et les mesures d´ordre intérieur

109. Les actes d´administration judiciaire et les mesures d´ordre intérieur ont des traits communs qui les rapprochent : les deux notions sont rattachées au fonctionnement interne du service (I). En outre, la doctrine affirme que ces deux mesures ne provoquent pas, en principe, de griefs à leurs destinataires et ne sont donc pas susceptibles de recours (II).

I - Des mesures d´administration interne du service

110. Les actes d´administration judiciaire et les mesures d´ordre interne ont des caractéristiques communes puisqu'il s'agit de décisions prises par des autorités pour assurer le bon fonctionnement d'un service, administratif ou juridictionnel. Leur rapprochement découle ainsi du fait que ces deux types d´actes sont associés au fonctionnement interne de services, juridictionnel pour les premières et administratif pour

les secondes. Ce sont alors des *mesures d´administration interne*, conformément à la dénomination adoptée par Cédric Groulier[421].

En fait, la notion de mesure d´ordre interne du droit administratif recouvre un certain nombre de décisions s´adressant aux agents des services civils[422] ou militaires[423] et aux usagers des services pénitentiaires[424] et d´enseignement[425]. Elles constituent les manifestations d´un pouvoir éminent qui s´exerce dans la sphère interne du service pour en assurer le bon fonctionnement[426]. Les mesures d´ordre intérieur concernent le fonctionnement interne de l´administration et relèvent donc, en principe, du pouvoir discrétionnaire des chefs de services[427]. D´une manière similaire, les actes d´administration judiciaire englobent le fonctionnement interne du service de la juridiction et le déroulement de l´instance car il s'agit des décisions qui visent à préparer l´édiction ultérieure de l´acte juridictionnel.

En outre, les mesures d'ordre intérieur comme les actes d'administration judiciaire émanent d'un membre éminent du service investi d'un pouvoir de direction[428]. Les mesures d´ordre intérieur émanent du chef du service et les agents s´y conforment en raison du principe hiérarchique, particulièrement vigoureux dans l´armée ; les élèves, les étudiants et les détenus, quant à eux, subissent ces mesures en raison de la condition d´obéissance au sein de laquelle ils se trouvent du fait de la nature particulière des services en cause[429].

De façon similaire, c´est le chef de juridiction et le juge chargé de la direction de l´instance qui prennent les divers actes d´administration judiciaire pour le bon

[421] GROULIER Cédric, « Remarques sur la notion de mesure d´administration de la justice », préc., pp. 412-413.
[422] CE, 8 mars 1999, *Mme Butler*, Rec. t., p. 843 (modification des tâches confiées à un agent).
[423] CE, 11 juillet 1947, *Dewawrin*, Rec., p. 307 (punition, non constitutive de sanction disciplinaire, infligée à um militaire).
[424] CE, 27 janvier 1984, *Caillol*, Rec., p. 28 (placement d´un prisonnier en quartier de haute sécurité).
[425] CE, 11 janvier 1967, *Bricq,* Rec. t., p. 881 (affectation d´un étudiant dans un groupe de travaux dirigés, sans incidence sur son orientation).
[426] GROULIER Cédric, « Remarques sur la notion de mesure d´administration de la justice », préc., p. 413.
[427] DEBBASCH Charles et RICCI Jean-Claude, *Contentieux administratif*, 7e éd., Dalloz, 2001, p. 750.
[428] GROULIER Cédric, « Remarques sur la notion de mesure d´administration de la justice », préc., p. 414.
[429] GROULIER Cédric, « Remarques sur la notion de mesure d´administration de la justice », préc., p. 414.

déroulement de l´instance et le bon fonctionnement du service public de la justice. Par exemple, c´est le chef de juridiction qui décide de la connexité élevée entre diverses formations de sa juridiction[430] ; c'est le juge de la mise en état qui ordonne la jonction ou la disjonction d´instances[431]. Il appartient, en outre, au premier président de la Cour de cassation, au premier président de la cour d'appel, au président du tribunal de grande instance, et au magistrat chargé de la direction et de l'administration du tribunal d'instance de répartir, chaque année, les juges dans les différents services de la juridiction[432].

De plus, la doctrine indique un autre point de convergence entre ces actes : la fermeture de voie de recours pour les contester car ces actes sont considérés sans grief pour leurs destinataires.

II - Des décisions non susceptibles de recours

111. La qualification publiciste de mesure d´ordre intérieur désigne les décisions *« considérées comme trop peu importantes pour pouvoir donner lieu à recours »*[433]. Les mesures d´ordre interne sont alors considérées par le juge administratif comme étant non susceptibles d'être déférées devant lui en cas de litiges contentieux, comme l'explique la doctrine, *in verbis :*

> *« Ces mesures, pour la plupart d'entre elles, ne possèdent pas de caractère décisoire permettant de lier le contentieux : dès lors, elles ne peuvent en aucun cas être querellées devant le juge. D'autres, tout en étant insusceptibles de recours contentieux, possèdent néanmoins la qualité de décision ; cependant, elles ne peuvent faire l'objet d'un recours eu égard à leur "faible importance pratique" et à leur "minceur juridique". Les mesures d'ordre intérieur jouissent ainsi d'une sorte d'immunité juridictionnelle en raison soit de leur absence de caractère décisoire, soit de leur objet consacrant une importance juridique et pratique trop faible, étant rappelé qu'en règle générale, les mesures d'ordre intérieur ne concernent que "la vie intérieure des administrations publiques" et*

[430] V. l´article 107 du Code de procédure civile français.
[431] V. l´article 766 du Code de procédure civile français.
[432] V. l´article L. 121-3 du Code de l'organisation judiciaire français.
[433] CHAPUS René, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15e éd., 2001, p. 511.

que les domaines de prédilection de ce type de mesures sont principalement l'armée, le milieu carcéral et les établissements scolaires publics »[434].

Les effets des mesures d´ordre intérieur sont ainsi considérés comme insuffisamment graves pour justifier un examen contentieux (*de minimis non curat praetor*) de sorte que le juge tolère que ces décisions produisent des effets limités à la sphère interne du service[435], pour les raisons suivantes, *in verbis :*

> *« L'adage latin "de minimis non curat praetor" exprime parfaitement l'idée à la base de la catégorie. Ouvrir l'accès au prétoire à l'encontre de ces multiples petites mesures ne pourrait que contribuer à l'engorgement des rôles et ne favoriserait pas la pacification nécessaire des rapports entre les administrations et leurs usagers. Bien que les mesures en cause doivent être, comme tout acte administratif décisoire, respectueuses de la légalité, le juge ne s'estime pas bien placé pour y veiller. Rien n'interdit d'ailleurs à l'intéressé de s'adresser à l'auteur de l'acte pour tenter d'en obtenir gracieusement l'amendement ou le retrait »*[436].

Les mesures d´ordre intérieur échappent ainsi à tout contrôle juridictionnel – soit par la voie du recours pour excès de pouvoir[437], soit par une action en responsabilité[438] –, même si ces décisions modifient l´ordonnancement juridique de leurs destinataires, comme le reconnaît la doctrine, *in verbis :*

> *« La doctrine s´entend sur la particularité de la mesure d´ordre intérieur : celle-ci présente un caractère décisoire ; en ce sens, elle modifie l´ordonnancement juridique, ce qui la distingue des circulaires et directives. En revanche, elle rejoint ces dernières quant à son régime juridique en ce qu´elle est insusceptible de recours. L´absence de recours ouvert contre une circulaire ou une directive se comprend fort bien. Le juge doit être saisi d´actes qui modifient l´ordonnancement juridique. Si l´acte n´emporte pas un tel effet, cela signifie qu´il ne fait pas grief au justiciable. L´absence de recours contre les mesures d´ordre intérieur est juridiquement beaucoup plus difficile à justifier puisque ces mesures modifient l´ordonnancement juridique. Mais, l´on ne dérange pas le juge*

---

[434] PISSALOUX Jean-Luc et MINOT Lilian, « L'évolution des mesures d'ordre intérieur en milieu carcéral », *La Gazette du Palais*, 9 août 2008, n° 222, p. 25.
[435] GROULIER Cédric, « Remarques sur la notion de mesure d´administration de la justice », préc., p. 417.
[436] SEILLER Bertrand, *Vº* Acte administratif, in *Répertoire de contentieux administratif*, janvier 2010, nº 316. – V. aussi : DEBBASCH Charles et RICCI Jean-Claude, *Contentieux administratif*, préc., p. 750, *in verbis : « Les administrés n´ont pas intérêt à agir contre elles par la voie du recours pour excès de pouvoir puisque ces mesures sont supposées ne pas leur préjudicier ou ne leur causer qu´un dommage minime ».*
[437] CE, 8 mars 1993, *Riollot*, req. nº 112742, Lebon 937.
[438] CE, 10 mars 1982, *Taddei*, req. nº 24010, Lebon 534, *D*. 1983. IR 315, obs. Moderne et Bon.

administratif pour contester des règles de droit mineures, internes à la vie de l´administration »[439].

Elles ne correspondent pas à une catégorie homogène sur le plan conceptuel, lorsque des mesures aussi différentes que les punitions militaires, les décisions individuelles concernant l´affectation d´étudiants dans des groupes de travaux dirigés, les décisions relatives aux conditions de détention de prisonniers sont classées dans une même catégorie. Elles constituent, au contraire, une notion fonctionnelle[440] car le juge qualifie un acte de mesure d´ordre intérieur pour motiver l´irrecevabilité du recours[441].

112. Les mesures d´ordre intérieur ont ainsi un caractère discrétionnaire car leur édiction suppose toujours une totale liberté d´appréciation de leur auteur, tant du point de vue de l´opportunité d´agir que de la détermination de la mesure à prendre, ce qui mène à l´absence de contrôle contentieux des décisions qualifiées comme telles. L´immunité contentieuse dont bénéficient ces mesures garantit alors le caractère discrétionnaire de leur édiction[442].

113. Cependant, le domaine de la mesure d´ordre intérieur a été considérablement réduit en raison d´un large mouvement d´approfondissement de la soumission de l´administration au droit[443] – on pourrait même parler de juridictionnalisation –, particulièrement visible lorsque l´action administrative se déroule dans un milieu fermé, comme, par exemple, le milieu pénitentiaire – à propos duquel le juge administratif a admis, ces dernières années, la recevabilité des recours contre des décisions prises à

[439] DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., p. 144.
[440] VEDEL G., « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, 851, nº 4, *apud :* GROULIER Cédric, « Remarques sur la notion de mesure d´administration de la justice », préc., p. 426, *in verbis :* « *les premières (notions fonctionnelles) peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes. (...) on pourrait dire ce qu´elles sont indépendamment de ce à quoi elles servent. (...) L´utilisation de toutes ces notions dépend de leur contenu ; le contenu ne dépend pas de l´utilisation. Les notions "fonctionnelles" au contraire sont différemment construites. Elles procèdent directement d´une fonction qui leur confère seule leur véritable unité ».*
[441] GROULIER Cédric, « Remarques sur la notion de mesure d´administration de la justice », préc., p. 426.
[442] GROULIER Cédric, « Remarques sur la notion de mesure d´administration de la justice », préc., p. 422.
[443] CE, 17 févr. 1995, *Hardouin et Marie : Rec.* pp. 82-83, concl. P. Frydman : *AJDA* 1995, p. 379, chron. L. Touvet et J-H. Stahl ; *D.* 1995, p. 381, note N. Belloubet-Frier ; *JCP* 1995, nº 22426, note M. Lascombe et F. Bernard ; *LPA* 28 avr. 1995, p. 11, note G. Vlachos : *RDP* 1995, p. 1338, note O. Gohin.

l'égard des détenus, décisions auparavant considérées comme des mesures d'ordre intérieur[444] –, l'administration militaire[445] ou le fonctionnement des hôpitaux psychiatriques[446], comme l'explique la doctrine, *in verbis :*

> *« Initiée par deux arrêts de 1995, la tendance est précisément à la réduction de la notion et, corrélativement, à l'ouverture plus large des voies de recours juridictionnelles à l'encontre de mesures autrefois considérées comme insignifiantes. En vertu des critères définissant les mesures d'ordre intérieur (CE, ass., 27 mai 2009, req. n° 322148, Khaled Mustapha A., Lebon, à paraître), cette qualité doit être réservée aux décisions qui, par leur nature non liberticide, leur faible gravité et leur absence de conséquences juridiques ultérieures sont véritablement subalternes. Ces critères d'appréciation ont conduit à en exclure des mesures de sanction prises à l'encontre de détenus (CE, ass., 17 févr. 1995, req. n° 97754, Marie, Lebon 82, concl. Frydman, AJDA 1995. 379, chron. Touvet et Stahl, D. 1995. 381, note Belloubet-Frier, JCP 1995. II. 22426, note Lascombe et Bernard, LPA 28 avr. 1995, p. 11, note Vlachos, Rev. adm. 1996. 696, note de Lajartre, RD publ. 1995. 1338, note Gohin, RFDA 1995. 353, concl. P. Frydman : jours de cellule de punition) ou de militaires (CE, ass., 17 févr. 1995, req. n° 107766, Hardouin, Lebon, mêmes références : jours d'arrêt ; CE 12 juill. 1995, req. n° 130053, Maufroy, Lebon 304 : blâme) »*[447].

[444] CE, 3 novembre 1989, *Pitalugue*, Lebon 830 : refus d'un directeur de prison de restituer les sommes bloquées sur le compte d'un détenu. – CE, 15 janvier 1992, *Cherbonnel*, req. nº 97149, Lebon 19, *Rev. adm*. 1992. 222, obs. Ruiz-Fabri, *RFDA* 1993. 1131, concl. Scanvic : décisions relatives à l'organisation des repas des détenus. – CE, 18 mars 1998, *M. Druelle*, req. nº 191360, Lebon 98, *RFDA* 1999. 227, concl. Bonichot : décision relative à l'acquisition de matériel informatique par les détenus. – CE, 30 juillet 2003, *Garde des Sceaux, Min. Justice c/ Remli,* req. nº 252712, Lebon 366, *D.* 2003. 2331, note Herzog-Evans, *Gaz. Pal.* 2003, nº 79, p. 10, note Donnat, *Gaz. Pal.* 2003, nº 313, p. 10, concl. Guyomar : placement à l'isolement. – CE, ass., 14 décembre 2007, *Payet,* req. nº 306432, Lebon 498, *AJDA* 2008. 128, chron. Boucher et Bourgeois-Machureau, *AJ pénal* 2008. 100, note Péchillon, *D.* 2008. 820, note Herzog-Evans, *JCP* 2008. I. 132, note Plessix, *LPA* 3 juin 2008, nº 111, p. 10, note Canedo-Paris, *RFDA* 2008. 104, concl. Landais : rotation de sécurité appliquée à un détenu. – CE, ass., 14 décembre 2007 [2 arrêts], *Planchenault*, req. nº 290420, et *Boussouar*, req. nº 290730, Lebon 474 et Lebon 495, concl. Guyomar, *AJDA* 2008. 128, chron. Boucher et Bourgeois-Machureau, *AJ pénal* 2008. 100, note Péchillon, *D.* 2008. 820, note Herzog-Evans, *JCP* 2008. I. 132, note Plessix, *LPA* 3 juin 2008, nº 111, p. 10, note Canedo-Paris, *RFDA* 2008. 87, concl. Guyomar : décision de déclassement d'emploi d'un détenu et transfert d'une maison centrale à une maison d'arrêt. – CE, ass., 17 décembre 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons,* req. nº 293786, Lebon, *AJ pénal* 2009. 87, note Céré, *JCP* 2009. II. 10049, note Merenne : décision de placer, soit en urgence et de manière provisoire, soit à titre préventif, un détenu à l'isolement. – CE, ass., 27 mai 2009, *Khaled Mustapha A*., req. nº 322148, Lebon : changement d'affectation entre établissements de même nature mais portant atteinte au droit du détenu de conserver des liens familiaux.

[445] CE, 28 septembre 2001, *Lavanchy,* req. nº 195270, Lebon 1077 : décision de mettre fin à l'entraînement aérien d'agents et de ne plus leur confier de missions aériennes. – CE, 28 décembre 2001, *Riche,* req. nº 218298, *Dr. adm*. 2002. Comm. 56, obs. D.P. : refus d'octroi de jours de permission à un militaire

[446] CE, 25 mai 1994, *G. G.,* req. nº 135677, Lebon T. 1095 : refus préfectoral de transférer un patient dans un autre département.

[447] SEILLER Bertrand, *Vº* Acte administratif, in *Répertoire de contentieux administratif*, préc., nº 321.

La notion de mesure d´ordre intérieur persiste cependant dans le domaine administratif[448] car elle englobe les décisions administratives de faible importance qui ne provoquent pas de griefs considérables à leurs destinataires et qui ne sont donc pas susceptibles de recours. D´où le rapprochement entre les actes d´administration judiciaire et les mesures d´ordre intérieur. En effet, le Code de procédure civile français ne dit pas ce qu'est positivement un acte d´administration judiciaire et se limite à affirmer qu´il n'est pas susceptible de recours, ce qui indique alors qu'il existerait des décisions de faible importance, prises par le juge, non préjudiciables au justiciable et donc non contestables[449].

Toutefois, nous avons vu que les actes d´administration judiciaire produisent des effets divers sur les situations juridique et matérielle de leurs destinataires[450]. Le choix de la formation de jugement, la jonction ou la disjonction d´instances, la radiation d´une affaire du rôle, la décision d´une juridiction de solliciter l´avis contentieux à la Cour de cassation, la fixation d´une date d´audience sont des décisions qui provoquent des effets variés sur les parties. Pourtant, selon la doctrine, ces effets doivent être considérés comme normaux eu égard à la situation particulière de leur destinataire par rapport au service, *in verbis :*

---

[448] Comme affirme la doctrine, *in verbis : « Divers arrêts en témoignent dans les domaines pénitentiaire (CE 8 déc. 2000, req. n° 162995, Frérot, Lebon 589, RFDA 2001. 261 : refus d'acheminement de courrier entre détenus ; CAA Paris, 29 juin 2001, M. Maxime Frérot, RFDA 2001. 1348 : privation d'accès au parloir sans dispositif de séparation ; CE 9 avr. 2008, req.no 308221, André A., Lebon, Gaz. Pal. 2008. 309, concl. Guyomar : décision d'affectation consécutive à une condamnation, décision de changement d'affectation d'une maison d'arrêt à un établissement pour peines, ainsi que décision de changement d'affectation entre établissements de même nature, sous réserve que ne soient pas en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus), militaire (CE 19 mai 2004, req. n° 255339, Raveneau, Lebon 801 : refus de la commission des recours des militaires d'entendre l'intéressé) ou médical (CE 17 nov. 1997, req. n° 170531, CHS d'Erstein, Lebon T. 987, Dr. adm. 1998. Comm. 128, obs. D.C. : autorisation de "sortie d'essai" d'un patient d'un hôpital psychiatrique). Elle connaît également encore des applications dans les autres services publics (CE 25 janv. 2006, req. n° 275070, Marc Antoine, Lebon 29, AJDA 2006. 997, note Markus, AJFP 2006. 190, concl. Struillou : lettre par laquelle un président de tribunal administratif reproche à un commissaire du gouvernement son comportement à l'égard des membres de la formation de jugement à laquelle il appartient »* : V. SEILLER Bertrand, *V°* Acte administratif, in *Répertoire de contentieux administratif*, préc., nº 324,

[449] DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., p. 144.

[450] V. *supra,* nº 17.

> *« (...) c´est la nature et l´autorité de la justice qui imposent que les justiciables, usagers de ce service, supportent un certain nombre de sujétions dans la perspective du prononcé du jugement ; de même, c´est parce qu´ils ont intégrés au service que certains tiers, tels les experts, peuvent être destinataires de mesures d´administration de la justice qu´ils ne pourront pas directement contester. Qu´ils y collaborent ou qu´ils en attendent une décision disant le droit, les destinataires des mesures d´administration de la justice se trouvent donc saisis par le service, incorporés à un processus débouchant sur l´acte juridictionnel ; ils devront dès lors supporter certaines mesures du fait de cette situation »*[451].

Ces points de convergence ont conduit une partie de la doctrine à qualifier les actes judiciaires d'administration de mesures d´ordre intérieur, *in verbis :*

> *« Détail frappant, le Nouveau Code de procédure civile, qui ne dit pas ce qu´est une mesure d´administration judiciaire, prend soin de spécifier qu´elle est insusceptible de recours. Une telle précision paraît justifier le rapprochement de la mesure d´administration judiciaire et de la mesure d´ordre intérieur. (...) La mesure d´administration judiciaire apparaîtra dès lors plus clairement : il s´agit d´une mesure d´ordre intérieur qui ne tranche pas une prétention et qui ne contribue pas à la recherche des preuves mais qui organise, indépendamment des parties, de manière souvent discrétionnaire (mais pas systématique) le procès comme une mesure d´ordre intérieur organise l´activité administrative. (...) En conclusion la mesure d´administration judiciaire apparaît comme une mesure d´ordre intérieur dont le critère est l´absence ou la faiblesse du grief mais qui pour autant modifie l´ordonnancement juridique en ayant un effet procédural »*[452].

Malgré les similitudes entre ces deux notions, les actes d´administration judiciaire présentent des singularités qui les distinguent des mesures d´ordre intérieur, comme il convient de le voir maintenant.

§ 2 : La spécificité de la notion d'acte d´administration judiciaire

114. Les mesures d´ordre intérieur et les actes d´administration judiciaire sont liés au fonctionnement interne de services, administratif pour les premiers et juridictionnel pour les secondes. Les actes concernant l´administration judiciaire présentent pourtant des spécificités qui empêchent l´identification de ces deux notions. A la différence des

[451] GROULIER Cédric, « Remarques sur la notion de mesure d´administration de la justice », préc., p. 419.
[452] DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., pp. 143, 145 et 164.

mesures d´ordre intérieur, les actes d´administration judiciaire constituent une notion conceptuelle (A) et sont susceptibles de contrôle (B).

A. - La notion conceptuelle de l'acte d´administration judiciaire

115. Malgré l'absence de définition légale, la doctrine française a établi la notion conceptuelle des actes d´administration judiciaire qui intègrent les décisions prises par le chef de juridiction – ou son délégué – et par le juge chargé de la direction de l´instance en vue d'assurer le bon fonctionnement du service public de la justice et le bon déroulement de l´instance[453]. Cette notion réunit ainsi les actes d´organisation juridictionnelle[454] et les actes de gestion procédurale[455] pris par l´autorité juridictionnelle. Il existe donc ici un point de divergence entre les actes d´administration judiciaire et les mesures d´ordre interne, surtout lorsque nous vérifions la possibilité d'un certain contrôle sur ces actes.

B. - Les recours contre les actes d´administration judiciaire : le contrôle différé et la possibilité théorique d'usage du pourvoi pour excès de pouvoir sur l´ordre du garde des Sceaux

116. Les actes d´administration judiciaire s´insèrent dans un *processus* décisionnel qui ne se réduit pas à eux-mêmes. Ils sont alors rattachés, directement ou indirectement, à une procédure donnée. Leur régularité peut ainsi être examinée lors du contrôle de l´acte juridictionnel auquel ils sont liés sur le plan procédural, comme l'affirme Cédric Groulier, *in verbis :*

---

[453] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, préc., p. 98. – DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., p. 142. – PERDRIAU André, « Les mesures d´administration judiciaire au regard du juge de cassation », préc., p. 2. – GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile et FERRAND Frédérique, *Procédure civile : droit interne et droit de l´Union européenne*, préc., p. 715.

[454] Comme, par exemple, la répartition des affaires entre les chambres ou les juges d´une même juridiction, la fixation et l´organisation des audiences, la désignation ou la délégation des juges dans l´exercice de missions spécifiques.

[455] Comme, par exemple, les décisions relatives à la fixation des délais, les décisions de radiation, de renvoi à l´audience, de jonction et disjonction d´instances, la connexité entre formations d´une même juridiction, etc.

> *« L´importance limitée des effets des mesures d´administration de la justice, leur portée essentiellement interne à la procédure, ainsi que leur caractère parfois provisoire, expliquent qu´en dépit de leur dimension décisoire, l´examen de la régularité de ces mesures puisse attendre qu´un recours soit formé contre le jugement qu´elles ont contribué à préparer. Le régime contentieux de ces mesures illustre, en tout état de cause, un souci légitime : celui de préserver la phase amont de l´office du juge des perturbations procédurales qu´autant de "procès dans le procès" pourrait causer. La bonne administration de la justice suppose sa sérénité, et l´incontestabilité – temporaire – des mesures d´administration de la justice se présent donc comme un moyen de la garantir »*[456].

André Perdriau avait déjà remarqué cette possibilité de contrôle différé. En traitant des décisions du juge concernant les demandes de renvoi, l´auteur a écrit, *in verbis :*

> *« Si le renvoi est ordonné, que ce soit pour plaidoiries à une audience ultérieur, ou pour permettre aux parties de conclure, en les renvoyant préalablement devant le juge de la mise en état, il ne sera certainement pas possible de le critiquer par un pourvoi en cassation. Mais, s´il est refusé, il pourra y avoir lieu à un moyen de cassation pris d´une violation du principe de la contradiction (articles 12 et 16), et alors, ce moyen devra être examiné au fond. Il sera habituellement rejeté – et non pas déclaré irrecevable – aux motifs, repris d´un arrêt d´assemblée plénière, que "la faculté d´accepter ou de refuser le renvoi ... relève du pouvoir discrétionnaire du juge, dès lors que les parties ont été mises en mesure d´exercer leur droit à un débat oral" »*[457].

En analysant le même arrêt de l´assemblée plénière de la Cour de cassation, MM. Degoffe et Jeuland reconnaissent la possibilité de contrôle différé des actes d´administration judiciaire qui font grief :

---

[456] GROULIER Cédric, « Remarques sur la notion de mesure d´administration de la justice », préc., p. 405. Ainsi, les actes d'administration judiciaire seront soumis au même type de contrôle prévu pour les mesures d'instructions, c'est-à-dire, un contrôle différé, réalisé au moment du recours contre l'acte juridictionnel auquel ils sont liés, selon les règles générales prévues aux articles 150 et 170 du Code de procédure civile français, *in verbis : « Article 150 : La décision qui ordonne ou modifie une mesure d'instruction n'est pas susceptible d'opposition ; elle ne peut être frappée d'appel ou de pourvoi en cassation indépendamment du jugement sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi. Il en est de même de la décision qui refuse d'ordonner ou de modifier une mesure »* et *« article 170 : Les décisions relatives à l'exécution d'une mesure d'instruction ne sont pas susceptibles d'opposition ; elles ne peuvent être frappées d'appel ou de pourvoi en cassation qu'en même temps que le jugement sur le fond. Elles revêtent la forme soit d'une simple mention au dossier ou au registre d'audience, soit, en cas de nécessité, d'une ordonnance ou d'un jugement ».*

[457] PERDRIAU André, « Les mesures d´administration judiciaire au regard du juge de cassation », préc., nº 49 et 50.

> *« De même sur le fondement des principes fondamentaux de la procédure, en particulier en cas d´atteinte au principe du contradictoire, un recours paraît devoir être ouvert devant les juridictions internes. (...) C´est d´ailleurs implicitement la solution apportée par la Cour de cassation (Ass. plén. 24 nov. 1989, préc.) lorsqu´elle admet qu´un refus ou une acceptation d´un renvoi relève du pouvoir discrétionnaire du juge "dès lors que les parties ont été mises en mesure d´exercer leur droit à un débat oral", en effet puisque le principe du contradictoire n´est pas atteint, le droit au procès équitable est respecté et la mesure d´administration judiciaire ne fait pas grief »*[458].

117. Il faut, en outre, remarquer que l´article 18 de la loi nº 67-523 du 3 juillet 1967 contient une prévision légale d´utilisation du pourvoi en annulation pour excès de pouvoir exercé sur l´ordre du garde des Sceaux en cas de *« méconnaissance de la séparation des pouvoirs, des règles expresses d´organisation et de compétence judiciaires, des principes fondamentaux de la procédure. Tous les actes du juge sont concernés par ce pourvoi, y compris les mesures d´administration judiciaire »*[459]. Ce pourvoi ne pouvait toutefois être formé que sur l´ordre du garde des Sceaux, les parties étant appelées à l´instance par le procureur général qui leur fixe des délais pour produire leurs mémoires ampliatifs et en défense. Si l´annulation de l´acte est prononcée, elle vaut pour tous[460].

Cependant, malgré la prévision légale d'utilisation du pourvoi en annulation pour excès de pouvoir exercé sur l´ordre du garde des Sceaux, le recours n'est pas utilisé dans la pratique, les arrêts sur la matière datent du début du XX[e] siècle[461] car l'idée que les actes d'administration judiciaire ne sont pas susceptibles de recours est profondément ancrée en France, selon la règle plus récente prévue à l'article 537 du Code de procédure civile français. Toutefois, même si ce recours reste extrêmement restrictif – dans la mesure où seul le ministre de la Justice peut agir – et que les arrêts sur la matière restent

---

[458] DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., p. 153 et note nº 68. – Sur la critique concernant la modification de la nature juridique d'un acte selon les effets produits. : V. *supra,* n° 99 s.

[459] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., pp. 722-723. – Cass. req., 23 décembre 1890 : *DP* 1891, 1, 169, rapp. BALLOT-BEAUPRÉ.

[460] Conformément à l'article 18 de la loi nº 67-523 du 3 juillet 1967 qui établit, *in verbis : « Le garde des sceaux, ministre de la justice, peut, en matière civile, prescrire au procureur général de déférer à la chambre compétente de la Cour de cassation les actes par lesquels les juges excèdent leurs pouvoirs. Les parties sont mises en cause par le procureur général qui leur fixe des délais pour produire leurs mémoires ampliatifs et en défense. Le ministère d'avocat n'est pas obligatoire. La chambre saisie annule ces actes s'il y a lieu et l'annulation vaut à l'égard de tous ».*

[461] DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., p. 152, note nº 65.

très anciens, la prévision expresse d´une voie de recours contre les actes d´administration judiciaire empêche leur identification aux mesures d´ordre intérieur.

Pourtant, comme l'affirme la doctrine, *« il est cependant difficilement envisageable de laisser sans aucun recours des actes d'administration judiciaire qui manqueraient gravement à une règle fondamentale »*[462], surtout quand nous constatons que ces actes sont intimement liés à la fonction de juger, ce qui confère leur caractère *sui generis.*

CONCLUSION DE LA SECTION 2

118. Les actes d´administration judiciaire et les mesures d´ordre intérieur ont des traits communs qui les rapprochent : les deux notions sont rattachées au fonctionnement interne du service – juridictionnel pour les premières et administratif pour les secondes. En outre, la doctrine affirme que ces deux mesures ne causent pas, en principe, de griefs à leurs destinataires et ne sont donc pas susceptibles de recours.

119. Cependant, à la différence des mesures d´ordre intérieur, la doctrine française a établi la notion conceptuelle des actes d´administration judiciaire qui intègrent les décisions prises en vue d'assurer le bon fonctionnement du service public de la justice et le bon déroulement de l´instance[463]. De plus, leur régularité peut être examinée lors du contrôle de l´acte juridictionnel auquel ils sont liés sur le plan procédural et l´article 18 de la loi nº 67-523 du 3 juillet 1967 contient une prévision légale d´utilisation du pourvoi en annulation pour excès de pouvoir exercé sur l´ordre du garde des Sceaux. Les actes concernant l´administration judiciaire présentent donc des spécificités qui empêchent l´identification de ces deux notions, ce qui leur confère un caractère *sui generis.*

[462] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, préc., p. 99.
[463] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, préc., p. 98. – DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., p. 142. – PERDRIAU André, « Les mesures d´administration judiciaire au regard du juge de cassation », préc., p. 2. – GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, *Procédure civile : droit interne et droit de l´Union européenne*, préc., p. 715.

Section 3 : Les actes d'administration judiciaire : des actes judiciaires de gestion non détachables de la fonction de juger

120. Pour fonctionner correctement et exercer la mission de pacification sociale d'une manière satisfaisante, c'est-à-dire dans un délai raisonnable et par le prononcé de décisions de qualité, les juridictions doivent nécessairement gérer, non seulement les procédures en cours devant elles, mais aussi s'organiser de façon interne (§ 1). Les actes d'organisation juridictionnelle et de gestion procédurale sont alors intimement liés à l'exercice de la fonction juridictionnelle, ce qui confère leur caractère *sui generis* (§ 2).

§ 1 : Les actes d´administration judiciaire et la gestion du service public de la justice

121. Dans le Code de procédure civile français de 1806, le juge n'avait pratiquement aucun pouvoir d'initiative dans la conduite de l'instance et n'intervenait que pour répondre aux sollicitations des plaideurs auxquels appartenait l'entière direction du procès[464]. Les parties étaient alors largement responsables de la conduite de l'instance civile, ce qui limitait donc les pouvoirs de direction du procès du juge. La procédure était clairement accusatoire et le procès civil était compris comme une *« chose des parties ».* De plus, l'administration des juridictions était artisanale, en général, par le biais de petites structures dotées d'un grand prestige[465].

A partir de la fin du XIX[e] siècle, l´augmentation exacerbée de la demande judiciaire a conduit le législateur à accroître le rôle du juge dans le déroulement du procès, de manière à permettre à l´institution de répondre adéquatement et efficacement à cette demande. En 1935, la création du poste de juge chargé de suivre la procédure et son remplacement, en 1965, par le juge de la mise en état, manifestent l'évolution du rôle

[464] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, préc., p. 455. – V. DAUCHY Serge, « La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1806 », p. 7, disponible sur https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01135224/document, consulté le 18 novembre 2016.
[465] CHOLET Didier, « Le contrôle de l´activité non juridictionnelle des juridictions », préc., p. 8.

joué par le juge dans la conduite de l´instance[466], comme l'explique Gérard Cornu, *in verbis :*

> *« Les véritables innovations vont dans des sens assez divers. Le plus énergiques renforcent le rôle du juge dans la marche du procès (art. 3) (...). Elles font sortir le juge non de l´impartialité qui appartient à sa fonction, mais de la passivité qui n´entre pas dans la définition de celle-ci (...). Le changement est dans le tempérament. La justice civile aussi est un service public. (...) Le juge reçoit des pouvoirs concrets qui sont les instruments d´une intervention efficace : pouvoir d´impartir les délais nécessaires (art. 3) (...). Cette déclaration inaugurale (la première qui concerne le juge) suggère que, dans l´office du juge, les principes directeurs ont davantage remodelé sa mission procédurale que la fonction juridictionnelle proprement dite »*[467].

Dans une société démocratique, aucune procédure ne peut être la chose des seules parties ou la chose du seul juge mais exige, au contraire, la coopération des parties et du juge dans la conduite de l´instance[468]. Si actuellement, en règle générale, les parties introduisent ainsi l´instance, si elles ont la liberté d´y mettre fin avant qu´elle ne s´éteigne par l´effet du jugement ou en vertu de la loi[469] et si elles conduisent l´instance sous les charges qui leur incombent[470], le juge joue un rôle important dans la direction du procès.

---

[466] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 455.

[467] CORNU Gérard, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d´un état des questions) », *in Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 91. – CORNU Gérard, *L'art du droit en quête de sagesse,* Presses Universitaires de France, 1998, p. 180, *in verbis : « Dans le nouveau Code de procédure en particulier – c'est l'aspect processuel dominant – l'office du juge est considérablement renforcé. Les réformes procédurales ont accru les pouvoirs du juge durant le déroulement de l'instance comme dans l'application du droit. Sans ravir aux plaideurs l'initiative de conduire l'instance (NCPC, art. 2 : c'est aussi une charge), le juge a reçu, même en matière civile, la mission de veiller au bon déroulement de l'instance et les moyens de remplir celle-ci (pouvoir d'impartir des délais et d'ordonner les mesures nécessaires, manifestation de son pouvoir, NCPC, art. 3) ».*

[468] CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, préc., p. 397. – En traitant sur les systèmes du *civil law* et du *common law* et le rôle joué par le juge dans l'instruction du procès en France, la doctrine brésilienne indique, *in verbis : « La France, pays où pendant longtemps a prévaut un système fortement marqué par la primauté des parties dans plus d'un aspect du procès, y compris de celui qui nous traitons (l'instruction du procès), a adopté en 1975 un nouveau Code de procédure civile, dont le caractère innovateur, dans le domaine, est mis en évidence dans l'article 10, qui autorise le juge à ordonner ex officio toutes les mesures d'instruction légalement admissibles. Affirme la doctrine que de cette façon s'est établi en principe général un pouvoir qui auparavant était limité à des hypothèses exceptionnelles. Ce ne serait plus possible d'affirmer, comme c'était le cas dans une autre époque, "le rôle passif du juge" dans le domaine de l'instruction probatoire. C'est alors un exemple suggestif de l'évolution dans laquelle se déplace le point d'équilibre entre l'activité de l'organe juridictionnel et des parties, augmentant le poids antérieurement attribué à celle-là »* (traduction libre) *:* MOREIRA José Carlos Barbosa, « O processo civil contemporâneo : um enfoque comparativo », in *Temas de direito processual,* 9ª série, São Paulo : Saraiva, 2007, p. 47.

[469] Conformément à l´article 1er du Code de procédure civile français.

[470] Conformément à l´article 2 du Code de procédure civile français.

Il veille au bon déroulement de l´instance et dispose du pouvoir d´impartir les délais et d´ordonner les mesures nécessaires, conformément à l´article 3 du Code de procédure civile français, ainsi que l'analyse la doctrine, *in verbis :*

> *« Une thèse simpliste oppose ainsi la conception accusatoire de l´ancien Code de procédure civile à la conception inquisitoire du nouveau Code de procédure civile, l´une et l´autre ayant leurs détracteurs et leurs partisans. (...) En vérité, ces distinctions sont trop rigides pour rendre compte utilement et fidèlement de la réalité. (...) Ils (les rédacteurs du code de procédure civile) sont alors partis de l´idée que le procès civil qui, comme tout procès, remplit une mission d´intérêt général, a également une fonction sociale, s´exerçant dans le cadre d´un service public, ce qui conduit naturellement à conférer au juge les pouvoirs nécessaires à la maîtrise de l´instance. En quelque sorte, le procès civil est à la fois la chose des parties et celle du juge ; cette communauté d'objet, sinon d'intérêt, impose alors une coopération permanente dans la détermination de la matière litigieuse aussi bien que dans la marche de l'instance »*[471].

Le service public de la justice doit être accessible à tous. Par conséquent, il ne faut pas que chaque procès prenne trop de temps et qu'il n'encombre pas inutilement le rôle des juridictions, comme le souligne Julien Théron, *in verbis :*

> *« Parce que la gestion du temps de l'instance par les parties ou leurs représentants est naturellement égoïste, il est nécessaire d'impliquer le juge pour qu'il veille à ce que les procès ne prennent pas plus de temps qu'ils ne doivent. Il est vrai qu'aujourd'hui l'exigence de célérité est quasi exclusivement considérée comme le droit propre des parties d'être jugées dans un "délai raisonnable". Mais il ne faut pas omettre qu'à l'origine, avant même la Convention européenne des droits de l'homme – dès les années 30 –, c'est dans l'intérêt du service public de la justice que le rôle du juge s'est renforcé dans l'instance »*[472].

122. Dans l'état actuel, la distinction entre procédure accusatoire et procédure inquisitoire s'avère ainsi inadaptée à la procédure civile qui, par essence, est la « chose des parties et du juge », les dispositions des articles 1er, 2 et 3 du Code de procédure civile français établissant un principe de coopération efficiente du juge et des parties dans le procès, coopération qui peut même être aménagée au moyen de contrats de

[471] CADIET Loïc, « D´un code à l´autre : de fondations en refondations », *in* CADIET Loïc et CANIVET Guy (dir.), *1806-1976-2006 - De la commémoration d´un code à l´autre : 200 ans de procédure civile en France,* Litec, 2006, p. 6.
[472] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2251.

procédure[473]. Le principe est que les parties introduisent et conduisent l'instance et que le juge veille à son bon déroulement[474]. Par conséquent, la consécration d'un principe de coopération du juge et des parties en droit judiciaire privé français conduit à la conclusion que le principe dispositif, qui exprime la conception accusatoire du procès, reste alors limité ou nuancé par le renforcement de l'office du juge[475].

123. D'une manière similaire, l'augmentation prodigieuse de la demande judiciaire a révélé l'importance grandissante de l'administration interne des juridictions. Si l´affaire n´est plus la chose des parties, fait qui découle de la constatation que l´institution judiciaire doit répondre à l´augmentation de la demande juridictionnelle et, si elle doit trancher chaque litige et toutes les affaires soumises à son appréciation, il faut qu'elle s'organise de manière interne pour mieux répondre à l'accroissement contentieux car elle

[473] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 437. – Sur le contrat de procédure, la doctrine affirme, *in verbis : « Mais, illustration de la faveur contemporaine pour la contractualisation du procès, le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 a consacré la pratique dite des contrats de procédure. Aux termes de l'article 764, 3, 4 et 5, le juge de la mise en état peut en effet, après avoir recueilli l'accord des avocats, fixer un "calendrier de la mise en état". Ce calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision. Ce calendrier est contraignant et il n'a de sens véritable qu'à la condition qu'il soit contraignant pour les parties autant que pour le juge. D'où les délais fixés dans le calendrier de la mise en état, ce qui inclut le délai de jugement à défaut de disposition contraire, ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifié »* : CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 747.

[474] Pourtant, comme l'avertit la doctrine, *in verbis : « La difficulté est que, concrètement, dans les mille événements dont la chaîne forme la procédure, il n'est pas toujours aisé de définir ce qui relève de la maîtrise du litige, donc des parties, et ce qui touche à la direction du procès, donc au juge : par exemple, une demande de renvoi à une audience ultérieure formée par les parties d'un commun accord s'impose-t-elle au juge, parce qu'il appartient aux parties de conduire l'instance, ou le juge peut-il la refuser parce qu'il a mission de veiller au bon déroulement de l'instance ? Que met en cause l'audiencement des affaires : la maîtrise du litige ou la direction de la procédure ? Il ne faut cependant pas exagérer l'acuité de ces difficultés que la jurisprudence veille d'ailleurs à régler »* : CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 438.

[475] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., pp. 436-437. – En traitant sur l'office du juge, la doctrine ajoute, *in verbis : « Il a longtemps été admis comme une évidence que le rôle respectif du juge et des parties était défini par le caractère accusatoire ou inquisitoire de la procédure considérée. La procédure civile, affirmait-on, est de type accusatoire. Parce qu'elle met essentiellement en cause des intérêts privés, toutes les initiatives, tous les choix, incombent aux parties. Le juge est un arbitre. Il veille à la régularité de la procédure, intervient quand il est sollicité de le faire et, en dernier analyse, tranche entre les prétentions opposées dans les termes où elles lui sont présentées. (...) Mais, pour nombre d'observateurs, il n'est plus à même, s'il l'a jamais été, de rendre exactement compte de la situation. La procédure civile, chacun l'admet, n'est plus tout à fait accusatoire. Le rôle du juge s'est sur bien des aspects accentué, l'objectif étant de parvenir dans chaque affaire à consacrer, dans un délai raisonnable, la solution la plus juste au regard du droit objectivement applicable. Dans ce dessein, la dominante nouvelle de cette branche du droit judiciaire paraît être l'émergence d'un principe de coopération »* : V. NORMAND Jacques, *V°* Office du juge, *in* CADIET Loïc (dir), *Dictionnaire de la justice*, préc., p. 930.

ne peut pas permettre qu´un procès utilise la machine judiciaire et ses ressources au-delà du nécessaire. L'autorité judiciaire doit ainsi être en mesure de s'organiser en interne pour répondre efficacement aux exigences actuelles, et entre autres, les standards européens qui imposent le respect du droit au procès équitable, prévu à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme[476].

Les actes d'administration judiciaire s´insèrent alors dans cet arsenal mis à disposition du juge pour veiller au bon fonctionnement du service dans une juridiction et au bon déroulement de l´instance dans un délai raisonnable. Ils sont alors pris en application des attributions d'ordre administratif qui incombent au juge[477]. Le caractère administratif de ces actes découle ainsi de la constatation que l'autorité judiciaire doit s'organiser en interne et veiller au déroulement de l'instance afin d'assurer le service public de la justice dont elle a la charge. Cette perspective de l'office du juge renvoie alors au *case management,* notion liée *« à la montée en puissance, dans les questionnements dont la justice et le procès sont aujourd'hui l'objet, de l'"efficience" du système judiciaire, de plus en plus requis de faire la preuve de sa "qualité", au moyen de procédures d'"évaluation" qui introduisent une logique nouvelle, celle du management, dans les politiques publiques en matière de justice »*[478].

---

[476] L'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose, *in verbis : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».*

[477] CORNU Gérard et FOYER Jean, *Procédure civile*, préc., p. 148.

[478] CADIET Loïc, « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure », préc., p. 135. Comme l'explique l'auteur, *« Les théories du New public management sont déjà à l'œuvre dans d'autres pays de l'union européenne, notamment aux Pays-Bas, et la récente réforme de la procédure civile anglaise à la suite du rapport Woolf, est largement inspirée des "techniques de management des entreprises privées concurrentielles". Le vocabulaire utilisé en témoigne d'ailleurs qui fait ainsi place au concept de "gestion de l'affaire" (case management). Le justiciable devient "un client" et l'institution judiciaire "un fournisseur", le premier exprimant des attentes que la seconde doit satisfaire "dans les délais fixés et au moindre coût". Toute l'économie du système, si l'on peut dire, repose sur la maîtrise de toutes les étapes du processus qui va de la demande en justice jusqu'à la décision du juge. (...) Les travaux de celui qui était, alors, le premier magistrat de l'ordre judiciaire français, qui théorise cette juridicisation des préceptes managériaux à travers la définition d'un "principe d'efficience", très clairement inspiré des règles applicables au traitement du contentieux de la concurrence, constitue incontestablement la tête de pont de cette nouvelle pensée économique de la justice qui conduit à poser la question de la définition de la justice en terme de marché »* : CADIET Loïc, « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure », préc., p. 136. – CADIET Loïc, « Efficience versus équité », *Mélanges Jacques van Compernolle,* Bruyant, 2004, p. 25, *in verbis : « Mais cette diversification de l'office du juge, qui propulse*

En prenant ces actes, le juge ne dit pas le droit applicable au cas *sub judice.* Ces actes ne se rattachent donc ni à la juridiction gracieuse, ni à la juridiction contentieuse, lorsqu'ils ne tranchent pas la question de droit soumise au juge. Au contraire, le juge agit, en l'espèce, en qualité d' *« autorité administrative, interprétée largement, c'est-à-dire d'une personne exerçant une mission de service public »*[479]. Ces décisions ne touchent ainsi les plaideurs qu'à titre d'usagers de la justice[480]. Or, dès lors que les parties ont saisi une juridiction étatique et ont décidé de donner une solution judiciaire à leur litige, elles souffrent des contraintes de l´organisation et du fonctionnement du service public de la justice[481].

Le caractère administratif des actes judiciaires concernant le fonctionnement de la juridiction et le déroulement de l'instance découle alors de la constatation que la nature juridique d'un acte n'est pas établie selon l'auteur qui la pratique (critère organique). Si la fonction juridictionnelle constitue la mission par excellence de l'autorité judiciaire, ceci ne signifie pas que ses activités se restreignent au prononcé des actes juridictionnels[482]. Pour fonctionner et gérer son service, la Justice doit prendre des actes

---

l'équité, substantielle autant que procédurale, au premier plan de la scène doctrinale, ne doit pas occulter une autre évolution, qui monte incontestablement en puissance dans les questionnements dont la justice et le procès sont aujourd'hui l'objet, celle de l'"efficience" du système judiciaire, de plus en plus requis de faire la preuve de la "qualité", au moyen de processus, sinon de procédures, d'"évaluation" qui introduisent une logique nouvelle, celle du management, dans l'administration, souvent considérée comme poussiéreuse, de la justice ». – Pourtant, les préoccupations managériales dans l'activité judiciaire doivent être limitées, comme l'explique la doctrine, *in verbis : « Certes, les préoccupations d'économie de la justice ne datent pas d'aujourd'hui et on peut en trouver trace dans le nouveau Code de procédure civile lui-même. La nouveauté tient à leur généralisation et à leur promotion comme principe d'action publique de sorte que les réformes de procédure peuvent aujourd'hui être présentées comme le résultat d'un arbitrage permanent, et nécessaire, entre un principe d'efficacité et un principe d'équité »* : CADIET Loïc, « D´un code à l´autre : de fondations en refondations », préc., p. 14. – V. aussi : CADIET Loïc, « Ordre concurrentiel et justice », *L'ordre concurrentiel : Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano,* Frison-Roche, 2003, p. 139.

[479] CE, 7 mai 2010, n° 303168, concl. Julie Burguburu.

[480] WIEDERKEHR Georges, « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires », préc., p. 890.

[481] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 456.

[482] Comme reconnaît la doctrine, *« les juridictions ne se bornent pas à prononcer des jugements et sont parfois amenées à édicter des décisions administratives. (...) L'organisation du service public confié aux organes juridictionnels est une activité administrative. Cette manifestation du critère matériel déjà rencontré conduit à qualifier d'actes administratifs les actes accomplis dans ce cadre par les organes juridictionnels eux-mêmes » :* SEILLER Bernard, *V°* Acte administratif (I – Identification), in *Répertoire de contentieux administratif,* préc., n° 128/129.

pour s'organiser. Le juge judiciaire exerce ainsi une fonction administrative lorsqu'il organise sa juridiction et lorsqu'il gère le temps nécessaire à l'instance et prend donc des actes matériellement administratifs (critère fonctionnel), comme le défend Julien Théron[483].

124. Certains actes d'administration judiciaire ont un caractère général, dans la mesure où ils concernent toutes les affaires ou une certaine catégorie d'affaires ou le service général de la juridiction. Tel est le cas des décisions qui fixent le service des juges dans la juridiction, la délégation de pouvoirs, les critères de répartition des affaires entre les chambres ou entre les juges d'une même juridiction, la fixation et l'organisation des audiences.

D'autres actes judiciaires administratifs ont un caractère individuel, une incidence restreinte à une procédure donnée, comme, par exemple, la fixation des jours et heures auxquelles l'affaire sera rappelée, le renvoi de l'affaire à l'audience, les décisions de jonction ou disjonction d'instances, de radiation, de composition de la formation collégiale statuant sur renvoi, la décision ordonnant la réouverture des débats, l'invitation à conclure sur le fond ou à fournir des explications de fait et de droit, etc[484].

Pour une partie de la doctrine, le juge qui prend ces actes tient compte du bon fonctionnement du service public ou du bon déroulement de l'instance, comme l'écrit Jacques Héron, *in verbis :*

> *« Leur trait caractéristique (des actes à caractère administratif) est qu'en les accomplissant, le juge agit dans l'intérêt du service public de la justice, il en assure le bon fonctionnement. On peut citer comme exemple de cette sorte d'acte la distribution des affaires que le président effectue entre les différentes chambres de son tribunal. C'est une décision qui intéresse essentiellement le bon fonctionnement de la juridiction. Elle évite que certaines chambres soient engorgées alors que d'autres resteraient inoccupées, et permet ainsi au tribunal*

[483] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2250, *in verbis : « À la différence des actes juridictionnels, les mesures d'administration judiciaire sont révélatrices de la fonction administrative du juge. Par leur intermédiaire, le juge gère le service public dont il a la charge. Il y a là un élément suffisamment caractéristique pour pouvoir être retenu comme critère d'identification ».*
[484] CORNU Gérard et FOYER Jean, *Procédure civile,* préc., pp. 148-149.

de juger les affaires qui lui sont soumises dans un délai raisonnable. (…) Pour désigner ces décisions dont l'objet est le fonctionnement du service public de la justice, le Code de procédure civile parle de mesures d'administration judiciaire »[485].

Cependant, si le juge peut être amené à prendre des décisions qui portent atteinte aux droits des parties dans le but d'administrer correctement le service public dont il a également la charge[486], la poursuite de l'intérêt du service public de la justice ne constitue pas un critère suffisant pour identifier des actes d'administration judiciaire[487]. Il faut également retenir que ces actes se différencient des actes de pure gestion administrative car ils ne sont pas détachables de la fonction de juger, comme nous le verrons ensuite.

§ 2 : Les actes d´administration judiciaire : des actes non détachables de la fonction de juger

125. Même si les actes d'organisation juridictionnelle et de gestion procédurale ne constituent absolument pas des actes juridictionnels, ils sont intimement liés à la fonction de juger. Par leur biais, le juge organise en interne la juridiction et dirige l'instance tout en permettant le prononcé postérieur du jugement. L'autonomie de l'autorité judiciaire exige alors qu'ils soient pris par les juges (A) et que toute interférence d'ordre administratif soit exclue (B).

A. - Des actes pris par les autorités juridictionnelles

126. Les actes d'organisation juridictionnelle visent au bon fonctionnement de la juridiction. Par leur intermédiaire, le service public de la justice s'organise de façon interne, condition préalable pour l'exercice de la fonction juridictionnelle. La répartition des services entre les juges, la composition des formations de jugement, la distribution des affaires entre les chambres et les juges de compétence égale et l'organisation du greffe sont des actes à caractère administratif qui ont également une grande influence sur

[485] HÉRON Jacques et LE BARS Thierry, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 4e éd., 2010, p. 252.
[486] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2250 s.
[487] Sur l'insuffisance du critère attaché à la poursuite de l'intérêt public de la justice pour l'identification des actes judiciaires administratifs : V. *infra,* nº 4375.

la fonction juridictionnelle qui sera postérieurement exercée. Selon le droit positif, toutes ces décisions sont prises par un juge, selon le cas, le président de la juridiction ou son délégué, le président de la chambre, le juge de la mise en état, afin d'assurer le fonctionnement du service dans la juridiction ou dans la formation considérée[488].

Les actes de gestion procédurale visent au bon déroulement d'une instance en cours. La radiation du rôle pour défaut de diligence, la jonction et disjonction d'instances, la fixation des délais, l'invitation donnée aux parties pour conclure au fond, la réouverture de l'instruction, le renvoi de l'affaire à une autre formation sont des décisions qui touchent une instance donnée. Ce sont des décisions non juridictionnelles, bien sûr, mais qui sont au plus près de l'acte de juger[489] et qui touchent directement à la conduite d'une l'instance donnée. Par conséquent, elles doivent être prises par les magistrats chargés de la direction du procès et elles relèvent alors, soit de la formation de jugement, soit du juge de la mise en état, selon l'hypothèse.

127. Pourtant, il ne faut pas négliger la contractualisation de la procédure[490] et l'existence des accords processuels relatifs à l'instance[491], appelés également d'*actes processuels conventionnels*, selon la nomenclature adoptée par Loïc Cadiet[492]. En effet,

[488] CORNU Gérard et FOYER Jean, *Procédure civile,* préc., p. 148.
[489] CADIET Loïc (dir.), *Pour une administration au service de la justice*, préc., p. 35.
[490] La doctrine traite de ce passage d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié, *in verbis : « Ce déclin du légicentrisme est de nature à favoriser la contractualisation des rapports sociaux, en général, et la contractualisation du règlement des litiges, en particulier. Il offre aux acteurs de la vie économique et sociale de nouveaux espaces de liberté qu'investissent conventions et contrats de toutes sortes. La contractualisation désigne ce passage d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié, sauf à préciser que la négociation n'exclut pas le règlement et vice versa »* : CADIET Loïc, « Propos introductif : "faire lien" », *in* CHASSAGNARD-PINET Sandrine et HIEZ David, *La contractualisation de la production normative,* Dalloz, 2008, p. 179.
[491] En traitant du sujet, Loïc Cadiet indique les éventuelles raisons du développement des accords sur les procès, *in verbis : « Je ne m'interrogerai pas sur les raisons de l'existence, voire du développement de ces accords sur la juridiction dans le procès ainsi délimités. Ces accords participent sans aucun doute d'un phénomène plus général de contractualisation du procès, déjà signalé et que ce colloque a précisément pour objet d'explorer. Phénomène conjoncturel lié à la crise de la justice ? Il y a vraisemblablement de cela, mais peut-être plus aussi, lié au déclin du légicentrisme et aux nouvelles plages de liberté que l'érosion du culte de la loi offre ainsi aux acteurs sociaux »* : CADIET Loïc, « Les accords sur la juridiction dans le procès », *in* ANCEL Pascal et RIVIER Marie-Claire (dir.), Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, Economica, 2001, p. 36.
[492] CADIET Loïc, « La qualification juridique des accords processuels », *in* CABRAL Antonio do Passo e NOGUEIRA Pedro Henrique (coord.), *Coleção grandes temas do novo CPC – Negócios processuais,* DIDIER JUNIOR Fredie (coord. geral), v. 1, Salvador : Juspodivm, 2015*,* p. 94. – L'auteur explique, *in*

comme l'affirme la doctrine, le contrat se diffuse sensiblement au sein du procès car il est en harmonie avec le principe de coopération du juge et des parties et se présente comme *« une technique complémentaire de gestion de la procédure civile »*[493]. Le fait d'analyser le lien juridique d'instance comme un rapport juridique de nature légale et non pas contractuel n'interdit pas qu'il puisse faire l'objet d'accords, comme l'explique Loïc Cadiet, *in verbis :*

> *« Dès lors que le procès civil est conçu comme la chose des parties tout autant que celle du juge, il est permis de considérer que les règles processuelles peuvent être conventionnellement aménagées dans la limite "des lois qui intéressent l'ordre public" selon la disposition de l'article 6 du Code civil français. La frontière qui sépare l'ordre public de la liberté contractuelle s'exerce avec une efficacité décroissant à la mesure des atteintes portées aux prérogatives procédurales du juge. I existerait, en quelque sorte, une gradation dans la neutralisation de la liberté contractuelle. Plus le traitement judiciaire de l'affaire met en cause les prérogatives processuelles du juge, moins les parties peuvent aménager librement la solution juridictionnelle du litige »*[494].

Pourtant, comme le Code de procédure civile français ne contient aucune disposition qui organise et limite relativement ces accords des parties au déroulement de l'instance, la doctrine et la jurisprudence françaises ont dû se prononcer sur les limites de

---

verbis : « Ces illustrations donnent du reste à observer que, déclaration d'une volonté unilatérale émanant d'une partie, ou du juge, les actes processuels peuvent aussi être le produit d'une volonté conjointe ou commune, des parties ensemble, voire des parties et du juge lui-même. L'acte processuel est unilatéral par nature, non pas essence : il y a donc place, dans cette typologie, pour les actes processuels conventionnels. C'est justement à cette dernière catégorie que sont susceptibles de se rattacher les accords sur la juridiction dans le procès » : CADIET Loïc, « Les accords sur la juridiction dans le procès », préc., p. 49.

[493] CADIET Loïc, « Les conventions relatives au procès en droit français : sur la contractualisation du règlement des litiges », préc., p. 71. – Comme l'explique la doctrine, *« Le souci de coller au plus près de la réalité du contentieux a même conduit à développer les techniques contractuelles de gestion de l'instance, comme en témoignent, outre la pratique qui vient d'être évoquée du dépôt de dossier, la consécration de la mesure du retrait du rôle d'un commun accord des parties à la recherche d'une solution amiable et, surtout, la consécration de la technique dite du calendrier de mise en état, devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel, ce calendrier, fixé avec l'accord des avocats, comportant "le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de clôture, celle des débats et (...) celle du prononcé de la décision". La contractualisation du procès est dans la logique du principe de coopération du juge et des parties, qui est au cœur des principes directeurs du procès selon le droit français. La contractualisation déborde même le règlement des litiges individuels pour donner lieu à des conventions collectives de procédure civile, conclues entre la juridiction et ses partenaires, quand la convention ne devient pas un instrument de politique publique, qu'il s'agisse de promouvoir la communication électronique des actes du procès, l'accès au droit, les contrats locaux de sécurité ou d'améliorer les performances des juridictions avec les contrats d'objectifs, conclus entre les juridictions et l'administration centrale du ministère de la justice en vue d'assurer une meilleure maîtrise des dépenses et des délais de la justice »* : CADIET Loïc, « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure », préc., p. 141.

[494] CADIET Loïc, « La qualification juridique des accords processuels », préc., p. 95.

ces conventions, surtout pour déterminer dans quelles hypothèses les accords conclus entre les seules parties ont pour effet d'y associer le juge[495]. Les actes processuels conventionnels peuvent alors être divisés en deux catégories, selon que leur efficacité soit soumise ou non à une décision du juge. Le critère de distinction tient à l'objet de l'accord et s'avère dépendant s'il touche les prérogatives que la loi reconnaît au juge dans le déroulement de la procédure et la solution du litige, *in verbis :*

> *« Lorsque l'accord a pour objet l'office du juge, c'est-à-dire en définitive le droit d'action, l'accord s'impose au juge car les parties sont libres de disposer de leur droit d'agir, à la condition, bien sûr, que le droit litigieux soit lui-même disponible. D'où la condition posée, dans ces cas-là, que les parties aient la libre disposition des droits litigieux et que l'accord soit exprès. On pourrait avoir, dans cette première sorte d'actes processuels conventionnels, des actes processuels conventionnels de disposition ou, pour faire plus court, des conventions de disposition processuelle. C'est à ces conventions que certains auteurs ont proposé de réserver la qualification de contrat judiciaire. En revanche, lorsque l'accord des parties a simplement pour objet d'aménager le traitement procédural du litige, c'est-à-dire la manière de procéder à travers l'instance, l'accord ne s'impose pas d'emblée au juge ; il ne produit effet que si le juge y consent à son tour. C'est en effet l'organisation et le fonctionnement du service public de la justice qui sont alors en cause et qui justifient la mission confiée au juge de veiller "au bon déroulement de l'instance" (art. 3). On peut avoir, dans cette deuxième variété d'actes processuels conventionnels, des actes*

[495] Il est vrai que il y a des accords procéduraux réalisés entre les parties qui produisent effet à l'égard du juge indépendamment de son propre accord – comme c'est le cas, par exemple, de la suspension conventionnelle de l'instance, comme l'explique la doctrine, *in verbis : « Les parties peuvent ainsi librement convenir de suspendre le cours de l'instance le temps, pour elles, de rechercher amiablement la solution du différend qui les oppose. C'est à cela que conduit la demande de radiation de l'affaire formée d'un commun accord des parties. Or cette demande lie le juge. Les parties reçoivent en quelque sorte du côté de la suspension conventionnelle de l'instance ce qui leur a été refusé du côté de la demande conjointe de renvoi à une audience ultérieure. Et c'est le même arrêt précité, rendu le 24 novembre 1989 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, qui a ainsi soufflé le chaud après avoir soufflé le froid : "Au cas où les parties considèrent de leur intérêt d'éviter ou de différer une solution judiciaire, elles ont la possibilité de suspendre le cours de l'instance en formant une demande conjointe de radiation, laquelle s'impose au juge". La solution semble logique. Qui peut le plus, c'est à dire la solution conventionnelle du litige, cause d'extinction de l'instance envisagée par l'article 384 du code à travers la transaction, doit pouvoir le moins, c'est à dire la radiation de l'affaire, qui n'est qu'une cause de suspension de l'instance, surtout lorsque cette suspension est motivée par la recherche d'un règlement amiable du litige. Cette solution a du reste été consacrée par la loi, en 1998, avec la mesure dite de "retrait du rôle" (article 381 à 383 Nouveau Code de Procédure Civile). L'idée perce ici que c'est la maîtrise de litige par les parties qui est en cause, plus que l'administration de la procédure par le juge, et ce pourrait être une loi que l'accord des parties s'impose d'autant plus au juge que cet accord a pour objet la matière même du litige et sa solution par le juge. Le sort des accords relatifs au juge lui-même paraît bien aller en ce sens »* : CADIET Loïc, « Les conventions relatives au procès en droit français : sur la contractualisation du règlement des litiges », préc., pp. 74-75. – Il faut pourtant rappeler que la présente étude se restreindra à l'analyse des actes judiciaires d'administration, les actes processuels qui ne concernent que les parties n'entrant pas dans le domaine de ce travail : V. *supra,* nº 16.

processuels conventionnels d'administration ou, de manière plus concise, des conventions d'administration processuelle »[496].

Si les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent (article 2), le juge doit veiller à son bon déroulement (article 3). Ainsi, les accords sur l'instance *« met en cause le juge et, à travers lui, une fonction étatique aussi bien qu'un service public dont les parties n'ont plus la maîtrise exclusive »*[497]. Par conséquent, si l'accord des parties sur l'instance porte atteinte aux prérogatives du juge, l'accord supplémentaire du juge sera nécessaire, comme c'est le cas de l'accord pour que les débats aient lieu ou se poursuivent en chambre de conseil – et non pas en audience publique –, la demande conjointe de révocation de l'ordonnance de clôture ou la demande conjointe de renvoi à une audience ultérieure[498].

Le calendrier de procédure constitue l'un des principaux exemples de la contractualisation du procès. Le décret nº 2005-1678 du 28 décembre 2005 consacre la pratique dite des contrats de procédure et confirme alors *« l'immixtion du consensuel à*

[496] CADIET Loïc, « Les accords sur la juridiction dans le procès », préc., pp. 50-51.

[497] CADIET Loïc, « Les conventions relatives au procès en droit français : sur la contractualisation du règlement des litiges », préc., p. 69.

[498] Comme l'indique la doctrine, *in verbis : « Dans la loi, c'est, par exemple, la possibilité offerte aux parties, devant toutes les juridictions civiles, de demander d'un commun accord que les débats aient lieu ou se poursuivent en chambre du conseil et non pas en audience publique. L'accord ne s'impose pas au juge qui "peut (en) décider" ainsi (article 435). Dans le silence de la loi, la jurisprudence illustre d'autres hypothèses dans lesquelles l'accord des parties est subordonné à une décision du juge. La première concerne la clôture de l'instruction devant le tribunal de grande instance. Cette clôture est prononcée, en principe, par une ordonnance non motivée qui ne peut d'ailleurs être frappée d'aucun recours (article 782). Cette ordonnance a pour effet de renvoyer l'affaire devant le tribunal pour être plaidée (article 779), de sorte que, après la clôture, aucune conclusion ne peut être déposée ni aucune pièce produite (article 783). Seule une cause grave révélée depuis qu'elle a été rendue peut être de nature à permettre la révocation de l'ordonnance de clôture, cette révocation étant alors prononcée par le juge, soit d'office, soit à la demande des parties. Cette demande peut émaner d'une seule partie ; rien ne s'oppose à ce qu'elle puisse aussi être formée conjointement par l'ensemble des parties. Unilatérale ou commune, la demande de révocation peut être acceptée par le juge. Mais le fait qu'elle soit formée d'un commun accord des parties ne prive nullement le juge du pouvoir de la rejeter. Le sort de la demande conjointe de renvoi à une audience ultérieure relève, en second lieu, de la même idée. Cette hypothèse a donné lieu à un bel arrêt de principe prononcé le 24 novembre 1989 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Dans cette décision, la Cour de cassation, après avoir rappelé que "si les parties ont la libre disposition de l'instance, l'office du juge est de veiller au bon déroulement de celle-ci dans un délai raisonnable", a jugé que "la faculté d'accepter ou de refuser le renvoi, à une audience ultérieure, d'une affaire fixée pour être plaidée, relève du pouvoir discrétionnaire du juge, dès lors que les parties ont été mises en mesure d'exercer leur droit à un débat oral et que, si les parties conviennent de ne pas déposer leur dossier, le juge peut procéder à la radiation de l'affaire". Les parties ne sont pas pour autant sacrifiées sur l'autel de l'efficacité procédurale et leur pouvoir d'initiative passé en pertes et profits »* : CADIET Loïc, « Les conventions relatives au procès en droit français : sur la contractualisation du règlement des litiges », préc., pp. 73-74.

différents stades de la procédure »[499]. Selon l'article 764 du Code de procédure civile français, le juge de la mise en état peut fixer un calendrier de procédure avec l'accord préalable des parties, en comportant le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et du prononcé de la décision[500].

Le calendrier de procédure constitue alors un acte processuel d'administration processuelle, plus spécifiquement un acte processuel conventionnel d'administration ou, de manière plus concise, une convention d'administration processuelle[501], dans la mesure où il est intimement lié au déroulement de l'instance et que sa nature conventionnelle détermine toutefois la spécificité du régime juridique applicable. Par le calendrier de procédure, le juge et les parties établissent conjointement un calendrier de mise en état qui est contraignant pour tous les sujets du procès et qui permet aux parties de prévoir à l'avance le temps de la procédure jusqu'au prononcé de la décision finale. Seule une cause grave et dûment justifiée peut déterminer la prorogation des délais fixés[502].

Nous constatons alors que les actes judiciaires de gestion procédurale et d'organisation juridictionnelle ont une influence assez importante sur la fonction

---

[499] AMRANI-MEKKI Soraya, JEULAND Emmanuel, SERINET Yves-Marie et CADIET Loïc, « Le procès civil français à son point de déséquilibre ? », *JCP G,* 2006, I, 146, nº 8, disponible sur http://www.lexisnexis.com/fr/droit/results/docview/docview.do?docLinkInd=true&risb=21_T23718728993&format=GNBFULL&sort=DATE-PUBLICATION,D,H,$PSEUDOXAB,A,H,TYPE-ARTICLE,A,H&startDocNo=1&resultsUrlKey=29_T23718728997&cisb=22_T23718728996&treeMax=true&treeWidth=0&csi=268085&docNo=11, consulté le 21 mars 2016.

[500] Dans ce sens, le calendrier de procédure combat les temps inutiles, les temps morts, et établi le temps prévisible du procès, comme défend la Commission Européenne pour l'efficacité de la justice, comme l'indique la doctrine, *in verbis : « Il en ressort que, à l'instar des conclusions des travaux menés par la CEPEJ, il faut poursuivre un temps "optimal et prévisible". Le temps optimal renvoie à l'idée qu'il faut combattre les temps inutiles, les temps morts, mais conserver ceux qui ont un intérêt. Le temps prévisible est, quant à lui, une voie possible vers la réconciliation du temps et de la procédure. Que ce soit pour inciter les parties à se concilier ou pour leur permettre de mieux supporter, de mieux vivre le temps de celui-ci, il apparaît indispensable de les renseigner sur cette durée. Si les calendriers de procédure sont un excellent moyen, l'information pourrait plus simplement être donnée par les magistrats au seuil de l'instance, sans nécessaire accord sur son déroulement »* : AMRANI-MEKKI Soraya, « Analyse économique et temps du procès », *in* COHEN Dany (dir.), *Droit et économie du procès civil,* LGDJ, 2010, p. 267. – Commission européenne pour l'efficacité de la Justice - CEPEJ, *Un nouvel objectif pour les systèmes judiciaires : le traitement de chaque affaire dans un délai optimal et prévisible,* Strasbourg, 13 septembre 2005, CEPEJ (2004) 19 Rev 2, disponible sur https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1031201&Site=COE&direct=true, consulté le 23 mars 2016.

[501] Selon la terminologie adoptée par Loïc Cadiet : V. CADIET Loïc, « La qualification juridique des accords processuels », préc., pp. 96-97.

[502] Conformément à l'article 764 du Code de procédure civile français.

juridictionnelle exercée par les juridictions, dans la mesure où ils touchent, directement ou indirectement, les procédures en cours. Ils sont intimement liés à l'acte de juger au point parfois de cacher de véritables actes juridictionnels[503]. Ainsi, pour garantir l'autonomie de l'acte juridictionnel et soustraire alors toute ingérence sur l'exercice juridictionnel des juridictions, il faut que ces actes soient pris par un membre de l'ordre judiciaire, à la différence des actes de pure gestion administrative qui pourraient être accomplis par un autre que le juge, comme le défend une doctrine[504]. L'autonomie de l'autorité judiciaire et l'autonomie de la fonction qu'elle exerce exigent donc que les actes qui visent au bon déroulement de l'instance et au bon fonctionnement du service public de la justice soient pris par le juge[505], même s'ils constituent des actes à caractère administratif. De plus, la notion d'*acte administratif* doit être réservée aux actes de l'administration (critère organique) car l'autonomie de l'autorité judiciaire exige que les actes judiciaires administratifs soient exclus de tout contrôle exercé par l'ordre administratif.

B. - L'exclusion du contrôle exercé par les juridictions administratives

128. Depuis le célèbre arrêt *Préfet de la Guyane*[506], le Tribunal des conflits a reconnu l'exercice des fonctions administratives par le juge judiciaire. En vue d'assurer le respect du principe de séparation entre les autorités administrative et judiciaire, le Tribunal a néanmoins établi une distinction entre l'organisation et le fonctionnement du service public judiciaire. Selon le Tribunal de conflits, les actes d'organisation du service public

[503] CADIET Loïc, « La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédure », préc., p. 128.

[504] Dans ce sens : V. CADIET Loïc (dir.), *Pour une administration au service de la justice*, préc., p. 35, nº 14, *in verbis : « Or, l'acte d'organisation juridictionnelle et l'acte de gestion procédurale, parce que ce sont des actes relatifs à la procédure juridictionnelle, devraient rester de la compétence exclusive du juge, à la différence des actes de gestion administrative, qui, relevant de processus administratif, pourraient être accomplis, dans une certaine mesure, par un autre que le juge ».*

[505] CADIET Loïc (dir.), *Pour une administration au service de la justice*, préc., p. 35, nº 14.

[506] Tribunal des conflits, 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*, *Rec.* CE 1952, p. 642, *JCP* 1953. II. 7598, note G. Vedel, *GAJA* 14e éd., 2003, n° 71, *in verbis : « Considérant que les actes incriminés sont relatifs non à l'exercice de la fonction juridictionnelle mais à l'organisation même du service public de la justice ; que l'action des requérants a pour cause le défaut de constitution des tribunaux de première instance et d'appel dans le ressort de la Guyane, résultant du fait que le gouvernement n'a pas pourvu effectivement ces juridictions des magistrats qu'elles comportaient normalement ; qu'elle met en jeu la responsabilité du service public indépendamment de toute appréciation sur la marche même des services judiciaires ; qu'il appartient dès lors à la juridiction administrative d'en connaître et que c'est à bon droit que le préfet a élevé le conflit dans l'instance ».*

judiciaire constituent des actes à caractère administratif qui peuvent être contrôlés par les juridictions administratives. Au contraire, les actes liés au fonctionnement du service public de la justice judiciaire doivent demeurer exclus de tout contrôle exercé par les juridictions administratives[507] ; les juridictions judiciaires demeurent les seuls juges de leur fonctionnement afin que le juge administratif ne soit pas en mesure de porter une appréciation sur la marche même des services judiciaires (principe d'autonomie de la juridiction judiciaire)[508].

Cependant, la frontière entre l'organisation et le fonctionnement n'est pas toujours très lisible[509]. Comme le reconnaît la doctrine, il y a des actes situés à mi-chemin des mesures d'organisation et des mesures d'exécution du service dans une zone d'incertitude[510]. En effet, l'organisation d'un service dépend toujours de la condition de son fonctionnement[511]. A ce propos, Charles Froger questionne, *in verbis :*

> *« D'autre part, de l'aveu même du Conseil d'État, les mesures concernées contenaient à la fois des éléments d'organisation et des éléments relatifs au fonctionnement du service. En effet la seconde ordonnance de roulement, tout en modifiant l'affectation des magistrats dans les chambres, regroupait les chambres juridictionnelles afin de créer de nouveaux pôles. Or, on ne voit pas en quoi de telles mesures sont différentes de celles prises par les autorités administratives et relatives à l'organisation générale des tribunaux pourtant qualifiées d'actes d'organisation (CE, 18 nov. 1964, Martin : Rec. CE 1964, p. 577). Faut-il y voir avec le professeur René Chapus, "s'agissant des mesures*

[507] MOREAU Jacques, *V°* Séparation des autorités, in *Répertoire de contentieux administratif,* Dalloz, septembre 2005, n° 123 et 125. – Comme explique la doctrine*, « l'élaboration d'un critère de répartition des compétences autour de la distinction "organisation-fonctionnement" du service public judiciaire résulte d'une interprétation matérielle de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Refusant de retenir un critère purement organique consistant à répartir les litiges en fonction de la qualité de l'autorité (administrative ou judiciaire) ayant pris la mesure, la jurisprudence a progressivement consacré cette dichotomie jusqu'à ce qu'elle soit formalisée dans la décision Préfet de la Guyane »* : FROGER Charles, « Incompétence de la juridiction administrative pour contrôler les ordonnances de roulement prises par les juridictions judiciaires », *Droit administratif* nº 11, novembre 2010, comm. 148.
[508] CE, 7 mai 2010, n° 303168, concl. Julie Burguburu, n° 5.2.1.
[509] MOREAU Jacques, *V°* Séparation des autorités, in *Répertoire de contentieux administratif,* préc., n° 123, n° 125 et n° 132. – LIET-VEAUX Georges et VEAUX Daniel, « De la compétence des juridictions administratives pour connaître de la validité des actes se rattachant au service de la justice judiciaire », *RDP* 1945, pp. 421-458, *in verbis : « (...) la frontière n'est pas encore bien tracée entre les actes relevant des tribunaux judiciaires et les actes relevant de la juridiction administrative ».* – RENOUX Thierry Serge et ROUX André, « Administration et fonctionnement de la justice en France », in *Annuaire européen d'administration publique,* Editions du centre national de la recherche juridique, 1991, XIV, p. 105.
[510] CHAPUS René, *Droit administratif général,* préc., p. 976.
[511] *GAJA,* Dalloz, 17e éd., n° 68-7.

émanant des magistrats", le fait que "la considération de la qualité personnelle de leurs auteurs [ait] pu exercer une influence, inavouée, sur leur qualification" ? Tout acte édicté par un magistrat, alors même qu'il participerait plus à l'organisation des juridictions qu'à leur fonctionnement stricto sensu, est présumé de nature juridictionnelle. "L'erreur est de confondre l'activité des juges, toute l'activité des juges, avec le fonctionnement du service judiciaire" (C. Debbasch, note ss CE, 13 juill. 1961, Jobart, préc.) »[512].

129. Consciente de la situation, Hélène Pauliat a qualifié d'obsolète la distinction établie par l'arrêt *Préfet de la Guyane* entre l'organisation et le fonctionnement du service public de la justice et propose l'adoption d'un autre critère pour identifier l'ordre compétent qui doit exercer le contrôle. Selon l'auteur, les mesures relatives à l'administration de la justice – ce qui peut contenir des éléments liés à l'organisation mais aussi au fonctionnement administratif quotidien des juridictions – doivent relever du juge administratif quand elles ne sont pas en lien à une procédure juridictionnelle précise. En revanche, les actes d'administration judiciaire qui touchent à une procédure spécifique donnée doivent relever d'une autre instance – juridiction judiciaire, Conseil supérieur de la magistrature ou autre[513].

La jurisprudence du Conseil d'Etat a partiellement évolué dans ce sens car elle considère que les actes d'organisation juridictionnelle et de gestion procédurale appartiennent au fonctionnement du service public de la justice judiciaire et ce Conseil se déclare donc incompétent pour exercer tout contrôle sur ces décisions[514]. En effet, ces actes sont intimement liés à l'exercice de la fonction juridictionnelle et doivent alors être pris exclusivement par les juges et tout contrôle des juridictions administratives doit être exclu, au nom de l'autonomie de l'autorité judiciaire et de l'autonomie de la fonction qu'elle exerce. C'est justement ceci que vise la haute juridiction administrative française

[512] FROGER Charles, « Incompétence de la juridiction administrative pour contrôler les ordonnances de roulement prises par les juridictions judiciaires », préc., comm. 148.
[513] PAULIAT Hélène, « Processus, procédure : à la recherche de la qualité de la justice », préc., p. 325.
[514] Plusieurs actes judiciaires ont été soumis au contrôle du Conseil d'Etat qui a dû se prononcer sur leur inclusion dans les notions de fonctionnement ou d'organisation de la juridiction judiciaire. Si l'acte judiciaire est considéré comme appartenant à l'organisation du service public de la justice judiciaire, son caractère administratif est reconnu, permettant le contrôle par la haute juridiction administrative. Au contraire, si le Conseil d'Etat juge que l'acte est relatif au fonctionnement de ce même service, il se refuse à exercer tout contrôle sur l'acte, en raison du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire.

lorsqu'elle affirme l'appartenance de ces actes au fonctionnement du service public de la justice judiciaire[515].

En adoptant ce raisonnement, le Conseil d'Etat a jugé que les actes à suivre relèvent du fonctionnement des services judiciaires : l'affectation d'un magistrat à tel ou tel tribunal du ressort[516] ; le fonctionnement des bureaux d'aide juridictionnel établis auprès des juridictions judiciaires[517] ; les ordonnances rendues par certains chefs de juridiction pour composer une formation de jugement ou pour désigner le magistrat dirigeant un tribunal d'instance[518] ou encore l'établissement de certaines listes de collaborateurs du service public de la justice[519].

En revanche, le Conseil d'Etat a jugé que les mesures relatives à la création des tribunaux judiciaires, à leur répartition sur le territoire, à leur suppression, ainsi que les décisions d'y affecter un certain nombre des magistrats[520]; les actes relatifs à la

[515] Le Conseil d'Etat adopte une interprétation extensive de la notion du fonctionnement du service public de la justice au nom de l'indépendance de la juridiction judiciaire. Il érige en présomption que les mesures prises par des magistrats sont liées au fonctionnement du service judiciaire, comme le souligne la doctrine administrative, *in verbis : « En réalité, l'incompétence du Conseil d'État est plus étendue. Ainsi, dans une affaire Jobard (13 juill. 1961, Rec. 489, concl. J. Kahn ; D., 1962. 275, note Ch. Debbasch), le Conseil d'État a décidé, contrairement aux conclusions du commissaire du gouvernement, que la décision par laquelle une cour d'appel établit annuellement la liste des personnes susceptibles d'être désignées comme syndic ou administrateur judiciaire par les tribunaux de commerce, concerne le fonctionnement du service public judiciaire alors qu'à l'évidence cette décision n'est liée à aucun litige, à aucune question juridictionnelle concrète dont le juge se trouve saisi et concerne, en fait, l'organisation du service judiciaire »* : DEBBASCH Charles et RICCI Jean-Claude, *Contentieux administratif*, préc., pp. 739-740.
[516] CE, 16 juin 1978, *Bertin*, *Rec.* CE, tables, p. 738.
[517] CE, 23 novembre 1966, *Azam, Rec. CE*, tables, p. 903. – CE, 5 juin 1981, *Testard, Rec. CE*, p. 245. – CE, 13 février 1987, *Bertin, Rec. CE*, p. 53. – CAA Lyon, 6 juillet 1999, *Menvielle,* req. n° 96BX01821, *Rec. CE*, tables, p. 713 : MOREAU Jacques, *V°* Séparation des autorités*,* in *Répertoire de contentieux administratif,* préc., n° 142. – V. aussi : CE, 23 juillet 2009, nº 329768, inédit. – CE, 16 février 2004, nº 147787, inédit.
[518] CE, 29 novembre 1961, *Paisnel,* Lebon 669. – CE, 10 mars 1982, *Dupont de Loriol*, Lebon 564. – CE, 26 mars 1993, req. nº 123055, Mmes Bouanha et Grunstein et M. Bouche, Lebon 85. – CE, 6e et 4e sous-sections réunies, 30 juin 2003, nº 231836, Lebon 31. – CE, 23 juillet 2010, *Syndicat de la magistrature et autre,* n° 328463 : JurisData n° 2010-012226 ; Rec. CE 2010.
[519] CE sect., 13 juillet 1961, *Jobard*, Lebon 489, concl. Kahn, *AJDA* 1961. 471, chron. Galabert et Gentot, *D.* 1962. 275, note Debbasch : mandataires-liquidateurs judiciaires à l'égard desquels la compétence judiciaire est posée par l'art. 32 de la loi n° 85-99 du 25 janv. 1985. – CAA Paris, 20 juin 2000, *M. Pottier*, *RFDA* 2001. 223 : gérants de tutelle : V. SEILLER Bernard, *V°* Acte administratif (I – Identification), in *Répertoire de contentieux administratif,* préc., n° 131.
[520] Tribunal des conflits, 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*, *Rec.* CE 1952, p. 642, *JCP* 1953. II. 7598, note G. Vedel, *GAJA* 14e éd., 2003, n° 71. – CE, 6 octobre 2008, nº 320650, inédit. – CE, 19

désignation des membres du Conseil supérieur de la magistrature[521] ; les décisions relatives à la carrière des magistrats du siège et du parquet[522] appartiennent à l'organisation du service public de la justice.

En outre, le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent pour connaître du recours formé contre des décisions prises par un substitut du procureur de la République et le déroulement d'une instance judiciaire[523] et du recours formé contre l'ordonnance par laquelle le président du tribunal de grande instance de Paris avait désigné un juge pour diriger et administrer un tribunal d'instance[524] car ces actes sont relatifs au fonctionnement des juridictions de l'ordre judiciaire.

Les actes d'organisation juridictionnelle et de gestion procédurale, entendus comme appartenant au fonctionnement des juridictions, restent ainsi exclus du contrôle des juridictions administratives, en observance des principes d'indépendance et d'autonomie des juridictions judiciaires. Pourtant, selon la législation et la jurisprudence actuelles, ils ne sont pas susceptibles, en règle, de recours immédiat devant les juridictions judiciaires françaises elles-mêmes, ce qui empêche le contrôle ou la contestation effectifs des décisions concernant l'organisation de la juridiction ou le déroulement de l'instance[525]. La nature administrative de ces actes et l'incidence des principes qui gouvernent le procès et l'administration de la justice exigent pourtant l'application d'un régime juridique adéquat[526]. L'étude des actes d'administration judiciaire en droit judiciaire privé brésilien peut contribuer à la compréhension du problème.

---

décembre 2008, M. Kierzkowski-Chatal et autres, nº 312553, *AJDA* 2008. 2427; *D.* 2009. 103; *Gaz. Pal.* 2009. 14. – CE, 27 octobre 2009, nº 332839, inédit.

[521] CE Ass., 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac,* Lebon 175, *D.* 1953. 683, note C. Eisenmann, *JCP* 1953. 7598, note G. Vedel, Rev. adm. 1953. 265, note G. Liet-Veaux, *RDP* 1953. 448, concl. J. Donnedieu de Vabres, note M. Waline, S. 1953. 3. 33, note A. Mathiot.

[522] CE Ass., 31 janvier 1975, *Volff et Exertier*, *AJDA* 1975, 124, chron. Franc et Boyon, à propos d'une notation. – CE Ass., 5 novembre 1976, *Lyon-Caen, AJDA* 1977, 29, chron. Nauwelaers et Fabius, à propos d'un refus d'avancement : V. LEBRETON Giles, *Droit administratif général*, Dalloz, 8e éd., 2015, pp. 227-228. – V. aussi : CE, 22 juin 2012, nº 359713, inédit.

[523] CE, 31 janv. 1996, n 164959, *Lagarde*.

[524] CE, 26 mars 1993, n° 123055*, Mme Bouanha et a. : JurisData* n° 1993-041327 ; *Rec. CE* 1993, p. 85 ; *JCP G* 1993, IV, 1403.

[525] V. *supra,* nº 92 s.

[526] V. *infra,* nº 200 s.

CONCLUSION DE LA SECTION 3

130. Les actes d'administration judiciaire s´insèrent dans l'arsenal mis à disposition du juge pour veiller au bon fonctionnement du service dans une juridiction et au bon déroulement de l´instance. Ils sont alors pris en application des attributions d'ordre administratif qui incombent au juge.

131. Pourtant, les actes de gestion procédurale et d'organisation juridictionnelle ont une influence assez importante sur la fonction juridictionnelle exercée par les juridictions dans la mesure où ils touchent, directement ou indirectement, les procédures en cours. Ainsi, pour garantir l'autonomie de l'acte juridictionnel et prévenir toute ingérence extérieure dans l'activité juridictionnelle, il faut que ces actes soient pris par un membre de l'ordre judiciaire. L'autonomie de l'autorité judiciaire exige également que les actes judiciaires administratifs soient exclus de tout contrôle exercé par l'ordre administratif.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

132. A partir de la fin du XIX[e] siècle, l'accroissement important de la demande judiciaire a conduit le législateur à remodeler la mission procédurale du juge qui se voit attribuer un rôle renforcé dans la marche du procès et doit veiller au bon déroulement de l'instance. De même, l'augmentation prodigieuse de la demande judiciaire a accru l'importance de l'administration interne des juridictions. Les actes d'administration judiciaire s´insèrent alors dans cet arsenal mis à disposition du juge pour veiller au bon déroulement de l´instance dans un délai raisonnable et pour garantir un bon fonctionnement du service au sein de la juridiction.

133. Si les Codes de procédure civile et d'organisation judiciaire français qualifient expressément certains actes pris par le juge de *mesure d'administration judiciaire*, le droit positif français ne présente pas de définition positive de ces actes et affirme uniquement qu'ils ne sont pas assujettis au régime juridique appliqué aux jugements, conformément aux articles 499 et 537 du Code de procédure civile. La Cour de cassation, de son côté, a donné une définition *a contrario* des actes d'administration judiciaire et a déclaré que ce sont des actes judiciaires non susceptibles d´affecter les droits et les obligations des parties[527].

134. Si le critère retenu par la haute juridiction judiciaire française poursuit un but légitime et permet aux parties d'exercer une voie de recours contre tout acte du juge susceptible de leur causer tort, il s'avère, *maxima venia,* inadéquat car il rend possible la modification de la nature juridique des actes en raison de leurs conséquences et ne tient pas compte du fait que le juge exerce des actes de natures distinctes. De plus, il est intéressant d'indiquer que la jurisprudence et le droit positif français qualifient expressément d'actes d'administration judiciaire des actes dommageables aux droits substantiels et procéduraux des parties.

[527] Cass. soc., 24 mai 1995 : *Bull. civ.* V, nº 168, p. 122 ; *RTD civ.* 1995, obs. R. Perrot, p. 958.

135. La position jurisprudentielle qui identifie la notion d'acte d'administration judiciaire au pouvoir discrétionnaire des juges est également passible de critique dès lors que le législateur français exige expressément que le juge se justifie pour prendre certains actes judiciaires d'administration (articles 90, 780, 781 et 784 CPC). Il faut aussi indiquer que le pouvoir discrétionnaire des juges englobe l'activité juridictionnelle, ce qui démontre ainsi l'insuffisance du critère proposé.

136. Une partie de la doctrine française, quant à elle, identifie les actes d'administration judiciaire aux mesures d'ordre intérieur du droit administratif[528]. Pourtant, même si les deux notions sont rattachées au fonctionnement interne des services – juridictionnel et administratif, respectivement – et ne sont pas, en principe, susceptibles de contrôle, les spécificités des actes judiciaires administratifs empêchent leur assimilation.

137. Par les actes judiciaires administratifs, le juge ne dit pas le droit applicable au cas *sub judice* ; les actes ne se rattachent donc ni à la juridiction gracieuse, ni à la juridiction contentieuse. Pourtant, ces décisions sont rattachées, directement ou indirectement, à une procédure donnée. L'autonomie de l'autorité judiciaire exige ainsi qu'ils soient pris par des juges et que tout contrôle exercé par l'ordre administratif soit exclu. La spécificité des actes d'administration judiciaire réside alors dans leur nature matériellement administrative – critère fonctionnel – et dans le fait qu'ils ne sont pas détachables de la fonction de juger, l'autorité judiciaire devant s'organiser en interne et veiller au déroulement de l'instance afin d'assurer le service public de la justice dont elle a la charge.

138. Pourtant, selon la législation et la jurisprudence françaises actuelles, ces actes ne sont soumis à aucune voie de recours immédiate, ce qui empêche la contestation effective des actes d'administration judiciaires préjudiciables. L'analyse de la matière en droit judiciaire privé brésilien peut alors ouvrir une nouvelle perspective dans ce cas.

[528] DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., pp. 143, 145 et 164.

CHAPITRE 2

LES ACTES D'ADMINISTRATION JUDICIAIRE EN DROIT JUDICIAIRE PRIVE BRESILIEN

139. Même si le droit brésilien ne connaît pas la notion française de *mesure d'administration judiciaire*, il est évident que l'administration de la justice brésilienne requiert également l'accomplissement des actes judiciaires qui ont pour but le bon déroulement des instances et le bon fonctionnement du service dans les juridictions.

En effet, dans le but de promouvoir le bon déroulement de l'instance, divers actes de gestion procédurale sont pris quotidiennement par le juge brésilien et ses délégués. De plus, afin d'inciter une conduite coopérative du procès par les sujets à l'instance dans un but d'efficacité, le Code de procédure civile de 2015 autorise également que les parties – seules[529] ou conjointement avec le juge – contribuent à la gestion de la procédure (Section 1).

Pourtant, comme condition préalable à l'exercice de la fonction juridictionnelle, il faut d'abord que le service public de la justice s'organise en interne. Les actes d'organisation juridictionnelle déterminent donc la répartition des services entre les juges, la composition des formations de jugement et la distribution des affaires entre les chambres/sections et les juges de compétence égale. Ces actes de nature administrative sont amplement réglementés par le système brésilien et sont susceptibles de contrôle par le Pouvoir judiciaire, l'unique ordre juridictionnel au Brésil compétent pour connaître toute lésion ou menace de lésion à un droit (Section 2).

[529] Il est utile de rappeler que la présente étude n'englobera toutefois pas les actes de gestion procédurale pris uniquement par les parties car cette recherche est restreinte à l'étude de la notion française des actes d'administration judiciaire, c'est-à-dire, des actes du juge concernant le bon déroulement de l'instance et le bon fonctionnement des juridictions. L'analyse se limitera alors aux actes processuels du juge – soit les actes unilatéraux, soit les actes conjoints du juge et des parties – concernant l'administration judiciaire ; les actes processuels qui ne concernent que les parties n'entrent donc pas dans le domaine de la thèse : V. *supra*, nº 16.

Section 1 : Les actes de gestion procédurale en droit judiciaire privé brésilien

140. S'il appartenait au juge, dans le Code de procédure civile brésilien de 1973, d'impulser *ex office* l'instance en assurant la direction du procès et la conduite de l´instance, l'adoption expresse d'un modèle de procès coopératif dans le *codex* de 2015 – qui vise à l'effectivité et au respect des volontés des parties également dans le domaine procédural –, a permis que les parties participent plus effectivement à la gestion du procès au lieu de seulement discuter la gestion procédurale faite par le juge[530]. De plus, en application du principe de coopération et pour promouvoir la sécurité juridique nécessaire des justiciables et l'efficience, de nouveaux outils ont été prévus dans le nouveau Code de procédure civile brésilien pour la gestion du contentieux (§ 1).

De plus, en raison de l'encombrement des juridictions et pour que le juge puisse concentrer ses efforts sur la prise de décisions juridictionnelles, le système juridique brésilien a autorisé expressément que certains actes de gestion procédurale soient pris par les greffiers, si les conditions établies par le droit positif brésilien sont observées (§ 2).

§ 1 : Les actes de gestion procédurale pris par le juge seul ou conjointement avec les parties : du traitement prévu dans le Code de procédure civile de 1973 aux règles établies dans le *codex* de 2015

141. Au Brésil, le prononcé de l'acte juridictionnel est normalement précédé de la prise des différents actes de gestion procédurale. Pourtant, si la gestion procédurale par le juge était consacré par le Code de procédure civile de 1973 – le juge unique en première instance et le « desembargador » ou le « ministre » rapporteur dans les cours d´appel, régionales et supérieures qui sont responsables pour le déroulement de l´instance – (A), le *codex* de 2015 apporte de nouvelles techniques de gestion de la procédure et du

[530] GREGER Reinhard, « Cooperação como princípio processual », Ronaldo Kochen (trad.), *Revista de processo,* ano 37, nº 206, abril de 2012, p. 126, *in verbis : « Pour les parties, le principe de coopération ne signifie pas qu'elles doivent assumer leur procès (ihren Prozess austragen) de manière intime (Zweisamkeit) – cela serait une utopie extraterrestre, comme le critique bien Leipold et comme l'a bien explicité le défenseur le plus déterminé dudit principe, Wassermann. Bien comprise, l'exigence de coopération, au lieu de déterminer seulement que les parties – chacune soi-même – discutent la gestion adéquate du procès par le juge, fait que ces dernières y participent »* (traduction libre). – DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. 1, préc., p. 157.

contentieux : le juge et les parties coopèrent pour le bon déroulement de l'instance et pour l'obtention d'un procès adéquat, efficace et équitable, comme nous le verrons par la suite (B).

A. – Les actes de gestion procédurale pris par le juge dans le Code de procédure civile brésilien de 1973

142. Dans le Code de procédure civile brésilien de 1973, l'article 162 établissait les définitions de « sentença », de « decisão interlocutória » et de « despacho ». La doctrine pourtant collaborait au développement des notions des dits « pronunciamentos » judiciaires. Comme nous l'avons préalablement analysé[531], la définition légale de jugement a été faite selon le contenu de l'acte judiciaire – prévus aux articles 267 et 269 du *codex* de 1973 – et la doctrine brésilienne a ajouté la prise en compte d'un élément téléologique – l'aptitude de l'acte de mettre fin à l'instance – comme condition nécessaire pour qualifier un acte judiciaire de jugement. La décision interlocutoire, de son côté, était qualifiée comme l'acte par lequel le juge résolvait une question incidente pendant l'instance. Le terme trouvait son origine dans l´expression *inter et locutus est* et correspondait ainsi à la décision prise entre le déclenchement et le dénouement de l´instance. Il faut maintenant étudier le concept de « despacho » pour identifier ensuite, entre les différents « pronunciamentos » judiciaires, ceux qui correspondent, en droit judicaire privé brésilien, à la catégorie française d'actes de gestion procédurale.

143. L´article 162, § 3º, du Code de procédure civile brésilien de 1973 donnait une définition *a contrario sensu* de « despacho » car le législateur affirmait que les « despachos » étaient tous les autres actes pris par le juge[532] pendant l´instance, *d´office* ou à la demande de la partie, à propos desquels la loi n'établissait pas d'autre forme. Ainsi, le législateur de 1973 a donné une définition par exclusion du « despacho ». Comme il ne

[531] Les notions de jugement et de décision interlocutoire ont déjà été analysées en raison de l'opposition existente entre la notion française d'acte judiciaire d'administration et les décisions judiciaires concernant le *meritum causæ* – décisions au fond : V. *supra,* nº 45 s.

[532] La doctrine brésilienne critiquait pourtant cette définition car si le juge prend, pendant l´instance, des actes décisoires (des jugements, des décisions interlocutoires et des « despachos »), il prend également des actes sans aucun contenu décisoire qui ont pour but exclusif d'exécuter une décision prise au préalable (actes matériels) : V. *supra,* nº 47.

s'agissait pas de jugements ou de décisions interlocutoires, les « despachos » étaient conçus comme des ordres judiciaires qui disposent sur le déroulement de l´instance.

144. Si le procès était, en règle générale, déclenché par l´initiative des parties (principe dispositif), il ne demeurait pourtant pas « la chose des parties ». Une fois l´activité de la juridiction provoquée par le demandeur, le procès se développait par impulsion *ex officio*, et le juge en assurait la direction et la conduite de l´instance tout en veillant à son bon déroulement, indépendamment des nouvelles sollicitations des parties, conformément à l´article 262 du Code de procédure civile de 1973[533].

Les « despachos » étaient donc définis comme les actes du juge concernant le déroulement de l´instance et ils n'étaient pas susceptibles de recours, conformément à l'article 504 du *codex* de 1973. Il s'agissait donc d'actes de gestion procédurale, comme l'affirme la doctrine, *in verbis :*

> *« Les "despachos" sont des "pronunciamentos" judiciaires dont le but est de permettre le déroulement de l'instance et le mouvement de la procédure. Contrairement aux "pronunciamentos" décisoires (interlocutoire et jugement), ils n'ont pas comme finalité de résoudre des questions, mais uniquement de faire avancer le procès. Les "despachos" ne peuvent pas être considérés comme des actes décisoires proprement dits. Même s'il y a un certain contenu décisoire, celui-ci est négligeable et non significatif car sa finalité, comme déjà dit, ne résout pas les questions »* (traduction libre)[534].

Durant la direction du procès et pour le bon déroulement de l'instance, le juge peut prendre plusieurs « despachos ». Par ledit acte de gestion procédurale, par exemple, il invite les parties à exercer le contradictoire et à indiquer les preuves qu'elles veulent produire pour soutenir leurs prétentions[535], demande la régularisation de la représentation

[533] V. *supra,* nº 46.
[534] JORGE Flávio Cheim, DIDIER JUNIOR Fredie e RODRIGUES Marcelo Abelha, *A terceira etapa da reforma processual civil : comentários às Leis nº 11.187 e 11.232, de 2005 ; 11.276, 11.277 e 11.280, de 2006,* São Paulo : Saraiva, 2006, p. 201.
[535] Cour supérieure de justice, Deuxième chambre, « Agravo Regimental no Recurso Especial » nº 1406234/PR, Ministre rapporteur : Mauro Campbell Marques, date du jugement : 10/11/2015, date de la publication : 19/11/2015.

ad litem[536], détermine la jonction ou la disjonction d´instances[537], fixe les délais et la date d´audience[538] tout en conduisant l´instance selon la procédure établie par la loi[539].

A propos des rôles joués par les sujets du procès dans le Code de procédure civile de 1973, la doctrine a souligné l'isolationnisme du juge pour la prise de décisions sur la conduite de l'instance qui, généralement, ne dépendait pas de la contribution active des parties. Il appartenait uniquement au juge d'observer le traitement égalitaire des parties, de veiller à la célérité procédurale, de préserver la dignité de la Justice et d'essayer de concilier les parties[540].

145. A l'égard des différents « pronunciamentos » judiciaires, la majorité de la doctrine et de la jurisprudence brésiliennes, soumises au Code de procédure civile de 1973, utilisaient le *critère du préjudice* pour distinguer les « despachos » des décisions interlocutoires. Ainsi, si l´acte provoquait des préjudices aux parties et ne mettait pas fin

---

[536] Cour supérieure de justice, Troisième chambre, « Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial » nº 684704/MS, Ministre rapporteur : Marco Aurélio Bellizze, date du jugement : 23/06/2015, date de la publication : 30/06/2015.

[537] Cour supérieure de justice, Deuxième chambre, « Agravo Regimental no Agravo de Instrumento » nº 239377/SP, Ministre rapporteur : Nancy Andrighi, date du jugement : 6/04/2000, date de la publication : 15/05/2000.

[538] Cour supérieure de justice, Troisième chambre, « Recurso Especial » nº 828373/SP, Ministre rapporteur : Castro Filho, date du jugement : 17/08/2006, date de la publication : 11/09/2006.

[539] La doctrine indique d'autres exemples de « despacho », *in verbis : « Les "despachos" sont les commandements suivants : manifestation des parties (sur une question) ; de l'agent comptable ; du défendeur afin qu'il se manifeste sur la demande de désistement de l'action ; de l'auteur pour qu'il se manifeste sur le mémoire en réponse du défendeur, etc. »* (traduction libre) : NERY JUNIOR Nelson e NERY Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante,* préc., p. 451.

[540] V. ZUFELATO Camilo, « Análise comparativa da cooperação e colaboração entre os sujeitos processuais nos projetos de novo CPC », *in* FREIRE Alexandre, DANTAS Dierle, DIDIER JUNIOR Fredie, MEDINA José Miguel Garcia, FUX Luiz, CAMARGO Luiz Henrique Volpe e OLIVEIRA Pedro Miranda de (org.), *Novas tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil,* Salvador : JusPodium, 2013, p. 10, *in verbis : « D'après l'actuel CPC (de 1973), le dirigisme judiciaire du procès est marqué par une conception de grand isolationnisme du juge pour la prise de décisions sur la conduite de l'instance qui, généralement, ne dépend pas de la contribution active des parties. Il appartient uniquement au juge d'observer le traitement égalitaire qui doit être accordé aux parties, de veiller à la célérité procédurale, de préserver la dignité de la Justice, et d'essayer de concilier les parties – art. 125. Il convient de noter qu'il n'y a pas de prévision d'un rôle central à être joué pour les autres sujets du procès dans la conduite de l'instance »* (traduction libre). – Cependant, ceci ne peut pas être interprété comme l'absence de prérogative des parties dans le déroulement de l'instance car le Code de procédure civile de 1973 permettait la réduction des délais dilatoires (article 181), la suspension du procès (article 265, II) et le renvoi de l'audience à une date ultérieure (article 453, I) par les parties : V. *infra,* nº 158.

à l´instance, il était qualifié, selon cette théorie, de décision interlocutoire[541]. Par conséquent, un même « pronunciamento » judiciaire pouvait être qualifié, selon les circonstances, de « despacho » ou, au contraire, de décision interlocutoire selon les effets produits, comme l'affirmaient certains auteurs[542].

La jurisprudence formée sous l'empire du Code de procédure civile de 1973 a également suivi cette thèse et a affirmé que la différence entre la décision interlocutoire et le « despacho » résiderait dans l'existence ou non de contenu décisoire et des griefs : la décision interlocutoire aurait du contenu décisoire et pourrait provoquer des griefs à l'une des parties alors que les « despachos » seraient de simples actes ordonnateurs – des actes ou « pronunciamentos ordinatórios » –, sans contenu décisoire et sans possibilité des causer des préjudices[543].

---

[541] V. *supra,* nº 67. – Rodrigo da Cunha Lima Freire défend que *« les "pronunciamentos" juridictionnels dépourvus de contenu décisoire important, mais qui causent éventuellement des préjudices – même en raison du contexte dans lesquels ils sont pris – sont des hybrides de "despacho" – parce qu'ils n'ont pas de contenu décisoire – et de décision interlocutoire – parce qu'ils provoquent des griefs. Ils sont donc susceptibles d'être contestés par les recours d'"agravo" et des "embargos de declaração" »* (traduction libre) : V. FREIRE Rodrigo da Cunha Lima Freire, « Aspectos da interposição dos recursos e saneamento de nulidades processuais pelo tribunal », *in* NEVES Daniel Amorim Assumpção, RAMOS Glauco Gumerato, FREIRE Rodrigo da Cunha Lima e MAZZEI Rodrigo, *Reforma do CPC : Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006,* préc., p. 345.

[542] V. NERY JÚNIOR Nelson, *Teoria geral dos recursos,* préc., p. 236, *in verbis : « Tout "despacho" est de "simples expediente". Ce sont des actes du juge qui ont pour but le déroulement de l´instance car ils n'ont pas de contenu décisoire. S´ils contiennent un thème décisoire capable de provoquer des griefs à la partie ou à l´intéressé, il ne s'agira pas d'un "despacho", mais d'une décision interlocutoire »* (traduction libre). Ainsi, selon l'auteur, les « pronunciamentos » judiciaires qui n'ont pas de contenu décisoire important, mais qui causent des préjudices, ne sont pas des « despachos », mais des décisions interlocutoire : V. FREIRE Rodrigo da Cunha Lima Freire, « Aspectos da interposição dos recursos e saneamento de nulidades processuais pelo tribunal », préc., p. 344. – V. aussi : NERY JUNIOR Nelson e NERY Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante,* préc., p. 451, *in verbis : « C'est tout et n'importe quel acte "ordinatório" du juge, destiné au bon déroulement du procès, sans rien décider. Tous les "despachos" sont "de mero expediente" et non susceptibles de recours, conformément à l'article 504 du CPC »* (traduction libre). – Dans le même sens : DIDIER JUNIOR Fredie, CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Curso de direito processual civil,* v. 3, préc., p. 34, *in verbis : « Comme déjà affirmé, les "despachos" sont, selon l´article 504 du CPC, non susceptibles de recours. La doctrine et la jurisprudence admettent toutefois l´utilisation du recours d´"agravo de instrumento" pour contester le "despacho de simples expediente" en cas de préjudices à la partie. Cela signifie que le recours d´"agravo de instrumento" contre le "despacho de simples expediente" dépend de la présence de préjudice. Ainsi, le préjudice constitue la condition d'utilisation de l´"agravo". (...) Dans cette hypothèse, le "despacho" doit être qualifié de décision interlocutoire car il change de nature et est susceptible de recours »* (traduction libre). – GONÇALVES Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*, volume 1 : teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte), 10ª ed., São Paulo : Saraiva, 2013, pp. 231-232.

[543] V. Cour supérieure de justice, Troisième chambre, « Recurso Especial » nº 1022910/PR, Ministre rapporteur : Nancy Andrighi, date du jugement : 8/09/2009, date de la publication : 2/10/2009, *in verbis :*

Ainsi, selon cette thèse, la différence entre les « despachos » et les décisions interlocutoires se limiterait à l´aptitude de ceux-ci à provoquer des griefs aux parties en raison de leur contenu décisoire. Par conséquent, si un acte de gestion procédurale provoquait des griefs, il n'était pas qualifié de « despacho », mais, au contraire, de décision interlocutoire susceptible de recours. Selon ledit raisonnement, les « pronunciamentos » judiciaires qui visent au bon déroulement de l'instance pouvaient être qualifiés de « despacho » ou de décision interlocutoire, d'après leur aptitude ou non de causer des préjudices. Les actes de gestion procédurale intègrent, en droit judiciaire privé brésilien, ces deux types de « pronunciamentos » judiciaires[544].

146. Néanmoins, si une telle théorie concrétise la norme prévue à l´article 5, XXXV, de la Constitution de la République[545] et poursuit un but légitime[546] tout en permettant la

---

« La différence entre les décisions interlocutoires et les "despachos de simples expediente" réside dans l´existence ou non de contenu décisoire et/ou de préjudice à la partie » (traduction libre). – V. aussi : Cour supérieure de justice, Cinquième chambre, « Agravo Regimental no Recurso Especial » nº 769733/SP, Ministre rapporteur : Gilson Dipp, date du jugement : 11/10/2005, date de la publication : 7/11/2005, p. 382, *in verbis : « La différence (entre la décision interlocutoire et le "despacho") réside dans l´existence, ou non, de contenu décisoire et des griefs. La décision interlocutoire a du contenu décisoire et peut provoquer des griefs à l'une des parties alors que les "despachos" sont de simples "pronunciamentos ordinatórios" qui ne résolvent pas les controverses et qui visent au déroulement de l´instance. Selon l´article 504 du Code de procédure civile (de 1973), les "despachos de simples expediente" ne sont pas susceptibles de recours. Dans l'espèce, le "despacho" qui n´a pas accepté la demande d´intervention acessoire d´un tiers n´a pas de contenu décisoire, ne provoque pas de griefs et est donc non susceptible de recours »* (traduction libre). – Dans le même sens : Cour supérieure de justice, Deuxième chambre, « Recurso Especial » nº 1263130/MG, Ministre rapporteur : Mauro Campbell Marques, date du jugement : 23/08/2011, date de la publication : 30/08/2011, *in verbis: « Selon l´article 162 du CPC, les actes du juge sont les jugements, les décisions interlocutoires et les "despachos". Les "despachos de simples expediente" n´ont pas de contenu décisoire et ne déterminent que le déroulement de l´instance, sans porter préjudice ou favoriser les parties, et donc non susceptibles de recours. Dans le cas sub judice, avant d´analyser la saisie des biens, le magistrat a invité la partie à prouver qu´elle avait essayé de localiser les biens du débiteur, de sorte que l´acte judiciaire a dépassé les limites de la simple impulsion processuelle et a révélé son potentiel à provoquer des griefs à la partie. L'acte est donc susceptible d´être contesté par le recours d´"agravo de instrumento" »* (traduction libre).

[544] Comme l'affirme expressément Nelson Nery Junior et Rosa Maria de Andrade Nery, *in verbis : « En cas de préjudice, l'acte se caractérise comme une décision interlocutoire, susceptible d'être contestée par le recours d'"agravo" car le "despacho", qui n'a pas l'aptitude de causer des griefs, n'est pas susceptible de recours (CPC, art. 504). L'acte peut avoir formellement des caractéristiques d'un "despacho", mais, parce qu'il a causé des griefs, il a analysé une question incidente, il est alors transformé en une décision interlocutoire, dans la mesure où seulement ces dernières peuvent provoquer des préjudices à la partie ou à l'intéressé »* (traduction libre): NERY JUNIOR Nelson e NERY Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante,* préc., p. 452.

[545] V. l´article 5, XXXV, de la Constitution de la République, *in verbis : « Article 5 : Tous sont égaux devant la loi ; l'inviolabilité du droit à la vie, la liberté, l'égalité, la sûreté et la propriété sont garanties à*

contestation judiciaire des actes qui causent des préjudices, elle peut être contestée dans la mesure où elle défend la modification de la nature juridique d´un acte en raison de ses effets. Par ce raisonnement, la nature de l´acte serait déterminée, non par son essence, mais par les conséquences qui y sont rattachées. Toutefois, les effets d´un acte lui sont extérieurs et postérieurs et ne peuvent pas être le facteur déterminant de sa nature juridique[547]. Si une décision interlocutoire prise par le juge ne devient pas un « despacho » en raison d´absence de préjudice causé, pourquoi un « despacho » deviendrait-il une décision interlocutoire en présence des griefs ? La réponse donnée par cette doctrine s'avère alors non adaptée pour résoudre la question de la contestation des « despachos » qui causent des griefs aux parties.

147. Pourtant, si la majorité de la doctrine défendait, sous l'empire du *codex* de 1973, que les « despachos » n'avaient aucun contenu décisoire, certains auteurs soutenaient que lesdits « pronunciamentos » n'avaient pas un *« contenu décisoire important »*[548], ils représentaient une *« fraction minimale de liberté d´option »*[549], dans la mesure où *« ils représentent l´application presque automatique de la loi qui n'exige, en règle, aucune activité interprétative »* (traduction libre)[550].

Une minorité de la doctrine soutenait néanmoins la thèse selon laquelle les « despachos » sont des décisions. D'après cette doctrine, quand le juge décide de prendre

---

tout brésilien et à tout étranger résidant au Brésil, selon les termes suivants: (...) XXXV – la loi ne peut soustraire à l'appréciation du Pouvoir judiciaire aucune lésion ou menace d'atteinte à un droit » (traduction libre).

[546] Comme l'a également remarqué Julien Théron, en traitant du vice de raisonnement de la Cour de cassation française dans la différenciation entre le jugement et l'acte d'administration judiciaire en droit français : V. *supra,* nº 99.

[547] Selon Teresa Celina Arruda Alvim Pinto, *« le contexte d´un acte judiciaire peut ouvrir les voies de recours pour le contester, mais ne peut pas modifier sa nature juridique »* (traduction libre): V. PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », préc., p. 55. – Une critique pareille est faite par Fredie Didier Junior au sujet de la qualification de décision selon l'effet de chose jugée conféré par l'ordre juridique, *in verbis : « La chose jugée est une situation postérieure à la décision, ne pouvant pas être sa caractéristique ou élément d'existence : on ne conditionne pas l'"être" pour quelque chose qui, dans le temps, lui est postérieur »* (traduction libre) : DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. 1, préc., p. 164.

[548] ASSIS Araken de, *Manual dos recursos,* préc., p. 141.

[549] WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, préc., p. 42.

[550] PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », préc., p. 47.

un « despacho », d´office ou en réponse à une demande de la partie, il développe inévitablement une activité mentale de choix. L´élaboration d´un « despacho » exige du juge la compréhension préalable de l´utilité, de l´opportunité et de la nécessité de l´acte d´impulsion processuelle. Il existe alors dans tous ces actes une activité mentale de choix, qui caractérise l´existence d´une décision, même si elle a un *« contenu décisoire minimum »*[551].

Nous sommes d'accord avec cette dernière position. Même si la procédure est préétablie par la loi, c'est le juge qui la concrétise, qui conduit les parties selon les étapes et phases du procès en observance des principes procéduraux. Si le code établit la réalisation d´une audience – pendant laquelle le juge essayera de concilier les parties[552], dans laquelle les mesures d´instruction seront produites[553], les plaidoiries auront lieu[554] et le jugement sera prononcé[555] –, il appartient au juge de définir le moment de sa réalisation, de fixer sa date[556] et de déterminer ou non sa continuation pour le jour suivant[557].

Même s´ils n´ont pas la même densité décisoire que les jugements ou les décisions interlocutoires[558], ces actes sont des décisions *lato sensu* concernant le déroulement de l'instance et peuvent affecter – et affectent plusieurs fois – les droits – substantiels et procéduraux – des parties. La fixation d´une date d´audience très distante, par exemple, est une décision[559] qui viole le droit au procès équitable (délai raisonnable),

[551] MONTEIRO João Baptista, « O conceito de decisão », *Revista de processo*, ano VI, nº 23, julho-setembro de 1981, p. 79. – BERMUDES Sérgio, *Comentários ao CPC,* 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 90, *apud* PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », préc., p. 47.
[552] Articles 447 et 448 du Code de procédure civile brésilien de 1973.
[553] Articles 451 et 452 du Code de procédure civile brésilien de 1973.
[554] Article 454 du Code de procédure civile brésilien de 1973.
[555] Article 455 du Code de procédure civile brésilien de 1973.
[556] Articles 331 et 407 du Code de procédure civile brésilien de 1973.
[557] Article 456 du Code de procédure civile brésilien de 1973.
[558] Araken de ASSIS défend que les « despachos » sont des actes décisoires par exclusion car ils ont un contenu décisoire peu dense. Pourtant, selon ledit auteur, le contenu peu dense des « despachos » empêche de provoquer des préjudices aux parties : V. ASSIS Araken de, *Manual dos recursos,* préc., p. 141.
[559] Le juge choisit un jour pour réaliser l´audience.

prévu à l´article 5, LXXVIII, de la Constitution de la République[560] dont la nature juridique consiste en un acte de gestion procédurale.

Le contenu décisoire moins dense du « despacho » n´est pas pour autant capable de le dénaturer : il s'agit toujours d'une décision concernant le bon déroulement de l´instance dans la mesure où c'est la conséquence d´un choix du juge, conformément à la doctrine suivante :

> *« Le contexte dans lequel l´acte judiciaire est pris (...) ne peut pas, selon nous, modifier sa nature juridique. (...) Même si les "despachos" se caractérisent par l´absence de contenu décisoire important car, dans la majorité des cas, ils représentent l´application presque automatique de la loi et n´exigent pas d'activité de nature interprétative, ils peuvent quelquefois provoquer des griefs en raison d'erreurs flagrantes »* (traduction libre)[561].

148. En outre, il nous faut souligner que le législateur de 1973 n´a pas fait usage d'une nomenclature uniforme pour identifier tous les actes d´impulsion processuelle. De manière générale, ledit Code de procédure civile utilisait tout simplement la nomenclature « despacho »[562]. Toutefois, d´autres expressions ont également été employées – comme le vocable « despacho de expediente », à l´article 189, I, et « despacho de simples expediente », dans la rédaction originale de l´article 504 dudit *codex* (avant la modification de la loi nº 11.276 de 2006) qui suscite alors des questionnements sur l´existence ou non de plusieurs types de « despachos ».

La grande majorité de la doctrine a alors interprété cette divergence de nomenclature comme une simple erreur de rédaction et a affirmé, par conséquent,

---

[560] L´article 5, LXXVIII, de la Constitution de la République établit, *in verbis: « Dans les domaines judiciaire et administratif, le délai raisonnable du procès et les moyens qui assurent la célérité de l´instance sont assurés à tous »* (norme incluse par l´amendement constitutionnel nº 45 de 2004 ; traduction libre).

[561] PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », préc., pp. 54-55.

[562] V. MENEZES Iure Pedroza, « A recorribilidade dos despachos », préc. Selon l´auteur, la nomenclature « despacho » est utilisée dans les articles du Code de procédure civile de 1973 suivants : 13 ; 37 ; 106 ; 110, paragraphe unique ; 141, V ; 162 ; 164 ; 202, II ; 207, § 2º ; 209 ; 219 , § 2º ; 223 ; 225, V ; 228 ; 298, paragraphe unique ; 421, § 1º ; 457 ; 482, § 3º ; 504 ; 510 ; 677, § 2º ; 728, I ; 852, II ; 930, paragraphe unique ; 1013, § 2º ; 1022 ; 1187, II ; 1216.

l´existence d´une unique espèce de « despacho » qui n'aurait pas de contenu décisoire[563]. Toutefois, certains auteurs ont défendu l´existence de deux catégories de « despachos ». En s'appuyant sur l'interprétation littérale de la rédaction originale de l'article 504 du Code de procédure civile brésilien de 1973 – qui établissait que les « despachos de simples expediente » n'étaient pas susceptible de recours –, une partie de la doctrine défendait l'existence des « despachos de simples expediente » – traités à l´article 504 du *codex* – et des « despachos » tout simplement. Selon cette doctrine minoritaire, seuls les « despachos de expediente » ou « de simples expediente » ne seraient pas susceptibles de recours – comme l'affirmait expressément l´article –, car ils étaient associés à la simple impulsion processuelle de l'instance et ne causaient pas de préjudices aux parties. Les « despachos » tout simplement, quant à eux, seraient les actes d´impulsion processuelle qui, au-delà de cette limite, provoqueraient des griefs aux parties et qui pourraient donc faire l'objet de recours (« agravo »)[564].

Il faut pourtant noter que la modification de l´article 504 du Code de procédure civile de 1973 par la loi nº 11.276 de 2006 a affaibli cette thèse car la nouvelle rédaction de l´article a clarifié que les « despachos » – tout simplement, et non les « despachos de simples expediente », comme l´affirmait la rédaction originale de l'article – n'étaient pas susceptibles de recours[565].

Initialement, Teresa Arruda Alvim Wambier s´est opposée à la doctrine qui distinguait les « despachos », les « despachos de expediente » et les « despachos de simples expediente », en affirmant qu'il n'existait qu'un seul type de « despacho », à savoir, le « despacho de simples expediente » sans aucun contenu décisoire et donc non susceptible de recours. L'auteur a pourtant postérieurement modifié son point de vue passant à défendre, à partir d´une relecture de l´article 162, § 4º, du CPC de 1973 e de

[563] NERY JÚNIOR Nelson, *Teoria geral dos recursos,* préc., p. 237. – DIDIER JUNIOR Fredie, CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Curso de direito processual civil,* v. 3, préc., p. 32.
[564] ARAGÃO Egas Dirceu Moniz de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, préc., p. 39. – ARAGÃO Egas Dirceu Moniz de, « Considerações práticas sobre o agravo », *Revista Forense,* ano 70, v. 246, abril-maio-junho de 1974, p. 64.
[565] Le législateur n´a toutefois pas modifié l´article 189, I, dudit *codex* qui utilisait l´expression « despachos de expediente ». Cela est néanmoins résultat des altérations ponctuelles du code – fréquentes de nos jours – qui provoquent parfois des incongruités.

l´article 93, XIV, de la Constitution de la République[566], l´existence des « despachos » et des « despachos de simples expediente »[567].

D´après ce même auteur, les « despachos » et les « despachos de simples expediente » sont, tous les deux, des actes de gestion procédurale qui promeuvent le déroulement de l´instance. Pourtant, toujours selon le même auteur, ils se distinguent par le « degré de complexité du raisonnement » exigé pour leur réalisation[568]. Les « despachos de simples expediente » sont des actes « meramente ordinatórios » qui peuvent être réalisés par les auxiliaires du juge, en raison de la délégation de fonctions prévue à l´article 162, § 4º, du CPC de 1973[569]. Les « despachos », quant à eux, devaient se maintenir dans le domaine d´activité privative des juges vu leur contenu décisoire.

Teresa Arruda Alvim Wambier donne l´exemple du « despacho » par lequel le juge reçoit l´action en justice et détermine la citation du défendeur[570]. Ce moment processuel est assez important parce que le juge doit, selon les circonstances, soit déterminer la citation immédiate du défendeur, soit ordonner l´amendement de la demande initiale de l'instance[571], soit éteindre l´instance sans analyser le *meritum causæ* de l´action[572]. Ainsi, si l´acte qui reçoit la demande initiale et détermine la citation du défendeur constitue un acte de gestion procédurale, selon la majorité de la jurisprudence

[566] V. *infra,* nº 167 s.
[567] Teresa Arruda Alvim Wambier défend alors que la nécessité de réalisation d'une analyse sur l'attitude adéquate ou le niveau de complexité du raisonnement exigé de l'agent distingue les « despachos de mero expediente » – rôle prédominant du greffe, mais qui peut être révisé par le juge – et les « despachos », rôle exclusif du juge : WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro,* préc., pp. 118-122.
[568] WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença,* préc., pp. 38-39.
[569] V. *infra,* nº 167 s.
[570] Comme déterminé dans l´article 285 du Code de procédure civile de 1973. Il faut remarquer que la demande est directement portée au juge qui se charge de convoquer le défendeur au Brésil. Il appartient au demandeur de payer les frais concernant la réalisation de l´acte, conformément à l'article 240, § 2º, du Code de procédure civile de 2015.
[571] L´article 284 du Code de procédure civile brésilien de 1973 prévoyait que le juge devait ordonner l´amendement de la demande initiale par l'auteur dans un délai de dix jours si l´acte introductif de l´instance ne remplissait pas les conditions établies par les articles 282 et 283 du *codex*. Une règle semblable a été incluse dans l'article 321 du Code de procédure civile de 2015, *in verbis : « Le juge, en vérifiant que la demande introductive d'instance ne remplit pas les conditions des articles 319 et 320 ou qu'elle présente des vices ou des irrégularités capables de rendre le jugement au fond de l'affaire difficile, déterminera que l'auteur, dans un délai de quinze jours, la modifie ou la complète en indiquant avec précision ce qui doit être corrigé ou complété »* (traduction libre).
[572] Conformément à l´article 267 du Code de procédure civile de 1973.

brésilienne[573], il a été précédé d´un raisonnement plus complexe qui exige qu´il soit restreint à l´activité privative du juge. Différemment, les actes « meramente ordinatórios » – le renvoi du dossier à l'agent comptable ou à l´expert, ainsi que la demande de remise au greffe du dossier retenu par l´avocat, etc. – peuvent être réalisés *ex officio* par les auxiliaires du juge vu l´absence de contenu décisoire important[574].

En outre, l'auteur compare les « despachos » aux actes de « pouvoir lié » du droit administratif car ces actes de gestion procédurale *« constituent l´application presque automatique de la loi, n´exigeant pas, en règle, une activité interprétative complexe »* (traduction libre). Malgré « l´absence de contenu décisoire important », Teresa Arruda Alvim Wambier reconnaît que les actes d´administration de la procédure peuvent provoquer des préjudices aux parties s´ils contiennent des erreurs flagrantes[575].

149. Néanmoins, si la grande majorité des « pronunciamentos » du juge est qualifiée de manière unissone par la doctrine et par la jurisprudence brésilienne, la qualification de certains « pronunciamentos » judiciaires s'avère problématique et floue[576] puisqu'il est possible d'identifier des impropriétés terminologiques employées parfois par le propre législateur brésilien[577]. Par conséquent, la terminologie utilisée par ledit code n'a pas été toujours prise en compte dans la qualification des « pronunciamentos » du juge car l´analyse de l´essence de l´acte doit déterminer le régime juridique qui y est rattaché, comme le défend José Carlos Barbosa Moreira[578]. L´exacte qualification et l'identification des actes sont toutefois indispensables pour l´application correcte du régime juridique rattaché. Or, selon le Code de procédure civile de 1973, les jugements étaient susceptibles d´appel alors que les décisions interlocutoires, après la modification

[573] Cour supérieure de justice, Quatrième chambre, « Recurso Especial » nº 9.031/MG, Ministre rapporteur : Salvio de Figueiredo Teixeira, date du jugement : 18/02/1992, date de la publication : 30/03/1992.
[574] WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença,* préc., pp. 40-41.
[575] WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença,* préc., p. 41-42.
[576] V. *infra,* nº 404 s.
[577] V. *supra,* nº 67.
[578] Pour l'auteur, les expressions « despacho », « despacho de expediente » ou « despacho de simples expediente » étaient équivalentes. Pourtant, toujours selon le même auteur, lorsque la loi qualifiait un acte par lequel le juge décide une question pendant l'instance, cet acte n'était pas un « despacho » mais une décision interlocutoire : MOREIRA José Carlos Barbosa, *Comentários ao código de processo civil,* v. 5, préc., pp. 243-246.

apportée par la loi nº 11.187 de 2005, ne pouvaient pas faire l´objet d´un recours immédiat, sauf exceptions étroitement définies[579]. Quant aux « despachos », ils n'étaient pas susceptibles de recours, selon l´article 504 dudit *codex*.

150. En outre, l'affirmation ou la négation du contenu décisoire du « despacho » entraînait des conséquences concernant la motivation de l´acte. Ainsi, si l´on considère que les « despachos » ne sont pas des décisions, le juge ne serait pas tenu de les motiver. Inversement, si l'on considère qu´ils ont du contenu décisoire, bien que moins dense, la motivation serait l'une des conditions de validité de l´acte, conformément à l´article article 93, IX, de la Constitution de la République et à l´article 165 du Code de procédure civile de 1973[580]. De toute façon, il faut toujours identifier les « pronunciamentos » judiciaires conformément à leur essence.

151. Ainsi, selon la majorité de la doctrine et jurisprudence construites sous le Code de procédure civile de 1973, la gestion procédurale par le juge devait être réalisée par la prise de « despachos » et de « decisões interlocutórias ». Cependant, nous pensons que, si le « pronunciamento » vise au bon déroulement de l´instance, il doit être qualifié de despacho ». Si le « despacho » provoque des griefs et si le droit positif empêche l'utilisation des voies de recours pour contester l'acte judiciaire, ceci est une autre question à résoudre. Dans ce cas, il est nécessaire de chercher dans le système juridique tout entier les outils disponibles pour attaquer le « despacho » préjudiciable[581]. Ladite critique reste encore actuelle parce que le nouveau Code de procédure civile a perdu l'opportunité de présenter une définition positive de « despacho ». Le *codex* de 2015 développe néanmoins de nouvelles techniques d'administration de l'instance et du contentieux.

[579] V. *supra,* nº 69.
[580] V. *supra,* note nº 244.
[581] V. *infra,* nº 413 s.

B. – Le Code de procédure civile de 2015 et les nouvelles techniques de gestion procédurale et de gestion du contentieux

152. Comme le *codex* de 1973, le Code de procédure civile de 2015 adopte ainsi une définition négative de « despacho ». La lecture conjointe des paragraphes de l'article 203 indique que le législateur a accueilli la thèse de la majorité de la doctrine brésilienne qui défend l'absence de contenu décisoire des « despachos ». Selon la nouvelle loi processuelle, la « sentença » est le « pronunciamento » du juge qui met fin à la phase cognitive de la procédure commune[582] ou éteint l'exécution (§ 1°) ; la « decisão interlocutória » englobe tous les « pronunciamentos » du juge avec contenu décisoire qui ne sont pas des « sentenças » (§ 2°), tandis que les « despachos », selon le § 3º, sont *« tous les autres "pronunciamentos" du juge pratiqués dans le procès, d'office ou à la demande de la partie »* (traduction libre).

Ainsi, à partir de la définition légale établie dans le Code de procédure civile de 2015, si le « pronunciamento » judiciaire a un contenu décisoire, il sera qualifié soit de « sentença », soit de décision interlocutoire, selon les circonstances car le « despacho » n'est pas une décision, selon le droit positif, et comme l'affirme la doctrine, *in verbis :*

> *« On peut dire que, parmi les actes pratiqués dans le procès, les "pronunciamentos" judiciaires sont ceux par lesquels le juge (i) décide une question ou (ii) simplement impulse la procédure pour la faire avancer. Le premier type de "pronunciamento" judiciaire, qui a un contenu décisoire, est appelé décision "lato sensu" ; le second, sans contenu décisoire, est appelé "despacho". (...) Les "despachos" sont les "pronunciamentos" judiciaires sans contenu décisoire qui peuvent être prononcés par le juge unique et aussi par l'organe collégial. C'est une notion construite par exclusion »* (traduction libre)[583].

---

[582] V. *supra,* note nº 262.

[583] DIDIER JUNIOR Fredie, BRAGA Paula Sarno e OLIVEIRA Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil : teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*, v. 2, préc., p. 304. – V. aussi : MARINONI Luiz Guilherme, ARENHART Sérgio Cruz e MITIDIERO Daniel, *Novo curso de processo civil : tutela dos direitos mediante procedimento comum,* v. 2, préc., p. 119, *in verbis : « Les "despachos" sont des actes de simple impulsion de la procédure, sans aucun contenu décisoire (art 203, § 3º). La différence entre les jugements et les décisions interlocutoires, d'un côté, et de l'autre des "despachos" réside justement dans l'absence de tout contenu décisoire des "despachos". Les "despachos" sont donc l'un des instruments qui impulsent la procédure car le droit brésilien a adopté la règle de l'impulsion ex officio (art. 2º) »* (traduction libre). – La doctrine actuelle continue à affirmer qu'un « despacho » devient une décision interlocutoire en cas de préjudice aux parties :

153. Malgré la rédaction dudit article, nous défendons le contenu décisoire des « despachos » pour les raisons préalablement indiquées[584]. Quand le juge décide de prendre un « despacho », d´office ou en réponse à une demande de la partie, il développe inévitablement une activité mentale de choix. L´élaboration d´un « despacho » exige du juge la compréhension préalable de l´utilité, de l´opportunité et de la nécessité de l´acte d´impulsion processuelle. Il existe alors une activité mentale de choix au sein de tous ces actes qui caractérise l´existence d´une décision, même avec un *« contenu décisoire minimum »*[585].

Le nouveau Code de procédure civile a ainsi perdu l'opportunité de présenter une définition positive du « despacho » afin de le reconnaître comme un acte d'impulsion processuelle justement pris pour permettre le bon déroulement de l'instance. Pourtant, selon le droit positif brésilien, si l'acte judiciaire a un contenu décisoire et ne met pas fin à une phase cognitive ou d'exécution, l'acte sera qualifié de décision interlocutoire, de façon à ce que les actes judiciaires de gestion procédurale soient, en droit judiciaire privé brésilien, des décisions interlocutoires ou des « despachos », selon le contenu décisionnel ou non du « pronunciamento » judiciaire.

V., par exemple, THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil : Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum,* préc., pp. 503-504.

[584] V. *supra,* nº 147.

[585] MONTEIRO João Baptista, « O conceito de decisão », préc., p. 79. – BERMUDES Sérgio, *Comentários ao CPC,* préc., p. 90, *apud* : PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », préc., p. 47. – Sous l'empire du Code de procédure civile de 2015, José Miguel Garcia Medina a reconnu qu'il y a manifestation de volonté par le juge quand il prend un « despacho », *in verbis : « Les "despachos" se distinguent des décisions – finales ("sentenças") ou interlocutoires – car ils sont des "pronunciamentos" qui n'ont pas de contenu décisoire important, du point de vue juridique (...). Il est clair qu'il y a manifestation de volonté, lorsque, par exemple, le juge définit la date et l'heure de l'audience, mais il n'y a pas de décision juridique »* (traduction libre) : MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 348. – V. également : WAMBIER Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO Maria Lúcia Lins, RIBEIRO Leonardo Ferres da Silva e MELLO Rogério Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo,* préc., pp. 419-420, *in verbis : « D'une manière générale, on peut affirmer que l'insignifiance des "despachos", comparés aux décisions interlocutoires, en cas d'inexistence de griefs aux parties, a créé le principe selon lequel ils sont insusceptibles de recours dans le CPC en vigueur et dans le NCPC. Pourtant, dans le NCPC, plusieurs décisions interlocutoires ne sont plus susceptibles de recours (V. les commentaires à l'art. 1.015). (...) Les "despachos" possèdent du contenu discrètement décisoire et les actes "meramente ordinatórios" ne possèdent pas de contenu notablement décisoire »*. (traduction libre).

154. Il nous faut cependant indiquer que la gestion de l'instance n'est pas uniquement la fonction du juge. En effet, il existe une évidente préoccupation dans le Code de procédure civile de 2015 pour prévoir *« un modèle de procès dans lequel il y ait une forte interaction entre les sujets processuels afin de partager les fonctions, visant à une décision finale qui, bien qu'elle soit élaborée par le juge, est le produit de l'intense participation et coopération des parties avec l'organe juridictionnel. (...) La mesure va dans le sens d'une division des fonctions et ainsi d'une diminution de l'autoritarisme judiciaire »* (traduction libre)[586]. C'est ce que détermine l'article 6º de l'actuel *codex*, selon lequel *« tous les sujets du procès doivent coopérer entre eux afin de parvenir, dans un délai raisonnable, à la solution équitable et effective de la demande »* (traduction libre).

Même avant le nouveau code, le principe de coopération était reconnu par une partie de la doctrine qui lui octroyait par la jonction d'autres principes processuels – comme, par exemple, les principes du respect de la procédure légale (« devido processo legal »), de la bonne-foi processuelle et du contradictoire[587]. A partir du code de 2015, son existence est donc expressément affirmée.

L'article 6º du nouveau Code de procédure civile brésilien a subi l'influence de la loi portugaise[588] dont l'article 266 du Code de procédure civile lusitanien de 2013 établit

[586] ZUFELATO Camilo, « Análise comparativa da cooperação e colaboração entre os sujeitos processuais nos projetos de novo CPC », préc., pp. 101-102 et 105.

[587] DIDIER JUNIOR Fredie, « Os três modelos de direito processual : inquisitivo, dispositivo e cooperativo », *Revista de processo,* ano 36, nº 198, agosto 2011, pp. 218-219. – MITIDIERO Daniel, *A colaboração no processo civil : pressupostos sociais, lógicos e éticos, in* MARINONI Luiz Guilherme e BEDAQUE José Roberto dos Santos (Coord.), *Coleção Temas atuais de direito processual civil*, v. 14, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009, p. 102. – Comme l'affirme aussi Antonio do Passo Cabral, *in verbis : « Sous l'angle téléologique, il n'est pas possible d'imaginer actuellement des fonctions totalement égoïstes (dirigées seulement aux finalités d'un sujet). En vérité, les fonctions que nous pourrions qualifier de convergentes prédominent (attribuées aux différents sujets mais avec des finalités qui se touchent), ce qui a lieu naturellement dans l'ambiance collaborative qu'est le procès conçu dans l'actualité, régi par les principes de la bonne-foi processuelle, au sein de laquelle chaque personnage interagit avec les autres avec l'objectif évident de l'ordre pour instaurer un ambiance dialectique et de coopération »* (traduction libre) : CABRAL Antonio do Passo, « Imparcialidade e Impartialidade : por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal », préc., pp. 344-345. – V. THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil : Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum,* préc., p. 82.

[588] La doctrine reconnaît l'influence du droit portugais dans le domaine, comme l'indique Camilo Zufelato, *in verbis :« En réalité, cette conception de coopération comme un devoir processuel imposé aux sujets du*

que, *« Dans la conduite et dans l'intervention du procès, les magistrats, les mandataires judiciaires et les parties elles-mêmes doivent coopérer entre eux, avec brièveté et efficacité en vue d'obtenir la juste solution du litige »* (traduction libre)[589]. La coopération se présente alors comme un modèle qui vise à organiser le rôle des parties et du juge dans le procès et qui le structure comme une réelle communauté de travail, au sein de laquelle il doit exister, de manière équilibrée, le partage du travail entre tous les participants[590]. A propos du devoir du juge d'assister les parties, Fredie Didier Junior éclaircit, *in verbis :*

> *« En droit portugais, la doctrine identifie l'existence d'un devoir du juge d'assister les parties : "la juridiction a le devoir d'assister les parties pour surmonter d'éventuelles difficultés qui empêchent l'exercice des droits ou de facultés ou dans l'accomplissement des charges ou des devoirs procéduraux. (...) Pour accomplir ce devoir, l'organe juridictionnel peut, par exemple, suggérer la modification de la demande pour qu'elle devienne plus conforme à la jurisprudence sur la matière. Ce devoir est l'un des aspects du principe de coopération, également prévu dans le CPC portugais. La relation entre les devoirs de coopération et la promotion de l'égalité procédurale est nettement plus développée dans la doctrine »* (traduction libre)[591].

Ainsi, si *« le modèle accusatoire se développe comme un conflit entre deux adversaires face à un organe juridictionnel relativement passif, dont la principale*

---

procès, semble être une influence directe du modèle lusitain prévu aux articles 266, dénommé expressément de "Principe de coopération", et 266-A, "Devoir de bonne-foi processuelle", dans lesquels, assez clairement, le législateur indique la coopération comme (i) devoirs de conduite et d'intervention dans le procès imposé aux juges, et (ii) l'obligation faite aux parties de participer et de fournir les éclaircissements quand ils sont sollicités » (traduction libre) : ZUFELATO Camilo, « Análise comparativa da cooperação e colaboração entre os sujeitos processuais nos projetos de novo CPC », préc., p. 111. L'auteur considère, pourtant, que *« le cadre de la collaboration/coopération comme un droit de participation des parties dans la gestion et dans la conduite du procès, contribuant alors à un droit processuel plus juste et équitable, est plus conforme à l'exigence du procès équitable constitutionnel ("devido processo legal constitucional") que de la réduire à la notion du devoir processuel »* (traduction libre) : ZUFELATO Camilo, « Análise comparativa da cooperação e colaboração entre os sujeitos processuais nos projetos de novo CPC », préc., p. 115.

[589] Le devoir de dialogue, qui découle du principe de coopération, est prévu à l'article 10 du Code de procédure civile brésilien. Il « *intègre la garantie constitutionnelle du contradictoire et (...) est arrivé au droit positif brésilien par l'influence saine et notoire de l'article 16 du Code de Procédure Civile français »* (traduction libre) : DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* v. 1, préc., p. 47.

[590] MITIDIERO Daniel, « A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro », *Revista do advogado,* Ano XXXV, nº 126, maio de 2015, p. 48. – Pourtant, comme l'explique l'auteur, dans le procès coopératif, le juge est paritaire dans le dialogue, mais pas au moment de la décision (p. 49). – V. aussi : MARINONI Luiz Guilherme, ARENHART Sérgio Cruz e MITIDIERO Daniel, *Novo curso de processo civil : tutela dos direitos mediante procedimento comum,* v. 2, préc., pp. 79-80.

[591] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 131.

fonction est de trancher l'affaire » et *« le modèle inquisitoire s'organise par une recherche officielle où l'organe juridictionnel est le principal protagoniste du procès »,* dans l'état actuel du droit positif brésilien, *« il n'est pas possible d'affirmer qu'il y a la conduite inquisitoriale du procès par l'organe juridictionnel, en position asymétrique par rapport aux parties. On recherche une conduite coopérative du procès, pour ne favoriser aucun sujet processuel »* (traduction libre)[592].

155. De plus, en concrétisant le principe de coopération, le nouveau *codex* prévoit de nouvelles techniques de gestion procédurale[593]. En effet, la gestion de la procédure – *case management* – est une idée innovatrice résultant surtout de la tradition du *common law*[594],

---

[592] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., pp. 121 et 125. – Il est intéressant d'indiquer l'opinion de José Carlos Barbosa Moreira sur la distinction entre procédure accusatoire (*common law*) et procédure inquisitoire (*civil law*) et les rôles joués par le juge et les parties dans chaque système, *in verbis : « L'affrontement entre civil law et common law a été généralement étudié par différentes approches. Dans le domaine du procès, le critère courant est celui concernant la "répartition de travail" entre le juge et les parties (rectius : entre le juge et les avocats des parties) dans l'instruction probatoire. On attire l'attention sur la différence d'accentuation : les ordres anglo-saxons attribuent la tâche principalement aux avocats, tandis que dans ceux de famille romano-germanique, le rôle de l'organe juridictionnel prend plus d'importance. Des termes ont même été créés, dans le domaine du common law, pour signaler le contraste : le procès de type dominant dans la famille romano-germanique s'appelle "inquisitorial", l'autre type "adversarial". A l'évidence, il n'a jamais existé et il n'existera jamais avec certitude d'ordre processuel "chimiquement pure" : tous mélangent, en dosage varié, les éléments des deux types »* (traduction libre) : MOREIRA José Carlos Barbosa, « O processo civil contemporâneo : um enfoque comparativo », préc., p. 41.

[593] Nous rappelons que l'étude de la gestion de la procédure se limitera aux actes judiciaires de gestion procédurale. Par conséquent, nous avons exclu de cette recherche les actes de gestion de la procédure pris uniquement par les parties et les techniques de gestion procédurale imposées par la loi et qui ont donc un caractère réglementaire, comme c'est le cas, par exemple, de la règle prévue à l'article 12, § 2º, du Code de procédure civile de 2015 qui détermine l'observance de l'ordre chronologique pour le jugement, *in verbis : « Les juges et les cours observeront, de préférence, l'ordre chronologique pour prononcer des jugements ou des arrêts (rédaction donnée par la loi nº 13.256 de 2016). § 1° : La liste de procès aptes à être jugés devra être disponible en permanence à la consultation publique au greffe et sur internet »* (traduction libre). – Sur la matière : V. MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., pp. 66 s. – DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. 1, préc., pp. 146 s. – CABRAL Antonio do Passo, « A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto do novo Código de Processo Civil », *in* FREIRE Alexandre, DANTAS Dierle, DIDIER JUNIOR Fredie, MEDINA José Miguel Garcia, FUX Luiz, CAMARGO Luiz Henrique Volpe e OLIVEIRA Pedro Miranda de (org.), *Novas tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil,* Salvador : JusPodium, 2013, pp. 8 s.

[594] CADIET Loïc, « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure », préc., pp. 133-150. – Sur le sujet, la doctrine brésilienne explique, *in verbis : « L'énorme quantité de procès soumis au Pouvoir judiciaire exige des juges un devoir inédit de performance. Pour que l'institution n'implose pas, il faut – entre autres – qu'il y ait un équilibre entre le nombre d'affaires initiées (input) et le nombre de procès terminés (output). Cet équilibre garantit non seulement une bonne performance organisationnelle, mais*

et le droit brésilien subit une forte influence des principes d'adéquation et d'adaptabilité de la procédure issus de la loi portugaise[595]. L'efficacité de la procédure est actuellement expressément prévue dans l'article 8º du Code de procédure civile de 2015.

156. Parmi ces nouvelles techniques de gestion procédurale, il existe la possibilité de flexibilisation de la procédure par le juge et par les parties, par l'adoption des conventions processuelles. Comme l'indique la doctrine, *« Les accords sur la procédure mettent en valeur le dialogue entre le juge et les parties, leur conférant, quand nécessaire, et dans les limites indiquées par le système, la condition d'adapter la procédure afin de l'ajuster aux exigences spécifiques du litige ; c'est un instrument précieux pour la construction d'un procès civil démocratique »* (traduction libre)[596] – et nous ajouterons pour la construction d'un procès civil effectif[597].

---

aussi la rapidité du règlement processuel. Pour que cette performance soit atteinte, il est indispensable que le juge dispose de capacités dans les domaines différents de ceux auxquels il est traditionnellement habitué. Sous l'incidence de l'efficience, il faut dominer des savoirs pratiques comme la production en échelle, la planification stratégique, le commandement motivationnel, la capacité mobilisatrice, les statistiques, la fixation et le suivi des objectifs, la gestion numérique et de contrôle. C'est-à-dire que le juge doit exercer une "administration scientifique" de la juridiction (court management) et des affaires qui s'y déroulent (case management). Pour cela, aidé par une équipe d'auxiliaires, le juge s'approche de la figure du gérant. Tout se passe comme s'il était un "CEO judiciaire" (CEO est l'abréviation anglaise de "Chief Executive Officer" qui peut être traduite par Président Directeur Général en français), qui – de manière plastique, pragmatique et informelle – planifie, organise, dirige et contrôle les activités pour lesquelles il est responsable. Dans ce sens, le procès est traité comme une "microentreprise gérable par la macro-entreprise judiciaire" et les spécialistes de la procédure sont séduits par le fétiche "business" » (traduction libre) *:* COSTA Eduardo José da Fonseca, « Calendarização processual », *in* CABRAL Antonio do Passo e NOGUEIRA Pedro Henrique (coord.), *Coleção grandes temas do novo CPC – Negócios processuais,* DIDIER JUNIOR Fredie (coord. geral), v. 1, Salvador : Juspodivm, 2015*,* p. 354.

[595] L'article 265–A du Code de procédure civile portugais, promulgué le 1e septembre 2013, prévoit le principe d'adéquation formelle, *in verbis : « Quand la procédure établie par la loi n'est pas adaptée aux spécificités de la demande, le juge doit, après avoir entendu les parties, déterminer la pratique des actes qui s'adaptent le mieux à la finalité du procès, ainsi que les adéquations nécessaires »* (traduction libre).

[596] NOGUEIRA Pedro Henrique Pedrosa, « A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo CPC », *in* FREIRE Alexandre, DANTAS Dierle, DIDIER JUNIOR Fredie, MEDINA José Miguel Garcia, FUX Luiz, CAMARGO Luiz Henrique Volpe e OLIVEIRA Pedro Miranda de (org.), *Novas tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil,* préc., p. 16.

[597] Sur la diffusion des logiques gestionnaires et de l'idéologie concurrentielle au sein de l'institution judiciaire : V. CADIET Loïc, « Efficience versus équité? », préc., p. 35, *in verbis : « Le modèle concurrentiel colonise ainsi l'économie judiciaire. L'idéologie concurrentielle s'infiltre subtilement au sein de l'institution judiciaire en y diffusant des logiques gestionnaires et des préoccupations managériales qui déterminent, non seulement la manière d'administrer l'institution, y compris les juridictions, mais aussi la façon de définir les règles de procédure les plus efficientes : c'est alors la justice elle-même qui est pensée selon le modèle concurrentiel. Le principe concurrentiel est érigé en modèle d'économie judiciaire ».*

157. Il est intéressant d'indiquer que l'article 107, V, de la version initiale de l'avant-projet du nouveau Code de procédure civile permettait amplement l'adaptation de la procédure par le juge, sous réserve de respecter le contradictoire[598]. Lesdits dispositifs ont cependant dû être retirés après avoir fait l'objet de différentes critiques des divers secteurs de la société. Ainsi, l'adaptation ne résulte pas, selon le droit positif, d'un acte unilatéral du juge, mais du consensus obtenu entre les parties et le magistrat[599].

158. Il faut également souligner que, même informellement et sans prévision légale expresse, les juridictions admettaient, déjà sous le Code de procédure civile de 1973, une certaine flexibilité de la procédure par les juges afin de l'adapter à la solution du litige. En effet, la dispense d'audience était admise quand la question *sub judice* était uniquement de droit, ainsi comme l'inversion de l'ordre des preuves dans les actions de responsabilité civile lorsque, en raison de doute concernant la culpabilité du défendeur, la preuve orale était produite d'abord et que l'expertise, plus coûteuse, avait lieu après, si nécessaire[600]. De plus, le Code de procédure civile de 1973 octroyait aux parties des prérogatives concernant le déroulement de la procédure par la diminution des délais dilatoires (article 181), par la suspension du procès (article 265, II) et le renvoi de l'audience à une date ultérieure (article 453, I)[601]. De même, le code de 1973 prévoyait la convention sur la compétence et sur la distribution de la charge des preuves[602].

---

[598] V. les articles 107, V, et 151, § 1º, du Projet de loi nº 166 de 2010 du Sénat, *in verbis : « Article 107 : Le juge dirigera le procès conforme aux dispositions du présent Code, lui incombant : (...) V – d'adapter les phases et les actes processuels aux spécificités du conflit, de manière à conférer une plus grande effectivité à la tutelle du bien juridique, en respectant toujours le contradictoire et les droits de la défense »* (traduction libre). – De plus, l'article 151, § 1º, dudit Projet, prévoyait également une autre disposition concernant la flexibilisation de la procédure, norme qui a été retirée du texte promulgué, *in verbis : « Quand la procédure ou les actes à réaliser se révèlent inadéquats aux particularités de la demande, le juge devra, une fois les parties entendues et le contradictoire et les droits de la défense observés, réaliser l'adaptation nécessaire »* (traduction libre).

[599] V. NOGUEIRA Pedro Henrique Pedrosa, « A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo CPC », préc., p. 16.

[600] Cour supérieure de justice, Quatrième chambre, « Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial » nº 574885/GO, Ministre Rapporteur : Antonio Carlos Ferreira, date du jugement : 6/08/2015, date de la publication : 13/08/2015.

[601] CABRAL Antonio do Passo, « Imparcialidade e Impartialidade : por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal », préc., p. 354.

[602] YARSHELL Flávio Luiz, « Convenção das partes em matéria processual no Novo CPC », *Revista do advogado,* Ano XXXV, nº 126, maio de 2015, p. 90.

159. A propos des pouvoirs, devoirs et responsabilités du juge dans la direction du procès, l'article 139, VI, du Code de procédure civile de 2015 admet la prolongation des délais procéduraux[603] et la modification de l'ordre de production des preuves par le magistrat, tout ceci pour les ajuster aux besoins du conflit et conférer plus d'effectivité à la protection du droit subjectif[604]. Et ceci justement pour adapter la procédure aux spécificités de chaque affaire à trancher par l'organe juridictionnel car c'est la manifestation du principe de respect de la procédure légale (« devido processo legal ») prévu à l'article 5, LIV, de la Constitution de la République[605]. De plus, comme l'affirme la doctrine, *« un système rigide, tempéré par des modèles flexibles, se présente, en règle générale, suffisant pour englober une partie significative des controverses soumises au procès »* (traduction libre)[606].

D'autres dispositifs permettent également la définition de la procédure à suivre par le juge, comme, par exemple, l'article 373, § 1º, concernant la charge de la preuve ; l'article 536, *caput* et § 1º, qui traite de la fixation des mesures exécutives nécessaires à l'obtention de la prestation de faire ou de ne pas faire ; les articles 880, § 1º, et 885, concernant l'établissement de critères devant être observés dans l'aliénation de biens dans le procès d'exécution (prix minimal, conditions de paiement, garanties, etc.) ; l'article 887, § 4º, concernant la publicité des avis relatifs à la vente aux enchères publiques. L'article 139, VI, ne prévoit donc pas toutes les hypothèses où le juge est autorisé à agir de manière active dans la procédure[607].

---

[603] Conformément au paragraphe unique de l'article 139, *in verbis : « la prolongation des délais prévus dans l'incise VI peut seulement être déterminée avant la fin du délai régulier »* (traduction libre).

[604] Selon José Miguel Garcia Medina, l'article 139, VI, du Code de procédure civile brésilien de 2015 *« semble correspondre à la définition de délai dilatoire prévu dans le CPC portugais ... (art. 145° do CPC portugais) »* (traduction libre) *:* MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 240.

[605] Selon l'article 5, LIV, de la Constitution de la République, *« Nul ne peut être privé de sa liberté ou de ses biens sans que la procédure légale ait été respectée »* (traduction libre).

[606] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 239.

[607] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 52.

160. Sous l'influence directe du principe de coopération et *« suivant une tendance issue principalement du droit français »* (traduction libre)[608], l'article 190 du Code de procédure civile de 2015[609] a créé une clause générale de convention procédurale qui autorise les parties à effectuer des modifications dans la procédure afin de l'adapter aux spécificités de la demande et qui permet également que les parties conviennent de leurs charges, pouvoirs, droits et devoirs procéduraux, avant ou pendant l'instance. Il incombe au juge, *ex officio* ou après demande, de contrôler la validité des accords[610].

L'article 190 constitue alors une clause générale de négociation sur le procès[611] car le *negotium* juridique est processuel dans la mesure il a pour objet un procès actuel ou futur[612]. Dans ce cas, il n'y a pas d'accord sur le droit litigieux, mais sur le procès pour permettre la norme de la réalisation de divers *negotia* processuels atypiques (actes

[608] MARINONI Luiz Guilherme, ARENHART Sérgio Cruz e MITIDIERO Daniel, *Novo curso de processo civil : tutela dos direitos mediante procedimento comum,* v. 2, préc., p. 117.

[609] Selon l'article 190, *« Dans le cas de droits qui admettent la solution consensuelle du litige ("autocomposição"), il est licite que les parties qui aient la pleine capacité civile de stipuler des changements dans la procédure afin de l'adapter aux spécificités de la demande et de convenir de leurs charges, pouvoirs, facultés et droits procéduraux, avant ou pendant l'instance. Paragraphe unique: Le juge contrôlera, ex officio ou sur demande, la validité des conventions prévues dans cet article, refusant leur application seulement en cas de nullité ou d'insertion abusive dans un contrat d'adhésion ou quand une partie est dans une situation de vulnérabilité manifeste »* (traduction libre).

[610] En traitant de la divergence de la doctrine concernant la possibilité de réalisation des conventions processuelles durant la période de vigueur du Code de procédure civile de 1973, la doctrine expliquait, *in verbis : « Dans la réalité, ledit dispositif (l'article 158 du CPC de 1973) a vu son application marquée plutôt de par sa relation aux hypothèses typiques des conventions processuelles car il n'était pas interprété, dans la majorité des cas, comme une clause générale apte à permettre d'autres conventions juridiques processuelles atypiques, surtout en raison du dogme du défaut de pertinence de la volonté des parties dans le procès (CUNHA, 2014, p. 10). Cependant, il n'est pas possible de nier que le CPC en vigueur ait conféré de la valeur aux conventions processuelles typiques, allant de la renonciation au droit de recourir (art. 502) à la convention d'arbitrage (arts. 267, VII, et 301, IX) »* (traduction libre) : CORRÊA Fábio Peixinho Gomes, « Negócios jurídicos processuais : uma nova fronteira ? », *Revista do advogado,* Ano XXXV, nº 126, maio de 2015, pp. 77-78.

[611] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 379. – Comme l'explique Leonardo Carneiro da Cunha, *in verbis: « (...) le nouveau CPC prévoit, dans son article 190, une clause générale sur la convention de procédure. Le procès doit, comme on le sait, être adapté à la réalité du droit matériel car il est nécessaire de dire que la procédure prévue dans la loi pour un procès donné doit respecter les finalités et la nature du droit protégé. Il faut alors qu'il y ait adéquation du procès aux particularités de l'affaire sub judice. (...) La défense de l'adéquation procédurale est prévue par le législateur, mais le juge pourra également la promouvoir. La nouveauté prévue dans l'article 190 du nouveau CPC est de conférer aussi aux parties le pouvoir de régler ou de modifier la procédure et de l'adapter aux particularités de l'affaire »* (traduction libre) : CUNHA Leonardo Carneiro da, « Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro », *in* CABRAL Antonio do Passo e NOGUEIRA Pedro Henrique (coord.), *Coleção grandes temas do novo CPC – Negócios processuais,* DIDIER JUNIOR Fredie (coord. geral), préc., pp. 56-57.

[612] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., pp. 377 et 383.

conventionnels processuels atypiques), c'est-à-dire, des actes juridiques volontaires qui veulent redéfinir les situations juridiques processuelles (charges, droits, devoirs processuels) ou restructurer la procédure. Il sont atypiques parce qu'ils ne sont pas expressément prévus par le législateur, comme c'est le cas, par exemple, de l'accord d'insaisissabilité des biens ; de l'instance unique ; de l'élargissement ou de la réduction de délais ; du dépassement de la forclusion ; de la substitution de biens saisis ; du partage des dépenses processuelles ; de la dispense consensuelle d'assistance technique ; de la renonciation à l'effet suspensif de l'appel ; de ne pas promouvoir l'exécution provisoire ; de la dispense de caution dans l'exécution provisoire ; de la délimitation du nombre de témoins, etc[613]. Ces conventions processuelles servent alors comme un outil important d'adéquation de la procédure à l'effectivité de l'activité juridictionnelle[614].

Le Code de procédure civile de 2015 prévoit aussi diverses conventions (*negotia*) processuelles typiques (actes processuels conventionnels typiques)[615], comme, par exemple, l'élection conventionnelle du for (article 63) ; le calendrier de procédure (article 191) ; la renonciation aux délais (article 225) ; l'accord sur la suspension du procès (article 313, II) ; l'organisation consensuelle du procès (article 357, § 2º) ; le report négocié de l'audience (article 362, I) ; la convention sur la charge de la preuve (article 373, §§ 3º et 4º) et le désistement du recours (article 999)[616].

---

[613] V. DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 381. L'auteur affirme que si auparavant une partie de la doctrine brésilienne refusait l'existence du *negotium* processuel, la discussion en droit brésilien ne semble plus d'actualité avec le Code de procédure civile de 2015 et *contra legem*: V. DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., pp. 379-380. – En d'autres termes : CUNHA Leonardo Carneiro, « Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro », préc., p. 58, *in verbis: « Le grand défi de la doctrine, à partir de l'approbation du nouveau CPC brésilien, sera d'identifier les limites des conventions juridiques processuelles. Il n'y a plus de doute qu'il existe des conventions. L'article 190 du nouveau CPC clarifie qu'il y a la possibilité de négociation sur la procédure et sur les règles procédurales »* (traduction libre).

[614] MARINONI Luiz Guilherme, ARENHART Sérgio Cruz e MITIDIERO Daniel, *Novo curso de processo civil : tutela dos direitos mediante procedimento comum,* v. 2, préc., p. 150.

[615] Il est important d'indiquer que le Code de procédure civile de 1973 prévoyait aussi des actes processuels conventionnels typiques, comme c'était le cas de la clause d'élection conventionnelle du for (article 111) et de la convention sur la charge de la preuve (article 333). Le nouveau Code de procédure civile élargit cependant les hypothèses des conventions processuelles typiques et crée une clause générale de convention processuelle atypique (article 190).

[616] V. DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 377.

Pourtant, comme les autres conventions juridiques, les conventions juridiques processuelles sont soumises aux conditions de validité des actes juridiques et peuvent être invalidées seulement partiellement. Ainsi, pour être valide, le *negotium* processuel doit être conclu par des personnes capables, avoir un objet licite et observer la forme prévue ou non interdite par loi, conformément aux articles 104, 166 et 167 du Code civil brésilien. L'éventuelle invalidité de la convention processuelle peut être reconnue *ex officio* en cas de préjudice[617], selon le paragraphe unique de l'article 190 dudit *codex*.

Ainsi, la liberté des parties d'entrer en accord à propos du procès ou sur la procédure n'est pas illimitée. Il faut tout d'abord que les actes processuels conventionnels respectent les limites établies par la loi car la négociation processuelle en matière de réserve légale est illicite, comme l'explique la doctrine, *in verbis :*

> *« e) Quand la matière doit nécessairement être réglementée par une loi ("reserva legal")*[618]*, la négociation processuelle est illicite. Les recours, par exemple, observent la règle du numerus clausus : il n'existe que les recours prévus par la loi (art. 994, CPC). Il n'est alors pas permis de créer des recours par des actes processuels conventionnels (un recours ordinaire interjeté directement à la Cour fédérale suprême contre la décision de première instance, par exemple) ou de modifier la règle concernant les hypothèses qui autorisent l'accès à une voie de recours déjà existante (« agravo de instrumento » dans une hypothèse qui n'est pas prévue par la loi, par exemple). (...) f) Le negotium processuel qui a pour objet d'écarter une règle processuelle qui sert à la protection d'un droit indisponible n'est pas permis. Il s'agit d'accords processuels (...) avec un objet illicite car ils sont relatifs à l'éviction d'une règle processuelle obligatoire, créée pour protéger une finalité publique. Le negotium processuel est illicite, par exemple, pour écarter l'intimation du Ministère public, dans les hypothèses où la loi la considère obligatoire (art. 178, CPC) »* (traduction libre)[619].

[617] D'après le système d'invalidité processuelle, l'invalidité est seulement déclarée en cas de préjudice, conformément à l'article 282, paragraphe unique, du Code de procédure civile de 2015.

[618] José Afonso da Silva explique la notion de « reserva legal », *in verbis : « La doctrine assez fréquemment confond ou ne distingue pas suffisamment le principe de légalité et celui de la "reserva legal". Le premier signifie la soumission et le respect à la loi, ou l'action dans la limite établie par le législateur. Le second stipule que la réglementation de certaines matières doit nécessairement être faite par une loi formelle »* (traduction libre): SILVA José Afonso da Silva, *Curso de direito constitutional positivo,* préc., p. 423.

[619] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., pp. 388-389. Comme l'explique l'auteur, *« Tout ce que l'on dit sur la licéité de l'objet de l'acte conventionnel privé est applicable au negotium processuel (acte processuel conventionnel). (...) L'accord sur la compétence, par exemple, est expressément régulé (art. 63 du CPC) et son objet, clairement défini : seule la compétence relative peut être négociée. L'accord sur la compétence en raison de la matière, de la fonction et de la personne ne peut donc pas être l'objet de*

Il n'est pas inutile d'indiquer aussi que les actes processuels conventionnels produisent des effets immédiats (efficacité immédiate), sauf dans les cas où la loi exige expressément l'homologation du *negotium* par le juge, comme c'est le cas du désistement du procès prévu au paragraphe unique de l'article 200 du Code de procédure civile de 2015[620]. La nécessité d'homologation judiciaire ne dénature pourtant pas le *negotium* processuel car la participation du juge signifie la fiscalisation de la validité de l'acte[621] et la condition légale d'efficacité du *negotium* processuel[622]. En effet, même si le lien juridique d'instance constitue un rapport juridique de nature légale, ceci n'interdit pas qu'il puisse faire l'objet d'accords dans la limite des lois qui intéressent l'ordre public[623]. Concernant l'homologation du *negotium* processuel, la doctrine éclaircit, *in verbis :*

> *« La règle est la dispense de la nécessité d'homologation judiciaire du negotium processuel. Les actes processuels conventionnels qui ont pour objet les situations juridiques procédurales dispensent, invariablement, l'homologation judiciaire. Les actes processuels conventionnels qui ont pour objet des changements dans la procédure peuvent se soumettre à l'homologation, mais cela n'est pas toujours une exigence ; c'est le cas, par exemple, du désistement (art. 200, paragraphe unique du CPC), de l'organisation consensuelle du procès (art. 357, § 2º, CPC) et de la suspension conventionnelle du procès (art. 313, II, CPC) »* (traduction libre)[624].

---

l'acte processuel conventionnel. L'accord de suppression de la première instance est un exemple d'accord sur la compétence fonctionnelle : on s'entend pour que l'affaire ne soit pas jugée par le juge de première instance et qu'elle soit directement renvoyée à la cour, qui aurait alors une compétence fonctionnelle originaire, et non dérivée ; cet accord est interdit » (traduction libre). – Une partie de la doctrine affirme, *in verbis : « Dans le sens de la négociation sur le procès, le Code a permis en outre que les parties présentent "la délimitation consensuelle des questions de fait et de droit" pour homologation du juge (art. 357, § 2º). Il est toutefois évident que le consensus entre les parties n'empêche pas le juge de déterminer une preuve différente de celle convenue (la convention des parties sur les pouvoirs d'instruction du juge est inefficace) »* (traduction libre) : MARINONI Luiz Guilherme, ARENHART Sérgio Cruz e MITIDIERO Daniel, *Novo curso de processo civil : tutela dos direitos mediante procedimento comum,* v. 2, préc., p. 240.

[620] V. l'article 200 du Code de procédure civile brésilien de 2015, *in verbis : « Les actes des parties concernant les déclarations unilatérales ou bilatérales de volonté produisent immédiatement la constitution, la modification ou l'extinction des droits procéduraux. Paragraphe unique : Le désistement de l'action produira des effets seulement après l'homologation judiciaire »* (traduction libre).

[621] V. DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 383.

[622] V. DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 390.

[623] CADIET Loïc, « La qualification juridique des accords processuels », préc., pp. 95 et 101. – V. *supra,* nº 127.

[624] V. DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 379.

161. Sous la forte influence de l'expérience étrangère[625], l'article 191 du *codex* de 2015 admet également la fixation préalable d'un calendrier pour la réalisation de certains actes par le juge et par les parties ce qui permet l'organisation et la prévision de l'avancement de l'instance. Selon les paragraphes de l'article, le calendrier de procédure engage les parties et le juge[626] et les délais établis ne peuvent être modifiés que dans des hypothèses exceptionnelles et dûment justifiées. La notification des parties pour la pratique des actes processuels ou pour la réalisation de l'audience est dispensée pour les dates désignées dans le calendrier de procédure, ce qui favorise un procès plus rapide et constitue donc un outil efficace de gestion du temps du procès[627], comme l'indique la doctrine, *in verbis :*

> *« Considérant que certains temps morts ("etapas mortas") de la procédure ont lieu pour attendre les actes du juge, le calendrier de procédure pourra accélérer le déroulement processuel si la réglementation des étapes du procès est observée. Sur ce point, le § 2º de l'art. 191 s'avère un progrès sensible car il dispense la réalisation d'intimations par rapport aux délais et audiences fixés dans le calendrier de procédure et évite que le juge et ses auxiliaires soient obligés à pratiquer d'autres actes non nécessaires »* (traduction libre)[628].

162. L'acte du juge qui homologue ou, au contraire, refuse l'application de l'acte processuel conventionnel (*negotium* processuel) a du contenu décisionnel, raison pour

---

[625] Comme l'indique la doctrine, l'expérience étrangère, particulièrement celles en provenance de France et d'Italie, a servi d'inspiration pour l'adoption du calendrier de procédure en droit judiciaire privé brésilien. Le calendrier français met en relief le caractère décisif des volontés des parties alors que la législation processuelle italienne insère la fixation du calendrier de procédure dans les pouvoirs d'instruction du juge : V. CORRÊA Fábio Peixinho Gomes, « Negócios jurídicos processuais : uma nova fronteira ? », préc., pp. 77 et 79. – Sur le calendrier de procédure en droit judiciaire privé français : V. *supra,* nº 127.

[626] Selon la doctrine, le calendrier de procédure est un *negotium* processuel entre les parties et le juge : MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 319.

[627] MARINONI Luiz Guilherme, ARENHART Sérgio Cruz e MITIDIERO Daniel, *Novo curso de processo civil : tutela dos direitos mediante procedimento comum,* v. 2, préc., p. 116. – V. aussi : THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil : Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum,* préc., pp. 485-486. – V. également : WAMBIER Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO Maria Lúcia Lins, RIBEIRO Leonardo Ferres da Silva e MELLO Rogério Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo,* préc., pp. 403-404, *in verbis : « Vu ces motifs, nous pensons que le calendrier de procédure éventuellement établi dans une affaire déterminée doit nécessairement observer l'ordre chronologique pour la réalisation de l'acte processuel "jugement" »* (traduction libre). – Sur l'ordre chronologique de jugement et son exclusion de la présente étude : V. *supra,* note nº 593.

[628] CORRÊA Fábio Peixinho Gomes, « Negócios jurídicos processuais : uma nova fronteira ? », préc., p. 81.

laquelle la doctrine le qualifie de décision interlocutoire, d'après la définition établie dans l'article 203, § 2º, du Code de procédure civile de 2015. Si, en principe, ces actes ne sont pas immédiatement susceptibles de recours, selon l'article 1.015 du *codex,* une partie de la doctrine défend l'application de l'interprétation par analogie afin de permettre la contestation immédiate de ces actes, *in verbis :*

> *« En principe, la décision du juge qui n'homologue pas ou qui refuse l'application d'un negotium processuel ne peut pas être contestée par l'"agravo de instrumento". Pourtant, l'article 1.015, III, prévoit l'utilisation de l'"agravo de instrumento" contre la décision qui refuse l'allégation d'une convention d'arbitrage. Cette décision peut signifier le refus d'application d'un acte processuel conventionnel qui peut être la convention d'arbitrage. Il semble alors possible d'extraire, à partir de cette hypothèse, par analogie, la possibilité d'utiliser l'"agravo de instrumento" contre la décision interlocutoire qui n'homologue pas ou refuse l'efficacité de l'acte processuel conventionnel. Les hypothèses d'utilisation de l'"agravo de instrumento", bien qu'exhaustives, peuvent être interprétées par analogie »* (traduction libre)[629].

163. Il est clair alors que le Code de procédure civile de 2015 a expressément accueilli la possibilité de gestion de la procédure par le juge et par les parties et que la coopération des sujets du lien juridique de l'instance et la flexibilité de la procédure sont perçues comme des instruments de promotion de l'efficacité du procès[630]. C'est alors la contractualisation de l'instance[631] qui est en œuvre et les actes processuels

---

[629] V. DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., pp. 390-391. – En faveur de l'utilisation de l'analogie dans l'interprétation de l'article 1.015 du Code de procédure civile brésilien de 2015 : V. aussi MARINONI Luiz Guilherme, ARENHART Sérgio Cruz e MITIDIERO Daniel, *Novo curso de processo civil : tutela dos direitos mediante procedimento comum,* v. 2, préc., p. 544.

[630] L'article 8 du Code de procédure civile de 2015 prescrit l'observance par le juge du principe d'efficacité et reproduit pour l'activité judiciaire le principe prévu à l'article 37 de la Constitution de la République qui traite de l'Administration publique. Sur le sujet, Leonardo Carneiro da Cunha affirme, *in verbis : « Le nouveau CPC, fondé sur la conception de démocratie participative, est structuré de façon à permettre une plus grande valorisation de la volonté des sujets du procès, auxquels l'on confère la possibilité de promouvoir le règlement autonome des situations procédurales. Les conventions ou les negotia procéduraux se présentent comme une mesure de flexibilisation et d'adaptation procédurale pour adapter le procès à la réalité de l'affaire soumise à l'analyse judiciaire. Les conventions procédurales sont des moyens pour obtenir une plus grande efficience procédurale et renforcent le respect de la procédure légale (« devido processo legal ») car ils permettent une plus grande adéquation du procès à la réalité de l'affaire »* (traduction libre) *:* CUNHA Leonardo Carneiro da, « Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro », préc., p. 58.

[631] La doctrine brésilienne indique l'apparente contradiction entre convention et procès, *in verbis : « Malgré l'apparente contradiction entre la convention – accord – et le procès – reflet d'un désaccord – et la fonction juridictionnelle en tant que service public et la volonté privée des parties, les conventions processuelles sont progressivement plus utilisés dans l'observance des limites établies »* (traduction libre) :

conventionnels constituent une technique complémentaire de gestion procédurale[632], comme l'explique la doctrine, *in verbis :*

> *« La contractualisation du procès ne se réduit pas, en effet, à la seule contractualisation du litige, qu'il s'agisse d'en anticiper la survenance au moyen de clauses contractuelles relatives aux différends, ou d'en élaborer la solution grâce aux différentes formes de négociation et de conciliation, judiciaire ou conventionnelle ; elle doit également comprendre la contractualisation de la procédure elle-même. (...) Ici, le contrat se diffuse très sensiblement au sein du procès ; au moyen d'accords processuels (on peut aussi parler d'actes processuels conventionnels), il devient, en quelque sorte, semblable sinon l'égal de la loi et de la décision unilatérale du juge, une technique complémentaire de gestion de la procédure, du moins en matière civile »* (traduction libre)[633].

164. Le Code de procédure civile de 2015 reconnaît alors que la gestion est aussi une tâche juridictionnelle et que le juge est responsable de la gestion de chaque procès et aussi de toutes les actions en cours qui lui sont attribuées[634]. Si, en application du principe de coopération, la gestion de la procédure par le juge et par les parties a été fortement développée dans le Code de procédure civile de 2015, il faut aussi indiquer

---

ALMEIDA Diogo Assumpção Rezende de, « As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC », *in* CABRAL Antonio do Passo e NOGUEIRA Pedro Henrique (coord.), *Coleção grandes temas do novo CPC – Negócios processuais,* DIDIER JUNIOR Fredie (coord. geral), v. 1, Salvador : Juspodivm, 2015*,* p. 256.

[632] NOGUEIRA Pedro Henrique Pedrosa, « A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo CPC », préc., p. 15, note nº 4.

[633] CADIET Loïc, « La qualification juridique des accords processuels », préc., p. 94. – La doctrine, lorsqu'elle traite des clauses relatives à l'instance, indique néanmoins que l'efficacité de la liberté contractuelle est réduite, *in verbis : « C'est ici que se manifeste le plus l'ordre public et se manifeste le moins la liberté des conventions. Sans doute, les articles 1er et 2 du Code de procédure civile donnent à penser que le procès est la chose des parties. Mais ce pouvoir doit composer avec celui du juge qui assure la direction de la procédure en vertu de l'article 3 du Code de procédure civile : c'est que la justice est un service public et que le déroulement de l'instance met en cause le fonctionnement de ce service public. Ce partage des prérogatives processuelles explique que si l'accord des parties a un rôle à jouer dans la conduite de l'instance (requête conjointe, demande conjointe de radiation, désistement accepté, accord exprès de l'article 12, alinéa 3 du Code de procédure civile, pacte conjoint d'amiable composition, etc.), ce rôle est limité ainsi qu'en témoigne, notamment, l'inefficacité des demandes conjointes de renvoi ou des révocations consensuelles de l'ordonnance de clôture. Ces limites valent a fortiori lorsque la convention des parties entend aménager l'instance à venir, alors que celle-ci n'est pas encore née : les clauses contractuelles relatives à une instance à naître ne seront donc qu'exceptionnellement valables que si elles ne portent pas atteinte au principe de direction du procès par le juge. En pratique, deux sortes de clauses sont fréquemment stipulées relativement à l'instance, soit pour imposer une coopération judiciaire entre les parties, soit pour imputer la dette judiciaire à l'une ou l'autre des parties »* : CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., pp. 325-326.

[634] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 59.

que, sous l'influence dudit principe et afin de garantir la sécurité juridique nécessaire des justiciables, de nouveaux outils procéduraux ont été créés par le législateur.

La gestion du contentieux et la lutte contre la dispersion excessive de la jurisprudence – qui provoque le prononcé de décisions contradictoires – ont alors motivé la création par la nouvelle loi procédurale de nouveaux procédés, comme l'a expliqué la Commission de juristes chargée d'élaborer le projet de loi du Code de procédure civile de 2015, *in verbis :*

> *« Mais peut-être que les modifications les plus importantes du système procédural, liées à l'objectif de son harmonisation avec l'esprit de la Constitution fédérale sont celles relatives aux règles qui induisent à l'uniformité et à la stabilité de la jurisprudence. Le nouveau Code met en valeur le principe de sécurité juridique, sans doute d'origine constitutionnelle, puisqu'il trouve son fondement dans l'Etat démocratique de droit et vise à protéger et à préserver les attentes raisonnables des personnes. Toutes les normes juridiques doivent donner de l'effectivité aux garanties constitutionnelles pour sécuriser la vie des justiciables, afin qu'ils soient épargnés des surprises et pour prévoir toujours les conséquences juridiques de leur conduite. (...) La dispersion excessive de la jurisprudence produit un malaise social et discrédite le Pouvoir judiciaire »* (traduction libre)[635].

La doctrine ajoute que *« l'instabilité et la dissemblance de la jurisprudence discrédite le Pouvoir judiciaire, déçoit le justiciable, méconnaît, de manière inacceptable, le principe d'égalité et discrédite même le pays au niveau international »* (traduction libre)[636].

165. Parmi ces nouveaux outils procéduraux, le code de 2015, inspiré par le droit allemand[637], a prévu l'« incidente de resolução de demandas repetitivas ». L'incident de

[635] BRASIL. Congresso. Senado. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília, 2010, disponible sur http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf, consulté le 28 juillet 2014.
[636] WAMBIER Teresa Arruda Alvim, « O que se espera do Novo CPC ? », *Revista do advogado,* Ano XXXV, nº 126, maio de 2015, p. 202.
[637] Dans le droit allemand, le procédé s'appelle « Musterverfahren » et la décision prise sert de modèle (« Muster ») pour la solution d'une quantité excessive de procès dans lesquels les parties sont dans la même situation : V. BRASIL. Congresso. Senado. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília, 2010, p. 30, disponible sur http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf, consulté le 28 juillet 2014. – Pourtant, comme l'indique la doctrine, *« il y a des différences manifestes entre les figures (par exemple, le § 93a da ZPO exige l'existence au minimum de vingt procès, et il est possible de résoudre des questions de fait et de droit alors que le Code de procédure civile de 2015 n'établit pas de nombre*

résolution de demandes répétitives est recevable en cas de multiplication excessive de procès qui traitent de la même question de droit au premier degré de juridiction, afin d'éviter le prononcé de décisions contradictoires, conformément à l'article 976 du Code de procédure civile de 2015[638].

L'incident, qui n'est ni un recours et ni une action, ne sert pas nécessairement les intérêts des litigants, mais la concrétisation de valeurs constitutionnelles, parmi lesquelles, la sécurité juridique et l'égalité des justiciables[639]. La mise en œuvre de l'incident concrétise également le principe de coopération qui règne dans le procès civil contemporain[640]. Dans ce cas, la demande d'instauration de l'incident peut être faite par le juge ou par le rapporteur, par les parties, par le Ministère public ou la Défense publique[641] et est adressée à la juridiction supérieure avec les documents qui démontrent les conditions établies par l'article 976 du Code de procédure civile de 2015.

En fait, les demandes répétitives – au nombre de millions – sont les grandes responsables de la crise du Pouvoir judiciaire[642]. Conscient de cette situation, le législateur a créé un nouveau type de connexité, appelée connexité par affinité – à propos de la question de droit traitée dans les divers procès – et dont les effets juridiques sont

---

minimum de procès et limite l'analyse aux questions de droit seulement » (traduction libre) : MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 1.322.

[638] Selon l'article 976 du Code de procédure civile de 2015, *« l'"incidente de resolução de demandas repetitivas" (l'incident de résolution de demandes répétitives) a lieu quand il y a simultanément : I – la répétition effective des procès qui contiennent une controverse concernant la même question uniquement de droit ; II – un risque d'attente pour l'égalité et pour la sécurité juridique »* (traduction libre). – Sur la matière, la doctrine explique, *in verbis : « La solution de la question, pour la justification de l'incident, doit être relative à un grand nombre de procès, dans lesquels ladite question se répète de façon à ce que, en cas de décisions différentes sur la même question dans chaque procès, l'égalité et la sécurité juridique soient violées »* (traduction libre) : MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 1.323.

[639] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., pp. 1.322 et 1.324.

[640] BRANCO NETO Ney Castelo, « Primeiras impressões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC », in *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, nº 88, maio 2011, disponible sur http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9463, consulté le 3 mars 2016.

[641] Conformément à l'article 977 du Code de procédure civile de 2015.

[642] V. DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 237.

également différents[643]. Dans le cas de demandes répétitives, il ne serait pas envisageable d'avoir une réunion de tous les procès devant un même organe juridictionnel car ceci provoquerait une grande confusion et des difficultés pour traiter les affaires dans un délai raisonnable. Par conséquent, l'incidence du « *principe d'adéquation du procès exige un traitement différencié pour le jugement du contentieux de masse »* (traduction libre)[644].

Ainsi, après la distribution de l'incident auprès de la juridiction supérieure, l'organe compétent pour juger l'incident[645] procédera à l'analyse de son recevabilité et son admission provoquera la détermination par le rapporteur de la suspension de tous les procès en cours, individuels ou collectifs, dans l'Etat ou la région, conformément à l'article 982 du Code de procédure civile de 2015[646]. La chambre ou section de la cour sera alors compétente pour juger l'incident dont la solution englobera celle du procès pilote, qui a géré l'incident, et la fixation de la thèse juridique d'observance obligatoire dans les procès en cours dans le ressort et également dans les futures affaires, selon la règle établie dans le paragraphe unique de l'article 978 du *codex* de 2015.

Comme la connexité est un concept positif, le législateur a ainsi déterminé deux effets spécifiques en cas de connexité par affinité : le choix de quelques procès pilote qui seront envoyés à la juridiction supérieure et la suspension d'autres procès qui traitent du même point de droit en attendant la fixation par la juridiction supérieure de la thèse juridique à appliquer à toutes les affaires. Le jugement de l'incident de résolution de demandes répétitives constitue alors une technique hybride : il fixe la solution du point de droit qui sera appliquée dans le procès pilote[647], qui doit également être appliquée aux

[643] En règle, les procès liés par connexité doivent être réunis pour le prononcé de décision conjointe, selon l'article 55, § 1º, du Code de procédure civile de 2015. Sur la matière : V. *infra,* nº 300 s.

[644] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 237.

[645] Selon le caput de l'article 978 du Code de procédure civile de 2015, *« le jugement de l'incident appartiendra à l'organe indiqué par le règlement intérieur parmi ceux responsables de l'uniformisation de la jurisprudence de la cour »* (traduction libre).

[646] Les procès identiques seront suspendus jusqu'au jugement de l'incident qui doit avoir lieu dans le délai d'un an. Dépassé ledit délai, la suspension cesse, sauf décision motivée du rapporteur, conformément à l'article 980 du *codex* de 2015.

[647] La thèse juridique ne sera cependant pas appliquée dans le procès pilote en cas de désistement ou d'abandon du procès, conformément au § 1º de l'article 976 du *codex* de 2015, *in verbis : « le désistement ou abandon du procès n'empêche pas l'examen au fond de l'incident »* (traduction libre).

procès qui traitent de la même question de droit devant les juridictions du ressort de la cour, ce qui est aussi une manière de créer des précédents obligatoires applicables dans des procès futurs[648]. Cette procédure est également une manière de gérer, d'administrer, de juger des affaires répétitives et de créer des précédents obligatoires[649]. La publicité, le débat, le contradictoire et le devoir de motivation de la décision sont donc élargis par l'intervention de l'*amicus curiae,* par la réalisation des audiences publiques et par une motivation différenciée qui doit englober tous les fondements soulevés dans l'incident[650].

Cependant, si la décision de l'incident prise par la juridiction supérieure constitue un jugement sur le fond du procès pilote – la thèse juridique fixée devant également être appliquée aux affaires identiques par les juges du ressort de la juridiction (précédent obligatoire) –, il faut s'interroger sur la nature juridique du relevé de l'incident fait par le juge ou par le rapporteur, prévu à l'article 977, I, du Code de procédure civile de 2015[651].

En fait, une fois la pluralité des procès fondés sur la même thèse juridique vérifiée, l'incident pourra être soulevé par le juge afin que la juridiction supérieure fixe le droit qui doit être appliqué au procès pilote et également à toutes les affaires similaires du même ressort pour garantir alors la sécurité juridique et l'égalité des justiciables devant la justice. Par le relevé de l'incident, le juge prend alors une décision qui a pour objet de transmettre à la juridiction supérieure la compétence de trancher l'affaire pilote et pour

---

[648] V. l'article 985 du Code de procédure civile de 2015, *in verbis : « Une fois l'incident jugé, la thèse juridique sera appliquée : I – à tous les procès individuels ou collectifs qui traitent de la question de droit identique et qui sont en cours dans le ressort de la juridiction de la cour, y compris à ceux qui sont en cours devant les "juizados especiais" de l'Etat ou région du ressort ; II – aux affaires futures qui traitent de la question de droit identique et qui viennent à surgir dans le ressort de la cour, sauf révision dans la forme de l'art. 986 »* (traduction libre).

[649] Conformément à l'article 927 du Code de procédure civile de 2015, *in verbis : « Les juges et les cours observeront : I – les décisions de la Cour fédérale suprême dans le contrôle concentré de constitutionnalité ; II – les énoncés de "súmulas" contraignantes ; III – les arrêts rendus en "incidente de assunção de competência" ou en "incidente de resolução de demandas repetitivas" et dans le jugement des recours extraordinaires et spéciaux répétitifs ; IV – les énoncés des "súmulas" de la Cour fédérale suprême en matière constitutionnelle et de la Cour supérieure de justice en matière infraconstitutionnelle ; V – l'orientation de la plénière ou de l'organe spécial auxquels ils sont attachés »* (traduction libre).

[650] V. les articles 979 (publicité), 983 (intervention des intéressés et *amicus curiae*) et 984 (motivation) du Code de procédure civile de 2015.

[651] L'incident soulevé par une partie, par le Ministère public ou par la Défense publique, prévus à l'article 977, II et III, du Code de procédure civile de 2015 n'entrent pas dans l'objet de cette étude qui traite des actes d'administration judiciaire pris par le juge : V. *supra,* nº 16.

fixer la thèse juridique qui devra être appliquée dans toutes les affaires identiques par les juges saisis, décision de la thèse juridique qui, à défaut de l'incident, serait prise par lui et par d'autres juridictions du ressort de la cour. Dans ce sens, le relevé de l'incident par le juge est une décision sur la compétence qui découle de la constatation de l'existence de connexité par affinité entre une multitude des procès et qui évite le prononcé de décisions contradictoires. Le relevé de l'incident par le juge vise à la gestion juridictionnelle du contentieux de masse.

Si ce n'est pas forcément la même chose pour une partie de faire juger son affaire devant la juridiction où elle réside ou dans une juridiction située ailleurs, la mise en œuvre de l'incident découle de la constatation de la connexité par affinité entre une multitude de procès et vise à la concrétisation des divers principes constitutionnels et légaux, comme préalablement indiqué. La modification de la compétence est alors justifiée dans l'espèce et le code établit de manière précise les conditions nécessaires pour qu'une telle modication soit réalisée et pour garantir ainsi l'objectivité et la transparence et éviter toute apparence d'arbitraire[652]. De plus, le point de droit sera fixé par la juridiction supérieure qui serait de toute manière compétente pour juger un éventuel recours. Pour ces raisons, nous considérons que l'incidence de principes fondamentaux de la justice justifie alors le choix du législateur, sans violation du principe du juge naturel dans ce cas.

166. De manière similaire, l'article 947 du nouveau code prévoit aussi l'« incidente de assunção de competência » quand une question de droit sérieuse est soumise à l'appréciation de la cour, avec répercussion sociale et sans répétition dans des procès multiples[653]. Selon le code de 2015, afin de prévenir ou de mettre fin aux divergences

[652] CEDH, 5 octobre 2010, *DMD Group c/ Slovaquie,* req. n° 19334/03.

[653] L'article 555, § 1º, du Code de procédure civile de 1973 prévoyait, de manière similaire, une possibilité semblable à celle indiquée dans l'article 947 du nouveau code pour que le jugement du recours puissent être fait par l'organe collégial compétent pour uniformiser la jurisprudence de la cour (« assunção de competência), et non par la chambre initialement compétente pour juger, *in verbis : « Article 555 : Dans le jugement du recours d'appel ou d'"agravo", la décision sera prise par les votes de trois juges de la chambre. § 1º : En cas de question de droit sérieuse, qui permette que la divergence entre les chambres de la Cour soit évitée ou conclue, le rapporteur pourra proposer que le recours soit jugé par l'organe collégial indiqué dans le règlement intérieur (par exemple, la chambre compétente pour l'uniformisation de la jurisprudence de la Cour) ; en reconnaissant l'intérêt public dans l'évocation de la compétence*

d'interprétations adoptées par les chambres des cours[654], le rapporteur peut proposer, *ex officio* ou à la demande des parties, du parquet ou de la Défense publique, que la question de droit sérieuse soit jugée par l'assemblée plénière ou par l'organe spécial de la cour[655]. Le jugement prononcé est d'observance obligatoire pour tous les juges et tous les organes de la juridiction, sauf en cas de révision de la thèse établie[656]. L'« incidente de assunção de competência » vise à prévenir des divergences d'interprétation et provoque la modification de l'organe interne de la cour compétent pour trancher le litige.

Pourtant, si l'augmentation exacerbée de la demande judiciaire a conduit le législateur à accroître le rôle du juge dans le déroulement du procès, elle a également provoqué la délégation de certains actes de gestion procédurale aux greffiers afin de permettre que le juge se concentre sur la prise de décisions juridictionnelles, comme nous l'analyserons par la suite.

§ 2 : Les actes « meramente ordinatórios » pris par les greffiers des juridictions

167. Sous la supervision du juge, les greffiers des juridictions réalisent des actes de documentation, de communication et aussi de déroulement de la procédure. La prise d'actes de gestion procédurale par les auxiliaires de la juridiction découle d'une délégation du législateur (A) et la contestation de ces actes par les parties n'est pas permise (B).

("assunção de competência"), cet organe collégial jugera le recours » (traduction libre). – Le terme *évocation* a été utilisé dans la traduction car l'organe collégial de la Cour compétent pour uniformiser la jurisprudence de la Cour jugera le recours qui traite d'une question de droit sérieuse, avant même l'existence d'une divergence de jurisprudence. Ici, les deux organes intègrent la même juridiction du second degré – la Cour –, chacun avec sa compétence propre. *Evocation* a été utilisé dans un sens différent de celui indiqué par le *Vocabularies juridique*, comme la *« faculté appartenant à la juridiction du second degré, saisie d'un appel contre un jugement ayant ordonné une mesure d'instruction ou qui statue sur une exception de procédure qui a mis fin à l'instance, qui s'empare de l'ensemble de l'affaire et qui statue sur l'appel et sur le fond du procès par une seule et même décision, si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive (CPC, a. 568) »* : CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., *V°* Évocation, I, p. 424.

[654] Selon l'article 947, § 4º, du Code de procédure civile de 2015.

[655] Selon l'article 947, § 1º, du Code de procédure civile de 2015.

[656] Conformément à l'article 947, § 3º, du Code de procédure civile de 2015.

A. - La délégation des actes de gestion procédurale aux greffiers

168. S'il est certain que l'exercice de la fonction juridictionnelle ne peut être délégué, il faut indiquer que ladite interdiction ne s'applique pas à toutes les fonctions exercées par le juge. En effet, *« il n'est pas possible de déléguer le pouvoir de décision à un autre organe, ce qui entraînerait la dérogation de la règle de compétence, en violation à la garantie du juge naturel. Pourtant, il y a des hypothèses dans lesquelles la délégation d'autres pouvoirs judiciaires est autorisé, comme le pouvoir d'instruction, le pouvoir de direction de l'instance et le pouvoir d'exécution des décisions »* (traduction libre)[657].

Les fonctions du juge ne se restreignent pas à la prise de jugements car le juge prend plusieurs actes de gestion procédurale afin de garantir le développement régulier de la procédure. Si, par le passé, une plus faible quantité de procédures permettait la réalisation et le contrôle de tous les actes processuels par le juge, l´augmentation croissante du nombre d´actions en justice et l´encombrement des juridictions qui en découlent ont rendu la situation plus difficile. Pour cette raison, le législateur avait déjà prévu en 1994 la possibilité de délégation de certains actes aux greffiers, comme le prévoyait l´article 162, § 4º, du Code de procédure civile brésilien de 1973, selon lequel *« Les actes "meramente ordinatórios", comme la "juntada"*[658] *ou la "vista"*[659] *obligatoire, n´exigent pas la prise d´un "despacho" par le juge et doivent être pratiqués d´office par le greffier et révisé par le juge en cas de nécessité »* (traduction libre)[660]. Dix ans plus tard, l´amendement constitutionnel nº 45 de 2004 a élevé au *status* de norme constitutionnelle la délégation des fonctions par le juge à ses auxiliaires et a établi dans

[657] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 175.

[658] Au Brésil, toutes les conclusions et les pièces des parties sont déposées directement au greffe de la juridiction qui, par un acte appelé « juntada » procède à leur inclusion dans le dossier, sous sa responsabilité. En outre, la remise au greffe d´une conclusion (mémoire) ou pièce est constatée par la mention du dépôt et de la date (article 168 du Code de procédure civile de 1973 et article 208 du nouveau code). Chaque partie n'a donc pas l'obligation de signifier ses conclusions à l´adversaire avant de les déposer au greffe, comme le détermine l'article 753 du Code de procédure civile français. Cependant, l'article 269, § 1º, du code de procédure civile de 2015 autorise les avocats à promouvoir l'intimation de l'avocat de l'autre partie par la poste, déposant au greffe la copie de l'intimation et de l'avis de réception.

[659] Pour permettre la concrétisation du principe du contradictoire, après la remise au greffe des conclusions ou pièces par l'une des parties, la juridiction le notifie à l´autre partie – par un acte appelé « vista » – pour qu'elle puisse répondre.

[660] Paragraphe inséré par la loi nº 8.952 de 1994.

l´article 93, XIV, de la Constitution de la République, que *« les fonctionnaires recevront délégation pour la pratique des actes d´administration et des actes de "simples expediente" sans caractère décisoire »* (traduction libre).

Le Code de procédure civile de 2015, dans son article 203, § 4º, répète, *ipsis litteris,* la norme de l'article 162, § 4º, du diplôme processuel précédant et autorise également la délégation des actes « meramente ordinatórios » aux auxiliaires de juges. Si l'article 152, VI, du nouveau code prévoit aussi qu'il appartient au greffier la prise, *ex officio,* des actes « meramente ordinatórios », le § 1º de la norme établit que le juge fixera la délégation par un acte règlementaire.

Selon la doctrine, les actes « meramente ordinatórios » délégués aux auxiliaires de la juridiction sont les « despachos de simples expediente » qui étaient réalisés exclusivement par le juge dans la systématique précédente[661]. Les actes « meramente ordinatórios » sont donc ceux qui concernent le déroulement de l´instance sans aucun contenu décisoire et constituent, en réalité, l´ *« activité presque bureaucratique de la juridiction »* (traduction libre)[662]. Ils doivent être, à présent, réalisés *ex officio* par les auxiliaires de la juridiction sans qu´un « despacho » du juge soit nécessaire. La délégation des fonctions aux auxiliaires de la juridiction se restreint alors aux actes dont la réalisation est impérative, sans que l´organe délégué ait l´option de réaliser ou non l´acte ou même de choisir entre deux actes différents[663].

---

[661] MEDINA José Miguel Garcia e WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Processo civil moderno*, préc., p. 124. – WAMBIER Luiz Rodrigues e TALAMINI Eduardo, *Curso avançado de processo civil,* préc., pp. 231-232. – RIBEIRO Leonardo Ferres da Silva, « A definição dos pronunciamentos judiciais (sentenças, decisões interlocutórias e despachos) após as últimas alterações legislativas : impacto e efeitos no plano recursal », préc., p. 381. – WAMBIER Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO Maria Lúcia Lins, RIBEIRO Leonardo Ferres da Silva e MELLO Rogério Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo,* préc., p. 418.

[662] WAMBIER Luiz Rodrigues e TALAMINI Eduardo, *Curso avançado de processo civil,* préc., p. 232.

[663] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 349. – WAMBIER Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO Maria Lúcia Lins, RIBEIRO Leonardo Ferres da Silva e MELLO Rogério Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo,* préc., pp. 418-419, *in verbis : « Pour cela, il est nécessaire que l'on différencie, parmi les actes qui étaient auparavant pris exclusivement par le juge, ceux qui sont véritablement de "mero expediente" et ceux qui ne sont pas des décisions interlocutoires mais qui ont du contenu décisoire et qui, selon le régime actuel, ne doivent pas rester de la compétence des auxiliaires de la justice. (...) Il est utile d'établir cette différence en raison du degré de complexité du raisonnement exigé de l'agent pour classer l'acte comme "meramente ordinatório" (et, dans cette hypothèse, inclus dans le*

Les actes « meramente ordinatórios » indiqués expressément par le législateur[664], à savoir, la « vista » et la « juntada », ne sont que des exemples donnés par la loi. D´autres actes peuvent être réalisés *ex officio* par les auxiliaires de la juridiction, comme *v.g.*, l´envoi du dossier au Ministère public – dans les procès où la participation du parquet est obligatoire[665] –, l´intimation des témoins lorsque cette mesure d´instruction a été ordonnée par le juge, l´envoi du dossier à l´expert indiqué par le magistrat, etc[666]. Les actes délégués aux greffiers se restreignent ainsi aux mesures bureaucratiques[667], quand la réalisation de l´acte de gestion procédurale est impérative, sans qu´un choix entre la réalisation d´un acte donné ou la détermination d´une autre mesure soit possible dans l´espèce. La possibilité de choix entre la prise de deux actes différents qualifie l'acte de gestion procédurale comme un « despacho » qui doit donc être exclusivement pris par le juge[668].

Suivant alors ce raisonnement, l´acte qui détermine la citation du défendeur – appelé par la doctrine « despacho *in limine* positif » – ne peut pas être déterminé par l´auxiliaire de la juridiction car d´autres actes peuvent être ordonnés selon les circonstances du cas *sub judice* : le juge peut, soit recevoir la demande initiale et ordonner la citation du défendeur[669], soit déterminer l´amendement de l´acte introductif de l´instance[670], soit éteindre l´instance[671]. Ainsi, même si l´acte qui ordonne la citation du défendeur constitue un acte d´impulsion processuelle, il ne doit pas être qualifié

---

rôle du greffe – art. 203, § 4º) ou comme des "despachos" qui ne sont pas "meramente de expediente", dont le prononcé continue dans le cadre de l'activité propre du juge (art. 203, § 3º) » (traduction libre).

[664] Dans l´article 162, § 4º, du Code de procédure civile de 1973 et dans l'article 203, § 4º, du Code de procédure civile de 2015.

[665] L'article 178 du Code de procédure civile de 2015 prévoit l'intervention du Ministère public comme *custos iuris* (« fiscal da ordem jurídica »).

[666] WAMBIER Luiz Rodrigues e TALAMINI Eduardo, *Curso avançado de processo civil,* préc., p. 230.

[667] WAMBIER Luiz Rodrigues e TALAMINI Eduardo, *Curso avançado de processo civil,* préc., p. 232.

[668] Ainsi, la différence même entre le « despacho » et l'acte « meramente ordinatório » est fondée sur l'existence de contenu décisoire des « despachos », contrairement à la thèse défendue par la majorité de la doctrine brésilienne.

[669] Comme le déterminait l'article 285 du Code de procédure civile de 1973 et l'établit l'article 238 du Code de procédure civile de 2015.

[670] Comme l'indiquait l'article 284 du Code de procédure civile de 1973 et selon à l'article 321 du Code de procédure civile de 2015.

[671] Dans les hypothèses qui étaient prévues à l´article 267 du *codex* de 1973 et conformément à l'article 332 du Code de procédure civile de 2015 : V. *supra,* note nº 270.

comme un acte « meramente ordinatório », mais, au contraire, comme un « despacho » qui doit être exclusivement pris par le juge[672].

La délégation des actes « meramente ordinatórios » aux auxiliaires de la juridiction vise à décharger les juges de ces activités et leur permet de se concentrer sur la prise de décisions juridictionnelles. La délégation vise également une plus grande célérité processuelle et le respect donc du délai raisonnable des procédures[673]. Bien que la norme de l´article 162, § 4º, du Code de procédure civile brésilien de 1973, reprise par l'article 203, § 4º, du Code de procédure civile de 2015, utilise le verbe *devoir* et même si le réformateur constitutionnel emploie l´impératif dans la rédaction constitutionnelle, une partie de la doctrine brésilienne défend le caractère facultatif d´une telle délégation, en raison de son objet qui englobe une activité typique des juges[674]. Dans la pratique judiciaire, si la « juntada »[675] est normalement réalisée *ex officio* par les greffiers, certains juges plus centralisateurs[676] déterminent ainsi que la « vista » dépend d´un « despacho » pour être réalisée, ce qui peut entraîner un retard non justifié de la procédure[677].

B. - L´absence de recours contre les actes de gestion procédurale pratiqués par les greffiers

169. Il faut tout d'abord souligner que, d'après la majorité de la doctrine brésilienne, les actes « meramente ordinatórios », pris par les greffiers par délégation du juge, sont

[672] V. en ce sens : OLIANI José Alexandre Manzano, *O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração,* São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 150. – Il faut rappeler qu´une partie de la doctrine brésilienne diverge de cette thèse et défend que l´acte du juge qui ordonne la citation du défendeur n´est pas un « despacho », mais une décision interlocutoire susceptible de recours, dans la mesure où l´acte du magistrat comporte une décision implicite concernant la régularité de la demande initiale et les conditions de l´exercice de l´action : V. *infra,* nº 409 s.

[673] OLIVEIRA Vallisney de Souza, « Delegação de atos do Poder Judiciário democrático », disponible sur http://vallisneyoliveira.com/artigos/delegacao-de-atos-no-poder-judiciario-democratico-2/, consulté le 15 juillet 2014. – V. aussi : WAMBIER Luiz Rodrigues, WAMBIER Teresa Arruda Alvim e MEDINA José Miguel Garcia, *Breves comentários à nova sistemática processual civil,* 3ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, pp. 51-52.

[674] ASSIS Araken de, *Manual dos recursos,* préc., p. 141.

[675] V. *supra,* note nº 658.

[676] *A contrario*, il est notoire que certains juges permettent que leurs assesseurs rédigent des projets de décisions et jugements sous leur supervision et contrôle, bien que ces actes constituent des actes *intuitu personæ.*

[677] En raison de l´encombrement des juridictions, un « despacho » qui détermine la « vista » peut prendre plusieurs jours pour être ordonné par le juge – ou même des mois –, même quand la loi prescrit sa réalisation immédiate par le greffier, indépendemment d´un acte du juge.

des actes d´administration judiciaire liés au simple déroulement de l´instance et qu'ils n'ont aucun contenu décisoire et ne provoquent pas de griefs aux parties en principe. Ils ne sont donc pas susceptibles de recours[678].

Néanmoins, si les voies de recours sont fermées pour ces actes, le législateur a prévu la possibilité de révision de l'acte par le juge, selon la partie finale de l´article 162, § 4º, du Code de procédure civile de 1973 et selon la règle prévue à l'article 203, § 4º, du Code de procédure civile de 2015[679]. En fait, ce pouvoir de révision des actes délégués du juge découle de la règle implicite selon laquelle celui qui délègue une fonction peut toujours la reprendre. Il appartient ainsi au juge de contrôler *a posteriori* les actes des greffiers. Il doit les réviser, soit *ex officio* – quand il vérifie l´existence d´une irrégularité –, soit à la demande des parties. Dans cette dernière hypothèse, aucune formalité ne sera nécessaire et les parties peuvent simplement demander au juge la révision de l´acte soupçonné d´être irrégulier[680].

Durant la période de vigueur du Code de procédure civile de 1973, une partie de la doctrine défendait l´utilisation de l´« agravo » pour contester ces actes de révision du juge en cas d'erreurs flagrantes[681]. Il faut toutefois ajouter que ces décisions ne sont pas susceptibles de recours immédiat dans le nouveau code, en raison de la liste exhaustive de l'article 1.015[682]. Néanmoins, d'autres moyens processuels prévus dans l'ordre juridique brésilien peuvent être utilisés pour les remettre en cause, comme nous

[678] DIDIER JUNIOR Fredie, CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Curso de direito processual civil,* v. 3, préc., p. 32. – Comme l'affirme José Miguel Garcia Medina, *« contre les actes pratiqués par l'auxiliaire, il n'y a pas voie de recours, la partie qui se sent lésée peut demander au juge de les réviser et, selon les circonstances, de recourir contre la décision du juge qui les ratifie »* (traduction libre) : MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 349.
[679] V. *supra,* nº 168.
[680] DIDIER JUNIOR Fredie, CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Curso de direito processual civil*, v. 3, préc., p. 32.
[681] WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença,* préc., p. 42. – PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », préc., p. 53. – RIBEIRO Leonardo Ferres da Silva, « A definição dos pronunciamentos judiciais (sentenças, decisões interlocutórias e despachos) após as últimas alterações legislativas : impacto e efeitos no plano recursal », préc., pp. 382-383.
[682] V. *supra,* nº 73.

l'étudierons par la suite[683]. Dans tous ces cas, la contestation sera pourtant faite contre l´acte du juge et non contre l´acte direct de son auxiliaire[684].

Il faut également souligner que le nouveau code a prévu, dans son article 152, § 1º, le contrôle anticipé de l'acte « meramente ordinatório » en disposant que le juge réglementera la délégation par un acte, ce que certains juges faisaient déjà en pratique. Le contrôle par le juge peut avoir lieu avant ou après la prise de l'acte par ses auxiliaires[685].

La notion française d'acte d'administration judiciaire englobe aussi les actes d'organisation juridictionnelle ; nous passerons ensuite à l'étude de la matière dans la perspective du droit judiciaire privé brésilien.

CONCLUSION DE LA SECTION 1

170. Le législateur de 2015 a accueilli la thèse de la majorité de la doctrine brésilienne qui défend l'absence de contenu décisoire des « despachos », de façon à ce que les actes judiciaires de gestion procédurale soient, en droit judiciaire privé brésilien, des décisions interlocutoires ou des « despachos », selon le contenu décisionnel ou non du « pronunciamento » judiciaire. Cependant, il existe une activité mentale de choix au sein de tous ces actes judiciaires de gestion procédurale qui caractérise l´existence d´une décision.

171. La gestion de la procédure n'est cependant pas une activité exclusive du juge. L'adoption expresse d'un modèle de procès coopératif dans le *codex* de 2015 a permis que les parties participent plus effectivement à la gestion du procès et de nouveaux outils ont été prévus pour la gestion du contentieux et la lutte contre la dispersion excessive de la jurisprudence. Le système juridique brésilien autorise également que les actes

[683] V. *infra,* nº 413 s.
[684] WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença,* préc., p. 41. – MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 349.
[685] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 349.

« meramente ordinatórios » soient pris par les greffiers pour que le juge puisse concentrer ses efforts sur la prise de décisions. Pourtant, l'exercice de la fonction juridictionnelle exige d'abord que le service public de la justice s'organise en interne.

Section 2 : Les actes d'organisation juridictionnelle au Brésil : des actes administratifs soumis au contrôle du Pouvoir judiciaire

172. L'administration de la justice brésilienne requiert également la prise d'actes visant à l'organisation des juridictions. Par leur biais, le service public de la justice s'organise en interne par l'affectation des juges et la distribution des affaires et tous ces actes ont une influence importante sur la fonction juridictionnelle postérieurement exercée. Les actes d'organisation juridictionnelle sont des actes administratifs pris par les juges (§ 1) susceptibles de contestation auprès de la juridiction ou du Conseil national de justice car le Pouvoir judiciaire est compétent pour connaître tout dommage ou menace d'atteinte à un droit (§ 2).

§ 1 : Les actes d'organisation juridictionnelle : des actes administratifs pris par les juges

173. Dans le monde occidental, y compris le Brésil, prédomine généralement l'idée que l'Etat exerce trois fonctions différentes : législative, exécutive et juridictionnelle[686]. Afin d'empêcher la concentration des pouvoirs et donc de préserver la liberté des hommes contre les abus et les tyrannies des gouvernements, ces différentes fonctions étatiques sont partagées entre les Pouvoirs de l'Etat – Législatif, Exécutif et Judiciaire –, selon le principe de séparation des pouvoirs de Montesquieu[687].

---

[686] Il existe néanmoins des opinions divergentes. Certains auteurs défendent l'existence de deux fonctions étatiques seulement. Le professeur Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, de son côté, considère qu'il y a la fonction administrative (l'activité de légiférer et d'exécuter) et la fonction juridictionnelle : MELLO Oswaldo Aranha Bandeira de, *Princípios gerais de direito administrativo,* v. 1, 2ª ed., Belo Horizonte : Forense, 1979, pp. 24-33. – V. *supra,* nº 24 s.

[687] MONTESQUIEU Charles-Louis de Secondat, *L'esprit des Lois,* préc., Livre XI, p. 142 : « *C'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve les limites. Quel droit ! La vertu même a besoin de limites. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. (...) Lorsque dans la même personne ou le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement. Il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la*

Ce principe ne signifie pas pour autant l'absence de limitations réciproques, de coordination ou d'interdépendance entre les Pouvoirs. Il n'empêche pas non plus l'accomplissement de missions communes par ces Pouvoirs. Cependant, le principe de séparation des pouvoirs propose l'établissement de limites, de contrôles, d'interférence de chaque Pouvoir dans la compétence des autres, d'interdépendance et la coordination doit être strictement établie par la Constitution[688]. José Afonso da Silva explique bien cette relation harmonieuse qui doit exister entre les Pouvoirs, *in verbis :*

> *« Tout cela démontre que les activités du Législatif et de l'Exécutif, spécialement, mais aussi du Judiciaire, se développeront à bien que si ses organes se soumettent au principe d'harmonie, qui ne signifie ni la prédominance de l'un sur les autres, ni l'usurpation des compétences, mais la nécessité d'une collaboration consciente entre eux et d'un contrôle réciproque (qui intègre d'ailleurs ce mécanisme) afin d'éviter des distorsions et des abus »* (traduction libre)[689].

174. Pourtant, si chaque Pouvoir dispose de sa fonction prépondérante, il exerce, bien que de façon restreinte, des activités des autres Pouvoirs. Ainsi, par exemple, s'il appartient au Pouvoir judiciaire d'exercer la fonction juridictionnelle, de trancher les litiges et d'appliquer le droit au cas concret *sub judice* avec la force de la *res iudicata*, il prend également des actes matériellement administratifs et législatifs[690]. C'est-à-dire qu'il n'y a pas d'exercice exclusif des fonctions typiques par chaque Pouvoir, de façon à ce que, parallèlement aux fonctions typiques ou prépondérantes, chaque Pouvoir exerce aussi d'autres fonctions dans le contexte du principe connu sous le nom de « *freins et contrepoids* »[691]. En analysant le sujet, Celso Antônio Bandeira de Mello clarifie, *in verbis :*

---

puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur » : V. *supra,* nº 24.

[688] TEIXEIRA José Horácio Meirelles, *Curso de direito constitucional,* org. e atual. por GARCIA Maria, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991, p. 595.

[689] SILVA José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo,* 17ª ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2000, p. 115.

[690] La nomination des juges de première instance, par exemple, constitue un acte administratif pris par le Pouvoir Judiciaire alors que l'approbation des règlements intérieurs des juridictions est un acte législatif pris par des juges, conformément à la jurisprudence de la Cour fédérale suprême : V. *infra,* note nº 926.

[691] Le système de *« checks and balances »* a été inspiré de la Constitution des Etats-Unis de 1787.

> *« Dans cette construction idéologique, qui a gagné une énorme et profitable acceptation, le partage de l'exercice de ces fonctions entre les différents organes est fondamental. Or, dans les différents Droits Constitutionnels positifs – et aussi dans le droit brésilien – la distribution n'est pas faite pour préserver avec rigidité absolue l'exclusivité de chaque organe dans l'accomplissement de la fonction qui lui confère son nom. Cette solution normative d'établissement des tempéraments viendrait, du moins en principe, de l'objectif explicite de composer avec les "freins et contrepoids", mécanisme par lequel on attribue, bien que de façon restreinte, des fonctions qui en thèse correspondraient aux autres Pouvoirs, afin de garantir un équilibre mieux articulé entre ce que l'on appelle de "Pouvoirs", c'est-à-dire, entre les organes du Pouvoir vu que le Pouvoir est unique, en vérité »* (traduction libre)[692].

Par conséquent, le critère organique ou subjectif d'identification de la fonction exercée – selon lequel la nature juridique de l'activité étatique est déterminée par l'organe qui la réalise – est insuffisant car la caractérisation de la fonction doit être établie, au contraire, par ses éléments intrinsèques (critère matériel ou substantiel)[693].

175. Dans ce contexte, par les actes d'organisation juridictionnelle, les magistrats ne tranchent pas des litiges et n'appliquent pas le droit au cas concret *sub judice*. Ces actes constituent matériellement des actes administratifs, dans leur acception stricte, c'est-à-dire, des déclarations unilatérales de l'Etat dans l'exercice des prérogatives publiques manifestées par des commandements concrets complémentaires de la loi qui sont assujettis au contrôle de légitimité par l'organe juridictionnel[694].

En fait, l'affectation des juges dans les différents services juridictionnels auprès des juridictions brésiliennes – qui obéit à une ample réglementation pour réduire toute

---

[692] MELLO Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, 29ª ed., São Paulo : Malheiros, 2011, p. 32.
[693] MELLO Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo,* préc., pp. 32-33. – En traitant de la distinction entre l'acte juridictionnel et l'acte administratif, Athos Gusmão de Carneiro affirme, *in verbis : « La distinction ne sera certainement pas rencontrée dans le critère subjectif ou organique (qui a pratiqué l'acte) car les juges pratiquent aussi des actes administratifs, soit dans la forme processuelle, dans l'exercice de ce qui est nommé "juridiction volontaire" , "gracieuse" ou " administrative", soit en pratiquant des actes d'autogouvernement de la magistrature et de l'administration des services judiciaires »* (traduction libre) : CARNEIRO Athos Gusmão, *Jurisdição e competência,* 14ª ed., São Paulo : Saraiva, 2005, p. 24.
[694] MELLO Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, préc., p. 389.

possibilité d'abus et vise à garantir la non-discrimination (« impessoalidade »)[695] et la légalité de l'acte[696] –, est sans aucun doute un acte administratif pratiqué par les organes du Pouvoir judiciaire. En effet, en analysant la décision du Conseil national de justice qui avait suspendu l'acte de promotion des juges pris par un organe du Pouvoir judiciaire, la Cour fédérale suprême a expressément qualifié l'acte d'affectation des juges d'acte administratif pratiqué par les organes du Pouvoir judiciaire. La Cour fédérale suprême a en outre reconnu la compétence du Conseil pour exercer le contrôle administratif desdits actes, non seulement pour leur suppression mais pour permettre également leur suspension par l'organe de contrôle de l'activité administrative du Pouvoir judiciaire[697], *in verbis* :

> *« En effet, s'il appartient au Conseil national de justice de supprimer des actes administratifs pratiqués par les organes du Pouvoir judiciaire, à plus forte raison le CNJ a le pouvoir de suspendre provisoirement ces mêmes actes afin de garantir l'effectivité du procès administratif en cours. Celui qui peut le plus peut le moins »* (traduction libre)[698].

De même, la distribution des procès entre les organes juridictionnels d'égale compétence constitue un acte administratif pris par le Pouvoir judiciaire et qui concerne indéniablement l'organisation interne du service car elle garantit la répartition de travail à l'intérieur de la juridiction, conformément à la définition présentée par Maria Helena Diniz[699]. Par la distribution égalitaire du travail, la juridiction s'organise afin que la

---

[695] Le principe de la non-discrimination, connu au Brésil comme « impessoalidade », traduit l'idée selon laquelle *« l'Administration doit traiter tous les administrés sans discriminations, bénéfiques ou maléfiques. Des favoritismes ou des harcèlements ne sont pas tolérés. (...) Ledit principe n'est que le propre principe d'égalité ou d'isonomie »* (traduction libre) : MELLO Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, préc., p. 117.

[696] V. *infra,* nº 273 s.

[697] Selon sa compétence constitutionnelle prévue à l'article 103-B de la Constitution de la République : V. *infra,* nº 179.

[698] Cour fédérale suprême, Première chambre, « Mandado de Segurança » nº 27704/DF, Ministre rapporteur : Dias Toffoli, date du jugement : 5/08/2014, date de la publication : 8/10/2014. – Sur la qualification d'acte administratif complexe des actes de promotion pour certains postes : V. Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Mandado de Segurança » nº 24575-1/DF, Ministre rapporteur : Eros Grau, date du jugement : 15/12/2004, date de la publication : 4/03/2005. – Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Mandado de Segurança » nº 23972/DF, Ministre rapporteur : Carlos Velloso, date du jugement : 12/09/2001, date de la publication : 29/08/2001. – Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Mandado de Segurança » nº 20597-1/DF, Ministre rapporteur : Octavio Gallotti, date du jugement : 22/10/1986, date de la publication : 5/12/1986.

[699] DINIZ Maria Helena, *Dicionário jurídico,* v. 2, São Paulo : Saraiva, 1998, p. 205, *in verbis : « Distribution. 1. Droit processuel. Acte administratif par lequel les procès présentés devant chaque*

prestation juridictionnelle soit délivrée dans un délai raisonnable, comme le reconnaît la jurisprudence[700].

176. Pourtant, la distribution des affaires produit des effets processuels évidents, fixant *in concreto* la compétence[701]. Par conséquent, elle est également un acte processuel, selon la définition donné par la doctrine, *in verbis :*

> *« Le concept d'acte processuel doit englober non seulement les actes de la procédure mais également les autres actes qui interfèrent de quelque manière que ce soit dans le développement de la relation juridique processuelle. (...) Tout acte humain qu'une norme processuelle considère apte à produire des effets juridiques dans une relation juridique processuelle peut être considéré comme un acte processuel. Cet acte peut être pratiqué durant l'itinéraire de la procédure ou hors procès. Le "siège" de l'acte n'est pas important pour le caractériser comme processuel. (...) Ainsi, l'acte processuel est tout comportement humain*

---

juridiction ou cour sont enregistrés et partagés entre les juges, selon les principes de publicité, d'alternance et du tirage au sort » (traduction libre).

[700] V. Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Agravo Regimental em Mandado de Segurança » n° 28847/DF, Ministre rapporteur : Cezar Peluso, date du jugement : 10/11/2011, date de la publication : 5/12/2011, *in verbis : « La fixation du ministre rapporteur de chaque affaire ou recours, parmi tous les magistrats d'égale compétence, constitue une matière concernant l´organisation interne de cette cour et extérieure donc aux intérêts des parties au litige »* (traduction libre). – V. aussi : Cour supérieure de justice, Sixième chambre, « Recurso Especial » nº 1183134/SP, Ministre rapporteur : Og Fernandes, date du jugement : 11/06/2013, date de la publication : 21/06/2013, *in verbis : « En effet, la question traitée dans la "Questão de Ordem" a été restreinte à l'interprétation et à l'application des normes de distribution et de "prevenção" prévues dans le règlement intérieur de la Cour supérieure de justice. C'est alors un acte délibératif lié à l'organisation administrative de cette cour – "interna corporis" –, prononcé avec la finalité d'assurer le déroulement de l'instance, qui n'a pas provoqué de préjugé aux parties car il n'a pas de contenu décisoire, il ne dépend pas de publication »* (traduction libre). – V. également : Cour supérieure de justice, Troisième chambre, « Recurso em Mandado de Segurança » nº 304/MA, Ministre rapporteur : Gueiros Leite, date du jugement : 24/04/1990, date de la publication : 28/05/1990, *in verbis : « Dans le cas sub judice où le demandeur n'a pas allégué devant la Présidence de la Cour l'erreur soulevée (erreur de distribution), il n'existe pas alors une décision susceptible de recours et la distribution est donc maintenue comme un simple acte pré-processuel, de type administratif, susceptible de contestation par la voie du "mandado de segurança", que l'auteur a jugé plus rapide que l'allégation d'incompétence du rapporteur »* (traduction libre). – Il est pourtant important d'ajouter que, si la question relative à la compétence du rapporteur, en raison d'une éventuelle allégation d'une erreur de distribution, est analysée dans le propre procès distribué, le « Mandado de Segurança » ne sera pas admis pour contester l'acte de distribution car il y aura une décision sur la compétence qui doit être contestée par les voies de recours établies par la loi, conformément à la jurisprudence de la Cour supérieure de justice, *in verbis : « Si, malgré la "prevenção", l'erreur de distribution du recours d'"agravo de instrumento" (activité administrative) n'est pas corrigée par l'organe juridictionnel (activité juridictionnelle), l'arrêt doit être contesté par le recours spécial ; le* « Mandado de Segurança » *utilisé pour contester l'acte administratif de distribution (...) est une voie inadéquate »* (traduction libre) : Cour supérieure de justice, Troisième chambre, « Recurso em Mandado de Segurança » nº 20575/RJ, date du jugement : 18/05/2006, date de la publication : 28/08/2006. – Sur la matière dans la perspective du nouveau Code de procédure civile : V. *infra,* nº 307 s.

[701] V. *infra,* nº 307 s.

volontaire qui est apte à produire des effets juridiques dans un procès, actuel ou futur » (traduction libre)[702].

La distribution est alors *« un acte essentiellement administratif avec des effets immédiats sur le procès »* (traduction libre)[703]. Elle n'est donc pas restreinte à l'organisation interne du service de la juridiction et affecte les intérêts des parties au procès puisqu'elle concrétise plusieurs principes fondamentaux. Elle « *n'est pas seulement une simple répartition de charge de travail ; plus que cela, elle répond au principe du juge naturel, et, sous l'angle du service public réalisé par la juridiction étatique, elle concerne les principes d'efficience et du délai raisonnable du procès »* (traduction libre)[704]. Comme l'affirme le Conseil national de justice, *« La discipline de la distribution et de la "prevenção"*[705] *dans les règlements intérieurs des cours a une double nature : ce sont des actes administratifs, comme elles règlent également la compétence juridictionnelle »* (traduction libre)[706].

---

[702] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., pp. 373-374. – V. également le concept d'acte processuel présenté par Vicente Grego Filho, *in verbis: « La première distinction à souligner est celle relative à la différence entre les faits processuels et les actes processuels, à l'instar des faits et actes juridiques. Tout fait, humain ou non, qui a une répercussion dans le procès est un fait processuel, comme, par exemple, le décès de la partie, la fermeture imprévue du tribunal qui provoque le report de l'audience ou la prorogation des délais etc. Ne sont pas compris dans les actes processuels : les actes ou conventions juridiques qui provoquent toutefois des effets sur le procès mais qui n'ont pas la finalité de produire ces effets processuels, comme, par exemple, l'aliénation de bien ou de droit litigieux, qui affecte le procès (v. art. 42), mais dont la volonté déterminante n'était pas directement liée à la relation procédurale. Pour le procès, ces actes ou conventions juridiques sont de simples faits »* (traduction libre) : GRECO FILHO Vicente, *Direito processual civil brasileiro,* v. 2, 21ª ed., São Paulo : Saraiva, 2012, p. 36. – V. aussi : MIRANDA Francisco Cavalcanti Pontes de, *Comentários ao Código de Processo Civil. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes,* t. 3, 4ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1997, p. 12, *in verbis : « Les actes processuels sont tous ceux qui constituent la séquence des actes, qui est le propre procès, et tous ceux qui, dépendant d'un procès spécifique, sont pratiqués à part, ou autonomes, pour la finalité d'un procès, ou avec leur propre finalité – dans le procès »* (traduction libre). – V. *contra* : THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil : Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum,* préc., p. 474, *in verbis: « Enfin, pour que l'acte soit un acte processuel, au sens propre du terme, il faut que celui-ci soit pratiqué dans le procès, avec un effet immédiat sur lui, et qu'il puisse, en outre, seulement être pratiqué dans le cadre du procès »* (traduction libre).

[703] Cour d'appel du Rio de Janeiro, Première chambre civile, « Agravo de instrumento » nº 623/92, « Desembargador » rapporteur : Ellis Figueira, date du jugement : 21/09/1993.

[704] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 342.

[705] V. *infra,* nº 298.

[706] Conseil national de justice, « Procedimento de Controle Administrativo » nº 0004955-21.2011.2.00.0000, Rapporteur : Neves Amorim, 138ª Session, date du jugement : 8/11/2011.

En effet, toute activité administrative est instrumentale et vise à atteindre une finalité établie par la loi. Plus spécifiquement, l'activité administrative prise par le Pouvoir judiciaire a pour but de garantir la délivrance des actes juridictionnels en conformité avec les principes et normes constitutionnelles et légales[707]. Les actes d'organisation juridictionnelle sont alors des actes pris par des juges en observance des normes établies dans la Constitution de la République et dans la législation infraconstitutionnelle que visent à garantir l'observance des normes très précises sur la fixation du service des juges et sur la distribution des affaires parmi les juges également compétents, afin de garantir le respect des principes d'impartialité, d'égalité des juges et du droit au juge naturel à l'intérieur des juridictions[708]. Ils sont alors intimement liés à la fonction de juger.

Les abus commis et la peur de leur persistance dans l'organisation juridictionnelle au Brésil ont déchainé une ample réglementation sur la matière[709], ne laissant aux chefs de juridiction ou aux responsables aucune discrétion pour la prise de ces actes. Le Pouvoir judiciaire brésilien reste alors compétent pour connaître toute contestation sur la matière.

§ 2 : L'existence d'un ordre juridictionnel unique au Brésil : le contrôle par le Pouvoir judiciaire des actes d'organisation juridictionnelle

177. Au Brésil, de innombrables actes et décisions administratives sont prises tous les jours par les personnes et les organes de l'Administration, ces actes pouvant être contestés par les administrés ou par les personnes lésées, selon les procédures prévues par le législateur. Pour garantir la protection des droits des administrés et l'observance des finalités de l'Administration publique, le législateur brésilien a promulgué la loi nº 9.784, du 29 janvier 1999, qui établit les règles applicables à la procédure administrative devant les organes de l'Administration publique fédérale. Des normes très précises concernant la

[707] DALLARI Adilson Abreu, « Controle compartilhado da administração da justiça », *Revista jurídica,* Brasília, v. 7, n° 73, junho/julho de 2005 p. 9. Article disponible aussi sur http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_73/artigos/Adilson_rev73.htm, consulté le 6 mai 2014.
[708] V. *infra,* nº 273 s.
[709] V. *infra,* nº 278.

procédure administrative ont été prévues, comme, par exemple, les principes procéduraux applicables, les délais, l'obligation de motivation des décisions, les voies de recours à la disposition des parties, etc.

178. Les décisions prises par l'Administration à la fin des procédures administratives ne sont néanmoins pas irrévocables et peuvent être contestées et révisées par le Pouvoir judiciaire. Ainsi, si en France – en raison de son histoire et de l'interprétation donnée au principe de séparation des pouvoirs – l'Administration est soustraite au contrôle des juridictions judiciaires[710], le Constituant brésilien a établi l'existence d'un seul ordre juridictionnel compétent pour juger toute action en justice : le Pourvoir judiciaire. Par conséquent, en règle générale, toute décision administrative peut être modifiée par une décision prise par l'une des juridictions du Pouvoir judiciaire et la décision est opposable à l'Administration, selon l'article 5, XXXV, de la Constitution de la République[711]. Le Pouvoir judiciaire est donc compétent pour trancher les litiges et pour dire le droit applicable au cas *sub judice,* quelles que soient les parties en cause ou la nature de la relation juridique controversée[712].

---

[710] V. CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès,* préc., p. 426, *in verbis « La séparation des ordres de juridiction trouve son origine durant la Révolution française, sous la Constituant qui souhaitait mettre fin aux abus de l'Ancien régime qui accordait un pouvoir trop important aux Parlements. L'article 13 du titre II de la loi des 16-24 août 1790 dispose ainsi que "les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives ; les juges ne pourront, sous peine de forfaiture, troubler en quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs en raison de leurs fonctions". Parce que les juges sont craints, l'administration est soustraite au contrôle des juridictions judiciaires ; elle est soumise au contrôle que la propre administration organise : "juger l'administration, c'est encore administrer". C'est la théorie du ministre-juge ».*

[711] V. *supra,* note nº 545.

[712] A ce sujet, la doctrine affirme, *in verbis : « Notre système juridique adopte la juridiction unique. A la différence de la réalité française, par exemple, il n'y a pas de juridiction administrative pour ce qui concerne des demandes originaires des actes d'administration. Au Brésil, la juridiction peut connaître n'importe quel problème juridique »* (traduction libre) : DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 180. – Vicente Greco Filho explique, *in verbis: « Finalement, le pouvoir, la fonction et l'activité juridictionnelle ont un caractère définitif, c'est-à-dire, après le développement légal du procès, la manifestation du juge devient inchangeable et la révision par une autre pouvoir n'est pas admise. Les décisions administratives, quant à elles, sont toujours passibles de révision par le Judiciaire par rapport à leur légalité. (...) Quant au contentieux administratif, nous avons déjà mentionné que le Brésil adopte, dans la relation entre l'Exécutif et le Judiciaire, le système anglo-saxon, ou de juridiction unique, selon lequel seul le Judiciaire détient le pouvoir juridictionnel, y compris pour les litiges dans lesquels l'Etat est partie »* (traduction libre) : GRECO FILHO Vicente, *Direito processual civil brasileiro,* v. 1, 22ª ed., São Paulo : Saraiva, 2010, pp. 202-203. – DINAMARCO Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno,* v. 1, 6ª ed., São Paulo : Malheiros, 2010, pp. 438-439, *in verbis : « Dans le modèle de juridiction unique,*

Ainsi, si le monisme juridictionnel ne soustrait pas à l'Administration le pouvoir de décider et d'opposer ses décisions aux administrés, il élimine le caractère irrévocable de ses décisions et elles sont donc toujours passibles de contrôle par le Pouvoir judiciaire qui apprécie la légalité et la légitimité des comportements de l'Administration publique, annule ceux considérés irréguliers, impose la prise des comportements obligatoires et condamne l'Administration à indemniser les parties lésées[713].

De ce fait, l'existence d'un seul ordre juridictionnel au Brésil simplifie le système car il n'y a pas de conflits de compétence entre des ordres différents[714]. Le Pouvoir judiciaire est, en principe, compétent pour juger toute action en justice, peu importe la nature juridique du droit en question. Ainsi, la juridiction contrôle la fonction législative et la fonction administrative mais n'est, en principe, contrôlée par aucun autre pouvoir. L'impossibilité du contrôle externe est donc l'une des caractéristiques de la juridiction[715].

En conséquence, les actes d'organisation juridictionnelle sont également soumis au contrôle du Pouvoir judiciaire. L'affectation des juges dans les différents services de la juridiction et la distribution des affaires peuvent être contestées devant l'organe juridictionnel compétent, selon les règles établies dans l'ordre juridique brésilien[716].

---

dans lequel il n'y a pas de contentieux administratifs, les actes des autres Pouvoirs de l'Etat sont susceptibles de censure par le Pouvoir judiciaire, dans la mesure où ils sont passibles de censure juridictionnelle. Le Judiciaire est le garant de la Constitution, avec le dernier mot sur la compatibilité constitutionnelle des lois élaborées dans les institutions législatives et seulement ce qu'il prononce a "final enforcing power", y compris sur les actes du Gouvernement » (traduction libre).

[713] MELLO Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, préc., pp. 962-963.

[714] V. CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès,* préc., pp. 430-431, *in verbis : « Les conflits de compétence entre ordre judiciaire et administratif entraînent des lenteurs, présentent des risques de contrariété de décisions et, au-delà, peuvent même conduire à un véritable déni de justice ainsi que l'illustre la tristement célèbre affaire Bernardet. En l'espèce, il a fallu aller jusque devant le Tribunal des conflits pour décider quelle juridiction administrative ou judiciaire était compétente pour statuer sur le délai raisonnable d'une procédure menée successivement devant les deux ordres de juridictions. Le Tribunal des conflits a jugé que c'est le juge compétent au fond qui devait juger. Après plusieurs années de procédure, les héritiers de la partie, depuis défunte, ont choisi de ne pas poursuivre plus avant leur procédure. Les justiciables s'épuisent souvent avant d'épuiser les voies de recours qui leur sont offertes. La justice en pâtit grandement ».*

[715] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 163.

[716] V. *infra,* nº 273 s.

179. De plus, il est important d'ajouter que le Conseil national de justice brésilien joue un rôle important dans le contrôle des actes administratifs du Pouvoir judiciaire, y compris pour les actes d'organisation juridictionnelle, d'après ses compétences prévues à l'article 103-B, § 4º, I et II, de la Constitution de la République[717]. Le Conseil national de justice est un organe du Pouvoir judiciaire brésilien, créé par l´amendement constitutionnel nº 45 de 2004, responsable de la planification, de la coordination, du contrôle administratif et de l'amélioration du service public de la justice. Il siège dans la capitale fédérale et a juridiction sur tout le territoire national. Le Conseil intègre la structure du Pouvoir judiciaire brésilien comme un organe de contrôle administratif, financier et disciplinaire des juges. Le contrôle des actes administratifs de répartition des juges dans les différents services est alors une fonction qu'il exerce assez fréquemment, comme nous le verrons ultérieurement[718].

En tant qu'organe compétent de contrôle administratif du Pouvoir judiciaire, le Conseil national de justice n'est toutefois pas compétent pour fiscaliser, de manière légitime, les effets des actes juridictionnels, comme le signale la Cour fédérale suprême[719]. Ainsi, comme le « pronunciamento » judiciaire sur la distribution des procès

---

[717] V. l'article 103-B, § 4º, I et II, de la Constitution de la République*, in verbis : « Il appartient au Conseil de contrôler les activités administratives et financières du Pouvoir judiciaire et le respect des devoirs fonctionnels des juges, entres autres attributions prévues par le statut des juges : I – veiller à l'autonomie du Pouvoir judiciaire et au respect du Statut de la Magistrature en rédigeant des actes réglementaires, dans la limite de sa compétence, ou recommander la prise de certaines mesures (norme incluse par l'amendement constitutionnel nº 45 de 2004) ; II – veiller au respect de l'article 37 et apprécier, ex officio ou à la demande de l'intéressé, la légalité des actes administratifs pratiqués par les membres du Pouvoir judiciaire avec le pouvoir de les supprimer, les réviser ou fixer un délai afin que les mesures nécessaires à l'exacte application de la loi soient adoptées, sans porter préjudice à la compétence de la Cour fédérale des comptes (inclus par l'amendement constitutionnel nº 45 de 2004) »* (traduction libre).

[718] V. *infra,* nº 285 s. – A propos du contrôle exercé par le Conseil national de justice, la doctrine affirme, *in verbis : « Dans cette perspective, le Conseil national de justice est un soulagement. Indépendant et sans liaisons perverses, il est capable, de par ses contrôles justes et équilibrés, d'attaquer les sources de failles notoires du Pouvoir judiciaire brésilien. Loin d'être un facteur de suppression de l'indépendance des juges, il se présente comme un soutien effectif de leur indépendance, spécialement lorsque les juges et les "desembargadores" se laissent entraîner par la corruption effrénée ou se montrent déférents à des dirigeants politiques corrompus »* (traduction libre) : DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* v. 1, préc., p. 591.

[719] V. Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Agravo Regimental na Medida Cautelar em Mandado de Segurança » n° 28611/MA, Ministre rapporteur : Celso de Mello, date du Jugement : 14/10/2010, date de la publication : 1/04/2011, *in verbis :* « *(...) le Conseil national de justice, bien qu'il soit intégré dans la structure constitutionnelle du Pouvoir judiciaire comme un organe interne de contrôle administratif, financier et disciplinaire de la magistrature – exception faite de la Cour fédérale suprême et ses ministres – ADI 3.367/DF – est une institution de caractère éminemment administratif. Elle n'a pas d'attributions*

produit des effets processuels immédiats, fixant *in concreto* la compétence de l'organe juridictionnel[720], le contrôle de la décision concernant la distribution des affaires est exclu de la compétence du Conseil national de justice, comme le reconnaît le propre Conseil qui renvoie les parties sur les voies juridictionnelles disponibles pour contester les actes[721].

Ce qui nous indique alors que la nature administrative des actes d'organisation juridictionnelle n'est pas en conflit avec leur large influence sur la fonction juridictionnelle qui sera exercée par les organes juridictionnels. Même si les effets produits par l'acte d'affectation et par l'acte de distribution sont divers, ils sont intimement liés à la fonction de juger car ils visent à la concrétisation des principes majeurs du procès, comme nous l'analyserons en détail ultérieurement[722].

CONCLUSION DE LA SECTION 2

180. L'administration de la justice brésilienne requiert également la prise d'actes visant à l'organisation des juridictions. Par leur intermédiaire, le service public de la justice s'organise en interne par l'affectation des juges et la distribution des affaires. Par les actes d'organisation juridictionnelle, les magistrats ne tranchent pas des litiges et n'appliquent pas le droit au cas concret *sub judice*.

---

fonctionnelles qui lui permettent, soit en formation collégiale, soit par des décisions prises par un seul de ses Conseillers, ou même par le "corregedor national de justiça", de fiscaliser, réexaminer et suspendre les effets des actes juridictionnels provenant des juges ou des juridictions » (traduction libre). – V. dans le même sens : Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Agravo Regimental em Mandado de Segurança » n° 29744/DF, Ministre rapporteur : Gilmar Mendes, date du jugement : 29/06/2011, date de la publication : 4/10/2011. – Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Agravo Regimental em Mandado de Segurança » n° 27148/DF, Ministre rapporteur : Celso de Mello, date du jugement : 11/05/2011, date de la publication : 25/05/2011. – Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Agravo Regimental em Mandado de Segurança » n° 28174/DF, Ministre rapporteur : Ricardo Lewandowski, date du Jugement : 14/10/2010, date de la publication : 18/11/2010.

[720] V. *infra,* n º 307.

[721] Conseil national de justice, « Recurso Administrativo em Pedido de Providências » nº 0004033-72.2014.2.00.0000, Rapporteur : Carlos Augusto de Barros Levenhagem, date du jugement : 24/11/2015.

[722] V. *infra,* nº 272 s.

181. Les actes d'organisation juridictionnelle constituent alors des actes matériellement administratifs pris par le Pouvoir judiciaire qui visent à garantir la délivrance des actes juridictionnels en conformité avec les principes et normes constitutionnelles et légales. Ils ont ainsi une influence importante sur la fonction juridictionnelle postérieurement exercée et sont, par conséquent, susceptibles de contrôle par le Pouvoir judiciaire, l'unique ordre juridictionnel au Brésil compétent pour connaître toute lésion ou menace de lésion à un droit.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

182. Même si en droit judiciaire privé brésilien, la notion française de *mesure d'administration judiciaire* n'existe pas, l'administration de la justice brésilienne requiert également la prise d'actes dont la finalité est de garantir le bon déroulement de l'instance et d'organiser les juridictions.

183. A propos des actes judiciaires qui visent au bon déroulement de l'instance, la majorité de la doctrine et de la jurisprudence brésiliennes utilise les critères relatifs au contenu décisoire de l'acte et du préjudice pour distinguer les « despachos » des décisions interlocutoires. Par ce raisonnement, si un acte judiciaire va au-delà des limites d'une simple impulsion de la procédure pour provoquer des griefs à une partie, il doit être qualifié de décision interlocutoire. Dans ce contexte, les actes de gestion procédurale peuvent être qualifiés soit de « despacho », soit de décision interlocutoire, selon les effets juridiques produits. Les définitions légales des différents « pronunciamentos » judiciaires semblent alors être élaborées afin de rendre opératoire le système de recours. Par ledit raisonnement, la nature de l´acte serait déterminée, non par son essence, mais par les conséquences qui y sont rattachées. Les effets d´un acte lui sont néanmoins extérieurs et postérieurs et ne peuvent pas être le facteur déterminant de sa nature juridique.

184. De plus, quand le juge décide de prendre un « despacho », il développe inévitablement un processus mental de choix qui caractérise l´existence d´une décision, même si certaines d'entre elles ont un *contenu décisoire minimum.* La différence même entre le « despacho » et l'acte « meramente ordinatório » indique l'existence de contenu décisoire des « despachos ». Le contenu décisoire moins dense du « despacho » n´est pas pour autant capable de le dénaturer : il s'agit toujours d'une décision concernant le bon déroulement de l´instance. Le nouveau Code de procédure civile de 2015 a donc perdu l'opportunité de présenter une définition positive du « despacho » dans le but de le reconnaître comme un acte d'impulsion processuelle pris justement pour permettre le bon déroulement de l'instance.

185. La gestion de l'instance n'est toutefois pas un rôle exclusif du juge. En effet, l'adoption expresse d'un modèle de procès coopératif par le *codex* de 2015 autorise les parties à participer plus activement à la gestion processuelle par des accords processuels typiques et atypiques, afin de *« parvenir, dans un délai raisonnable, à la solution équitable et effective de la demande »* (article 6º). En outre, la gestion du contentieux et la lutte contre la dispersion excessive de la jurisprudence ont motivé la création de nouvelles techniques de gestion du contentieux, comme le cas de l'« incidente de resolução de demandas repetitivas » et de l'« incidente de assunção de competência ».

186. En ce qui concerne les actes d'organisation juridictionnelle, il est important d'indiquer qu'il s'agit d'actes matériellement administratifs pris par des juges en observance des normes établies par la Constitution de la République et par la législation infraconstitutionnelle, afin de garantir le respect des principes d'impartialité, d'égalité des juges, du juge naturel, d'efficience et du délai raisonnable du procès. Par conséquent, toute violation des normes concernant les actes d'organisation juridictionnelle est susceptible d'être soumise au contrôle du Pouvoir judiciaire, l'unique ordre juridictionnel au Brésil qui reste donc compétent pour juger toute action en justice, peu important la nature juridique du droit en question.

187. Le Conseil national de justice est également compétent pour exercer le contrôle administratif de l'acte d'affectation des juges, selon sa prérogative constitutionnelle. Cependant, comme le « pronunciamento » judiciaire sur la distribution des procès produit des effets processuels immédiats, fixant *in concreto* la compétence de l'organe juridictionnel, le contrôle de la décision concernant la distribution est exclu de sa compétence[723]. Pourtant, même si les effets de ces deux actes d'organisation juridictionnelle varient en intensité, il n'est pas possible de nier leur étroite relation et nette influence sur la fonction juridictionnelle exercée par les juridictions. Ils touchent, directement ou indirectement, les procédures en cours et les deux sont intimement liés à l'acte de juger.

[723] Conseil national de justice, « Recurso Administrativo em Pedido de Providências » nº 0004033-72.2014.2.00.0000, Rapporteur : Carlos Augusto de Barros Levenhagem, 3ª seção, Date du jugement : 24/11/2015.

CONCLUSION DU TITRE 2

188. L'analyse des actes d'administration judiciaire sous la perspective du droit judiciaire privé français et du droit judiciaire privé brésilien présente non seulement des similitudes entre les deux systèmes, mais également d'importantes divergences qui sont intéressantes à analyser en profondeur.

189. Tout d'abord, l'étude comparative met en évidence la difficulté des deux systèmes à présenter des définitions positives des actes judiciaires – les « pronunciamentos » du juge en droit brésilien. La qualification est faite plusieurs fois en raison des effets juridiques produits dans l'espèce, et non pas selon l'essence et la finalité de l'acte judiciaire pris. En France, la haute juridiction judiciaire affirme que les actes judiciaires qui causent des griefs aux parties ne sont pas des actes judiciaires d'administration[724]. De façon similaire, la jurisprudence et la majorité de la doctrine brésiliennes énoncent que les « despachos », « pronunciamentos » judiciaires qui ont pour seul but le déroulement de l'instance, n'ont pas de contenu décisoire et ne causent donc pas de griefs aux parties, d'où l'impossibilité de recours pour les attaquer (article 1.001 CPC). Ainsi, si un acte judiciaire dépasse les limites d'une simple impulsion de la procédure pour provoquer des griefs à une partie, il doit être qualifié, selon cette théorie, de décision interlocutoire. En conséquence, les actes judiciaires de gestion procédurale peuvent être qualifiés, en droit judiciaire privé brésilien, soit de « despacho », soit de décision interlocutoire, selon les effets juridiques rattachés.

190. Si ces raisonnements poursuivent un but légitime et permettent une éventuelle contestation judiciaire des actes qui causent des préjudices, ils peuvent être contestés dans la mesure où ils défendent la modification de la nature juridique d´un acte en raison de ses effets et non en raison de son essence ou finalité. Néanmoins, les effets d´un acte lui sont extérieurs et postérieurs et ne peuvent pas être le facteur déterminant de sa nature

[724] Cass. soc., 24 mai 1995 : *RTD civ.* 1995, obs. R. Perrot, p. 958 ; *Bull. civ.* V, nº 168, p. 122.

juridique. Il est possible alors d'affirmer l'existence d'un vice de raisonnement similaire dans les deux ordres juridiques[725].

191. L'analyse comparative a également révélé que la gestion procédurale des deux systèmes juridiques a souffert différemment des effets de l'incidence du principe de coopération. Le renforcement progressif du rôle du juge dans la conduite de l'instance en France a remodelé sa mission procédurale afin de garantir le bon déroulement de l'instance et le délai raisonnable des procédures. En droit judiciaire privé français, il a fallu établir des limites aux conventions processuelles, surtout par rapport à celles que concluent les seules parties entre elles. En effet, si les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent (article 2 CPC), le juge doit veiller à son bon déroulement, conformément à l'article 3 du Code de procédure civile français. Par conséquent, si l'accord des parties sur l'instance porte atteinte aux prérogatives du juge, l'accord supplémentaire du juge sera nécessaire.

192. L'incidence du principe de coopération en droit judiciaire privé brésilien, expressément prévu dans le Code de procédure civile de 2015, quant à lui, a provoqué le renforcement du rôle des parties dans la conduite de l'instance. Le Code de procédure civile brésilien de 2015, sous l'influence du droit portugais et du droit français, a alors accueilli la possibilité de gestion de la procédure par le juge et par les parties. C'est la contractualisation de l'instance qui est à lœuvre et les actes processuels conventionnels constituent ainsi, comme en France, une technique complémentaire de gestion procédurale. En outre, la gestion du contentieux et la lutte contre la dispersion excessive de la jurisprudence et l'encombrement des juridictions ont également motivé la création par la nouvelle loi procédurale brésilienne de nouvelles techniques de gestion du contentieux, comme, par exemple, la prévision de l'« incidente de resolução de demandas repetitivas » et de l'« incidente de assunção de competência ». La dimension continentale du Brésil, le fait que le pays compte plus de 206 millions d'habitants[726] et l'important

[725] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., pp. 2247-2249.

[726] Selon les estimations relatives au 1e juillet 2016 faites par l' « Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas » disponibles sur

nombre de procès[727] peuvent justifier la prévision d'instruments additionnels pour la gestion des contentieux[728].

193. C'est néanmoins dans le domaine de l'organisation juridictionnelle que les deux systèmes divergent le plus. En effet, si les décisions concernant l'affectation des juges et la distribution des affaires en droit judiciaire privé brésilien peuvent, comme en France, être insérées dans les attributions d'ordre administratif incombant au juge afin d'assurer le service public de la justice dont il a la charge, le régime juridique français s'oppose entièrement à celui qui est applicable au Brésil dans ce domaine.

Si, en France, les actes d'organisation juridictionnelle sont qualifiés d'actes judiciaires d'administration non susceptibles de recours ou de contrôle par les juridictions françaises, au Brésil, au contraire, les mêmes actes judiciaires sont soumis à une ample réglementation qui visent à contribuer à l'objectivité, à la transparence et à permettre un large contrôle sur les actes d'affectation des juges et de distribution des affaires. Par conséquent, nous pouvons arriver au constat fait par M. Jeuland, selon lequel « *Il est curieux de constater qu'une même question fait objet d'une disposition constitutionnelle dans certains pays (...), alors qu'elle relève de mesures d'administration judiciaire insusceptible de recours en France* »[729]. L'analyse plus approfondie de la matière peut alors indiquer les raisons de ces différences et la nécessité de modification du système d'organisation juridictionnelle.

---

ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2016/estimativa_dou_2016_20160913.pdf, consulté le 22 novembre 2016. – Selon les données de l'Institut national de la statistique et des études économiques, la population française au 13 octobre 2016 est estimé à plus de 66 millions d'habitants : informations disponibles sur http://www.bdm.insee.fr/bdm2/affichageSeries?idbank=001641586, consulté le 22 novembre 2016.

[727] Selon le Conseil national de justice brésilien, à la fin de 2015, le Pouvoir judiciaire comptait presque 74 millions de procès en cours : V. CNJ, *Relatório Justiça em números 2016 : ano-base 2015*, Brasília, 2016, p. 42, disponible sur http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf, consulté le 22 novembre 2016.

[728] Moyens qui ne sont pas trouvés dans l'ordre juridique français mais qui ont été inclus dans l'étude de la présente recherche pour constituer des instruments de gestion du contentieux.

[729] JEULAND Emmanuel, *Droit processuel général,* préc., pp. 147-148.

CONCLUSION DE LA PRÉMIÈRE PARTIE

194. L'activité principale des juridictions consiste à rendre des jugements, par lesquels le droit est appliqué au cas *sub judice,* pour promouvoir la paix sociale et pour éliminer l'incertitude juridique. Pourtant, l'accomplissement de cette activité primordiale exige la prise d'un grand nombre d'actes d'administration judiciaire par lesquels les juridictions assurent le bon fonctionnement de leur service et le bon déroulement des instances en cours. Les actes d´administration judiciaire règlent ainsi une partie importante de l´activité judiciaire et sont intimement liés à la fonction de juger car ils peuvent exercer une influence sur l´issue du procès.

195. Au Brésil, même s'il n'existe pas de concept de l'acte d'administration judiciaire comme en France, le prononcé des jugements est nécessairement précédé de la prise de différents actes de gestion procédurale et d'organisation juridictionnelle. L'étude de cette partie de l'activité des juridictions a néanmoins révélé des similitudes de traitement en ce qui concerne les actes de gestion procédurale, mais également d'importantes divergences, surtout dans l'organisation juridictionnelle. Ces convergences et dissonances ont suscité l'intérêt de développer cette étude pour comprendre les points convergents et divergents, l'identification des motifs du traitement similaire et différent et la vérification de la conformité des règles actuelles aux principes majeurs qui gouvernent le procès et la justice.

196. L'hésitation sur la qualification des actes judiciaires, non seulement en France mais également au Brésil, et l'opposition traditionnellement faite entre le jugement et l'acte judiciaire d'administration ont exigé l'analyse préalable des actes juridictionnels en droits judiciaires privés français et brésilien. Nous avons alors identifié que, au sein des deux systèmes, l'utilisation conjointe de différents critères a été proposée pour identifier des actes juridictionnels. Cependant, si des critères *matériel* et *formel* ont été pris en compte pour la construction du concept de jugement, les solutions retenues dans chaque ordre juridique sont différentes.

En France, il n'y a pas de définition légale de l'acte juridictionnel et il a incombé à la doctrine d'en élaborer le concept. De ce fait, une partie de la doctrine française propose l'utilisation conjointe des critères matériels – concernant la fonction de dire le droit – et formel – relatif au respect des principes et règles procédurales – pour l'identification de l'acte juridictionnel, ce qui permet ensuite d'appliquer le régime juridique qui y est attaché. La jurisprudence française se limite pourtant à présenter une définition négative des actes d'administration judiciaire et affirme qu'une décision susceptible d'affecter les droits et les obligations d'une partie ne constitue pas un acte judiciaire administratif[730].

Au Brésil, le contenu du « pronunciamento » du seul juge n'est pas suffisant pour déterminer la notion de « sentença » et pour la distinguer du concept de décision interlocutoire. Par conséquent, une même décision peut être qualifiée de « sentença » ou de « decisão interlocutória », selon son effet processuel. Ainsi, le *meritum causæ* n'est pas nécessairement tranché par une « sentença », mais par une décision : décision finale (« sentença ») ou décision interlocutoire au fond (« decisão interlocutória de mérito »). De plus, selon l'article 203 du Code de procédure civile de 2015, le « despacho » n'est pas une décision. En ce sens, si un acte judiciaire dépasse les limites d'une simple impulsion de la procédure pour provoquer des griefs à une partie, il doit être qualifié de décision interlocutoire. Dans ce contexte, les actes de gestion procédurale peuvent être qualifiés soit de « despacho », soit de décision interlocutoire, selon les effets juridiques produits.

L'analyse comparative a démontré que, dans les deux systèmes, la différenciation des actes judiciaires est faite en raison des effets juridiques rattachés. Il est alors possible d'affirmer l'existence d'un vice de raisonnement dans les deux cas, dans la mesure où la modification de la nature juridique d'un acte est permise selon les circonstances de l'espèce. L'étude des notions de jugement et d'acte d'administration judiciaire en droits judiciaires privés français et brésilien démontre alors la difficulté de construction des concepts juridiques. Les problèmes doivent néanmoins être examinés et débattus par un

[730] Cass. soc., 24 mai 1995 : *Bull. civ.* V, nº 168, p. 122 ; *RTD civ.* 1995, obs. R. Perrot, p. 958.

travail constant de réflexion et de critique dans une quête continue d'amélioration et de compréhension du droit en tant que science.

197. En outre, l'étude de la matière sous la perspective du droit français a mis en évidence les différentes fonctions exercées par le juge car la doctrine française reconnaît la nature administrative des actes d'administration judiciaire. En effet, si la nature administrative des décisions concernant l'affectation des juges et la distribution des affaires est reconnue au Brésil, les actes de gestion procédurale ne sont pas, en revanche, analysés sous cette perspective. L'étude de la doctrine française contribue alors à la compréhension du thème car elle affirme que le juge judiciaire exerce une fonction administrative lorsqu'il organise sa juridiction et lorsqu'il gère l'instance.

198. C'est pourtant dans le domaine de l'organisation juridictionnelle que les différences sont beaucoup plus profondes. En droit judiciaire privé français, les décisions concernant l'affectation des juges et la distribution des affaires sont des actes d'administration judiciaire insusceptibles de tout contrôle, soit devant les juridictions judiciaires, soit devant les juridictions administratives. Au Brésil, les mêmes actes d'organisation juridictionnelle sont réglementés par un ensemble de normes qui visent à contribuer à l'objectivité, à la transparence et à la prévisibilité dans le domaine. De plus, ces actes sont susceptibles de contrôle devant le Pouvoir judiciaire brésilien afin de garantir l'observance des critères objectifs établis par le droit positif.

199. Il faut néanmoins se demander si ces normes actuellement en vigueur au Brésil garantissent dans la pratique, plus qu'en France, le respect des principes d'indépendance et d'impartialité des juges, d'égalité des justiciables devant la justice et du juge naturel. L'analyse détaillée des normes en vigueur dans les deux systèmes et la vérification de leur conformité ou non avec les principes majeurs qui gouvernent le procès et la justice constitueront l'objet de la seconde partie de ce travail qui prétend, à partir de cette étude comparative, comprendre les possibles raisons de ces différences et identifier ce que chaque système peut apprendre de l'autre, dans un but de développement continu.

SECONDE PARTIE

LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU PROCES ET LE REGIME JURIDIQUE APPROPRIE AUX ACTES D'ADMINISTRATION JUDICIAIRE

200. L'organisation juridictionnelle française se fonde sur une combinaison de rigidité hiérarchique et de souplesse fonctionnelle car le droit positif français accorde un large pouvoir au chef de juridiction qui, par l'ordonnance de roulement, affecte les juges dans les divers services de la juridiction et détermine les critères de distribution des affaires. L'organisation du travail faite par le chef de juridiction aspire à ce que chaque juge soit le mieux placé à l'intérieur de la juridiction, selon ses aptitudes et sa spécialisation, et a pour finalité l'efficience du système. De même, la distribution des affaires devant les juridictions judiciaires françaises vise à la distribution égalitaire du travail entre les juges. Les affaires doivent également être attribuées selon les capacités des juges et leurs spécificités.

201. L'actuel système français d'organisation juridictionnelle subit pourtant des critiques car il contient des risques d'arbitraire. La libre affectation des juges, sans qu'aucune voie de contrôle ne soit établie, provoque des questionnements sur le respect des principes d'indépendance du juge. De plus, l'absence de transparence et de dialogue à l'intérieur des juridictions sont des problèmes identifiés par le groupe de travail présidé par Didier Marshall[731]. Le manque de critères uniformes de distribution des affaires, mais surtout la possibilité pour le chef de juridiction de présider toute formation de jugement de son tribunal[732], de déterminer la redistribution d'une affaire[733] et le choix du juge par les parties dans des cas marginaux démontrent l'existence de vulnérabilités au sein du système français. L'organisation juridictionnelle des juridictions judiciaires françaises apparaît ainsi insuffisant pour garantir, objectivement et concrètement, le respect des principes fondamentaux de l'indépendance et de l'impartialité du juge, d'égalité des justiciables devant la justice, du droit au procès équitable et du juge naturel et indique donc une nécessité de modification – même progressive – du droit positif français.

[731] MARSHALL Didier (dir.), *Les juridictions du XXI^e siècle : Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, Rapport remis à Mme. la garde des Sceaux, ministre de la Justice, le 16 décembre 2013, disponible sur http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_Marshall_2013.pdf, consulté le 2 février 2015, p. 120.
[732] Conformément à l'article R. 121-2 du Code de l'organisation judiciaire français.
[733] Selon l'article R. 212-6 du Code de l'organisation judiciaire français.

202. Ce système diffère du système brésilien où les principes d'autonomie des cours d'appel, d'indépendance des juges, du juge naturel et la peur des abus éventuels ont abouti à la construction d'un système d'organisation juridictionnelle assez réglementé. Des principes et des règles objectives d´organisation juridictionnelle sont alors établis dans la Constitution de la République et par des normes infraconstitutionnelles et rend le *processus* décisionnel plus transparent et égalitaire. Il y a donc des normes objectives, transparentes et préétablies qui déterminent l'affectation des juges dans les différents services des juridictions et réglementent la distribution des affaires. Le législateur prévoit aussi des voies de contrôle exercées devant les organes juridictionnels ainsi que devant le Conseil national de justice.

Toutefois, l'établissement de normes précises sur la matière n´a pas empêché la survenance du contentieux et suscite dès lors un questionnement à propos de l'effectivité et de l'adéquation du système rigide d'organisation juridictionnelle adopté au Brésil. Il nous faut alors vérifier si cet ensemble de règles ne cause pas une perte d'efficience dans le cadre de la prestation de la fonction juridictionnelle, dans la mesure où le bon juge ne sera nécessairement pas placé au bon endroit.

203. Par conséquent, si l'efficience et la souplesse sont les buts du système d'organisation juridictionnelle français, la prévisibilité et le contrôle constituent les finalités poursuivies par les normes brésiliennes. L'étude comparative des deux ordres juridiques peut indiquer les mérites de chaque ordre et leurs respectives faiblesses et permet ainsi de proposer les modifications souhaitables en vue de garantir le respect des principes majeurs qui gouvernent le procès et la justice.

204. Il nous faut également étudier de plus près les actes de gestion procédurale. En effet, comme il a été précédemment analysé, la frontière entre les fonctions juridictionnelles et administratives s'avère quelquefois perméable, surtout en raison de la définition *a contrario* des actes d'administration judiciaire établie par la Cour de cassation française[734]. Néanmoins, l'exacte qualification juridique de l'acte est

[734] Cass. soc., 24 mai 1995 : *Bull. civ.* V, nº 168, p. 122 ; *RTD civ.* 1995, obs. R. Perrot, p. 958.

indispensable à l'incidence du régime juridique approprié et exige donc d'analyser les critères proposés afin d'identifier correctement les actes de gestion procédurale en droit judiciaire privé français. De plus, la constatation d'effets préjudiciables, que certains actes judiciaires d'administration peuvent provoquer, suscite des questionnements sur les voies de contrôle qui peuvent être établies dans le domaine. Il faut alors se demander si l'imposition de motivation obligatoire des actes administratifs judiciaires est en mesure de garantir la légitimité du *processus* décisionnel et s'il est nécessaire d'ouvrir des voies de recours pour contester ces actes lorsqu'ils portent préjudice aux parties.

205. Au Brésil, nous constatons des difficultés pour qualifier les différents « pronunciamentos » judiciaires, surtout en raison des concepts légaux de « decisão interlocutória », de « despacho » et de l'exclusion du caractère décisionnel de celui-ci. La qualification des actes judiciaires doit cependant être faite selon le contenu de l'acte pris car l'acte de gestion procédurale doit être identifié par son contenu d'impulsion de l'instance par le juge avec l'abandon du critère attaché aux griefs. Même si les « despachos » n´ont pas la même densité décisoire que les jugements ou les décisions interlocutoires, ce sont des décisions *lato sensu* concernant le déroulement de la procédure et qui peuvent affecter – et affectent plusieurs fois – les droits substantiels et procéduraux des parties. Il est alors nécessaire d'identifier les différents outils processuels disponibles actuellement pour contester les « despachos » préjudiciables. L'utilisation du recours d'« agravo » *contra legem,* de la « correição parcial », du « mandado de segurança », de la « representação por excesso de prazo » et des pétitions et dénonciations devant la Commission et la Cour Interaméricaine des droits de l´Homme sera alors analysée.

L'étude comparative des plus importantes règles d'organisation juridictionnelle (titre 1) et de gestion procédurale (titre 2) en droit judiciaire privé français et brésilien permettra l'identification d'éventuels problèmes et la proposition de modifications souhaitables afin d'assurer le respect des principes fondamentaux de la procédure et de la justice.

TITRE 1

L'INCIDENCE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU PROCES ET LA REFORME NECESSAIRE DES REGLES D'ORGANISATION JURIDICTIONNELLE

206. Le Code français de l'organisation judiciaire confère un ample pouvoir au chef de juridiction qui, par l'ordonnance de roulement, affecte les juges dans les divers services juridictionnels et détermine les critères de distribution des procès (chapitre 1). Le droit brésilien, quant à lui, aspire à régler objectivement la matière et prévoie un ensemble de règles objectives, transparentes et prédéterminées d'affectation des juges dans les différents services de la juridiction et d'attribution des affaires (chapitre 2). L'étude comparative de ces deux systèmes est donc souhaitable pour réaliser une analyse critique des principales normes d'organisation juridictionnelle et vérifier leur conformité aux principes fondamentaux du procès et à la proposition des modifications souhaitables.

CHAPITRE 1

LES REGLES FRANÇAISES DE FIXATION DU SERVICE DES JUGES ET D'ATTRIBUTION DES AFFAIRES A L'EPREUVE DES RISQUES D'ARBITRAIRE

207. L'organisation juridictionnelle française se fonde sur une combinaison de rigidité hiérarchique et de souplesse fonctionnelle et le droit positif français accorde un pouvoir élargi au chef de juridiction pour déterminer la fixation du service des juges et la distribution des affaires (section 1). Si les normes actuelles visent à obtenir l'efficience du système, elles sont susceptibles de critiques et les risques d'arbitraire indiquent la nécessité de réformer les règles actuellement en vigueur (section 2).

Section 1 : Les règles françaises actuelles d'organisation juridictionnelle et le rôle majeur du chef de juridiction

208. En France, le chef de juridiction joue un rôle majeur dans l'organisation du travail des juges. Il affecte, par l'ordonnance de roulement, les magistrats dans les divers services de la juridiction (§ 1) et détermine les critères de distribution des affaires (§ 2).

§ 1 : La fixation du service des juges

209. En France, il appartient aux chefs de juridiction de fixer les juges dans les différents services. Le système d'affectation établi originairement présentait toutefois des risques d'arbitraire (A), qui conduisaient à la modification des règles pertinentes (B).

A. – Le système original d'affectation des juges : le rôle majeur des chefs des juridictions et les risques d'arbitraire

210. La rédaction originale du Code français de l'organisation judiciaire permettait au chef de juridiction de décider librement de l'affectation des juges dans les différents services de la juridiction (I). La souplesse et le manque de contrôle sur l'organisation du travail dans les juridictions présentaient toutefois des risques d'arbitraire (II).

I – L'ordonnance de roulement pris librement par les chefs de juridiction : les règles d'affectation des juges originairement adoptées devant les juridictions judiciaires françaises

211. L'ancienne pratique du roulement impliquait que les magistrats devaient passer d'une formation à l'autre de la juridiction chaque année pour éviter une certaine routine jurisprudentielle ou un ascendant trop net pris par un magistrat par rapport à ses collègues – ce qui est un obstacle au fonctionnement de la collégialité – et, en outre, pour assurer aux juges une pratique polyvalente[735]. Le roulement se justifierait de plus pour éviter qu'une même affaire puisse être jugée plusieurs fois par le même juge et que le même juge connaisse des litiges mettant en cause les mêmes parties de façon systématique[736].

212. Les règles actuelles ne sont toutefois qu'en apparence les héritières du système de roulement pratiqué antérieurement. En effet, actuellement, il n'existe aucune obligation de faire *tourner* un magistrat au bout d'un certain temps limite de présence au sein d'une même chambre de la cour, ni l'obligation d'avoir, d'une année sur l'autre, dans une chambre, un conseiller qui en assure la continuité. Il peut même arriver qu'un magistrat reste plusieurs années de suite dans une même formation de jugement, ce qui est très opportun dans les formations chargées de dossiers d'une grande technicité qui exigent, pour la qualité de la jurisprudence, une expérience approfondie en la matière[737].

---

[735] Traitant de l'ancienne pratique du roulement dans les Cours d'appel, Emmanuel Putman et Annabel Quin expliquent, *in verbis : « La réglementation du roulement a été plusieurs fois modifiée : initialement régie par le décret du 30 mars 1808, puis l'ordonnance du 11 octobre 1820 (roulement décidé par une commission de magistrats du siège de la cour), la fixation du mode de roulement atteignit un sommet de complexité avec le décret du 16 août 1859 (DP 1859.4.75 : fixation par le premier président et le procureur général, avec avis de l'assemblée générale et approbation du garde des Sceaux) puis un maximum de centralisation avec la loi du 14 août 1943 (DA 1943.132 : fixation par le premier président après avis du procureur général mais pas l'assemblée). Celle-ci en était arrivée à un principe de roulement annuel assorti d'un tempérament (obligation que chaque membre comprenne toujours au moins un magistrat ayant déjà fait le service) »* : PUTMAN Emmanuel et QUIN Annabel, *V°* Cour d'appel, in *Répertoire de procédure civile,* Dalloz, novembre 2001, n° 107.

[736] FRICERO Natalie, « Les garanties d'une bonne justice», in *Droit et pratique de la procédure civile*, GUINCHARD Serge (dir.), Dalloz Action 2009-2010, *apud* : FRICERO Natalie, *V°* Tribunaux de grande instance, in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, septembre 2009, n° 46.

[737] CHAMBON P., « La science du droit et les magistrats », *JCP* 1955. I. 1234. – Il y a pourtant une limite de durée en ce qui concerne les postes de la hiérarchie – comme, par exemple, pour les fonctions de président des juridictions ou procureur de la République – et pour certaines fonctions spécialisées : V. l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. –

Selon les règles établies dans la rédaction originaire du Code de l'organisation judiciaire, chaque année, au début de l'année judiciaire, le premier président de la Cour de cassation, le premier président de la cour d'appel, le président du tribunal de grande instance et le magistrat chargé de la direction et de l'administration du tribunal d'instance fixaient, par ordonnance, pour l'année judiciaire, la répartition des juges dans les différents services de la juridiction[738]. Même si le Code de l'organisation judiciaire prévoyait la nécessité d'un avis de l'assemblée générale des magistrats du siège sur la fixation des services[739], le chef de juridiction n'était pas tenu de le suivre, dans la mesure où un *avis conforme* de l'assemblée n'était pas exigé[740]. Ainsi, en pratique, le chef de juridiction – ou son délégué – restait seul compétent pour fixer le service des juges.

Même actuellement, l'ordonnance de roulement du chef de juridiction peut être modifiée en cours d'année en raison d'un changement dans la composition de la

---

BETOULLE Jérôme, *V° Magistrat,* in *Répertoire de procédure civile,* Dalloz, septembre 2011, n° 225, 229, 237 et 248, *in verbis : « Dès leur création en 1967, l'exercice de ces fonctions (de conseiller référendaire) a été limité à dix ans, afin que les juridictions du fond puissent bénéficier, par le retour obligatoire en leur sein des conseillers référendaires, des compétences que ces derniers acquièrent en élaborant les arrêts de la plus Haute Juridiction de l'ordre judiciaire. (...) Le dispositif n'a pas changé depuis et est détaillé à l'article 28-1 de l'ordonnance de 1958. Pour résumer, le conseiller référendaire, à l'issue de la période de dix ans, a la garantie d'être nommé, à niveau hiérarchique égal, dans un des six postes qu'il a choisis sans que l'on puisse lui opposer un défaut de vacance, les nominations étant prononcées, le cas échéant, en surnombre de l'effectif budgétaire du grade auquel appartiennent les conseillers référendaires et, s'il y a lieu, en surnombre de l'effectif organique de la juridiction. Il a été décidé, en 2001, de limiter à sept années la durée d'exercice des fonctions de premier président de cour d'appel, de procureur général près une cour d'appel, de président et de procureur de la République d'un tribunal de grande instance ou de première instance. (...) Dans le même but d'une garantie accrue d'impartialité, les fonctions de juge d'instruction, de juge des enfants et de juge de l'application des peines d'un tribunal de grande instance ou de première instance et celles de juge d'un tribunal de grande instance chargé du service d'un tribunal d'instance ne peuvent être exercées plus de dix ans ».*

[738] Conformément à l'article L.121-3 du Code de l'organisation judiciaire français.

[739] V. les articles R.123-15, R. 212-6, R. 212-21, R. 213-9-1, R. 251-3, R. 312-5, R. 312-13-2, R. 552-19 et R. 562-28 du Code de l'organisation judiciaire français. – Il faut remarquer que l'ordonnance de roulement prise par le magistrat chargé de la direction et de l'administration du tribunal d'instance doit être précédée d'un avis du président du tribunal de grande instance et du procureur de la République près ce tribunal, conformément à l'article R. 222-3 du Code de l'organisation judiciaire français.

[740] PUTMAN Emmanuel et QUIN Annabel, *V°* Cour d'appel, in *Répertoire de procédure civile,* préc., n° 106. – DALLE Hubert, « Administration de la justice et acte juridictionnel », *in* GABORIAU Simone et PAULIAT Hélène, *L'éthique des gens de justice – Actes du colloque des 19-20 octobre 2000*, PULIM, 2001, p. 99. – Emmanuel Jeuland affirme, de plus, *in verbis : « Par ailleurs, l'ordonnance de roulement est peu discutée au sein de la juridiction et l'assemblée générale annuelle n'est pas réellement un lieu démocratique »* : V. JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », *Revue française d'administration publique* 2008/1, nº 125, p. 42.

juridiction ou pour prévoir un service allégé pendant la période au cours de laquelle les magistrats, les fonctionnaires et les auxiliaires de justice bénéficient de leurs congés annuels[741]. En pratique, il peut également y avoir des changements inopinés en raison d'une maladie ou d'un empêchement légitime, lorsqu'un juge en remplace un autre[742]. L'ordonnance précise, en outre, le nombre, le jour et la nature des audiences[743]. Si l'ordonnance de roulement est parfois connue des auxiliaires de la justice, la plupart du temps, elle est communiquée sans les noms des magistrats afin que les avocats ne puissent pas choisir le juge en attendant la bonne date[744].

Il résulte de ces normes que le chef de juridiction, ou son délégué, disposait d'un très large pouvoir d'appréciation pour affecter librement les juges dans les différents services. Il s'opérait ainsi une sorte de *fongibilité* dans la répartition des juges dans les services ; un magistrat pouvant même être affecté à plusieurs formations ou être obligé de

[741] V. les articles R.121-1, R. 212-4, R. 212-59, R. 312-2, R. 312-69, R. 434-1, R. 532-10, R. 552-19 et R. 562-28 du Code de l'organisation judiciaire français.

[742] Dans ces circonstances exceptionnelles, l'affaire ne sera pas jugée par le juge auquel l'affaire a été initialement attribuée. Si cela pose des problèmes au regard aux critères établis par l'ordonnance de roulement, il faut tenir compte qu'il y a des considérations pragmatiques qui nécessitent qu'on introduise de la souplesse dans les règles d'attribution des affaires. Nous constatons même l'existence des *juges de bibliothèque* – dénomination créée car ils n'ont pas de cabinets – qui remplacent des juges malades ou absents pour une autre raison au pied levé. Un tableau mensuel indique les noms de ces juges : JEULAND Emmanuel, *Droit processuel général,* préc., p. 150.

[743] V. les articles R. 212-6, R. 212-21, R. 222-3, R. 232-3, R. 312-5, R.532-10, R. 552-19 et R. 562-28 du Code de l'organisation judiciaire français.

[744] MARSHAL Didier, GUYOMAR Mattias, CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, « Case assignment in French courts », *in* LANGBROK Philip M. and FABRI Marco, *The right judge for each case, a study of case assignment and impartiality in six European judiciaries,* Intersentia, Metro, Anvers, Oxford, 2007, p. 196. – JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., p. 39. Pourtant, comme le reconnaît l'auteur, la police est souvent informée de l'ordonnance de roulement concernant les juges d'instruction et est en mesure de choisir son juge en retardant une opération policière (p. 39). De plus, *« l'orientation procédurale amène le parquet à choisir potentiellement son juge puisque le tableau de roulement lui est communiqué »* (p. 41). – Le choix du juge par les parties est également possible devant certaines juridictions où la procédure est orale – tribunal de commerce, juridiction des référés, etc. : V. *infra,* n° 226 s. – En analysant la communicabilité des tableaux mensuels des assesseurs des chambres correctionnelles d'un tribunal de grande instance, la section contentieuse du Conseil d'Etat a établi, *in verbis : « Considérant que les documents, quelle que soit leur nature, qui sont détenus par les juridictions et qui se rattachent à la fonction de juger dont elles sont investies, n'ont pas le caractère de document administratif pour l'application de la loi du 17 juillet 1978 ; Considérant que les tableaux mensuels des assesseurs des quatre chambres correctionnelles du tribunal de grande instance de Lyon pour la période de septembre à décembre 1999, dont M. A a demandé la communication, déterminent la composition de la juridiction pendant cette période ; qu'ils se rattachent ainsi à la fonction de juger dont le tribunal est investi ; qu'en conséquence, ils n'ont pas le caractère de document administratif et n'entrent pas dans le champ d'application de la loi du 17 juillet 1978 »* : CE, Section du Contentieux, 7 mai 2010, n° 303168, publié au recueil Lebon.

changer d'affectation[745].

Nous constatons alors que le système original de fixation du service des juges dans les juridictions judiciaires françaises était orienté par la souplesse des mécanismes d'affectation car elle était faite par ordonnance du chef de juridiction, modifiable en cours d'année selon la nécessité du service. Ce système avait, en outre, pour fondement la hiérarchie car le chef de juridiction décidait librement sur la composition des formations des jugements et l'affectation des juges dans les différentes fonctions.

La souplesse du système organisationnel initial et le rôle majeur attribué au chef de juridiction par le droit positif français voulait permettre que le système puisse répondre efficacement aux problèmes posés par l'organisation juridictionnelle : les flux de stocks, la prolifération de certaines demandes spécifiques, la technicité de certaines affaires pouvaient alors être résolus par l'affectation de certains juges dans des domaines problématiques, selon leur aptitude, leur spécialisation et leurs caractéristiques personnelles. La souplesse et la hiérarchie existaient donc pour permettre que la juridiction exerce ses fonctions d'une manière efficace. Pourtant, une telle organisation était porteuse de risques d'arbitraire.

II - L'organisation du travail des juridictions judiciaires françaises et les risques d'arbitraire

213. La souplesse du système d'organisation juridictionnelle et les pouvoirs accordés au chef de juridiction voulaient permettre que la juridiction réponde rapidement aux différents problèmes de flux d'affaires, de spécialisation et de technicité des litiges. Un tel système présentait toutefois des risques d'arbitraire.

Si l'organisation du travail faite par le chef de juridiction aspirait à ce que chaque juge soit le mieux placé à l'intérieur de la juridiction, selon ses aptitudes et sa

[745] Cass. 1re civ., 3 juillet 1962, *D.* 1963, somm. 4. – Cass. 2e civ., 2 décembre 1966, *D.* 1967, somm. 48.

spécialisation, elle pouvait également être utilisée comme une arme dans les mains d'une seule personne. Comme l'a souligné Hubert Dalle, les affectations des juges pouvaient traduire des mécanismes de promotion ou de rétrogradation symbolique car certains services ou chambres sont plus nobles que d'autres. De plus, il est possible d'imaginer la situation dans laquelle un juge pourrait être déplacé à l'intérieur de la juridiction en raison de sa jurisprudence[746].

214. Les membres des juridictions ne disposaient néanmoins d'aucun recours contre les affectations prises par le chef de juridiction qui pouvait cependant porter atteinte à leur indépendance. Même si l'article 11 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 garantit la protection des magistrats contre les menaces et attaques de quelque nature que ce soit, dont ils peuvent être l'objet dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions[747], le système judiciaire français ne prévoyait aucune voie de recours contre ces décisions.

En effet, l'article R. 121-1 du Code de l'organisation judiciaire établit expressément que la fixation du service des juges dans le système judiciaire français constitue un simple acte d'administration judiciaire. Il n'est donc pas susceptible de recours devant les juridictions judiciaires, conformément à l'interprétation de l'article 537 du Code de procédure civile retenue par la Cour de cassation. De plus, le Conseil d'Etat considère que les actes par le biais desquels les chefs de juridiction répartissent les juges dans les différents services se rattachent au fonctionnement du service public judiciaire – et non à son organisation[748] – et déclinent alors sa compétence pour exercer tout contrôle sur ces actes[749]. L'administration judiciaire ne protégeait donc pas le juge

[746] DALLE Hubert, « Administration de la justice et acte juridictionnel », préc., pp. 98-99.
[747] En Italie, au contraire, le Conseil supérieur de la magistrature peut être saisi par un juge qui estime que son changement de service aurait porté atteinte à son indépendance : DALLE Hubert, « Administration de la justice et acte juridictionnel », préc., p. 99.
[748] Sur la distinction établie par le Tribunal des conflits entre l'organisation et le fonctionnement du service public de la justice : V. *supra,* nº 128 s.
[749] V. CE, 23 juillet 2010, *Syndicat de la magistrature et autre,* n° 328463 : JurisData n° 2010-012226 ; Rec. CE 2010, *in verbis : « Considérant, d'une part, que les ordonnances par lesquelles, chaque année, le premier président d'une cour d'appel répartit, en application de l'article L. 121-3 du Code de l'organisation judiciaire, les juges dans les chambres et les différents services de la juridiction se rattachent au fonctionnement du service public de la justice, duquel il n'appartient pas au juge*

dans l'exercice de son pouvoir juridictionnel et se présentait comme une *« boîte noire et secrète ».* En l'absence de garanties concrètes, seule l'éthique du chef de juridiction lui interdisait d'utiliser l'ordonnance de roulement comme une arme contre un juge[750].

215. L'absence de transparence et de dialogue des juridictions en interne a également attiré l'attention du groupe de travail présidé par Didier Marshall, chargé par le garde des Sceaux de faire un bilan de l'organisation judiciaire et de proposer des modifications afin d'adapter le fonctionnement de la justice aux attentes des citoyens, la rendre plus proche, plus accessible, plus lisible et plus efficace[751]. Entre plusieurs problèmes identifiés, le groupe de travail a souligné l'absence de démocratie au sein des juridictions et des garanties pour les juges, *in verbis :*

> *« Les magistrats et les fonctionnaires déplorent l'absence de démocratie au sein des juridictions et un désintérêt croissant pour la participation aux assemblées générales qui devraient pourtant constituer des outils de transparence, de débat et de contrôle. Toute organisation judiciaire doit s'appuyer sur une gouvernance offrant des garanties pour le juge et le justiciable. (...) Pour le président de la*

---

administratif de connaître ; qu'il en va de même, par voie de conséquence, des litiges relatifs aux affectations des magistrats résultant de telles ordonnances ; que, par suite, la requête de Mme A, qui conteste les ordonnances attaquées du premier président de la cour d'appel de Paris en tant qu'elles ont modifié son affectation en qualité de président de chambre au sein de la cour d'appel de Paris, n'est pas au nombre des litiges relevant de la juridiction administrative ; Considérant, d'autre part, que si les affectations opérées par les ordonnances de roulement que les requérants attaquent ont également eu pour effet de modifier le nombre des chambres de la cour d'appel et de regrouper les chambres en huit pôles thématiques, animés par des magistrats que l'ordonnance désigne, chargés d'en coordonner l'activité juridictionnelle, la modification du nombre de chambres et la création de ces pôles, qui résultent de la nouvelle répartition des magistrats à laquelle a procédé le premier président de la cour d'appel de Paris, sont indissociables de l'affectation des magistrats en cause ; que, par suite, les ordonnances attaquées se rattachent également, en ce qu'elles ont cet effet, au fonctionnement du service public de la justice ; que, dès lors, le litige soulevé par le Syndicat de la magistrature ne relève pas, lui non plus, de la compétence du juge administratif ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les litiges soulevés par les requêtes du Syndicat de la magistrature et de Mme A ne sont pas au nombre de ceux dont il appartient à la juridiction administrative de connaître ».

[750] DALLE Hubert, « Administration de la justice et acte juridictionnel », préc., pp. 98-99.

[751] MARSHALL Didier (dir.), *Les juridictions du XXI^e siècle : Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens et aux métiers de la justice*, préc., p. 4. – Il faut ajouter que, outre les propositions concernant l'affectation des juges, le rapport Marshall a proposé le regroupement des contentieux par blocs de compétence au sein des six tribunaux spécialisés et d'un tribunal dédié aux contentieux de proximité (les sept tribunaux étant regroupés au sein d'un tribunal de première instance), la généralisation des guichets universels de greffe dans les palais de Justice, la réforme procédurale des conseils de prud'hommes, le renforcement des effectifs de greffe dans les maisons de Justice et du droit, l'enrichissement des missions des greffiers, le développement de l'échevinage ou encore la mise en place d'un observatoire national de la Justice: V. la notice de la remise du rapport disponible sur http://www.justice.gouv.fr/la-garde-des-sceaux-10016/edification-de-la-justice-du-21eme-siecle-26455.html, consulté le 2 janvier 2015.

> *juridiction, la souplesse du système permet d'adapter les moyens (souvent contraints) à l'activité. Pour le magistrat concerné, la courte durée de l'ordonnance de roulement, l'insuffisance des moyens, le rythme des affectations, ne créent pas les conditions d'un investissement professionnel satisfaisant, de la stabilité nécessaire, et d'une bonne gestion des compétences. Ils peuvent même remettre en cause le principe du juge naturel. Si la nomination par décret constitue une réelle garantie, elle est aussi source d'une rigidité parfois excessive. (...) Problématique de la gouvernance interne : si le système judiciaire français fixe les limites procédurales de l'action juridictionnelle, il reste une zone "grise" pour l'administration et l'organisation, dans laquelle le rôle des chefs de juridiction, du directeur de greffe, des vice-présidents de chambre ou responsables de pôle, magistrats coordonnateurs, n'est pas suffisamment clarifié »*[752].

En raison de ces constats, le rapport du groupe de travail a présenté des propositions pour soumettre devant le tribunal de première instance – juridiction regroupant l'ensemble des juridictions de première instance – et devant les cours d'appel, l'ordonnance de roulement au contrôle effectif de l'assemblée générale des magistrats du siège, en défendant l'institution de règles de démocratie interne à l'intérieur des juridictions. Dans la proposition, le président de la juridiction réunirait et solliciterait préalablement l'avis des magistrats du siège membres du conseil de juridiction – organe dont la création a été proposée par le rapport – et de la commission restreinte de l'assemblée générale des magistrats du siège pour toutes les questions indiquées dans les articles R. 212-37 et R. 312-42 du Code de l'organisation judiciaire. Cet avis serait ensuite transmis à l'assemblée générale des magistrats du siège qui pourrait émettre un avis négatif à la majorité des trois cinquièmes des magistrats présents, le président de la juridiction devant, dans cette hypothèse, soumettre dans un délai de dix jours un nouveau

[752] MARSHALL Didier (dir.), *Les juridictions du XXI^e siècle : Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, préc., pp. 120-121. – Concernant le caractère hiérarchisé de l'organisation des juridictions, l'auteur ajoute, *in verbis : « (...) L'organisation des juridictions est fortement hiérarchisée. Leur administration est confiée aux chefs de juridictions, en dyarchie, et aux directeurs de greffe placés, aux termes du code de l'organisation judiciaire, "sous leur autorité et leur contrôle". Elle est traditionnellement confiée aux professionnels de justice (magistrats et greffiers en chef). La LOLF a entériné cette situation. (...) A cet égard, l'ordonnance de roulement par laquelle chaque année le président du tribunal répartit les juges du siège entre les services de la juridiction, est actuellement un outil majeur de son organisation. Si les nominations par décret pour certaines fonctions spécialisées offrent une garantie statutaire de leur exercice et de leur durée, dans la réalité des causes structurelles comme l'insuffisance du nombre de magistrats, l'exercice des fonctions à temps partiel, la taille de juridiction, ou les répartitions non concertées limitent l'effet de ces garanties (...) ».*

projet sur les points contestés à l'assemblée générale qui donnerait une nouvelle fois son avis[753].

Le rapport Marshall propose alors une ample discussion sur les décisions concernant le fonctionnement des juridictions, l'avis de l'assemblée générale des magistrats du siège pour toutes les questions indiquées dans les articles R. 212-37 et R. 312-42[754] devant être précédé par un débat auprès du conseil de juridiction et de la commission restreinte de l'assemblée générale des magistrats du siège dont les avis préalables seraient demandés ; la discussion de ces matières par des organes plus restreints permettant un débat plus ample et profond sur les matières.

Si toutes les propositions du groupe de travail présidé par Didier Marshall n'ont pas été accueillies, ses constats concernant le manque de transparence et de dialogue interne dans l'organisation juridictionnelle ont produit des modifications dans les règles françaises d'affectation des juges.

---

[753] V. MARSHALL Didier (dir.), *Les juridictions du XXIe siècle : Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens et aux métiers de la justice*, préc., pp. 63-64 et 71, *in verbis : « Comme cela a été formulé dans la proposition 4.4, l'administration des tribunaux de première instance est confiée au président de la juridiction et au procureur de la République. Dans cette mission, ils sont assistés par le directeur de greffe qui est placé sous leur autorité. Les principales décisions d'administration font l'objet d'une consultation du CONSEIL DE JURIDICTION qui constitue le comité de pilotage du tribunal de première instance. Organe exécutif, il est composé du président, du procureur de la République, du directeur de greffe du tribunal de première instance, et des magistrats et des fonctionnaires coordonnateurs des tribunaux spécialisés et des palais de justice situés sur les sites extérieurs du tribunal. Ce conseil siège au moins une fois par trimestre. Dans les matières qui requièrent l'avis de l'assemblée général des magistrats du siège (article R 212-37 du code de l'organisation judiciaire), le président réunit et sollicite préalablement l'avis des magistrats du siège membres du conseil de juridiction et de la commission restreinte de l'assemblée générale des magistrats du siège, ces magistrats siégeant ensemble à cette occasion. Cet avis est transmis à l'assemblée générale des magistrats du siège. Si dans les domaines énumérés par les dispositions de l'article R 212-37 du code de l'organisation judiciaire, l'assemblée générale émet un avis négatif à la majorité des trois cinquièmes des magistrats présents, le président doit, sur les points contestés et dans un délai de dix jours, soumettre un nouveau projet à l'assemblée générale qui donne son avis. (...) A l'instar de l'organisation retenue pour le tribunal de première instance, mais en prenant en compte les spécificités de la cour d'appel, juridiction du second degré, il convient de poser les principes d'une gouvernance assurant transparence et dialogue au sein des cours d'appel ».*

[754] Selon les propositions du groupe de travail présidé par Didier Marshall, le débat et le dialogue à l'intérieur des juridictions ne se restreindraient pas aux règles de répartition des juges dans les différents services, en englobant toutes les matières qui requièrent l'avis de l'assemblée générale des magistrats du siège, y compris le choix des critères de répartition des dossiers entre les chambres et de distribution des affaires entre les magistrats spécialisés du tribunal.

B. – Les modifications apportées par le décret nº 2014-1458 du 8 décembre 2014 concernant l'affectation des juges dans les services des juridictions : pour la transparence et le dialogue interne

216. Le décret nº 2014-1458, du 8 décembre 2014, qui est entré en vigueur le 1e janvier 2015, a garanti des modifications dans l'organisation et le fonctionnement des juridictions de l'ordre judiciaire[755]. En plus d'instaurer des comités de gestion[756] et de créer pour les chefs de juridiction la faculté de faire juger une affaire d'une complexité particulière ou susceptible de recevoir dans les chambres des solutions divergentes par une formation de chambres réunies, présidée par le chef de juridiction[757], le décret a modifié, dans les tribunaux de grande instance et les cours d'appel, la manière de délibérer des assemblées générales des magistrats du siège sur les projets d'ordonnance de répartition des juges dans les services des juridictions, projet préparé respectivement par le président et le premier président, conformément aux articles R. 212-37-1 et R. 312-42-1 du Code de l'organisation judiciaire.

Les propositions présentées par le groupe de travail présidé par M. Marshall n'ont pas été entièrement accueillies par ladite modification : en premier lieu, parce que le rapport Marshall défendait que le dialogue au sein des juridictions devait englober toutes les matières prévues aux articles R. 212-37 et R. 312-42 du Code de l'organisation judiciaire, et non pas seulement le projet d'ordonnance de répartition des juges comme le détermine le décret ; de plus, les changements intervenus ne prévoient pas, avant de soumettre la matière à l'assemblée générale des magistrats du siège auprès les tribunaux de grande instance et les cours d'appel, la consultation préalable d'autres organes des juridictions dont les plus petites tailles permettraient un débat plus effectif sur la question. Pourtant, les modifications apportées par le décret n° 2014-1458 garantissent certainement une plus grande transparence et incitent le dialogue au sein de ces juridictions, objectifs recherchés par le rapport Marshall.

---

[755] *JCP G* 2014, act. 1326 ; *D.* 2015, p. 288, obs. N. Fricero.
[756] V. les articles R. 212-60, R. 212-61, R. 312-69-1 et R. 312-69-2 du Code de l'organisation judiciaire français.
[757] Selon les articles R. 212-9-1 et R. 312-11-1 du Code de l'organisation judiciaire français : V. *infra,* nº 262.

Le décret n° 2014-1458 du 8 décembre 2014 fixe pour les tribunaux de grande instance et les cours d'appel et en ce qui concerne exclusivement le projet d'ordonnance de répartition des juges, un *quorum* minimum pour la délibération de l'assemblée générale des magistrats du siège. Il faut toutefois souligner que le *quorum* est établi en raison d'un pourcentage de magistrats présents ou représentés à l'assemblée générale des magistrats du siège, et non de l'intégralité des juges qui la compose. L'exigence expose alors le manque actuel d'une réelle discussion au sein de l'organe et le désintérêt croissant de participation aux assemblées générales, comme indiqué dans le rapport Marshall[758]. Cependant, l'exigence d'un *quorum* minimum vise à obtenir une participation effective des juges au débat car l'avis ne peut être émis que lorsque les magistrats qui se sont prononcés représentent au moins 50% des magistrats présents ou représentés. De plus, si l'avis est défavorable ou si le *quorum* n'est pas atteint, une nouvelle convocation de l'assemblée doit être faite et le projet d'ordonnance doit être éventuellement modifié selon les observations formulées lors de la nouvelle soumission.

Les modifications mises en œuvre par le décret n° 2014-1458 aspirent ainsi à inciter le dialogue interne au sein des juridictions et à contribuer à la transparence et au contrôle des décisions concernant l'affectation des juges. Selon les nouvelles règles, les chefs de juridiction ne sont plus entièrement libres pour décider sur la matière car l'avis défavorable de l'assemblée générale les oblige à soumettre le projet d'ordonnance une nouvelle fois à l'organe, dans un délai minimum de huit jours sans excéder un mois. Pourtant, dans l'état actuel, nous ne pouvons pas affirmer qu'un avis conforme de l'assemblée est exigé. Toutefois, les observations de l'organe devront avoir une plus grande force qu'auparavant. Ainsi, la modification entreprise vise à renforcer le rôle de l'assemblée générale des magistrats et à protéger l'indépendance des juges, rendant plus difficile l'utilisation du pouvoir d'affectation des juges comme *« une arme redoutable pour évincer ou promouvoir un juge »*[759]. Elle renforce donc la démocratie et le débat interne dans les juridictions afin que la subjectivité du chef de juridiction soit contrôlée par ses pairs.

[758] V. *supra,* nº 215.
[759] DALLE Hubert, « Administration de la justice et acte juridictionnel », préc., 98.

Il est néanmoins important de souligner que le décret nº 2014-1458 ne prévoit pas l'observance d'un *quorum* minimum, dans cette seconde convocation et affirme que l'avis de l'assemblée est réputé d'avoir été valablement émis au cours de la seconde appréciation. Les modifications mises en œuvre ne figent pas entièrement le chef de juridiction à l'avis donné car les observations présentées ne lient pas nécessairement les présidents ou les premiers présidents de tribunaux de grande instance et des cours d'appel. Pourtant, en pratique, il est probable que le chef de juridiction suive les observations présentées par ses pairs car les modifications effectuées concilient souplesse et contrôle.

Pourtant, si le décret nº 2014-1458 a contribué à un certain contrôle du système d'affectation des juges, l'attribution des affaires devant les juridictions judiciaires françaises reste très souple et suscite questionnements et critiques.

§ 2 : L'attribution des affaires devant les juridictions judiciaires françaises

217. Les règles d'attribution des affaires visent à déterminer, entre les formations de jugement d'égale aptitude pour connaître d'un litige, celle qui tranchera l'affaire en question[760]. Ces règles jouent alors un rôle majeur, non seulement dans la manière par laquelle la justice est rendue (objectivement), mais aussi dans la manière par laquelle le justiciable perçoit le fonctionnement de la justice (subjectivement).

[760] Il ne faut pas confondre les notions de compétence et d'attribution des affaires, comme l'explique la doctrine, *in verbis : « (...) l'ordre juridictionnel français ne se limite pas à une seule juridiction qui aurait à connaître de l'ensemble des litiges se produisant sur l'ensemble du territoire national. La multitude autant que la diversité des litiges ont conduit à la création de nombreuses juridictions entre lesquelles le pouvoir juridictionnel est réparti. Se pose alors, nécessairement, le problème du choix de la juridiction habilitée à trancher le litige. À cette seconde question répondent les règles de compétence qui, au-delà d'une question de répartition fonctionnelle, soulèvent une problématique de politique et d'administration judiciaire. La compétence peut être définie comme l'aptitude d'une juridiction à exercer son pouvoir de juger un litige de préférence à une autre. D'emblée, cette définition autorise deux enseignements. D'une part, les conflits de compétence n'existent qu'entre juridictions distinctes ; en principe, il n'y a pas conflit de compétence lorsqu'un litige relève de chambres ou de sections différentes d'une même juridiction ; il ne s'agit alors que de répartir les affaires à l'intérieur de la juridiction, ce qui relève d'une mesure d'administration judiciaire insusceptible de recours »* : CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., pp. 103-104.

Devant les juridictions judiciaires françaises, il appartient au chef de juridiction ou à son délégué, après l'avis de l'assemblée générale, de déterminer les critères à utiliser pour la distribution des affaires. Il faut alors analyser, dans un premier temps, les finalités qui orientent la distribution des affaires devant les juridictions judiciaires françaises (A), afin d'identifier ensuite les principales critiques adressées au système actuellement en vigueur (B).

A. - Les objectifs généraux poursuivis par les règles françaises d'attribution des affaires

218. Les règles d'attribution des affaires visent à déterminer le juge ou la formation de jugement qui tranchera l'affaire. Elles tendent aussi à équilibrer deux objectifs ou valeurs d'extrême importance dans tous les systèmes judiciaires : l'impartialité des juges et l'efficience de l'organisation judiciaire. La manière dont cet équilibre est réalisé peut toutefois varier dans les différents systèmes judiciaires, d'après le poids et l'importance attribués à chacun de ces principes[761].

Dans le système français, il appartient au chef de juridiction ou à son délégué, après l'avis de l'assemblée générale, de déterminer les critères à utiliser pour la distribution des affaires. L'impartialité et l'indépendance des juges ne sont pas expressément utilisées comme critères car il est présumé que les juges seront toujours impartiaux et indépendants[762]. Les différentes règles d'attribution des affaires en France sont alors établies pour privilégier l'efficience de l'organisation juridictionnelle, de manière à partager le service juridictionnel égalitairement entre les juges (I) et à placer le bon juge au bon endroit (II).

[761] FABRI Marco and LANGBROEK Philip M., *Is there a right judge for each case? A comparative study of case assignment in six European countries*, disponible sur http://www.ejls.eu/2/31UK.htm, consulté le 5 avril 2014.
[762] MARSHALL Didier, GUYOMAR Mattias, CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, « Case assignment in French courts », préc., p. 190.

I - Le partage égalitaire du travail entre les juges

219. Le droit positif confère au chef de juridiction – ou à son délégué[763] – la compétence pour distribuer les affaires entre les juges ou les formations de jugement d'égale compétence[764]. Ainsi, chaque année, au début de l'année judiciaire, le chef de juridiction émet une ordonnance de roulement par laquelle il répartit non seulement les juges dans les différents services de la juridiction[765], mais il fixe aussi les critères à utiliser pour l'attribution des affaires.

Les Codes de procédure civile et de l'organisation judiciaire ne déterminent pas les fondements ou principes qui doivent orienter la fixation des critères de distribution des affaires par le chef de juridiction[766]. Le chef de juridiction – ou son délégué – est donc libre pour déterminer et prend en considération les intérêts du service et la disponibilité de chaque chambre. Cependant, dans les tribunaux importants, la spécialisation des chambres guide l'attribution des affaires[767]. Ainsi, lorsque plusieurs chambres ont des compétences identiques, l'attribution des affaires peut être faite

---

[763] V. les articles suivants concernant la délégation des pouvoirs par les chefs de juridiction : *« Article 820, al. 1er, CPC : Le président du tribunal de grande instance peut déléguer à un ou plusieurs magistrats tout ou partie des pouvoirs qui lui sont dévolus par les sous-titres Ier et II » ; « Article 965 CPC : Le premier président (de la cour d'appel) peut déléguer à un ou plusieurs magistrats de la cour tout ou partie des fonctions qui lui sont attribuées par les sous-titres Ier et II ».*

[764] V. les articles suivants *: « Article 758 : Le président du tribunal fixe les jours et heures auxquels l'affaire sera appelée ; s'il y a lieu, il désigne la chambre à laquelle elle est distribuée » ; « Article 788 : En cas d'urgence, le président du tribunal peut autoriser le demandeur, sur sa requête, à assigner le défendeur à jour fixe. Il désigne, s'il y a lieu, la chambre à laquelle l'affaire est distribuée» ; « Article 796 : Le président du tribunal fixe les jours et heures auxquels l'affaire (requête conjointe) sera appelée ; s'il y a lieu, il désigne la chambre à laquelle elle est distribuée » ; « Article 801 : L'attribution d'une affaire au juge unique peut être décidée jusqu'à la fixation de la date de l'audience. La répartition des affaires attribuées au juge unique est faite par le président du tribunal ou par le président de la chambre à laquelle elles ont été distribuées » ; « Article 907 : Le premier président (de la cour d'appel) désigne la chambre à laquelle l'affaire est distribuée» ; « Article 917 : Si les droits d'une partie sont en péril, le premier président peut, sur requête, fixer le jour auquel l'affaire sera appelée par priorité. Il désigne la chambre à laquelle l'affaire est distribuée (procédure à jour fixe) » ; « Article 929 : Le premier président (de la cour d'appel) fixe les jours et heures auxquels l'affaire sera appelée ; s'il y a lieu, il désigne la chambre à laquelle elle est distribuée ».*

[765] Si l'ordonnance de roulement doit être soumise à l'assemblée générale de la juridiction, il faut souligner que le chef de juridiction n'est pas tenu de se conformer à la décision de l'assemblée car un avis conforme n'est pas exigé : V. *supra,* nº 216.

[766] MARSHALL Didier, GUYOMAR Mattias, CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, « Case assignment in French courts », préc., p. 190. – V. *supra,* nº 218.

[767] VUITTON Xavier, « Le tribunal de grande instance », *JCl. Proc. civ.,* Fasc. 218, 30 septembre 2008, n° 42.

simplement en tenant compte de l'ordre d'arrivée et en attribuant un dossier sur deux à chacune. S'il est certes possible que les dossiers soient d'inégale importance, la charge de travail peut s'équilibrer sur une année[768]. En outre, dans certaines juridictions, le partage des dossiers est fait par le chef de juridiction, avec le soutien du greffier en chef qui prépare des piles comportant chacune vingt-cinq dossiers, par exemple. Si un juge se plaint de la quantité de travail reçue, le chef de juridiction peut réévaluer sa charge de travail[769].

Les critères qui gouvernent l'attribution des affaires peuvent donc être relativement différents les uns des autres – par zone géographique, par ordre d'arrivée, par numéro d'enregistrement, selon la première lettre du nom du demandeur, par tirage au sort, etc[770]. Les juridictions judiciaires françaises adoptent alors des critères différents qui varient aussi en fonction de la taille de la juridiction – petite, moyenne ou grande. Tous ces critères bien distincts visent cependant à obtenir le partage égalitaire du service juridictionnel qui constitue l'un des objectifs principaux de l'attribution des affaires. La division équilibrée du travail garantit le fonctionnement régulier d'une juridiction[771]. Il faut donc que chaque juge ou chaque formation de jugement reçoive une charge égale ou similaire de travail pour permettre un traitement efficient des dossiers. Ainsi, si dans une juridiction, il existe plusieurs juges ou chambres de compétence égale pour connaître des litiges, il faut que la distribution des affaires soit faite de manière à faire un partage équilibré des affaires pour éviter qu'un juge, une chambre ou une section soient surchargé de travail, ce qui provoquerait inévitablement l'engorgement de la juridiction et la constitution d'un stock d'affaires.

[768] JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., p. 40.
[769] MARSHALL Didier, GUYOMAR Mattias, CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, « Case assignment in French courts », préc., p. 197. – Pour objectiver le système et permettre la distribution égalitaire de travail entre les juges, on développe des référentiels d'évaluation de l'activité de chaque magistrat.
[770] JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., p. 42. – A la cour d'appel de Paris, qui est composée de plusieurs chambres civiles, la distribution des affaires est faite selon la première lettre du nom du demandeur en appel : V. MARSHALL Didier, GUYOMAR Mattias, CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, « Case assignment in French courts », préc., p. 198.
[771] MARSHALL Didier, GUYOMAR Mattias, CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, « Case assignment in French courts », préc., p. 190.

L'attribution des affaires est en outre également réalisée pour garantir que chaque affaire soit distribuée au juge le plus capable de la traiter.

II - Le bon juge au bon endroit : la souplesse et la hiérarchie dans le système français de distribution des affaires

220. Comme responsable de l'organisation interne de la juridiction, le chef de juridiction semble, *a priori,* être l'organe naturel pour effectuer la distribution des affaires entre les juges et les formations de jugement. Pourtant, si le législateur a conféré cette compétence au chef de juridiction, il n'a pas établi les critères à observer pour la réalisation de cette importante fonction, ce qui entraîne une grande diversité de ces critères selon les juridictions[772]. De plus, le système français de distribution des affaires confère d'amples pouvoirs au chef de juridiction qui peut distribuer et redistribuer les affaires selon les besoins du service et peut décider de présider toute formation de jugement au sein de la juridiction, conformément aux articles R. 121-2 et R. 212-6 du Code de l'organisation judiciaire.

Par conséquent, l'attribution des affaires dans les juridictions judiciaires françaises est assez flexible[773] et reste sous la responsabilité et le contrôle du chef de juridiction qui peut prendre des décisions pour garantir le bon fonctionnement du service public de la justice – désengorger une chambre, décider d'envoyer une affaire à une formation de jugement spécialisée, etc[774].

---

[772] V. *supra,* nº 219.

[773] FABRI Marco and LANGBROEK Philip M., *Is there a right judge for each case? A comparative study of case assignment in six European countries*, préc., Internal independance.

[774] V. FRICERO Natalie, *Vº* Tribunaux de grande instance, in *Répertoire de procédure civile*, préc., nº 55, *in verbis : « Dans le cadre de ses fonctions administratives, le président veille à l'expédition normale des affaires et à la bonne administration des services judiciaires (COJ, art. R. 212-58 ; il peut déléguer ses pouvoirs pour des actes déterminés à des magistrats du siège placés sous son autorité). C'est au président que revient la charge de distribuer les affaires entre les différentes chambres du tribunal (C. pr. civ., art. 758) et, le cas échéant, de fixer les jours et heures auxquels l'affaire sera appelée. Cette distribution n'a pas pour effet d'établir une compétence propre à chaque chambre : le président peut toujours, pour les besoins du service, distribuer à une chambre des affaires qu'elle ne juge pas habituellement. Dans tous les cas, le président dispose d'un pouvoir discrétionnaire : en conséquence, les plaideurs ne peuvent exercer aucun recours contre les décisions de distribution, et il ne leur est pas permis de soulever une éventuelle incompétence de la chambre à laquelle une affaire a été distribuée ».*

Pour les affaires importantes en matière judiciaire – ce qu'un chef de juridiction appelle une *affaire à cent journalistes* et qui nécessite plus de deux heures d'audience (parfois plusieurs semaines) –, une audience spéciale peut être prévue ainsi qu'une composition *ad hoc* comportant notamment des juges expérimentés[775]. Le décret n° 2014-1458 du 8 décembre 2014 a introduit la faculté, pour le premier président de la cour d'appel et le président du tribunal de grande instance, de faire juger une affaire particulièrement complexe ou susceptible de recevoir dans les chambres des solutions divergentes, par une formation de chambres réunies qui est présidée par le chef de juridiction[776].

Le système français d'attribution des affaires a ainsi pour fondement la hiérarchie et la souplesse[777] de manière à ce que l'affaire soit distribuée à la formation de jugement ou au juge qui détient les compétences nécessaires pour trancher le litige[778]. L'efficience du système judiciaire est le but visé par le chef de juridiction qui détient une grande marge de liberté pour l'attribution des affaires.

Si les règles actuellement en vigueur visent à apporter de la flexibilité et de l'efficience à l'organisation judiciaire, elles suscitent cependant un certain nombre de critiques.

B. - Les critiques adressées au système d'attribution des affaires adopté par les juridictions judiciaires françaises

221. La distribution des affaires dans les juridictions judiciaires françaises est réalisée de manière flexible. L'absence de règles fixes et uniformes sur l'ensemble du territoire (I) ; le pouvoir exorbitant du chef de juridiction lié aux risques d'arbitraire (II) ; la possibilité, dans certaines hypothèses, pour les parties de choisir leurs juges ou, au

[775] JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., p. 42. – JEULAND Emmanuel, *Droit processuel général*, préc., p. 153.
[776] Conformément aux articles R. 212-9-1 et R. 312-11-1 du Code de l'organisation judiciaire français.
[777] JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., p. 42.
[778] V. MARSHALL Didier, GUYOMAR Mattias, CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, « Case assignment in French courts », préc., p. 211.

contraire, de la privation du juge naturel (III) ; aussi bien que l'impossibilité de contrôle de ces actes d'organisation juridictionnelle (IV) constituent les principales critiques au système actuellement en vigueur.

I - L'absence de règles fixes et uniformes sur l'ensemble du territoire français

222. Le droit positif français n'établit pas les critères qui doivent être obligatoirement observés par le chef de juridiction dans la fixation des règles de distribution des affaires. Si les objectifs généraux du système consistent à partager égalitairement la charge de travail entre les juges et formations de jugement et à attribuer les affaires selon les capacités des juges et les spécificités de l'affaire, chaque chef de juridiction est libre de déterminer les critères à utiliser pour parvenir à ces fins[779].

Ces pouvoirs élargis des chefs de juridiction en matière d'attribution des affaires permettent alors la coexistence de plusieurs mini-systèmes de distribution des affaires. Or, même si les chefs de juridiction adoptent des critères objectifs d'attribution des affaires en général – par exemple, une répartition entre plusieurs juges ou sections par la première lettre du demandeur, par zone géographique, par ordre d'arrivée, par numéro d'enregistrement, etc. –, ces critères varient d'un tribunal à l'autre. Il n'existe pas de modèle unique d'attribution des affaires et chaque chef de juridiction choisit donc ses propres critères de distribution qui normalement le suivent durant toute sa carrière[780].

Cette absence de règles fixes et uniformes d'attribution pour l'ensemble du système judiciaire porte atteinte à la transparence du système organisationnel car les critères varient d'un tribunal à l'autre et ne sont pas communiqués aux parties[781]. Pourtant, la visibilité ou la compréhension des pratiques adoptées par les juridictions contribuent à l'indépendance externe des juges ou à l'apparence de leur impartialité,

[779] V. *supra,* nº 219.
[780] MARSHALL Didier, GUYOMAR Mattias, CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, « Case assignment in French courts », préc., p. 193.
[781] JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., p. 42.

comme le souligne la doctrine[782]. Le scénario s'avère encore plus problématique en raison des pouvoirs exorbitants conférés au chef de juridiction par le droit positif français.

II - Le pouvoir exorbitant du chef de juridiction et les risques d'arbitraire

223. Selon l'article R. 121-2 du Code de l'organisation judiciaire, le premier président de la Cour de cassation, le premier président de la cour d'appel et le président du tribunal de grande instance peuvent présider toute formation de jugement au sein de leur juridiction. Cet article confère alors un large pouvoir au chef de juridiction qui peut décider, à tout moment et s'il l'estime convenable, de présider une chambre de son tribunal. Pourtant, aucune condition ou situation spéciale n'est fixée par le droit positif pour justifier une telle décision.

La règle de l'article R.121-2 du Code de l'organisation judiciaire est problématique car elle permet la modification de la composition de la formation collégiale à laquelle l'affaire a été distribuée si le chef de juridiction décide de la présider, sans pour autant qu'une telle décision soit le résultat d'une cause de récusation expressément prévue par la loi – et qui justifierait la prétention de faire écarter le juge en raison d'une cause de partialité suspectée par les plaideurs[783] – ou du devoir d'abstention du juge[784]. Or, cet acte a une incidente directe sur le procès distribué à la formation de jugement et sur les justiciables en cause.

Si les différentes causes de récusation définies par le droit positif visent à garantir le droit à un tribunal indépendant et impartial[785], la règle de l'article R. 121-2 du Code de l'organisation judiciaire va justement dans le sens contraire et entraîne des doutes sur l'impartialité du président de la juridiction qui décide d'exercer un tel pouvoir et qui

[782] FABRI Marco and LANGBROEK Philip M., *Is there a right judge for each case? A comparative study of case assignment in six European countries,* préc., External independance.
[783] Selon l'article 341 du Code de procédure civile français, sauf disposition particulière, la récusation d'un juge est admise pour les causes prévues par l'article L. 111-6 du Code de l'organisation judiciaire.
[784] Prévue par l'article L. 111-7 du Code de l'organisation judiciaire français.
[785] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 566.

préside la formation de jugement qui tranchera le litige.

224. De plus, le chef de juridiction peut décider, sur demande ou après avis du procureur de la République, de redistribuer une affaire d'une chambre à l'autre si *« les besoins du fonctionnement d'une chambre le nécessitent »*, selon l'article R. 212-6, al. 2, du Code de l'organisation judiciaire. Cette règle, même si elle n'est que rarement utilisée[786], confère un grand pouvoir au chef de juridiction qui demeure tout puissant pour déterminer la distribution et la redistribution des affaires.

Les règles d'attribution des affaires devraient cependant organiser, de manière objective et prédéterminée, le rapport entre un juge et une affaire[787], de façon à ce que les parties ne soient pas en mesure de choisir le juge qui tranchera leur affaire et que le juge ne puisse pas non plus choisir ses dossiers. La simple possibilité, pour l'une des parties, de choisir son juge et pour un juge, de choisir ses dossiers, est contraire à la notion de procès, concept qui exige la présence d'un juge, entendu comme un tiers impartial, à égale distance des parties[788].

225. Le droit au procès équitable exige que les parties soient jugées publiquement, dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, selon l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le principe d'impartialité revêt deux aspects selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : l'impartialité subjective et l'impartialité objective[789]. Selon une démarche *subjective*, l'impartialité tente de déterminer la conviction personnelle de tel juge dans une occasion donnée. Il faut alors que le tribunal ne manifeste subjectivement aucun parti pris, ni préjugé personnel. La démarche *objective* exige, de son côté, que l'organisation

---

[786] JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., p. 40. – JEULAND Emmanuel, *Droit processuel général*, préc., p. 151, *in verbis : « Il est permis, par ailleurs, au président de juridiction de redistribuer une affaire d'une chambre à l'autre discrétionnairement, ce dont il n'use qu'exceptionnellement (R. 311-27 COJ). Le président de la juridiction peut aussi décider à tout moment de présider une chambre s'il l'estime convenable. Il s'agit d'un pouvoir exorbitant et rarement utilisé ».*

[787] DALLE Hubert, « Administration de la justice et acte juridictionnel », préc., p. 99.

[788] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 4.

[789] CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt*, série A, n° 154, § 46, *in* SUDRE F. *et alii, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme,* 4e éd., PUF, 2007, n° 30, p. 313, note A. GOUTTENOIRE.

juridictionnelle soit en mesure d'offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime. Il s'agit de se demander si, indépendamment de la conduite personnelle des juges, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ces derniers. Il faut vérifier s'il existe une raison légitime chez un juge de redouter un défaut d'impartialité. La manière de voir de l'accusé entre en ligne de compte, mais ne joue pas un rôle décisif[790] car l'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent être objectivement justifiées[791].

Dans cette perspective, la possibilité donnée au président de la juridiction de présider toute formation de jugement de son tribunal ou de déterminer la redistribution d'une affaire donnée, sans qu'une cause de récusation soit à l'origine de cette décision, crée des doutes légitimes sur l'impartialité du juge. Ces règles confèrent au chef de juridiction le pouvoir de choisir les litiges qu'il va juger, de choisir ses dossiers et suscite alors chez les parties des doutes objectivement justifiés sur son impartialité et même sur le préjugé en cas de demandes répétitives ou de litiges mettant en cause les mêmes parties de façon systématique.

Ainsi, même si les règles des articles R.121-2 et R. 212-6 du Code de l'organisation judiciaire restent rarement utilisées dans la pratique judiciaire française[792], elles ne devraient pas être prévues dans le système français puisqu'elles provoquent la modification de l'attribution de l'affaire, sans qu'une cause de récusation ou une autre justification objective et identifiée soit utilisée comme condition pour modifier la distribution de l'affaire. Elles sont donc contraires au droit au procès équitable, aux principes d'impartialité et d'égalité des justiciables devant la justice, comme le souligne la doctrine et le reconnaissent certains chefs de juridiction, *in verbis:*

> *« En France, la distribution des affaires continue à être une simple question d'organisation judiciaire laissant la place à un large pouvoir discrétionnaire du président de la juridiction. Pourtant, il n'est pas exclu que ce mode*

[790] CEDH, 1er octobre 1982, *Piersack c/ Belgique*, requête no 8692/79, série A no 53, p. 16, § 31.
[791] CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt,* série A, nº 154, § 48.
[792] MARSHALL Didier, GUYOMAR Mattias, CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, « Case assignement in French courts », préc., p. 191.

d'organisation soit souvent contraire au principe de l'impartialité du juge et au principe d'égalité. (...) Notre enquête a globalement montré que le président de la juridiction avait tout pouvoir en matière de distribution des affaires au sein de son tribunal. Le président a aussi le pouvoir de redistribuer une affaire à sa guise. Cela ne signifie pas qu'il y ait des abus. Il existe cependant des failles potentielles dans le système et les présidents de juridiction interrogés ont tous pris au sérieux l'existence d'un risque d'arbitraire »[793].

Si, en principe, la répartition des affaires semble n'être qu'une simple question d'organisation du service, elle *« peut être de nature, selon les critères qui président à leur distribution, à porter atteinte au droit au juge naturel, voire au principe d'impartialité du juge, donc aux exigences du procès équitable »*[794]. En outre, les règles actuelles de distribution des affaires sont également critiquables car les parties sont en mesure de choisir leurs juges dans des cas marginaux.

III - Le choix du juge par les parties dans les cas marginaux

226. Si deux formations de jugement peuvent développer des jurisprudences fort différentes et s'il était possible pour l'une des parties de choisir la formation de jugement qui trancherait son litige, elle choisirait bien évidemment le juge ou la formation de jugement favorable à sa thèse juridique et qui accueillerait donc sa prétention. Le principe d'égalité des justiciables devant la justice et le principe d'impartialité ne seraient donc pas respectés.

En général, les règles actuelles de distribution des affaires devant les juridictions judiciaires françaises évitent un tel choix car les chefs de juridiction établissent des critères objectifs d'attribution des affaires. De plus, l'ordonnance de roulement est la plupart du temps communiquée aux auxiliaires de justice sans les noms des magistrats

[793] JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., pp. 36-37. – Il n'est pas inutile d'indiquer l'opinion de certains chefs de juridiction – comme c'était le cas du chef de juridiction de Caen – qui pensent que la possibilité de présider une formation de jugement de son tribunal pour le chef de juridiction est contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme vu que l'affaire ne sera pas tranchée par le juge originairement indiqué : V. MARSHALL Didier, GUYOMAR Mattias, CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, « Case assignment in French courts », préc., p. 209.
[794] CADIET Loïc, « La qualité de la norme juridictionnelle », préc., p. 249.

afin qu'ils ne puissent pas choisir leur juge en attendant la bonne date[795]. Les nouvelles technologies limitent encore les possibilités de choix en rigidifiant les calendriers. Le système contient toutefois des faiblesses qui permettent le choix du juge par les parties dans des cas marginaux[796].

En effet, la police est souvent informée de l'ordonnance de roulement concernant les juges d'instruction et est en mesure de choisir *son* juge en retardant ainsi une opération policière[797], ce qu'elle ne fait cependant que très rarement à ce qu'il semble. De plus, l'orientation procédurale conduit le parquet à choisir potentiellement son juge puisque le tableau de roulement lui est communiqué[798].

Comme le souligne la doctrine, dans le Tribunal d'instance de Lagny, par exemple, même si les noms des juges ne sont pas connus des auxiliaires de justice – lorsque leurs noms ne sont pas communiqués avec l'ordonnance de roulement –, les avocats qui plaident habituellement devant cette juridiction sont en mesure de choisir leur juge puisque cette juridiction ne dispose que de trois magistrats qui alternent

---

[795] JEULAND Emmanuel, *Droit processuel général,* préc., p. 149. – V. *supra,* nº 226.

[796] JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., p. 40. – On a souvent opposé la juridiction étatique à l'arbitrage en indiquant que, dans la justice de l'Etat, le juge est désigné par la loi, les parties ne le choisissent pas alors que, dans la seconde, l'arbitre est désigné par les parties qui le choisissent. On affirme alors qu'à la différence des juridictions étatiques, l'arbitrage constituerait une institution souple qui, en raison du principe de l'autonomie de la volonté, confère aux antagonistes la maîtrise du traitement de leur litige, par le choix de l'arbitre, de la procédure et des règles par lesquelles leur litige sera tranché : CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 855. – Cette distinction est toutefois excessive. Comme nous l'avons affirmé, dans certaines juridictions judiciaires, les parties au litige sont en mesure de choisir leur juge. En revanche, les parties ne choisissent pas toujours leur arbitre, comme c'est le cas lorsqu'elles font recours à l'arbitrage institutionnel : V. GRANDJEAN Jean-Pierre et FOUCHARD Clément, « Le choix de l'arbitre : de la théorie à la pratique », in *Cahiers de droit de l'entreprise* nº 4, juillet-août 2012, LexisNexis, pp. 33-39. – RIVIER Marie-Claire, *V°* Arbitrage, in *Dictionnaire de la justice,* préc., p. 53.

[797] A propos du juge Xavier Lameyre, à l'occasion juge des libertés et de la détention, Jean Leymarie publie dans le site internet de la FranceInfo le commentaire suivant, *in verbis* : *« Dans Libération, Sonya Faure rappelle l'affaire. Nous sommes en juin 2010. Des policiers se mobilisent contre le magistrat. Ils lui reprochent de libérer trop vite des suspects en garde vue, notamment dans des affaires de drogue. Un officier de police judiciaire se souvient : "Dès qu'il était de permanence, on retardait les interpellations pour ne pas tomber sur lui. Un jour, il a refusé de prolonger la garde à vue de quatorze trafiquants". Son surnom ? "Le juge préféré des voyous du 9-4", le-Val-de-Marne »,* L'histoire du jour du 10 avril 2012, disponible sur http://www.franceinfo.fr/emission/noeud-emission-temporaire-pour-le-nid-source-489799/2012/le-combat-du-juge-lameyre-surnomme-liberator-04-10-2012-09-25, consulté le 13 décembre 2015.

[798] JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., pp. 39-40.

successivement[799].

En outre, il est possible qu'une partie choisisse son juge de référés devant le conseil de prud'hommes ou devant le tribunal de commerce[800] car le greffier en chef propose à l'avocat la date de l'audience avec l'indication du nom du juge qui la présidera. L'avocat peut alors demander la fixation d'une autre date. Dans cette hypothèse, l'affaire sera donc attribuée à un autre magistrat. Toutefois, comme le souligne la doctrine, le juge peut être remplacé au dernier moment et le choix de l'avocat n'est pas alors déterminant[801].

Ces exemples démontrent ainsi la vulnérabilité du système actuel de distribution des affaires devant les juridictions judiciaires françaises. La situation devient encore plus problématique lorsque ces décisions sont qualifiées d'actes d'administration judiciaire insusceptibles de tout recours, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation.

IV - L'impossibilité de contrôle sur les décisions concernant l'attribution des affaires

227. S'il est certain que ces actes d'organisation juridictionnelle ne sont pas des actes juridictionnels, ils sont toutefois intimement liés à la fonction de juger car ils déterminent la manière par laquelle l'attribution des affaires est réalisée entre les juges d'égale compétence. Ces normes ont ainsi une incidence directe sur l'impartialité et l'indépendance du tribunal – composantes du droit au procès équitable – et peuvent ou non contribuer, ou au contraire porter atteinte, au principe d'égalité des justiciables devant la justice. Les décisions concernant la distribution des dossiers sont donc de

[799] MARSHALL Didier, GUYOMAR Mattias, CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, « Case assignment in French courts », préc., p. 198.
[800] JEULAND Emmanuel, *Droit processuel général,* préc., p. 150.
[801] MARSHALL Didier, GUYOMAR Mattias, CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, « Case assignment in French courts », préc., pp. 199-200.

l'intérêt des justiciables et aussi de tous les membres des juridictions qui souffrent des conséquences des critères établis par les chefs de juridiction[802].

Malgré ceci, les décisions concernant l'attribution des affaires ne sont pas contestables en droit français[803] car elles constituent, dans l'ordre judiciaire français, de simples actes d'administration judiciaire et ne sont donc pas susceptibles de recours, conformément à l'article 537 du Code de procédure civile et de la jurisprudence sur la matière[804]. En analysant cette question, la doctrine pondère que l'irrecevabilité du recours contre les actes d'administration judiciaire est nécessaire pour ne pas allonger et compliquer les procédures, ce qui laisse alors aux juridictions le soin de s'organiser librement dans le sens d'une bonne administration de la justice[805].

228. Si la distribution des affaires dans le système judiciaire français constitue une simple question d'organisation judiciaire et laisse place à un large pouvoir du chef de juridiction[806], dans de nombreux autres pays – européens ou non[807] – l'attribution des affaires fait pourtant l'objet d'une disposition de niveau constitutionnel, ce qui est une considérable différence. De plus, s'il est compréhensible que tout acte ne doit pas donner lieu à des recours, sous peine de paralyser les juridictions, le procès équitable conduit à empêcher les solutions les plus arbitraires. En effet, *« la Cour européenne semble ainsi tolérer que le juge national exclut de son contrôle un certain nombre de mesures, liées ici*

---

[802] V. *infra,* nº 219.

[803] FABRI Marco and LANGBROEK Philip M., *Is there a right judge for each case? A comparative study of case assignment in six European countries,* préc., Case assignment and the responsibility of the head of court.

[804] Cass. soc., 25 octobre 1995, nº 92-45.006, inédit, *in verbis : « Mais attendu, d'une part, que la décision d'attribution d'une affaire à l'une des sections d'un conseil de prud'hommes constitue une mesure d'administration judiciaire qui n'est sujette à aucun recours ».* – Cass. soc., 25 octobre 1994, n° 93-42.671, inédit. – Cass. crim., 20 mars 1973, nº 72-90.870, *Bull. crim.,* n° 138, p. 333, *in verbis : « Attendu que la répartition des affaires entre les différentes chambres correctionnelles d'une cour d'appel est également un acte d'administration judiciaire ; qu'ainsi les parties ne sont pas recevables à la critique ni la désignation du président appelé à statuer sur les requêtes présentées en application de l'article 507 du code de procédure pénale ni l'attribution d'une affaire à une chambre correctionnelle de la cour d'appel ».*

[805] DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., p. 153.

[806] JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., p. 36.

[807] C'est le cas au Brésil : V. *infra,* nº 288 s.

à l'administration de la justice, à condition toutefois qu'elles ne soient pas sources de violation du droit au procès équitable »[808].

Par conséquent, comme l'indique la doctrine, *« il est ainsi possible que le mode d'organisation des tribunaux à la française soit conduit à se réformer dans un proche avenir alors même qu'il ne soulève pas de problèmes majeurs pour ceux qui le pratiquent »*[809]. L'incidence des principes fondamentaux de la procédure peut alors conduire à des modifications dans le système français d'organisation juridictionnelle.

CONCLUSION DE LA SECTION 1

229. Le droit positif français accorde un pouvoir élargi au chef de juridiction pour déterminer la fixation du service des juges et la distribution des affaires. L'organisation juridictionnelle française se fonde alors sur une combinaison de rigidité hiérarchique et de souplesse fonctionnelle. La souplesse du système organisationnel et le rôle majeur attribué au chef de juridiction par le droit positif français permettent que le système puisse répondre efficacement aux problèmes posés par l'organisation juridictionnelle.

230. Les normes actuelles sont cependant susceptibles de critiques, dans la mesure où les membres des juridictions ne disposent d'aucun recours contre les affectations prises par le chef de juridiction qui peuvent porter atteinte à leur indépendance. De plus, la distribution des affaires suscite également un certain nombre de critiques en raison des pouvoirs exorbitants du chef de juridiction, de la possibilité, dans certaines hypothèses, pour les parties de choisir leurs juges et d'impossibilité de contrôle de ces actes d'organisation juridictionnelle, lorsque ces décisions sont, en droit judiciaire privé français, de simples actes d'administration judiciaire insusceptibles de recours. Ces risques d'arbitraire indiquent alors la nécessité de modification des normes sur la matière.

---

[808] GROULIER Cédric, « Remarques sur la notion de mesure d´administration de la justice », préc., p. 420. – Sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la distribution des affaires : V. *infra,* nº 258.

[809] JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., p. 34. – V. *infra,* nº 232 s.

Section 2 : Pour l'adoption en France de critères transparents, objectifs et prédéterminés d'organisation judiciaire

231. Les risques d'arbitraire identifiés dans les règles françaises actuelles d'organisation judiciaire[810] indiquent la nécessité de modifier le système en vigueur. L'adoption de critères transparents, objectifs et préétablis de répartition des juges dans les différents services (§ 1) et de distribution des affaires (§ 2), ainsi que la prévision de moyens de contester ces actes d'administration judiciaire, se font nécessaires en raison des exigences imposées par le droit au procès équitable.

§ 1 : L'incidence du droit au procès équitable dans l'organisation juridictionnelle : pour la modification du système français d'affectation des juges

232. En France, à l'heure actuelle, le chef de juridiction détient la compétence pour répartir les juges dans les différents services de la juridiction et la volonté des magistrats n'est pas nécessairement prise en compte pour leur affectation. L'adoption de critères transparents, objectifs et prédéterminés pour la fixation du service des juges (A) liée à la possibilité de contrôle sur la répartition réalisée (B) peuvent renforcer et garantir l'indépendance des juges.

A. – Pour l'objectivité dans l'affectation des juges

233. Le système original de fixation du service des juges devant les juridictions judiciaires françaises était caractérisé par la souplesse et la hiérarchie et il incombait au chef de juridiction de répartir les magistrats dans les différents services sans que le droit positif n'établisse aucun critère à cet effet (article L. 121-3 COJ). Si l'ordonnance de roulement était soumise à l'assemblée générale de la juridiction, son avis ne liait pas le président qui restait, en pratique, libre pour affecter les magistrats[811]. Ces décisions de simple administration judiciaire pouvaient ainsi menacer l'indépendance des juges car

[810] V. *supra,* nº 210 s.
[811] V. *supra,* nº 211 s.

l'administration judiciaire ne protégeait pas le magistrat dans l'exercice de son pouvoir juridictionnel[812].

234. Pourtant, selon l'article 64 de la Constitution française, le Président de la République est le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire[813] et il est assisté dans cette tâche par le Conseil supérieur de la magistrature[814]. L'indépendance des juges constitue alors un principe constitutionnel du système juridique français. Elle se manifeste par la liberté du juge de rendre des décisions non liées par une hiérarchie et de protéger le juge contre toute menace à l'encontre de l'exercice de ses fonctions juridictionnelles. Ainsi, le principe d'indépendance vise à garantir que le juge ne souffre pas d'ingérence dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, condition essentielle d'une bonne justice[815], que ces ingérences procèdent du Parlement, du Gouvernement ou de l'institution judiciaire elle-même[816], de manière à protéger le juge contre toute menace externe ou interne, comme expressément indiqué dans la Recommandation nº (2010) 12

---

[812] DALLE Hubert, « Administration de la justice et acte juridictionnel », préc., pp. 98-99.

[813] Comme explique Jean-Marc Varaut, *« le principe d'indépendance inscrit dans la Constitution pour la seule autorité judiciaire a été étendu, par le Conseil constitutionnel, à toutes les juridictions et, en particulier à celles d'ordre administratif. L'indépendance des juridictions n'est pas en effet liée à la qualité de magistrat de l'ordre judiciaire, mais à la fonction que lui assigne la constituante : gardienne de la liberté individuelle »* : VARAUT Jean-Marc, *V°* Indépendance, in *Dictionnaire de la justice,* préc., p. 625.

[814] Nous ne discuterons pas ici les questions posées par le choix constitutionnel qui désigne le Président de la République, chef d'Etat, assisté par le Conseil supérieur de la magistrature, comme garant de l'autorité judiciaire. – V. sur la matière : MATHIEU Bertrand, *V°* Président de la République, in *Dictionnaire de la justice,* préc., p. 1016, *in verbis : « Cependant, la Constitution encadre ce pouvoir de trois manières : d'une part, le président de la République est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature, d'autre part le statut des magistrats est fixé par une loi organique, enfin les magistrats du siège sont inamovibles. Ainsi la garantie de l'indépendance de l'autorité judiciaire est assurée concurremment par le président de la République, le Conseil supérieur de la magistrature, le législateur organique et le constituant lui-même. (...) En définitive, l'intervention du président de la République comme garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire n'est pas contraire au principe de séparation des pouvoirs à partir du moment où le principe de l'indépendance est posé par la Constitution, où l'intervention du Président dans la protection de cette indépendance est précisément encadrée et où la séparation des pouvoirs ne peut s'entendre comme la totale autonomie des titulaires de l'un de ces pouvoirs ».*

[815] VARAUT Jean-Marc, *V°* Indépendance, in *Dictionnaire de la justice,* préc., p. 625.

[816] Comme l'expliquent MM. Fabri et Langbroek, l'impartialité des juges est obtenue par le biais de leur l'indépendance qui peut être analysée sous deux points de vue : l'indépendance externe et l'indépendance interne. L'indépendance externe traite des mécanismes établis pour préserver l'indépendance des juges de toute influence indue provenant des parties au litige et aussi des autorités de l'Etat, comme le gouvernement et le pouvoir législatif. L'indépendance interne, quant à elle, traite des mécanismes établis pour préserver l'indépendance des juges contre toute pression venue ou qui provient de l'intérieur de l'autorité judiciaire, comme par exemple, des pressions exercées par un juge hiérarchiquement supérieur ou par le Conseil de justice : FABRI Marco and LANGBROEK Philip M., *Is there a right judge for each case? A comparative study of case assignment in six European countries*, préc., Judges' impartiality.

adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 17 novembre 2010 lors de la 1098e réunion des Délégués des Ministre, *in verbis :*

> *« 22. Le principe de l'indépendance de la justice suppose l'indépendance de chaque juge dans l'exercice de ses fonctions judiciaires. Les juges devraient prendre leurs décisions en toute indépendance et impartialité, et pouvoir agir sans restrictions, influences indues, pressions, menaces ou interventions, directes ou indirectes, de la part d'une quelconque autorité, y compris les autorités judiciaires elles-mêmes. L'organisation hiérarchique des juridictions ne devrait pas porter atteinte à l'indépendance individuelle ».*

235. Si les règles de fixation du service des juges originairement établies ouvraient la possibilité aux éventuels abus commis par les chefs de juridiction et présentaient donc des risques d'arbitraire, le système n'était pas structuré de façon adaptée pour garantir l'indépendance et l'impartialité des juges. Ainsi, la rédaction originale du Code de l'organisation judiciaire dans ce domaine n'apparaissait pas entièrement conforme au droit au procès équitable, prévu à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme[817]. L'efficience désirée par les règles de fixation du service des juges n'était pas de nature à justifier la possibilité de violation de ces principes majeurs. Le but d'efficience du système judiciaire ne se justifie que dans le *« respect des principes sans lesquels il n'y a pas de procès digne de ce nom »*[818].

Or, le manque de lisibilité et d'objectivité dans le cadre de la répartition des juges dans les différents services de la juridiction est de nature à porter atteinte au droit au procès équitable et à la légitimité du *processus* décisionnel. La procédure équitable doit être entendue au sens large et élargie à des questions qui relèvent du statut de la magistrature et de l'administration de la justice, comme l'indique l'inclusion du droit au procès équitable et du principe d'impartialité dans les articles L. 111-3 et L. 111-5 du Code de l'organisation judiciaire[819].

---

[817] Il faut rappeler que les droits prévus à la Convention européenne des droits de l'homme sont directement applicables devant les juridictions françaises (Cass. mixte, 24 mai 1975, Jacques Vabre, nº 73-13.556 : *AJDA* 1975. II. 567, note Boulouis) et ont une valeur supérieure aux lois internes, conformément à l'article 55 de la Constitution de la République française.
[818] CADIET Loïc, « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure », préc., p. 139.
[819] CADIET Loïc, « La qualité de la norme juridictionnelle », préc., p. 247.

236. Il faut alors prendre en compte la notion de légalité procédurale qui s'applique au-delà des seules procédures juridictionnelles[820] afin de vérifier l'adéquation des normes d'organisation judiciaire au concept. En effet, la légalité procédurale progresse en dehors de la loi et souffre l'impact de différentes sources – nationales et supranationales –, qui exigent *« la soumission d'un acte juridique, mais aussi d'une activité matérielle à la norme juridique, elle-même élargie au-delà de la loi formelle à l'ensemble de la normativité »*[821]. Sur le sujet, M. Cadiet clarifie l'expression qui n'est pas d'usage fréquent, *in verbis* :

> *« (...) comme la conformité à la loi, comprise au sens des règles des droits, quelle qu'en soit l'origine, sauf à préciser que la conformité peut être entendue aussi bien comme un état – ce qui est conforme – que comme un devoir être, ce qui doit être conforme. Et l'on devine alors qu'une réflexion sur la légalité procédurale en matière civile conduit à s'intéresser davantage sur devoir de légalité qu`à l'état de légalité. (...) Appliquée à la procédure, le principe de légalité renvoie alors au respect des normes procédurales et, a priori, cette légalité procédurale a pour destinataires tous ceux qui, à un titre ou à un autre, participent à la procédure de décision, les parties, certes mais aussi l'auteur de la décision, le juge singulièrement, et leurs auxiliaires respectifs. (...) S'il n'y a pas de procès sans procédure, il y a des procédures sans procès et, que la procédure donne lieu ou non à une décision juridictionnelle, c'est en toute hypothèse que la qualité de cette décision doit d'apprécier, non seulement au regard des règles de fond dont il a été fait application (la légalité matérielle), mais aussi au regard de la régularité de la procédure qui y a conduit (la légalité procédurale) »*[822].

Si les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme supposent l'existence d'un tribunal établi par la loi et d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil, ceci ne veut pas dire que les principes imposés par l'article ne sont pas valables en dehors des cas qui entrent dans son champ d'application, et spécifiquement dans la phase – préalable au jugement – d'affectation des juges dans les différents services des juridictions, comme l'explique la doctrine, *in verbis :*

> *« La raison en est que les exigences du procès équitable ne sont qu'une manifestation de l'équité procédurale. Ce qui est à l'œuvre, dans le droit au*

[820] V. CADIET Loïc, « La légalité procédurale en matière civile », préc., n° 14.
[821] GAUDEMET Y., *V°* Légalité (Principe de), *in* RIALS Stéphane et ALLAND Denis (dir), *Dictionnaire de la culture juridique,* PUF, 2003, *apud :* CADIET Loïc, « La légalité procédurale en matière civile », préc., n° 3.
[822] V. CADIET Loïc, « La légalité procédurale en matière civile », préc., n° 3.

procès équitable, ce n'est pas l'équité substantielle, traditionnellement conçue comme correctif de la règle de droit applicable à la solution matérielle du litige ; c'est l'équité du processus délibératif que constitue le procès dans la recherche de cette solution ; c'est la garantie que la décision prononcée par le juge le sera bien dans des conditions d'impartialité du juge, donc de juste distance entre celui-ci et les parties, répondant à l'exigence de validité universelle qui seule rend le jugement légitime et acceptable au regard du contrat social »[823].

Or, l'indépendance des juges et leur impartialité, ainsi que la contradiction et l'égalité des armes entre les parties, participent à la notion même de procès et expriment l'essence de tout procès. Ils constituent alors les principes fondamentaux de la procédure[824].

237. Il faut cependant se demander si la réforme mise en œuvre par le décret n° 2014-1458 était suffisante pour garantir l'indépendance des juges ou s'il est encore nécessaire d'approfondir les modifications du système français actuel d'affectation des juges pour qu'il soit conforme aux exigences du procès équitable. De prime abord, il est clair que la modification mise en place par ledit décret renforce la nécessité d'un vrai débat par l'assemblée générale des magistrats du siège sur le projet d'ordonnance concernant la répartition des juges présentée par le chef de juridiction, renforçant alors la démocratie interne des juridictions. Cependant, elle ne prévoit pas, selon la rédaction actuelle des articles R. 212-37-1 et R. 212-42-1 du Code de l'organisation judiciaire, la nécessité d'un avis conforme de l'assemblée générale en ce qui concerne l'affectation des juges. Le chef de juridiction détient encore des pouvoirs élargis dans le domaine. Les modifications apportées par le décret nº 2014-1458 du 8 décembre 2014 démontrent alors qu'il existe une grande résistance à la modification substantielle du système français d'organisation juridictionnelle. En fait, la non-prévision d'un avis conforme de l'assemblée générale des

[823] V. CADIET Loïc, « La légalité procédurale en matière civile », préc., n° 16.
[824] Comme l'avertit la doctrine, *« s'il existe depuis toujours des droits fondamentaux de la procédure, il est "inutile et inexact" de rechercher leur fondement dans le bloc de constitutionnalité. Ce n'est pas parce qu'ils ont une valeur constitutionnelle que certains principes directeurs du procès sont fondamentaux ; c'est parce qu'ils sont fondamentaux qu'ils peuvent se voir reconnaître une valeur constitutionnelle : la constitutionnalisation n'est pas le passage obligé de leur fondamentalité »* : CADIET Loïc, « La légalité procédurale en matière civile », préc., n° 20.

magistrats du siège indique la force de ceux qui sont favorables au maintien de la souplesse et de la hiérarchie dans l'affectation des juges par le chef de juridiction[825].

238. La souplesse dans l'organisation juridictionnelle présente néanmoins des risques d'arbitraire qui doivent être réduits. La réforme du système, même progressive, doit ainsi être réalisée en obéissance aux instruments internationaux de protection des droits fondamentaux. Une telle réforme pourrait être accomplie en renforçant l'information préalable à l'adoption de l'ordonnance de roulement et par l'amélioration du débat sur l'affectation des juges, finalités visées par le décret nº 2014-1458.

Le renforcement de la démocratie interne des juridictions pourrait ensuite être obtenu par l'exigence d'un avis conforme de l'assemblée générale des magistrats du siège à propos de l'affectation des juges. Les choix du chef de juridiction seraient ainsi contrôlés par ses pairs. En fait, l'une des propositions présentées par le groupe de travail présidé par Didier Marshall[826] était justement le contrôle effectif de l'assemblée générale des magistrats du siège sur l'ordonnance de roulement.

---

[825] La non-prévision d'un avis conforme de l'assemblée générale des magistrats du siège par le décret nº 2014-1458 du 8 décembre 2014 démontre aussi comment les chefs de juridiction sont très opposés et même hostiles à une rigidification de leur pouvoir d'affectation, dans la mesure où cela leur semble trop contraignant dans la perspective d'une gestion efficiente de ressources humaines. En effet, ils veulent avoir une marge de manœuvre qui leur permet de régler des situations difficiles ou de faire des remplacements, la souplesse du système actuel étant considérée comme nécessaire au bon fonctionnement d'une juridiction. Les juges, par contre, seraient davantage partisans d'un système d'affectation plus objectif et transparent, le Syndicat de la magistrature – qui représente moins de 30% des magistrats – est même favorable *« à élection des chefs de juridiction, à un accroissement des pouvoirs des assemblées générales, à la nomination par décret à toutes les fonctions spécifiques du siège et à une vrai réforme de l'évaluation prenant en compte la qualité du service rendu aux justiciables. Par ailleurs, le Syndicat de la magistrature ayant toujours soutenu le principe de l'élection des chefs de juridiction, leurs mandats seraient évidemment de durée limitée et limités également dans leur nombre. (...) Il est en effet inutile de prévoir des garanties nouvelles de transparence au moment de la nomination d'un magistrat si l'organisation des juridictions permet de leur retirer leurs attribution du jour au lendemain » :* V. *Observations du Syndicat de la magistrature sur le projet d'adaptation des règles statutaires applicables aux magistrats*, disponible sur http://www.syndicat-magistrature.org/Observations-du-Syndicat-de-la,1323.html, consulté le 11 décembre 2015.

[826] Le rapport Marshall a proposé une ample discussion sur les décisions concernant le fonctionnement des juridictions, l'avis de l'assemblée générale des magistrats du siège pour toutes les questions indiquées dans les articles R. 212-37 et R. 312-42 devant être précédé par un débat auprès du conseil de juridiction et de la commission restreinte de l'assemblée générale des magistrats du siège dont des avis préalables seraient demandés, la discussion de ces matières par des organes plus réduits permettant aussi une plus ample et profond débat sur les matières : V. MARSHALL Didier (dir.), *Les juridictions du XXI^e siècle : Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, préc., p. 4. – V. *supra,* nº 215 s.

Pourtant, l'exigence d'un avis conforme ne garantira pas nécessairement l'indépendance du juge, surtout si l'on considère que l'assemblée générale des magistrats du siège peut prendre des décisions politiques et que les choix peuvent résulter d'arrangements et accords et que des juges peuvent en subir les préjudices. Dans un processus progressif de réforme, surtout de réforme de mentalité, la subjectivité du chef de juridiction pourrait ainsi être remplacée par l'adoption de règles prédéterminées, objectives et transparentes de fixation du service des juges afin de garantir l'observance des principes fondamentaux du procès. Il faut sortir d'un système qui se présente comme une *« boîte noire et secrète »*[827], peu lisible pour les justiciables et pour les propres membres de la juridiction. La transparence et la lisibilité de l'organisation juridictionnelle, obtenues par l'adoption de règles préconnues, prédéterminées et objectives, seront alors en mesure de protéger l'indépendance et donc, l'impartialité des juges, comme le soutient une partie de la doctrine française, *in verbis :*

> *« On sait très bien que les conditions dans lesquelles un juge est nommé et affecté à l'intérieur d'un tribunal à telle ou telle tâche et se voit confier ou non telle ou telle affaire, répondent à des logiques qui gagneraient à être rendues plus publiques et à faire davantage l'objet de contrôle. Je pense qu'il faut s'orienter vers une objectivisation la plus radicale possible, et quand on ne peut pas le faire, il est nécessaire que les raisons qui amènent à effectuer tel ou tel choix soient tout à fait transparents. (...) Le problème réside dans la préexistence des mécanismes d'affectation, la transparence et la lisibilité, et les recours et sanctions en cas de violations »*[828].

Il est certain que l'adoption de règles objectives et prédéterminées de répartition des juges rigidifie le système et que *« la souplesse d'un système a aussi ses avantages et il peut exister une dictature des principes fondamentaux »*[829]. Pourtant, si la souplesse et la hiérarchie présentent des risques d'arbitraire, la modification du système s'avère impérative. Des règles objectives et transparentes de fixation du service des juges doivent être établies par le droit positif français de manière à ce que l'impartialité et

[827] DALLE Hubert, « Administration de la justice et acte juridictionnel », préc., p. 99.
[828] DALLE Hubert, « Administration de la justice et acte juridictionnel », préc., p. 104.
[829] JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., p. 42.

l'indépendance des juges soient protégées et que le choix des magistrats soit plus largement pris en considération.

239. Nous pourrions alors toutefois nous demander si la modification radicale du système d'organisation judiciaire français serait acceptée par les propres intéressés. La modification doit alors être amplement débattue et plus qu'une réforme de normes, une transformation de mentalité est nécessaire. Nonobstant, les principes fondamentaux de la procédure et les normes européennes et supranationales exigent la modification du système français actuel. L'impartialité et l'indépendance des juges seraient néanmoins encore plus garanties si des voies de contrôle sur ces décisions étaient également prévues par le législateur.

B. - Pour le contrôle des décisions concernant la fixation du service des juges

240. L'adoption de règles objectives, transparentes et prédéterminées de répartition des juges dans les différents services de la juridiction n'est pas suffisante pour garantir l'indépendance des juges car des violations, volontaires ou non, peuvent toujours être commises. En effet, le système judiciaire existe justement en raison des violations du droit et des incertitudes qui peuvent exister dans certaines situations. La réforme des règles d'affectation des juges doit alors être accompagnée par la prévision de voies de contrôle par la commission restreinte de la juridiction (I) et par le Conseil supérieur de la magistrature (II).

I. - Le contrôle de l'affectation des juges par la commission restreinte de la juridiction

241. Comme nous l'avons indiqué précédemment, l'exigence expresse d'un avis conforme de l'assemblée générale des magistrats du siège par rapport à l'affectation des juges pourrait garantir que les débats et conclusions dudit organe collégial soient nécessairement suivis par le chef de juridiction. Par conséquent, la répartition des juges

dans les différents services serait alors déterminée de manière démocratique car la subjectivité du chef de juridiction serait contrôlée par ses pairs en faveur de l'indépendance des juges. Il faut pourtant tenir compte que, dans certaines juridictions, l'assemblée générale des magistrats du siège est beaucoup trop nombreuse pour être un lieu pertinent de décision efficace concernant les actes d'organisation juridictionnelle.

Nous pourrions ainsi imaginer la modification du système actuel afin que le chef de juridiction, en appliquant les règles préétablies, puisse être compétent pour faire des propositions sur l'affectation des juges. Dans ce nouveau système, le président de la juridiction communiquerait à la commission restreinte de l'assemblée générale des magistrats du siège ses propositions concernant l'affectation des juges. Ladite commission donnerait alors son avis sur l'observance des règles objectives et prédéterminées sur la matière. Ensuite, les propositions du chef de juridiction, accompagnées de l'avis de la commission, seraient soumises à l'appréciation de l'assemblée générale qui donnerait son avis conforme.

Dans les cours d'appel[830], les tribunaux de grande instance[831] et les tribunaux d'instance[832], il appartient à la commission restreinte, présidée par le président de

[830] V. l'article R. 312-27 du Code de l'organisation judiciaire français, *in verbis : « La cour d'appel se réunit en assemblée générale dans les conditions prévues à la présente section selon l'une des formations suivantes : 1° L'assemblée des magistrats du siège ; 2° L'assemblée des magistrats du parquet ; 3° L'assemblée des magistrats du siège et du parquet ; 4° L'assemblée des fonctionnaires du greffe ; 5° L'assemblée plénière des magistrats et des fonctionnaires. L'assemblée plénière des magistrats et des fonctionnaires comporte une commission plénière. L'assemblée des magistrats du siège, l'assemblée des magistrats du parquet, l'assemblée des magistrats du siège et du parquet et l'assemblée des fonctionnaires du greffe comportent une commission restreinte ».*

[831] Selon l'article R. 212-22 du Code de l'organisation judiciaire, dans les tribunaux de grande instance comportant un effectif d'au moins vingt magistrats, l'assemblée des magistrats du siège comportent une commission restreinte.

[832] V. l'article R. 222-10 du Code de l'organisation judiciaire, *in verbis : « Le tribunal d'instance se réunit en assemblée générale dans les conditions prévues à la présente section selon l'une des formations suivantes : 1° L'assemblée des magistrats du siège, dans les tribunaux d'instance dont le service est assuré par au moins trois magistrats du siège ; 2° L'assemblée des magistrats du siège et du parquet, dans les tribunaux d'instance dont le service est assuré par au moins trois magistrats du siège ; 3° Les assemblées des fonctionnaires du greffe, dans les tribunaux d'instance comportant un effectif d'au moins dix fonctionnaires ; dans les autres tribunaux d'instance, il n'est tenu une assemblée des fonctionnaires du greffe que si la moitié des effectifs le demande ; 4° L'assemblée plénière des magistrats et des fonctionnaires. L'assemblée plénière des magistrats et des fonctionnaires comporte une commission plénière. Chacune des autres assemblées peut constituer une commission restreinte ».*

l'assemblée dont elle émane et composée de membres élus de l'assemblée[833], la préparation des réunions de l'assemblée générale, faisant connaître au président ses avis et proposition sur les projets qui seront soumis à l'assemblée[834]. Il nous semble alors que, selon ses attributions actuelles et du fait d'être un organe composé de membres élus et de taille plus réduite, la commission restreinte pourrait exercer le contrôle préalable d'observance de la proposition du chef de juridiction concernant les règles préétablies d'affectation des juges[835].

L'indépendance des juges serait encore plus protégée si les magistrats pouvaient recourir au Conseil supérieur de la magistrature en cas de violation des règles de fixation du service dans la juridiction.

II. - Le contrôle par le Conseil supérieur de la magistrature

242. Si les attributions actuelles du Conseil supérieur de la magistrature se limitent à la discipline et à son intervention dans la nomination des magistrats (a), des modifications dans le droit positif pourraient lui conférer la compétence de contrôler les décisions concernant la répartition des juges dans les services de la juridiction de manière à assurer l'indépendance des juges (b).

a) Bref historique et attributions actuelles du Conseil supérieur de la magistrature français

243. Le Conseil supérieur de la magistrature apparaît pour la première fois en France avec la loi du 31 août 1883. A l'époque, il s'agit d'une formation de la Cour de cassation

[833] Conformément aux articles R. 212-55, R. 222-36 et R. 312-62 du Code de l'organisation judiciaire français.
[834] V. les articles R. 212-57, R. 222-38 et R. 312-64 du Code de l'organisation judiciaire français.
[835] Il faut consigner que la commission permanente ne serait pas la plus adéquate pour exercer ce contrôle, vu qu'elle prépare les réunions de l'assemblée plénière et donne avis et propositions sur les projets de décisions qui feront l'objet d'échanges de vues de l'assemblée plénière, selon l'article R. 222-35 du Code de l'organisation judiciaire, l'affectation des juges étant soumis à l'assemblée générale des magistrats du siège.

qui statuait, toutes chambres réunies, en matière de discipline des magistrats[836]. Le Conseil devient un organe constitutionnel autonome avec la Constitution du 27 octobre 1946, et est responsable de la discipline et de l'indépendance des magistrats ainsi que de l'administration des tribunaux judiciaires, fonction qu'il n'exercera jamais, notamment parce que les moyens nécessaires ne lui ont jamais été accordés. Le Conseil supérieur de la magistrature de 1946 était donc une juridiction d'ordre disciplinaire qui se substituait à la Cour de cassation et un organe administratif qui intervenait dans les nominations des magistrats du siège[837]. Il présentait au Président de la République les noms des magistrats du siège susceptibles d'être nommés[838].

244. La Constitution du 4 octobre 1958 a réformé l'institution dans sa composition et ses attributions. Selon son article 64, le président de la République est le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire et est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature. Le Conseil supérieur de la magistrature avait le pouvoir de faire des propositions pour nommer des magistrats du siège à la Cour de cassation et pour celles des premiers présidents des cours d'appel. Il émettait des avis qui ne revêtaient aucun caractère conforme, dans les conditions fixées par la loi organique, sur les propositions du ministre de la Justice relatives aux nominations des autres magistrats du siège. Il était consulté sur les grâces, statuant seul comme conseil de discipline des magistrats du siège,

[836] MCKEE Jean-Yves, « Le Conseil supérieur de la magistrature, siégeant comme conseil de discipline des magistrats du siège, et l'article 6, conv. EDH », in *Le juge entre deux millénaires : Mélanges offerts à Pierre Drai,* Dalloz, 2000, p. 90. Comme explique l'auteur*, « cette haute origine juridictionnelle du CSM, malgré les évolutions de l'institution née en 1946, se fait toujours sentir. Rappelons, en effet, que lorsqu'il se réunit comme instance disciplinaire des magistrats du siège, ses membres abandonnent le Quai Branly pour les locaux de la Cour de cassation et que les débats se déroulent alors non sous la présidence du Président de la République ou du garde des Sceaux mais sous celle du Premier président de notre Cour suprême ».*

[837] V. BETOULLE Jerôme, *V°* Magistrat, in *Répertoire de procédure civile*, préc., n° 351, *in verbis : « Les attributions du CSM de 1946 en faisaient tout à la fois une juridiction d'ordre disciplinaire qui se substituait à la Cour de cassation et un organe administratif intervenant dans les nominations des magistrats, ce qu'il n'a depuis jamais cessé d'être, même si certains auteurs le qualifient dorénavant d'autorité constitutionnelle indépendante, dénomination dont on peut se demander cependant si elle est véritablement compatible avec le contrôle qu'exerce le Conseil d'Etat sur ses décisions. Il est à noter que l'article 84 de la Constitution de 1946 prévoyait que le CSM assurerait, outre la discipline et l'indépendance des magistrats, l'administration des tribunaux, fonction qu'il n'exercera jamais, notamment parce que les moyens nécessaires ne lui furent pas attribués ».*

[838] Présidé par le Président de la République, le Garde de sceaux étant le vice-président, le Conseil supérieur de la magistrature était composé à l'époque outre six membres élus par l'Assemblée nationale, de quatre magistrats élus par leurs pairs et de deux membres désignés, au sein des professions judiciaires, par le Président de la République, conformément aux articles 83 et 84 de la Constitution du 27 octobre 1946.

présidé alors par le premier président de la Cour de cassation[839].

La composition et les attributions du Conseil établis par le Constituant de 1958 ont suscité des critiques car tous ses membres étaient désignés par le Président de la République qui, bien que garant constitutionnel de l'indépendance de l'autorité judiciaire, est l'une des composantes du Pouvoir exécutif. De plus, les attributions du Conseil en matière de nomination demeuraient restreintes lorsqu'il se manifestait par un avis qui ne liait pas le gouvernement dans la plupart des cas. Finalement, le Conseil supérieur de la magistrature n'avait aucune attribution à l'égard des magistrats du parquet qui dépendaient, d'une part, d'une commission de discipline et, d'autre part, d'une commission consultative pour leurs nominations alors même que l'unité du corps judiciaire résultait clairement de l'article 1er de l'ordonnance statutaire du 22 décembre 1958[840].

245. La loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 et la loi organique du 5 février 1994 ont profondément réformé l'institution issue de la Constitution de 1958. Deux formations ont été créées, l'une compétente à l'égard des magistrats du siège, l'autre à l'égard des magistrats du parquet. Cependant, le Conseil était toujours présidé par le Président de la République et le garde des Sceaux en assurait la vice-présidence. Toutefois, les six magistrats qui composent chacune des formations étaient dorénavant élus[841]. Le Conseil était, en outre, composé de quatre membres communs aux deux formations, désignés par le Président de la République, les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat et par l'assemblée générale du Conseil d'Etat.

---

[839] Si la rédaction originale de la Constitution de 1958 a nommé le Président de la République et le garde des Sceaux, respectivement, comme le président et le vice-président du Conseil supérieur de la magistrature, neuf membres passent à être désignés par le chef de l'Etat, conformément à la rédaction originale de l'article 65 de la Constitution du 4 octobre 1958.

[840] BETOULLE Jerôme, *Vº* Magistrat, in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, septembre 2011, nº 352.

[841] Cinq magistrats du siège et un magistrat du parquet pour le Conseil compétent à l'égard des magistrats du siège et cinq magistrats du parquet et un magistrat du siège pour le Conseil compétent à l'égard des magistrats du parquet. Ce système symbolise l'unité du corps judiciaire. Comme explique la doctrine, *in verbis : « Là encore, la présence d'un magistrat du parquet dans la formation compétente à l'égard des magistrats du siège et d'un magistrat du siège dans la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet symbolise l'unité du corps judiciaire »* : BETOULLE Jerôme, *Vº* Magistrat, in *Répertoire de procédure civile,* préc., nº 362.

Cette réforme a renforcé les prérogatives du Conseil, désormais habilité à faire des propositions pour nommer des magistrats du siège à la Cour de cassation, pour celles des premiers présidents des cours d'appel et pour celles des présidents de tribunal de grande instance. Enfin, la formation du Conseil compétente à l'égard des magistrats du parquet se voyant attribuer un pouvoir d'avis simple, favorable ou non-favorable, pour toutes les nominations des magistrats du parquet, à l'exception de ceux dont les emplois sont pourvus en Conseil des ministres, procureur général près la Cour de cassation et procureurs généraux près la cour d'appel[842].

246. La loi constitutionnelle n° 2008-274 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^{ème} République est allée encore plus loin dans la voie de la réforme du Conseil supérieur de la magistrature[843]. Si auparavant le Conseil était présidé par le Président de la République, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a mis fin à cette situation afin de mieux assurer l'indépendance du Conseil à l'égard du pouvoir politique.

Avec la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, la formation du Conseil supérieur de la magistrature à l'égard des magistrats du parquet donne un avis simple pour les nominations des procureurs généraux, lesquelles étaient décidées en Conseil des

[842] Le Conseil supérieur de la magistrature critique pourtant les compétences du ministre de la Justice concernant les nominations des magistrats, comme l'explique la doctrine, *in verbis : « (...) le CSM a estimé que l'actuel partage des compétences entre le ministre de la Justice et lui-même dans les procédures de nomination des magistrats devait être modifié dans le sens d'une extension des pouvoirs du Conseil supérieur, et ce afin de mieux garantir l'indépendance de l'autorité judiciaire. Selon lui, deux niveaux de réforme sont à envisager : soit l'alignement de la procédure de nomination des magistrats du parquet sur celle des magistrats du siège, alignement déjà revendiqué dans trois rapports d'activité précédents (Rapport 1998, p. 43 et 44. – Rapport 2001, p. 49 à 51. – Rapport 203-2004, p. 38), soit une réforme plus ambitieuse qui consisterait, dans son principe, à inverser l'actuelle répartition des rôles entre le ministère de la Justice et le CSM en conférant à ce dernier le pouvoir de proposition pour toutes les nominations de magistrats et pas seulement pour les plus importantes. 375. Le CSM a noté à cette occasion qu'un tel système était, à quelques variantes près, celui qui était en vigueur dans la plupart des pays et que son adoption en France marquerait un changement profond de l'institution, d'abord dans l'ordre symbolique des positions de pouvoir respectives du ministère de la Justice et du Conseil supérieur de la magistrature, mais aussi quant à la nature, aux responsabilités et au fonctionnement du Conseil »* : BETOULLE Jerôme, *V° Magistrat*, in *Répertoire de procédure civile*, préc., n° 374 à 376.

[843] La loi d'application de cette révision constitutionnelle, la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010, modifie la loi organique du 5 février 1994, relative au Conseil supérieur de la magistrature, autant que certaines dispositions de l'ordonnance statutaire du 22 décembre 1958. Elle a été complétée par le décret n° 2010-1637 du 23 décembre 2010 modifiant le décret du 9 mars 1994 relatif au Conseil supérieur de la magistrature : BETOULLE Jérôme, *V° Magistrat*, in *Répertoire de procédure civile*, préc., n° 354.

ministres[844]. L'article 7 de la loi organique nº 2016-1090 du 8 août 2016 a en effet modifié l'article 1er de l'ordonnance nº 58-1136 du 28 novembre 1958 et a supprimé de la liste des hauts fonctionnaires nommés par décret en Conseil des ministres les emplois de procureur général près la Cour de cassation et de procureur général près la cour d'appel, seul le procureur général près la Cour des comptes restant soumis à la procédure de décret en conseil des ministres.

De plus, le nouvel article 65 de la Constitution prévoit trois formations en son sein : la formation compétente à l'égard des magistrats du siège, présidée par le premier président de la Cour de cassation pour leur discipline et aussi pour leur nomination, remplaçant dans cette mission le Président de la République ; la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet, présidée par le procureur général près la Cour de cassation, compétente, à présent, pour la discipline et nomination des magistrats du parquet ; et la formation plénière, présidée par le premier président de la Cour de cassation, compétente pour connaître des demandes formulées soit par le Président de la République, dans son rôle de garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, soit par le garde des Sceaux, ministre de la Justice, sur les questions énumérées par l'article 65 de la Constitution[845].

---

[844] Cependant, cette procédure de nomination était critiquée, comme l'explique la doctrine, *in verbis : « Cette procédure de nomination était critiquée dans la mesure où elle subordonnait la proposition du Conseil supérieur de la magistrature à une délibération du Conseil des ministres avant signature du décret par le Président de la République. Voilà pourquoi en novembre 2013, la commission pour la modernisation du ministère public, présidée par Jean-Louis Nadal, avait proposé de retirer les procureurs généraux de la liste des emplois auxquels il est pourvu en Conseil des ministres. Elle faisait découler cette modification de son souhait de transférer au Conseil supérieur de la magistrature le pouvoir de proposer directement au Président de la République la nomination du procureur général près la Cour de cassation et des procureurs généraux près une cour d'appel, rendant sans objet une délibération en conseil des ministres d'une nomination qui de toute façon était proposée par le Conseil supérieur de la magistrature, organe constitutionnel »* : BRICARD Pierre, « Indépendance et impartialité des magistrats : ce qui change dans le recrutement, la nomination, l'avancement et la déontologie (première partie) », *Lexbase Hebdo – Edition professions,* 15 septembre 2016, nº 223, pp. 22-23, disponible sur http://www.lexbase-academie.fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/search/index/68fc5526afdcc9b23c48805e820840b0, consulté le 14 février 2017.

[845] Les personnalités extérieures à la magistrature qui composent le Conseil sont maintenant huit. Les magistrats restent, par conséquent, en situation de minorité au sein du Conseil dans les formations compétentes pour les nominations et en situation de parité dans les formations disciplinaires. Selon l'article 65 de la Constitution, lorsque la formation compétente à l'égard des magistrats du siège statue comme conseil de discipline, elle comprend, outre ses membres habituels, le magistrat du siège appartenant à la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet. De même, quand la formation du Conseil compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis sur les sanctions disciplinaires qui les concernent, elle comprend le magistrat du parquet appartenant à la formation compétente à l'égard des

En outre, la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a ouvert la saisine disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature aux justiciables[846]. Deux commissions d'admission des requêtes compétentes respectivement pour les magistrats du siège et pour les magistrats du parquet ont été instituées par la loi du 22 juillet 2010[847]. De plus, le Conseil supérieur de la magistrature se réunit en formation plénière pour répondre aux demandes d'avis formulées par le Président de la République au titre de l'article 64. Il se prononce, dans la même formation, sur les questions relatives à la déontologie des magistrats ainsi que sur toute question relative au fonctionnement de la justice dont le saisit le ministre de la Justice[848].

---

magistrats du siège. Comme l'explique la doctrine, *« cette composition rétablit, du moins en théorie, la parité en matière disciplinaire entre magistrats et non-magistrats »* : BETOULLE Jerôme, *V°* Magistrat, in *Répertoire de procédure civile,* préc., n° 365. Ainsi, la composition actuelle du Conseil ne respecte pas l'avis n° 10 (2007) du Conseil Consultatif de Juges Européens (CCJE) à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le Conseil de la Justice au service de la société, Strasbourg, 21-23 novembre 2007, § 18, *in verbis: « Quand sa composition est mixte (juges et non juges), le CCJE considère que pour éviter toute manipulation ou pression indue, le Conseil de la Justice doit compter une majorité substantielle de juges élus par leurs pairs ».* Toutefois, la Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe (2010-12) propose la parité comme minimum, cette Recommandation ayant plus de valeur normative que l'avis du CCJE.

[846] Conformément à l'article 50-3 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, avec la rédaction donnée par la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010, la saisine du Conseil supérieur de la magistrature reste limitée aux hypothèses où une faute disciplinaire est susceptible d'avoir été commise par le magistrat, dans l'exercice de ses fonctions et à l'occasion d'une procédure judiciaire le concernant.

[847] Conformément à l'article 18 de la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature, dans la rédaction donnée par la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010, ces commissions sont composées de deux magistrats et de deux personnalités non-magistrats désignés, chaque année, par le président de la formation. Pour des raisons d'impartialité, ces membres ne peuvent participer à la formation siégeant en matière disciplinaire, dès lors qu'elle est saisie. La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège, lorsqu'elle statue en matière de discipline des juges, prononce directement la sanction, donnant ainsi au Conseil un caractère juridictionnel et ses décisions relevant donc du pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat. Pour ce qui concerne la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet, le Conseil émet un simple avis, le pouvoir de prononcer la sanction n'appartenant qu'au garde des Sceaux, sa décision pouvant faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat : V. BETOULLE Jérôme, *V°* Magistrat, in *Répertoire de procédure civile,* préc., n° 419-421.

[848] À cet effet, la formation plénière est présidée par le premier président de la Cour de cassation et composée des huit personnalités qualifiées et de six magistrats : trois des cinq magistrats du siège qui composent la formation compétente à l'égard des magistrats du siège, trois des cinq magistrats du parquet qui composent la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet, ainsi que le conseiller d'Etat, l'avocat et les six personnalités qualifiées – le Président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat désignant chacun deux personnalités qui n'appartiennent ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif, conformément à l'article 65, al. 2 et 8, de la Constitution de la République, avec la rédaction donnée par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

Afin de remplir l'ensemble de ses missions, le Conseil doit connaître de manière approfondie la situation de l'institution judiciaire. Aussi, en application de l'article 20 de la loi du 5 février 1994, chaque formation du Conseil supérieur peut charger un ou plusieurs de ses membres de missions d'information auprès de la Cour de cassation, des cours d'appel, des tribunaux et de l'Ecole nationale de la magistrature. La loi du 22 juillet 2010 prévoit aussi l'autonomie budgétaire du Conseil supérieur de la magistrature de manière à augmenter et garantir son indépendance.

247. Ces développements montrent que la composition et les attributions du Conseil supérieur de la magistrature ont été régulièrement modifiées au long de son existence. Ces réformes ont visé à promouvoir l'indépendance de l'organe constitutionnel[849] et, par conséquent, l'indépendance des magistrats, même si actuellement la question de l'ingérence du pouvoir exécutif continue à être débattue[850]. A présent, le Conseil supérieur de la magistrature détient des compétences en matière disciplinaire, dans les nominations des magistrats, exerçant, de plus, une fonction d'assistance du Président de la République, se prononçant aussi sur les questions relatives à la déontologie des magistrats, ainsi que sur toute question relative au fonctionnement de la justice dont le saisit le ministre de la Justice.

248. Cet organe français – l'un des plus anciens d'Europe – se situe néanmoins en retrait par rapport aux Conseils supérieurs de la plupart des pays occidentaux qui ont un *« rôle plus large dans l'administration ou le contrôle du fonctionnement de l'institution*

[849] CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, préc., p. 132, *in verbis : « Depuis sa création sous la IV^e^ République, l'histoire de cet organe se caractérise par l'accroissement de ses pouvoirs et de son autonomie par rapport au pouvoir exécutif ».*

[850] Commission Gouvernance de la justice, *Pour une administration au service de la justice*, préc., pp. 8-9, *in verbis : « Et comment l'indépendance institutionnelle de l'autorité judiciaire pourrait-elle être assurée quand les conditions de son indépendance budgétaire ne sont pas remplies, aujourd'hui encore, moins qu'hier, en raison des dérives de la loi d'organisation des lois de finances (LOLF) et de la révision générale des politiques publiques (RGPP) dont le pilotage tend à s'organiser de manière uniforme et centrale à partir du ministère de l'économie et des finances sans considération pour la singularité de cette fonction essentielle de l'État qu'est la justice ? Les grands principes sont une chose que tout le monde admet plus ou moins : qui oserait dire aujourd'hui qu'il n'est pas favorable à l'indépendance de la justice ? Mais la réalité de leur application quotidienne au sein même des juridictions et de l'institution judiciaire en est une autre, de nature à démentir les proclamations les plus appuyées. L'effectivité de l'indépendance de la justice s'observe plus sûrement dans la vie quotidienne de la justice qu'à la lecture des constitutions, des codes et des lois. C'est bien là que tout se joue ».*

judiciaire, notamment par un véritable pouvoir de gestion du corps judiciaire, par un pouvoir d'avis sur des projets de lois ou même par un pouvoir d'évaluation des besoins de la justice, de définition et de contrôle de l'allocation de la ressource »[851]. Cet organe constitutionnel d'importance pourrait jouer un rôle plus important dans la protection de l'indépendance des magistrats pour contrôler l'application des règles de fixation du service des juges en cas de contestation.

b) Un Conseil supérieur de la magistrature avec des fonctions renouvelées : pour le contrôle de la fixation du service des juges

249. Créé pour garantir l'indépendance des magistrats et organe autonome constitutionnel à la tête de l'ordre judiciaire de ce fait, le Conseil supérieur de la magistrature pourrait exercer le contrôle, en cas de contestation à propos des décisions concernant l'affectation des juges dans les différents services des juridictions. Pour exercer une telle fonction, il faudrait conférer au Conseil supérieur de la magistrature le contrôle du fonctionnement de l'institution judiciaire[852], comme le propose une partie de la doctrine, *in verbis :*

> *« L'administration judiciaire ne peut continuer à fonctionner sous un modèle hiérarchique qui donne, sans véritable contrôle, la quasi-totalité des pouvoirs d'organisation au président du tribunal. L'administration judiciaire doit être strictement encadrée. (...) Le juge doit pouvoir disposer d'un recours devant le Conseil supérieur de la magistrature, lorsqu'il estime qu'il a été porté atteinte à son indépendance. (...) Le problème réside dans la préexistence des mécanismes d'affectation, la transparence et la lisibilité, et les recours et sanctions en cas de violation »*[853].

---

[851] BETOULLE Jérôme, *V° Magistrat*, in *Répertoire de procédure civile,* préc., n° 416. – Comme l'affirme la doctrine, *in verbis : « En France, le CSM ne gère pas directement le corps judiciaire et ne reçoit aucune des attributions complémentaires que reçoivent les nouveaux Conseils dans le domaine de l'administration de la justice. Il n'est pas consulté sur son propre budget, et il est dépourvu de compétences pour s'exprimer tant sur le statut des magistrats que sur la pertinence de leur formation »* : V. KRIEGK Jean-François, « Les conseils supérieurs de justice, clé de voûte de l'indépendance judiciaire ? », *Recueil Dalloz* 2004, p. 2166.

[852] Au-delà du cadre actuel, où la saisine du Conseil supérieur de la magistrature reste limitée aux hypothèses quand une faute disciplinaire est susceptible d'avoir été commise par le magistrat, dans l'exercice de ses fonctions et à l'occasion d'une procédure judiciaire le concernant.

[853] DALLE Hubert, « Administration de la justice et acte juridictionnel », préc., pp. 102 et 104.

En effet, la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe préconise fortement l'accès des juges au Conseil de la justice ou à une autre autorité indépendante en cas de menace de leur indépendance[854]. Alors, dans la perspective de la recommandation et selon la systématique proposée dans le présent travail, lorsqu'un juge estime que les critères objectifs et prédéterminés d'affectation ont été violés, même après l'intervention de la commission restreinte et de l'assemblée générale des magistrats du siège dans leur rôle de contrôle, une voie effective de recours devrait être disponible. La contestation de l'affectation des magistrats dans les différents services de la juridiction devrait ainsi être exercée auprès du Conseil supérieur de la magistrature qui aurait le mot de la fin sur la question afin de garantir l'indépendance des juges[855].

250. Mot de la fin car, même si les décisions du Conseil supérieur de la magistrature en matière disciplinaire des juges ont un caractère juridictionnel, relevant donc du pouvoir en cassation devant le Conseil d'Etat, la haute juridiction administrative a toujours refusé de se déclarer compétente pour prendre des mesures touchant au fonctionnement du service public de la justice, y compris les ordonnances par lesquelles le chef de juridiction répartit les juges dans les différents services de la juridiction[856]. En effet, les décisions du Conseil supérieur de la magistrature sont, en principe, susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat. Cependant, les actes d'organisation juridictionnelle, y compris l'affectation des juges, appartiennent au fonctionnement du service public de la

[854] V. Recommandation CM/Rec (2010)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, *in verbis : « 8. Lorsque les juges estiment que leur indépendance est menacée, ils devraient pouvoir se tourner vers le conseil de la justice ou vers une autre autorité indépendante, ou disposer de voies effectives de recours ».*

[855] Nous pourrions nous demander si la Cour de cassation ne serait pas l'instance plus apte à exercer un tel contrôle. Nous ne le pensons pas. Tout d'abord, parce que l'affectation des juges est réalisée en dehors d'une procédure juridictionnelle donnée et ne touche pas directement des affaires en particulier. Nous pensons alors qu'il faut attribuer au Conseil supérieur de la magistrature l'importante attribution d'être le garant de l'indépendance des juges par son rôle de contrôle de l'affectation des magistrats.

[856] V. *supra,* nº 129. – BETOULLE Jerôme, *Vº* Magistrat, in *Répertoire de procédure civile,* préc., nº 419-421, *in verbis : « Par ailleurs, le Conseil d'Etat s'est érigé en juge de cassation des décisions du CSM lorsqu'il statue comme conseil de discipline (à caractère juridictionnel) des magistrats du siège en raison de la nature des litiges qui lui sont soumis et qui intéressent l'organisation du service public de la justice (arrêt L'Étang du12 juill. 1969, req. nº 72480, attribuant ainsi au conseil de discipline des magistrats du siège le caractère d'une juridiction administrative). Cette décision est à rapprocher de l'arrêt d'assemblée d'Aillières du 7 février 1947 (Lebon 50) qui a posé le principe selon lequel, en l'absence de dispositions législatives expresses contraires, le recours en cassation devant le Conseil d'Etat est toujours ouvert contre les décisions des juridictions administratives ».*

justice et sont intimement liés à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Par conséquent, au nom de l'autonomie de l'autorité judiciaire et de l'autonomie de la fonction qu'elle exerce, le Conseil d'Etat se déclare incompétent pour exercer tout contrôle dans ce domaine[857].

Par les raisons indiquées ci-dessus, dans le système proposé dans le présent travail, la décision prise par le Conseil supérieur de la magistrature à propos du respect des critères objectifs, prédéterminés et transparents de fixation des juges ne serait pas contrôlée par un autre organe. Il semble néanmoins que les modifications proposées sont déjà importantes et suffisantes pour garantir l'indépendance des juges si l'on considère que la décision de l'organe constitutionnel doit avoir une légitimité suffisante pour s'imposer aux chefs de juridiction, comme l'indique le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe[858].

251. La fixation du service des juges doit donc être progressivement encadrée et contrôlée de manière à garantir l'indépendance des juges. Le Conseil supérieur de la magistrature pourrait remplir ce rôle important. A ce titre, il faut cependant modifier le droit positif de manière à ce que cette fonction et mission importante soit expressément prévue dans la Constitution[859]. Nous passerions ainsi d'un système où toute l'organisation juridictionnelle reste sous le contrôle du chef de juridiction à un autre modèle plus objectif, prédéterminé et transparent.

Pourtant, plus que la modification du droit positif, il faut une transformation de la

[857] V. *supra,* nº 129 s.

[858] V. Exposé des motifs de la Recommandation CM/Rec (2010)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, *in verbis : « 15. Lorsque le conseil de la justice est un organe constitutionnel, de même niveau que le pouvoir législatif ou exécutif, ou lorsqu'une autre autorité indépendante dispose des mêmes compétences, une déclaration du conseil ou de l'autorité suffit normalement à protéger l'indépendance d'un juge. Dans d'autres cas, l'indépendance du juge peut être garantie par un recours juridique devant des tribunaux supérieurs ou une autre autorité, par exemple le président du tribunal, ayant compétence pour protéger l'indépendance judiciaire de toute intervention externe venant éventuellement d'autres pouvoirs de l'Etat (paragraphe 8 de la recommandation) ».*

[859] En effet, les attributions du Conseil supérieur de la magistrature sont prévues dans l'article 65 de la Constitution française et la loi organique ne détermine que les conditions d'application dudit article, conformément au texte de la norme. Ainsi, la prévision d'une nouvelle mission du Conseil supérieur de la magistrature doit nécessairement être établie dans la Constitution, une révision constitutionnelle se fait alors nécessaire si l'on veut conférer au Conseil le rôle de contrôle d'affectation des juges.

mentalité des acteurs atteints par une telle transformation, le maintien d'un chef de juridiction tout puissant en matière d'organisation juridictionnelle n'est pas compatible avec les principes fondamentaux. De plus, l'incidence des principes fondamentaux du procès et de l'administration judiciaire exige la modification des règles de distribution des affaires car le système actuel n'est pas plus en conformité avec les standards européens.

§ 2 : L'incidence des principes fondamentaux du procès sur l'organisation juridictionnelle : pour le renforcement de l'objectivité et de la transparence dans la distribution des affaires devant les juridictions judiciaires françaises

252. Les principes fondamentaux du juge naturel, d'impartialité des juges, d'égalité des justiciables devant la justice et du droit au procès équitable sur tout le *processus* décisionnel, y compris les actes d'organisation juridictionnelle, exigent la modification du système français actuel, afin d'empêcher que le juge choisisse ses dossiers ou que les parties choisissent leurs juges[860] (A). L'adoption de règles objectives, prédéterminées et transparentes de distribution des affaires s'avère alors un moyen pour garantir objectivement la transparence, l'impartialité et la légitimité de l'organisation juridictionnelle (B).

A. - Le rencontre entre les principes fondamentaux et l'attribution des affaires : l'objection au choix du juge par les parties et le choix des dossiers par les juges

253. Le point de rencontre entre les principes fondamentaux et l'organisation judiciaire est inéluctable aujourd'hui, ce qui n'était pas le cas auparavant[861]. Les actes

[860] V. *supra,* nº 223 s.

[861] Comme expliquait Emannuel Jeuland, *in verbis : « Le droit au juge naturel est une question de droit de l'homme qui suscite des réflexions abstraites et bien pensantes. L'organisation judiciaire est une matière bassement matérielle – ce n'est pas une question – qui est longtemps passée inaperçue et qui avait l'image d'un domaine ingrat et sans problème. Ce sujet n'opère cependant plus un grand écart car plusieurs évolutions sont venues rapprocher et même confronter les deux parties du sujet. Deux météorites de composition différentes entrent en contact et la chimie n'a pas encore opéré. Le sujet n'est pas tout à fait nouveau dans la mesure où un haut magistrat, Hubert Dalle, avait déjà, il y a quelques années, soupçonné une telle rencontre. Les principes fondamentaux de la procédure n'avaient pourtant pas encore pris l'ampleur hégémonique qu'ils ont aujourd'hui et restaient cantonnées à la procédure. L'ordonnance du 8 juin 2006 a, par ailleurs, ajouté un article L111-5 au code de l'organisation judiciaire qui oblige*

d'organisation juridictionnelle visent au bon fonctionnement de la juridiction. Par leur biais, le service public de la justice s'organise en interne, condition préalable pour l'exercice de la fonction juridictionnelle. S'il est clair que ces actes ne constituent pas des décisions juridictionnelles – ce sont, au contraire, des actes à caractère administratif pris par un juge –, ils ont cependant une influence indiscutable sur la fonction de juger parce que ces actes définissent l'organe juridictionnel qui prendra connaissance de l'affaire, ce qui aura donc une influence inévitable sur l'issue du procès.

Les règles d'attribution des affaires demeurent ainsi intimement liées à l'exercice de la fonction juridictionnelle. L'acte juridictionnel émis à la fin de la procédure ne sera conforme au droit au procès équitable que si la distribution des affaires est réalisée pour que le juge ne soit pas en mesure de choisir ses dossiers et que les parties au procès ne choisissent pas non plus leurs juges. Les règles de distribution des procès doivent alors être conformes aux principes d'égalité des justiciables devant la justice et du juge naturel afin que l'indépendance et l'impartialité des magistrats soient garanties, comme nous invite d'ailleurs à le penser la récente inclusion du droit au procès équitable et du principe d'impartialité des juges dans le Code de l'organisation judiciaire[862]. Comme le souligne une doctrine, le procès équitable doit être compris au sens large car il touche aux questions relevant de l'administration de la justice[863].

254. En France, le principe du juge naturel a été proclamé le 4 août 1789 lorsque l'Assemblée Constituante a aboli les privilèges, les juridictions seigneuriales et la

---

aujourd'hui à faire une telle recherche. Selon ces nouvelles dispositions : "l'impartialité des juridictions judiciaires est garantie par les dispositions du présent code". Certes, l'article suivant traite de la récusation et constitue une application directe de ce mot d'ordre. Il n'empêche que la formule est générale et s'applique à toute l'organisation judiciaire. A ce mouvement de textes, il faut ajouter une nouvelle approche de l'organisation. Des techniques managériales sont à l'œuvre pour organiser le travail judiciaire de manière efficiente et obtenir un résultat de qualité. Le développement d'une culture judiciaire européenne conduit également à s'interroger sur un système français qui avait fini par apparaître naturel. Une partie de nos voisins mettent en relation l'organisation judiciaire et les droits de l'homme depuis des décennies. Ils en font même un élément constitutif de la démocratie » : JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., pp. 33-34.

[862] V. les articles L. 111-3 (délai raisonnable) et L. 111-5 (impartialité) du Code de l'organisation judiciaire : V. *supra,* nº 235.

[863] CADIET Loïc, « La qualité de la norme juridictionnelle », préc., p. 247.

vénalité des offices. Dans l'année suivante, il a été consacré par les articles 16 et 17 de la loi des 16-24 août 1790, selon lesquels, *in verbis :*

> *« Article 16 : Tout privilège en matière de juridiction est aboli, tous les citoyens sans distinction plaident dans la même forme, devant les mêmes juges, dans les mêmes cas.*
> *Article 17 : L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi ».*

Toutefois, les articles 16 et 17 de la loi des 16-24 août 1790 n'ont pas de valeur constitutionnelle aujourd'hui, comme l'explique la doctrine :

> *« (...) d'autre part, il semble difficile d'élever, en lui-même, au niveau constitutionnel, le principe exprimé par les articles 16 et 17 de la loi des 16-24 août 1790. En effet, le Conseil constitutionnel n'est habilité à découvrir des principes à valeur constitutionnelle que s'ils figurent dans la Constitution de 1958 ou dans les textes auxquels se réfère le Préambule de celle-ci : la Déclaration des droits du 26 août 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946. Ainsi, ni la loi des 16-24 août 1790, ni la Constitution de 1791 ne peuvent servir de normes de référence, l'une parce qu'elle ne subsiste dans l'ordre juridique actuel qu'avec valeur législative, l'autre parce qu'elle est implicitement abrogée »*[864].

Le principe du juge naturel a été énoncé par la suite dans plusieurs Constitutions françaises[865] : dans la Constitution du 3 septembre 1791 (Titre III, Chapitre V, art. 4)[866], dans la l'article 204 de la Constitution du 5 fructidor An III (22 août 1795)[867], dans la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 (art. 62)[868], dans la Charte additionnelle de 1815 (art. 60)[869], dans la Charte constitutionnelle du 14 août 1830 (art. 53)[870] et dans la

[864] RENOUX Thierry Serge, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTD civ.* 1993, p. 38. – V. aussi : CLAY Tomas, *V°* Juge naturel, in *Dictionnaire de la justice,* PUF, 2004, p. 680.
[865] Il faut toutefois remarquer que les textes constitutionnels ne se réfèrent pas nécessairement à l'expression *juge naturel* et que, lorsqu'ils s'y réfèrent, la disposition constitutionnelle peut varier.
[866] La Constitution du 3 septembre 1791 établissait, *in verbis : « Les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi leur assigne, par aucune commission, ni par d'autres attributions et évocations que celles qui sont déterminées par les lois ».*
[867] L'article 204 de la Constitution du 5 fructidor An III affirmait, *in verbis : « Nul ne peut être distrait des juges que la loi lui assigne, par aucune commission, ni par d'autres attributions que celles qui sont déterminées par une loi antérieure ».*
[868] V. la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, *in verbis : « Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels ».*
[869] La Charte additionnelle de 1815 établissait, *in verbis : « Nul ne peut, sous aucun prétexte, être distrait des juges qui lui sont assignés par la loi ».*

Constitution républicaine du 4 novembre 1848 (art. 4)[871]. Pourtant, depuis 1848, aucune Constitution française n'a expressément prévu le principe du juge naturel. Les Constitutions du 4 octobre 1958, de 1946 et de 1852 sont muettes à cet égard, ainsi que les lois constitutionnelles de 1875. Le principe du juge naturel ne figure pas non plus dans le Code de procédure civile, ni dans le Code de procédure pénale, ni dans le Code de l'organisation judiciaire[872].

Toutefois, même s'il ne s'agit pas d'un principe de droit positif français, la doctrine en fait l'application par le biais du principe d'égalité, prévu par l'article 1er de la Déclaration de 1789 et par l'article 1er de la Constitution de 1958[873]. En effet, l'égalité en droit ou l'égalité devant la loi suppose l'égalité devant les juridictions chargées de dire le droit et impose la disparition des privilèges de juridiction et la consécration du principe du juge naturel. L'égalité devant la justice garantit alors à tous les justiciables un accès égal et un traitement égal devant les tribunaux.

255. Par le biais de ce principe d'égalité, le Conseil constitutionnel reconnaît celui du juge naturel. Dans l'affaire dite du *« juge unique »*, le Conseil a dû se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 398-1 du Code de procédure pénale, qui laissait au président du tribunal de grande instance la faculté de décider si ce tribunal serait composé d'un collège de trois magistrats ou d'un seul juge. Le Conseil a déclaré la règle non conforme à la Constitution du fait de la méconnaissance du principe d'égalité devant la justice, inclus dans le principe d'égalité devant la loi lorsque des affaires de même nature sont à juger *« ou par un tribunal collégial ou par un juge unique selon la décision du président de juridiction »*. Comme l'explique le Conseil constitutionnel, *« le respect de ce principe (d'égalité) fait obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des conditions semblables*

---

[870] Selon la Charte constitutionnelle du 14 août 1830, *« Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels ».*

[871] V. la Constitution républicaine du 4 novembre 1848, *in verbis : « Nul ne sera distrait de ses juges naturels. – Il ne pourra être créé de commissions et de tribunaux extraordinaires, à quelque titre et sous quelque dénomination que ce soit ».*

[872] RENOUX Thierry Serge, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », préc., p. 34.

[873] L'article 1e de la Constitution française de 1958 établit, *in verbis : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée ».*

et poursuivis pour les mêmes infractions soient jugés par des juridictions composées selon des règles différentes »[874].

Par cette décision, le Conseil constitutionnel n'a pas censuré la compétence du juge unique pour juger l'affaire, mais l'absence de règles prédéterminées concernant la formation de jugement connues à l'avance par les justiciables[875]. L'imprécision de la loi, qui ne donnait au président du tribunal aucune indication ou orientation pour guider son choix, a été jugée contraire au principe d'égalité devant la justice, comme l'explique Thierry Renoux, *in verbis :*

> *« En 1975, ce que condamne le Conseil constitutionnel, c'est le caractère très largement discrétionnaire du pouvoir attribué au chef de juridiction, de choisir, à son gré et sans critères objectifs, non seulement quels sont les délits mais surtout quelles sont les affaires qui seront examinées par une formation juridictionnelle différente de celle du droit commun, examinant la majorité des affaires »*[876].

Le Conseil constitutionnel a également déclaré non conforme à la Constitution une loi organique qui, sans garanties suffisantes, conférait au premier président d'une cour d'appel le pouvoir d'affecter de manière discrétionnaire des magistrats du siège auprès des juridictions judiciaires situées dans le ressort territorial de la cour, pour assurer le service d'un poste dont le titulaire est absent[877].

---

[874] Cons. const. n° 75-56 DC, 23 juill. 1975, *Rec. Cons. const.* p. 22, *in verbis : « considérant que des affaires de même nature pourraient ainsi être jugées ou par un tribunal collégial ou par un juge unique, selon la décision du président de la juridiction ; 4. Considérant qu'en conférant un tel pouvoir l'article 6 de la loi déférée au Conseil constitutionnel, en ce qu'il modifie l'article 398-1 du code de procédure pénale, met en cause, alors surtout qu'il s'agit d'une loi pénale, le principe d'égalité devant la justice qui est inclus dans le principe d'égalité devant la loi proclamé dans la Déclaration des Droits de l'homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution ; 5. Considérant, en effet, que le respect de ce principe fait obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions soient jugés par des juridictions composées selon des règles différentes ».*

[875] RENOUX Thierry S., « Le droit au juge naturel, droit fondamental », préc., pp. 56-57. Comme explique l'auteur, *in verbis* : *« Or, en l'occurrence, aucun de ces cas n'était déterminé, puisque le pouvoir ainsi reconnu au président du tribunal de choisir une formation de jugement, concernait toutes les affaires pénales soumises à sa juridiction. D'une juridiction à une autre, mais également à l'intérieur d'un même tribunal correctionnel, d'une audience à une autre, des justiciables poursuivis pour des infractions identiques auraient été jugés par un tribunal correctionnel composé tantôt de plusieurs magistrats, tantôt d'un seul d'entre eux ».*

[876] RENOUX Thierry S., « Le droit au juge naturel, droit fondamental », préc., p. 57.

[877] Cons. const. n° 80-123 DC, 24 oct. 1980, *Rec. Cons. const.* p. 24.

Ainsi, en règle générale, la jurisprudence ne fait pas référence directe au principe du juge naturel, mais au principe d'égalité devant la justice, dérivé du principe d'égalité devant la loi. Si l'expression *juge naturel* est toujours encore employée par les juges et citée dans quelques arrêts de la Cour de cassation, la référence concerne les compétences internationale ou interne et non pas spécifiquement l'organisation judiciaire[878]. Par conséquent, une partie de la doctrine affirme que le principe du juge naturel est incertain en droit français car il s'agit d'une simple extrapolation du principe d'égalité, et non pas un principe autonome[879]. Selon cette doctrine, d'après le droit positif actuel, ce principe n'aurait pas d'incidence sur la distribution des affaires qui est un simple acte d'administration judiciaire librement pris par chaque chef de juridiction.

256. Si en France l'attribution des affaires constitue une simple question d'organisation judiciaire – laissant la place à un pouvoir étendu du chef de juridiction –, la matière reçoit toutefois un traitement constitutionnel devant d'autres systèmes judiciaires, comme, par exemple, au Brésil[880] ou en Italie[881]. L'histoire politique de chaque pays oriente bien sûr la solution adoptée[882] – la constitutionnalisation du droit au juge ou non, la prévision constitutionnelle des règles de distribution des affaires – mais un constat s'avère cependant certain : le mode d'organisation juridictionnelle et, plus spécifiquement, les

[878] Voir, par exemple, Cass. 1re civ., 4 juillet 2012, n° 11-11.107. – Cass. com., 27 octobre 2009, n° 08-18.004. – Cass. 1re civ., 6 mai 2003, n° 01-01.774. – Cass. 1re civ., 20 janvier 2004, n° 01-00.415. – Paris, 2e ch., pôle 6, 24 juin 2010, n° S 09/10803.

[879] JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., p. 36. – MARSHALL Didier, GUYOMAR Mattias, CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, « Case assignment in French courts », préc., p. 192. Ceci ne signifie toutefois pas que ces auteurs approuvent la solution présentée par le droit positif en vigueur.

[880] V. *infra,* nº 290 s.

[881] La Constitution italienne de 1947 prévoit expressément le principe du juge naturel dans son article 25, selon lequel *« nul ne peut être distrait de ses juges naturels prévus par la loi »* (traduction libre). La distribution des affaires en Italie est confiée au Conseil supérieur de la magistrature qui en centralise l'organisation. Si le système italien évite qu'une affaire soit distribuée ou redistribuée volontairement à une chambre favorable à une partie, il contribue toutefois aux lenteurs de la la justice : JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., p. 37.

[882] Comme l'explique la doctrine, *« le souvenir d'un pouvoir dictatorial conduit à constitutionnaliser le droit au juge naturel dans plusieurs pays. On parle alors de jus de non evocando, de juge naturel ou de juge légal, ce qui signifie que le juge saisi d'une affaire à l'intérieur d'un tribunal doit être désigné selon des critères objectifs et ne doit pas être modifié arbitrairement en cours d'instance »* : JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., p. 36.

critères d'attribution des affaires qui peuvent être contraires aux principes d'impartialité et d'égalité[883].

257. Même si le principe du juge naturel – comme principe autonome – est incertain en droit français, d'autres principes sont néanmoins applicables. Le principe d'égalité devant la justice implique une triple identité : tous les justiciables ont droit d'être jugés de manière égale, devant les mêmes juridictions (identité de juridiction) qui statuent selon les mêmes règles de procédure (identité des règles de forme) et appliquent les mêmes règles de droit (identité de règles substantielles)[884]. Ainsi, *« toutes les affaires juridiquement de même nature doivent être jugées selon des juridictions strictement identiques et composées selon les mêmes règles »*[885].

De plus, l'exigence d'une identité de règles de procédure signifie que tous les justiciables doivent être soumis aux mêmes formes pour assurer l'égalité des armes. Ainsi, *« il est donc nécessaire que les règles de l'organisation judiciaire soient suffisamment précises et établies pour qu'elles ne dépendent pas des justiciables concernés »*[886] ou même, pouvons-nous ajouter, de la libre volonté des juges. Les règles d'attribution des affaires doivent être établies objectivement pour empêcher le choix du juge par les parties et le choix des dossiers par les juges, comme le recommande une partie de la doctrine, *in verbis* :

> *« Le système français est fondé sur la souplesse et la hiérarchie. Les chefs de juridiction, dans les juridictions administratives et judiciaires, sont responsables pour l'attribution des affaires. Le défaut du système consiste à ouvrir à l'une des parties la possibilité réduite de choisir son juge par la connaissance de l'ordonnance de roulement (et non pas devant les juridictions administratives) et par le fait que le chef de juridiction détient un pouvoir étendu et excessif qui peut être utilisé de manière abusive dans des hypothèses rares. Ainsi, le principe de préconstitution des juges devrait être considéré et des critères objectifs*

[883] JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., p. 36.
[884] RENOUX Thierry S., « Le droit au juge naturel, droit fondamental », préc., p. 39.
[885] RENOUX Thierry S., « Le droit au juge naturel, droit fondamental », préc., p. 54.
[886] CLAY Thomas, *V°* Juge naturel, in *Dictionnaire de la justice,* préc., p. 681.

d'attribution des affaires devraient être communiqués aux parties » (traduction libre)[887].

258. L'impartialité des juges est un élément consubstantiel à toute notion de justice et l'un des attributs du procès équitable, selon différentes sources, tant internationales – (article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme[888]) que françaises (article 341 du Code de procédure civile et article L.111-5 du Code de l'organisation judiciaire, ajouté par l'ordonnance du 8 juin 2006)[889]. En effet, la théorie des apparences issue de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme établit que toute juridiction doit se comporter de façon à ce que la justice soit rendue avec une apparente impartialité en admettant donc que le plaideur invoque toute circonstance de nature à engendrer un soupçon légitime de partialité[890].

L'attribution d'une affaire à un juge en particulier – en application des règles des articles R. 121-2 et R. 212-6, al. 2, du Code de l'organisation judiciaire français – pourrait néanmoins certainement entraîner un manquement au droit à un juge impartial[891], si l'on se réfère à ce que la Cour européenne des droits de l'homme a déjà décidé dans l'affaire *DMD Group c/ Slovaquie*[892], dans laquelle la Cour de Strasbourg a condamné la décision prise par un chef de juridiction de s'attribuer une affaire en exerçant ses pouvoirs administratifs pour la juger le même jour. Il faut alors admettre que le droit au

[887] MARSHALL Didier, GUYOMAR Mattias, CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, « Case assignment in French courts », préc., p. 212.
[888] V. *supra,* note nº 476.
[889] FRICERO Natalie, *V°* Impartialité, in *Dictionnaire de la justice,* préc., p. 607.
[890] FRICERO Natalie, *V°* Impartialité, in *Dictionnaire de la justice,* préc., p. 609. – V. *supra,* nº 239.
[891] CHOLET Didier, « Le contrôle de l´activité non juridictionnelle des juridictions », préc., p. 13.
[892] CEDH, 5 octobre 2010, *DMD Group c/ Slovaquie,* req. n° 19334/03. – PAULIAT Hélène, « Chronique de jurisprudence administrative 2010 », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 1 mars 2011 n° 2, p. 558. – CADIET Loïc, « La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédure », préc., p.120. – Journal des droits de l'homme, *Institut des droits de l'homme des avocats européens,* FAVREAU Bertrand (dir.), Supplément 10/2010, pp. 3-4, disponible sur http://www.idhae.org/pdf/previouslast.pdf, consulté le 3 octobre 2016.

juge naturel, au juge légal, est consacré par la Cour européenne des droits de l'homme[893], comme l'atteste ledit arrêt[894].

Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le droit à un *« tribunal établi par la loi »,* prévu à l'article 6 § 1 de la Convention, englobe aussi la régularité de la composition de la formation de jugement. Elle considère alors que l'indépendance judiciaire et la certitude légale de la primauté du droit exigent des règles claires, objectives et transparentes de distribution des affaires pour éviter toute apparence d'arbitraire dans ce domaine. Dans cette affaire, la Cour a conclu que la décision d'un chef de juridiction de s'attribuer une affaire en particulier – sans qu'une telle décision ait fait l'objet d'une mesure générale – n'était pas compatible avec l'article 6 § 1 de la Convention car elle violait le droit des parties d'être entendues par un tribunal *« établi par la loi ».*

[893] BERNABE Boris et CADIET Loïc, « Le procès équitable avant la Convention européenne des droits de l'homme », *in* CADIET Loïc, DAUCHY Serge et HALPERIN Jean-Louis (dir.), *Itinéraires d'histoire de la procédure civile. 1. Regards français,* Institut de recherche juridique de la Sorbonne Editions, 2014, p.148.

[894] V. CEDH, 5 octobre 2010, *DMD Group c/ Slovaquie,* req. n° 19334/03, *in verbis : « 65. La Cour observe que, comme responsable de l'organisation du travail dans le tribunal de district dans sa condition de président, le juge D. a agi comme un agent du Ministère de la justice exécutant l'administration judiciaire plutôt qu'un membre du judiciaire (voir paragraphes 40 et 41 ci-dessus). Toutefois, le juge D. était aussi impliqué dans l'affaire da la société réquerante en la décidant par sa condition de juge. 66. La Cour considère que, dans ces circonstances, l'importance prépondérante de l'indépendance judiciaire et de la certitude légale de la primauté du droit exige une clarté particulière des règles applicables en n'importe quelle affaire et pour la protection claire pour garantir l'objectivité et la transparence et, surtout, pour éviter toute apparence d'arbitraire dans la distribution des affaires particulières aux juges (voir dans ce sens Iwańczuk c. Poland (dec.), n° 39279/05, le 17 november 2009). (...) 68. La Cour observe aussi que les règles applicables, substantives et procédurales, étaient loin d'être exaustives (voir en particulier le paragraphe 39 ci-dessus) et donnaient une importante liberté au président de la juridiction en question. (...) 69. La Cour observe, de plus, que les modifications de l'ordonnance de roulement du Tribunal de district traitaient de la réorganisation du travail du Tribunal de manière générale – c'est-à-dire, d'après des critères généraux et sans identifier des affaires spécifiques (voir paragraphes 18 à 21 ci-dessus). La redistribution de l'affaire de la société réquerante, le 30 juin 1999, a pris la forme d'un décret et concernait cette affaire exclusivement. (...) Comme la décision du juge a complété la procédure et n'était pas susceptible de recours, la société réquerante était privée de la possibilité de soulever des objections. Même si cela ne constitue pas une question à part de la Convention dans les circonstances de l'affaire examinée, la société réquerante était ainsi empêchée de potentiellement contester le juge D. pour préjugé. 72. Les considérations précédentes sont suffisantes pour permettre à la Cour de conclure que la redistribution de l'affaire de la société réquerante au juge D., qui ensuite a décidé l'affaire, n'était pas compatible avec le droit de la société réquerante d'être jugée par un tribunal établi par la loi. Ceci est donc une violation à l'article 6 § 1 de la Convention »* (traduction libre de l'arrêt rendu exclusivement en anglais).

La situation était d'autant plus délicate car aucune voie de recours n'était ouverte pour contester l'acte. Ainsi, la Cour de Strasbourg a conclu que *« lorsque le fonctionnement d'une juridiction implique la réalisation d'actes présentant à la fois un aspect administratif et un aspect juridictionnel, les règles qui les encadrent doivent être particulièrement claires et des garanties doivent être mises en place pour éviter les abus. Cet abus peut être constitué quand la décision de réattribution d'une affaire résulte non pas d'une mesure générale, mais d'une décision individuelle »*[895].

259. De plus, il faut souligner que, pour garantir l'indépendance des juges, la Recommandation CM/Rec (2010) 12, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe[896] le 17 novembre 2010 lors de la 1098e réunion des Délégués des Ministres[897], a affirmé que le principe d'indépendance de la justice suppose nécessairement l'indépendance de chaque juge dans l'exercice de ses fonctions judiciaires. Elle rappelle alors que *« l'indépendance de la justice garantit à toute personne le droit à un procès équitable et qu'elle n'est donc pas un privilège des juges mais une garantie du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui permet à toute personne d'avoir confiance dans le système judiciaire »* et *« garantit donc le droit de chaque personne de*

[895] CADIET Loïc, « La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédure », préc., p. 120. – Dans une autre affaire, la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà rendu un arrêt par lequel elle avait consacré un droit égal à être jugé, naturellement, par les tribunaux appropriés pour apprécier les droits et obligations des justiciables : V. CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 30

[896] Selon l'article 1 du Statut du Conseil de l'Europe, *« a) Le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social. b) Ce but sera poursuivi par le biais des organes du Conseil, par l'examen des questions d'intérêt commun, par la conclusion d'accords et par l'adoption d'une action commune dans les domaines économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif, ainsi que par la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».* Conformément à l'article 15 du même Statut, *« a) le Comité des Ministres examine, sur recommandation de l'Assemblée Consultative ou de sa propre initiative, les mesures propres à réaliser le but du Conseil de l'Europe, y compris la conclusion de conventions et d'accords et l'adoption par les gouvernements d'une politique commune à l'égard de questions déterminées. Ses conclusions sont communiquées par le Secrétaire Général aux membres. b) Les conclusions du Comité des Ministres peuvent, s'il y a lieu, revêtir la forme de recommandations aux gouvernements. Le Comité peut inviter ceux-ci à lui faire connaître la suite donnée qu'ils ont donnée auxdites recommandations ».*

[897] La Recommandation CM/Rec (2010) 12 a mis à jour la Recommandation nº R (94) 12 sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges adopté le 13 octobre 1994 lors de la 518e réunion des Délégués des Ministres qui prévoit dans son alinéa « f », *in verbis : « Un juge ne peut être dessaisi d'une affaire sans juste motif, maladie grave ou existence d'un intérêt personnel en la matière. Toute raison et les procédures de dessaisissement devraient être prévues par la loi et ne devraient pas être influencées par tout intérêt du gouvernement ou de l'administration. Une décision tendant à dessaisir un juge d'une affaire devrait être prise par une autorité jouissant de la même indépendance sur le plan judiciaire que les juges ».*

voir son cas jugé conformément aux règles de droit, aux preuves apportées et aux faits établis, sans aucune influence indue ».

Sur la base de la nécessité de renforcer l'indépendance externe et interne de la justice, ladite recommandation exhorte expressément à ce que l'organisation hiérarchique des juridictions ne porte pas atteinte à l'indépendance individuelle des juges[898]. Dans ce contexte, la recommandation réaffirme que la garantie au droit à un juge indépendant et impartial exige ainsi que la répartition des affaires au sein d'un tribunal obéisse à des critères objectifs préétablis et ne doit pas être influencée par les souhaits d'une partie à l'affaire ni de toute autre personne concernée par l'issue de cette affaire[899]. De plus, elle établit que le juge ne doit être dessaisi d'une affaire que lorsqu'il existe de justes motifs dans ce sens et la décision de dessaisissement doit être prise uniquement par les autorités compétentes[900].

Même si l'efficacité peut constituer un juste motif de dessaisissement, comme l'affirme expressément le paragraphe 16 de l'exposé des motifs de ladite recommandation[901], le Comité des Ministres souligne que toute décision de dessaisissement d'un juge doit *« être prise (...) sur la base des critères objectifs préétablis et au moyen d'une procédure transparente »,* conformément au paragraphe 9

[898] Conformément au paragraphe 22 de la Recommandation CM/Rec (2010)12 : V. *supra,* nº 234.
[899] Conformément au paragraphe 24 de la Recommandation CM/Rec (2010)12.
[900] Conformément au paragraphe 9 de la Recommandation CM/Rec (2010)12*, in verbis : « Un juge en particulier ne peut être dessaisi d'une affaire sans juste motif. Une décision de dessaisissement d'un juge devrait être prise par une autorité relevant du système judiciaire sur la base des critères objectifs préétablis et au moyen d'une procédure transparente ».*
[901] V. le paragraphe 16 de l'exposé des motifs de la Recommandation CM/Rec (2010)12, *in verbis : « Un juge ne peut être dessaisi d'une affaire que lorsqu'il existe de justes motifs pour cela et que la décision de dessaisissement est prise uniquement par les autorités compétentes. Une telle autorité pourrait être le président du tribunal. La notion de "justes motifs" recouvre tous les motifs de dessaisissement qui ne portent pas atteinte à l'indépendance des juges. L'efficacité peut également constituer un juste motif. Par exemple, lorsqu'un juge a du retard dans l'examen des affaires qui lui ont été attribuées en raison d'une maladie ou pour d'autres motifs, il est possible de le dessaisir de certaines affaires pour les confier à d'autres juges. De même, il peut être nécessaire de dessaisir de certaines affaires un juge chargé d'une affaire exigeant beaucoup de temps, qui risque de l'empêcher de traiter d'autres affaires qui lui avaient déjà été confiées. Cette disposition ne porte en aucun cas atteinte au droit de désistement des parties, ni à l'obligation qui incombe aux juges de refuser d'agir en cas de conflit d'intérêt réel ou perçu comme tel (paragraphe 9 de la recommandation) ».*

de la Recommandation CM/Rec (2010) 12, afin de garantir le droit à un tribunal impartial établi par la loi[902].

260. Par conséquent, même si le principe du juge naturel a une existence incertaine en droit français, les principes d'égalité devant la justice, d'impartialité et du droit au procès équitable sont applicables et doivent être observés[903]. Comment alors admettre l'existence de la règle de l'article R. 121-2 du Code de l'organisation judiciaire français, qui a conféré au chef de juridiction le pouvoir de décider librement de présider une chambre s'il estime cela convenable ou la règle de l'article R. 212-6 du même code qui lui permet de redistribuer une affaire d'une chambre à l'autre *« si les besoins du fonctionnement d'une chambre le nécessitent »* ? Ces règles attribuent des pouvoirs exorbitants et assez étendus au chef de juridiction qui permettent de modifier l'attribution originairement faite sans qu'aucun motif légitime ou sans qu'aucun critère objectif ne soit exigé pour cela. Les principes majeurs du procès restent alors menacés, comme le reconnaît une partie de la doctrine, *in verbis :*

> *« Ces pratiques sont-elles conformes aux grands principes qui régissent le procès ? Le droit à un tribunal ou à un juge indépendant et impartial prévu par la loi, à un procès équitable n'est-il pas concrètement menacé par le flou et l'absence de garanties dans la composition d'un tribunal et l'affectation d'une affaire ? Il faudra un jour mesurer le système français à l'aune de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme »*[904].

> *« Il est ainsi possible que le mode d'organisation des tribunaux à la française soit conduit à se réformer dans un proche avenir alors même qu'il ne soulève pas de problèmes majeurs pour ceux qui le pratiquent. Il n'est pas certain, en effet, que le maintien d'un président de juridiction tout puissant en matière d'organisation soit compatible avec le droit à un juge naturel impartial et soit*

[902] Conformément au paragraphe 32 de l'exposé des motifs de la Recommandation CM/Rec (2010)12, *in verbis : « La distribution des affaires peut se faire selon différents systèmes, sur la base de critères objectifs préétablis. Celle-ci inclut notamment le tirage au sort, l'ordre alphabétique du nom des juges ou la répartition des affaires entre les chambres des tribunaux dans un ordre spécifié à l'avance (procédure dite de "distribution automatique"), ou bien encore la répartition des affaires entre les juges conformément à une décision des présidents de tribunal. Ce qui compte, c'est que la distribution effective ne soit pas soumise à une influence, externe ou interne, et qu'elle ne vise pas à favoriser une quelconque partie. Des règles propres à permettre le remplacement de juges pourraient être prévues dans le cadre des dispositions régissant la distribution des affaires. Le nombre de dossiers et la surcharge de travail sont également de justes motifs de distribution ou de retrait d'affaires, à condition que ces décisions soient fondées sur des critères objectifs (paragraphe 24 de la recommandation) ».*

[903] JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., p. 37.

[904] DALLE Hubert, « Administration de la justice et acte juridictionnel », préc., p. 100.

souhaitable en terme de management »[905].

> *« La première illustration concerne le droit au juge, qui n'est pas n'importe quel juge, mais un juge indépendant, impartial, établi par la loi. L'indépendance et l'impartialité sont consubstantielles à la notion même de juge qui, en grec ancien, désigne celui qui partage en deux. Quant à la nécessité que le juge soit établi par la loi, établi "antérieurement" par la loi précise l'article 8 § 1 conv. ADH, elle fait référence à la notion traditionnelle de juge naturel, qui n'est pas seulement le juge normalement compétent en vertu des règles ordinaires de compétence, interne ou internationale, mais aussi le juge auquel une affaire a été légalement attribuée et dont les parties ne peuvent dès lors être arbitrairement distraits. C'est le jus de non evocando »*[906].

Le respect de ces principes majeurs exige alors de modifier le système actuel pour que des règles objectives, prédéterminées et transparentes d'attribution des affaires soient adoptées. Comme l'affirme le Rapport Marshall, *« la gouvernance des juridictions doit contribuer à garantir au justiciable que sa cause sera entendue dans des délais raisonnables par un juge naturel et indépendant »*[907].

B. - Pour l'adoption de règles objectives, prédéterminées et transparentes de distribution des affaires.

261. Les règles d'attribution des affaires devant les juridictions judiciaires françaises divergent de la pratique de la majorité des pays européens – comme l'Espagne, l'Italie et le Portugal – et américains – comme le Brésil – qui protègent le juge et le justiciable, en exigeant que les mécanismes qui conduisent à affecter une affaire à un juge soient prédéterminés par la loi et sanctionnent la violation de ces règles avec une nullité absolue[908]. Le système français d'attribution des affaires s'avère ainsi insuffisant pour garantir objectivement et concrètement que le juge ne puisse pas choisir ses dossiers et que les parties ne puissent pas choisir leurs juges. Par conséquent, les principes fondamentaux de l'impartialité du juge, d'égalité des justiciables devant la justice, du

[905] JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., p. 34.
[906] BERNABE Boris et CADIET Loïc, « Le procès équitable avant la Convention européenne des droits de l'homme », préc., p.148.
[907] V. MARSHALL Didier (dir.), *Les juridictions du XXI^e siècle : Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, préc., p. 23.
[908] DALLE Hubert, « Administration de la justice et acte juridictionnel », préc., p. 99.

droit au procès équitable et du juge naturel ne sont pas protégés adéquatement par les règles françaises actuelles de distribution des affaires. La légitimité du *processus* décisionnel s'en trouve donc affaiblie.

Nous suivons alors la partie de la doctrine française qui défend que l'attribution des affaires doit être strictement encadrée et que la loi doit fixer les conditions qui prédéterminent le rapport entre une affaire et un juge[909]. Les critères de distribution des affaires doivent être toujours objectifs, préétablis par le droit positif sur l'ensemble du système judiciaire pour contribuer à la transparence, à la lisibilité et à l'objectivité de l'administration judiciaire. Il faut garantir, comme le suggère les principes ALI/UNIDROIT[910] de procédure transnationale, également appropriés pour la solution de la plupart des litiges de nature civile, que les juridictions et ses membres disposent d'une indépendance qui leur permet de résoudre le différend au regard des faits et des moyens de droit. Et le tribunal et ses membres doivent être exempts d'influences intérieures et extérieures non justifiées[911]. Comme l'avertit la doctrine, *« ces influences peuvent émaner du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif, des parties, de toute personne ayant*

[909] DALLE Hubert, « Administration de la justice et acte juridictionnel », préc., p. 100. – MARSHALL Didier, GUYOMAR Mattias, CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, « Case assignment in French courts », préc., p. 212. – JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., p. 34.

[910] Comme l'explique la doctrine, l'*American Law Institute* a pour objectif de garantir la clareté et la simplification de la loi et sa meilleure adaptation aux besoins sociaux, de garantir une meilleure administration de la justice et d'encourager les travaux juridiques scientifiques (article 1.01 du statut de l'ALI, *Bylaws*). UNIDROIT, de son côté, est une organisation intergouvernementale indépendante, dont le siège est à Rome, et dont l'objet consiste à étudier les moyens d'harmoniser et de coordonner le droit privé des Etats et de préparer l'adoption graduelle par les Etats de règles uniformes de droit privé. La mission d'UNIDROIT consiste alors à élaborer des règles uniformes de droit privé essentiellement matériel, et ce sous forme de convention internationale, ou sous forme de lois modèles, de principes généraux ou encore de guides juridiques. Comme l'explique la doctrine, « *L'ambition du projet ALI-UNIDROIT n'est pas uniquement de permettre une procédure mondiale unique en matière de litiges transnationaux du commerce international. Ceci est d'ailleurs sans doute l'objectif le plus difficilement réalisable. Mais le projet veut également servir d'impulsion pour la rédaction de lois nationales de procédure et proposer un modèle alliant garanties d'équité procédurale et efficacité de l'instance ainsi qu'exécution la plus effective possible de la décision rendue* » : FERRAND Frédérique et MOUSSA Tony, « Le projet de l'*American Law Institute* et d'UNIDROIT de Principes et Règles de procédure civile transnationale : vers une procédure civile mondiale modélisée ? », *Mélanges en l'honneur de Jean Buffet,* Petites affiches, 2004, pp. 199-200 et 205-206. – FERRAND Frédérique, « Vers des règles transnationales de procédure civile : Le projet de l'American Law Institue et d'UNIDROIT », *Droit et procédure : la revue des huissiers de Justice,* 55e année, nº 1, janvier-février 2002, pp. 4-13.

[911] Selon le principe 1.1 de procédure civile transnationale, disponible sur http://www.unidroit.org/fr/instruments/procedure-civile-transnationale, consulté le 16 février 2015.

des intérêts économiques liés au litige, ou encore de membres du système judiciaire, et notamment de la hiérarchie ou du Ministère public »[912].

262. L'ingérence injustifiée du chef de juridiction dans la distribution des affaires doit être exclue, tout comme la possibilité pour les parties de choisir le juge qui tranchera leur litige. Les critères à utiliser dans la distribution des affaires doivent donc obéir aux principes d'alternance, du tirage au sort et du partage égalitaire du service entre les juges ou les formations de jugement d'égale compétence de connaissance. La souplesse et la hiérarchie doivent alors être remplacées par l'objectivité et la transparence de l'organisation judiciaire. Les nouvelles technologies d'information et de communication peuvent jouer un rôle important dans ce domaine.

Dans la perspective de rendre l'organisation judiciaire plus lisible pour les justiciables et d'adopter au sein des juridictions des règles de démocratie interne, finalités expressément signalées dans le rapport Marshall[913], le décret nº 2014-1458 a inséré les articles R. 212-9-1 et R. 312-11-1 dans le Code de l'organisation judiciaire français. Par ces règles, le premier président de la cour d'appel et le président du tribunal de grande instance peuvent faire juger une affaire d'une particulière complexité ou susceptible de recevoir dans les chambres des solutions divergentes, par une formation de chambres réunies, présidée par le chef de juridiction[914].

A la différence des règles prévues à l'article R. 121-2 du Code de l'organisation judiciaire français ou à l'article et R. 212-6 dudit code[915], ces nouvelles dispositions autorisent la modification de l'attribution originaire de l'affaire – déjà faite ou à réaliser – en fonction d'un motif légitime, à savoir, la complexité de l'affaire ou la probabilité de solutions divergentes dans les chambres. Il faut ajouter que la faculté octroyée au chef de juridiction par ces dispositions est dépendante de la manifestation du président de la

[912] FERRAND Frédérique et MOUSSA Tony, « Le projet de l'*American Law Institute* et d'UNIDROIT de Principes et Règles de procédure civile transnationale : vers une procédure civile mondiale modélisée ? », préc., note n° 21, p. 208.
[913] V. MARSHALL Didier (dir.), *Les juridictions du XXI^e siècle : Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, préc., pp. 34 et 64.
[914] V. *supra,* nº 216.
[915] V. *supra,* nº 223 s.

chambre à laquelle l'affaire doit être distribuée, son avis – lorsque l'affaire n'est pas encore distribuée – ou son accord – une fois l'affaire distribuée – est exigé par les articles R. 212-9-1 et R. 312-11-1. Ces nouvelles règles permettent alors de concilier souplesse – dans la mesure où elles autorisent la modification de l'attribution d'une affaire en présence d'un motif légitime – et contrôle – identifié par la manifestation préalable du président de la chambre à laquelle l'affaire doit être distribuée –, et contribuent à la transparence, à la lisibilité et à l'objectivité de l'administration judiciaire.

Ces modifications réglementaires sont alors les premiers signes d'un constat plus profond, déjà relevé par le rapport Marshall et par les recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, de la nécessité de transparence et dialogue au sein des juridictions[916]. Il faut alors continuer la démarche initiée car les risques d'arbitraire dans l'attribution des affaires doivent être réduits par l'adoption de critères toujours objectifs, prédéterminés et transparents afin de renforcer la légitimité du système. Le droit au juge naturel n'aurait ainsi plus de force incertaine et ne relèverait plus d'un bricolage textuel et jurisprudentiel[917] car la prédétermination des règles d'attribution des affaires constituent la garantie objective et concrète de l'indépendance et de l'impartialité du juge qui ne peut jamais être choisi[918].

263. L'établissement de règles objectives et transparentes de distribution des affaires doit être accompagné de même de moyens de contestation contre les éventuelles violations aux normes établies. Il faut ainsi permettre que les parties concernées puissent manifester leur désaccord avec l'attribution réalisée lorsqu'elles estiment que les règles préétablies n'ont pas été respectées. Quand une procédure juridictionnelle est déjà en cours, la partie pourrait soulever la violation de règles d'attribution préétablies et lancer le recours devant la Cour de cassation en cas de maintien de l'attribution contestée. Si la réglementation élargie n'empêche pas que des abus soient commis, la transparence et

[916] V. MARSHALL Didier (dir.), *Les juridictions du XXI^e siècle : Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, préc., p. 71.
[917] JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », préc., p. 42.
[918] DALLE Hubert, « Administration de la justice et acte juridictionnel », préc., p. 99.

l'établissement de voies de contrôle sont des moyens qui contribuent à l'observance du principe du juge naturel.

CONCLUSION DE LA SECTION 2

264. Il est nécessaire d'approfondir les modifications du système français actuel d'affectation des juges pour qu'il soit conforme aux exigences du procès équitable. Dans un processus progressif de réforme, la subjectivité du chef de juridiction devrait ainsi être remplacée par l'adoption de règles prédéterminées, objectives et transparentes de fixation du service des juges afin de garantir l'observance des principes fondamentaux du procès. La réforme des règles d'affectation des juges doit alors être accompagnée par la prévision de voies de contrôle de manière à assurer l'indépendance des magistrats.

265. De même, l'ingérence injustifiée du chef de juridiction dans la distribution des affaires doit être exclue, tout comme la possibilité pour les parties de choisir le juge qui tranchera leur litige. La souplesse et la hiérarchie doivent alors être remplacées par l'établissement de règles objectives et transparentes de distribution des affaires qui doit être accompagné de moyens de contestation contre les éventuelles violations des normes établies.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

266. En France, le chef de juridiction exerce traditionnellement d'importants pouvoirs dans le domaine de l'organisation juridictionnelle et décide librement de l'affectation des juges dans les différents services de la juridiction et de la distribution des affaires entre les différentes formations juridictionnelles. Le système français est ainsi fondé sur la souplesse et la hiérarchie et cherche à obtenir une plus grande efficience.

267. L'affectation des juges faite librement par le chef de juridiction présente cependant des risques d'arbitraire puisqu'elle peut être alors utilisée comme moyen de promotion ou de rétrogradation symbolique. L'administration judiciaire ne protège donc pas le juge dans l'exercice de son pouvoir juridictionnel, lorsque ces décisions sont, en droit judiciaire privé français, de simples actes d'administration judiciaire insusceptibles de recours. Par conséquent, le système ne s'avère pas structuré de façon adéquate à l'heure actuelle pour garantir l'indépendance et l'impartialité des juges, conformément à la Recommandation nº (2010) 12 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 17 novembre 2010 et à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui démontre la nécessité d'approfondir les modifications du système français dans le domaine.

268. Une telle réforme pourrait être opérée par l'exigence d'un avis conforme de l'assemblée générale des magistrats du siège sur l'affectation des juges. Dans un *processus* progressif de réforme, le chef de juridiction pourrait être compétent pour faire des propositions sur l'affectation des juges, selon des règles objectives préétablies. Ces propositions seraient alors communiquées à la commission restreinte de l'assemblée générale des magistrats du siège qui donnerait son avis sur l'observance de ces règles. Ensuite, les propositions du chef de juridiction, accompagnées de l'avis de la commission, seraient soumises à l'appréciation de l'assemblée générale qui donnerait son avis conforme. Dans le cas d'une éventuelle contestation, le Conseil supérieur de la magistrature pourrait exercer le contrôle sur les décisions prises, en sa qualité d'organe constitutionnel consacré à la garantie effective de l'indépendance des magistrats.

269. Les pouvoirs élargis des chefs de juridiction en matière de distribution des affaires suscitent également des critiques. L'article R. 121-2 du Code de l'organisation judiciaire admet en effet la modification de la composition de la formation collégiale à laquelle l'affaire a été distribuée et l'article R. 212-6, al. 2, dudit Code permet aussi la redistribution des affaires, soulevant des questions légitimes sur le respect du droit au procès équitable en la matière. De plus, le système français présente des faiblesses qui permettent que les parties choisissent leur juge dans des cas marginaux, comme, par exemple, devant le conseil de prud'hommes ou devant le tribunal de commerce. La vulnérabilité du système actuel de distribution des affaires devant les juridictions judiciaires françaises s'avère encore plus problématique lorsque ces décisions sont qualifiées d'actes d'administration judiciaire insusceptibles de tout recours.

270. Afin d'apporter de la transparence, de la lisibilité et de l'objectivité à l'administration judiciaire, nous défendons donc que l'attribution des affaires doit être faite selon des critères objectifs, préétablis par le droit positif sur l'ensemble du système judiciaire. Il faut également permettre que les parties concernées puissent manifester leur désaccord avec l'attribution réalisée quand elles estiment que les règles préétablies n'ont pas été respectées. La possibilité d'un recours devant la Cour de cassation, en cas de maintien de l'attribution contestée, semble, en outre, être une voie désirable pour contribuer à l'observance du principe du juge naturel.

271. Par ces propositions, le système français d'organisation juridictionnelle serait plus lisible pour les justiciables et les membres mêmes de la juridiction. Par ces modifications, la hiérarchie et la souplesse seraient remplacées par la transparence, l'objectivité et le contrôle. Cependant, plus que la modification du droit positif, une transformation de la mentalité des acteurs concernés est nécessaire. L'analyse des règles brésiliennes d'organisation juridictionnelle peut alors contribuer au débat.

CHAPITRE 2

L'AMPLE REGLEMENTATION SUR L'ORGANISATION JURIDICTIONNELLE AU BRESIL : L'ANALYSE DE L'EFFECTIVITE ET DE L'ADEQUATION DES NORMES EN VIGUEUR

272. Au Brésil, les principes d'autonomie des cours, d'indépendance des juges, du juge naturel, liés aux abus commis, ont abouti à la construction d'un système d'organisation juridictionnelle assez réglementé. La fixation des principes et des règles objectives d´organisation juridictionnelle vise à l'obtention de la transparence et à l'objectivité du *processus* décisionnel (section 1). Toutefois, les efforts du Constituant et du législateur brésiliens n´ont pas empêché la violation des normes en vigueur et la survenance du contentieux et appellent alors la vérification de l'adéquation des critères établis à la réalité brésilienne (section 2).

Section 1 : Les normes d'organisation juridictionnelle en droit judiciaire privé brésilien

273. La Constitution de la République et la législation infraconstitucionnelle brésiliennes prévoient un ensemble de normes précises qui oriente et réglemente l'affectation des juges dans les différents services des juridictions (§ 1) et la distribution des affaires entre les juges d'égale compétence (§ 2).

§ 1 : L'affectation des juges devant les juridictions brésiliennes

274. Au Brésil, le Constituant confère l'autonomie aux cours d'élaborer leurs règlements intérieurs et de décider sur la compétence et le fonctionnement de leurs organes internes (A). Pourtant, l'autonomie accordée aux juridictions ne concerne pas l'affectation des juges car la Constitution et les lois infraconstitucionnelles prévoient un ensemble des règles sur la matière (B). La réglementation élargie dans ce domaine n'a cependant pas empêché la survenance du contentieux (C).

A. - Les normes d'attribution des organes internes des juridictions brésiliennes

275. Les cours d´appel, régionales et supérieures sont composées d'organes internes dont les attributions et les compétences sont établies dans leurs règlements intérieurs, résultat de l'octroi d'une importante autonomie d´autoconstitution prévue dans la Constitution de la République et détaillée par la législation infraconstitutionnelle.

Dans le chapitre III de son titre IV – consacré à l´organisation des Pouvoirs de la République brésilienne –, la Constitution brésilienne de 1988 fixe l´organisation du Pouvoir judiciaire. Elle établit dans son article 92 tous ses organes (fédéraux et des Etats membres)[919] et précise leurs compétences respectives dans les articles suivants[920]. Toutefois, si la Constitution détermine les principales normes d´organisation des cours – en fixant, par exemple, le nombre de magistrats, les principes applicables, les règles de nomination et d´avancement de leurs membres, les garanties et devoirs des juges –, elle ne définit pas l´organisation interne de chaque juridiction. Au contraire, le Constituant détermine qu'il est du ressort exclusif des cours – d´appel, régionales et supérieures – d´élaborer leurs règlements intérieurs en disposant sur la compétence et sur le fonctionnement de leurs organes internes et administratifs, conformément à son article 96[921].

La Constitution de la République octroie ainsi aux cours une importante autonomie qui dépasse les aspects financiers et budgétaires[922] et qui englobe aussi la possibilité d´autoconstitution et d'administration dans le respect des principes

[919] V. l'article 92 de la Constitution de la République, *in verbis : « Appartiennent aux organes du Pouvoir judiciaire : I – la Cour fédérale suprême ; I-A – le Conseil national de justice (inclus par l'amendement constitutionnel n° 45 de 2004) ; II – La Cour supérieure de justice ; III – les cours fédérales régionales et les juges fédéraux ; IV – les cours et les juges du travail ; V - les cours et les juges électoraux ; VI – les cours et les juges militaires ; VII - les cours et les juges des Etats, du District fédéral et des Territoires »* (traduction libre) .

[920] V. *infra,* Annexe (tableau de l´organisation judiciaire au Brésil).

[921] V. l'article 96 de la Constitution de la République brésilienne, *in verbis : « Il appartient exclusivement : I - aux cours: a) d'élire leurs organes de direction et d'élaborer leurs règlements intérieurs dans le respect des normes de procédure et des garanties procédurales des parties, en disposant sur la compétence et le fonctionnement respectifs des organes de juridiction et d'administration »* (traduction libre).

[922] Voir, dans ce sens, l´article 99 de la Constitution de la République, *in verbis : « L'autonomie administrative et financière est garantie au Pouvoir judiciaire »* (traduction libre).

constitutionnels et légaux[923]. L´autonomie d´autoconstitution des cours est assez importante car même si le Constituant prévoit la constitution d´un organe spécial, il laisse à la discrétion de ces juridictions la charge de le constituer ou non, conformément à l´article 93, XI, de la Constitution de la République[924].

276. L'autonomie des cours n'est pas uniquement prévue par la Constitution. Elle est également traitée par la législation infraconstitutionnelle. En effet, la loi organique de la magistrature nationale dispose expressément qu'il appartient exclusivement aux cours *« d´élaborer leurs règlements intérieurs et au sein de ceux-ci d'établir, en respectant cette loi, les compétences de leurs chambres, groupes, sections ou d´autres organes avec fonctions juridictionnelles ou administratives »* (traduction libre)[925]. L´article 101 de la même loi prévoit que *« les cours seront composées par des chambres ou classes, spécialisées ou réunies en sections spécialisées. La composition et les compétences des chambres ou classes seront fixées dans la loi et dans le règlement intérieur »* (traduction libre).

Profitant ainsi de l´autonomie donnée par le système juridique, chaque cour – d´appel, régionale ou supérieure – s´organise en interne dans son règlement[926], en fixant

[923] Il faut souligner que l'organisation des juridictions du premier degré est déterminée par des lois d´initiative des cours - d´appel ou régionales. En outre, les juridictions de première instance sont composées par des juges uniques subordonnés à la cour immédiatement supérieure (cours d´appel ou cours régionales).

[924] V. l'article 93, XI, de la Constitution de la République brésilienne, *in verbis : « Article 93 : Une loi complémentaire, adoptée à l'initiative de la Cour fédérale suprême, disposera sur le statut de la magistrature dans le respect des principes suivants : (...) XI : Dans les cours comptant plus de vingt-cinq juges, un organe spécial peut être constitué, comprenant au moins onze et au plus vingt-cinq membres, pour l'exercice des attributions administratives et juridictionnelles de la compétence originale de la cour plénière, la moitié de ses membres est choisie vu leur ancienneté et l´autre moitié par vote de la cour plénière »* (rédaction donnée par l´amendement constitutionnel nº 45 de 2004 ; traduction libre).

[925] Conformément à l'article 21, III, de la loi complémentaire nº 35 de 1979.

[926] Conformément à la jurisprudence de la Cour fédérale suprême, les règlements intérieurs des cours sont matériellement des lois, *in verbis : « Les cours ont la compétence d'élaborer leurs règlements intérieurs, dans lesquels elles traitent de leur fonctionnement et de leurs service. Cette attribution constitutionnelle découle de leur indépendance vis-à-vis des Pouvoirs Législatif et Exécutif. (...) Le règlement intérieur des cours est matériellement une loi. Dans la taxonomie des normes juridiques, le règlement intérieur des cours est assimilé à la loi. La prévalence de l'une ou de l'autre dépend de la matière traitée parce que ce sont des normes de catégorie égale. En matière processuelle, la loi prévaut, mais en ce qui concerne le fonctionnement des cours, le règlement intérieur est prépondérant »* (traduction libre) : Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade » nº 1.105/DF,

les règles de composition, les compétences de ses organes – chambres, sections, assemblée plénière, etc. – et les règles de déroulement de l´instance, ces dernières toujours dans le respect des normes et garanties procédurales définies par la Constitution et par les lois.

A titre d'exemple, la Cour supérieure de justice[927] est composée de 33 membres et les organes suivants en font partie selon son règlement intérieur : l´assemblée plénière, la cour spéciale, trois sections spécialisées (chaque section est composée par deux chambres) et six chambres (avec cinq ministres chacune). La compétence de chaque section est définie par le règlement intérieur en raison de la matière du litige[928]. La chambre de la Cour supérieure de justice détermine le renvoi de l´affaire à la section si l'un de ses membres – appelé « ministre » – propose la révision d´une « súmula »[929] par la section ; lorsque l´affaire pose une question de principe ou pour prévenir les solutions divergentes entre les chambres d´une même section. La section ou la chambre ordonne le renvoi du procès à la cour spéciale lorsque l´affaire pose une question d´inconstitutionnalité non résolue par la cour spéciale ; quand l'un de ses magistrats propose la révision d´une « súmula » par la cour spéciale ; lorsque il y a un incident d´uniformisation de jurisprudence ; lorsque l´affaire pose une question de principe ou pour prévenir la divergence des jugements prononcée par des sections différentes.

277. Au Brésil, à la différence de la solution française[930], les attributions de chaque organe interne des cours – chambre, section, assemblée plénière, cour supérieure, etc. –

Ministre rapporteur : Paulo Brossard, date du jugement : 3/08/1994, date de la publication : 27/04/2001. – V. aussi : DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* v. 1, préc., p. 150.

[927] La Cour supérieure de justice est responsable pour l´uniformisation et l´interprétation des lois fédérales. Elle a juridiction sur tout le territoire national et statue en dernier ressort sur les demandes infraconstitutionnelles qui ne sont pas en lien direct avec la Constitution, conformément à l'article 105 de la Constitution de la République. – V. aussi les informations sur les attributions de la Cour supérieure de justice disponibles sur http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Atribuições, consulté le 29 novembre 2016.

[928] Conformément à l´article 9 du règlement intérieur de la Cour supérieure de justice.

[929] V. *supra,* note nº 241.

[930] Voir, par exemple, l´article R. 431-2 du Code d´organisation judiciaire français qui détermine, *in verbis : « Le premier président fixe les attributions de chacune des chambres civiles par ordonnance après avis du procureur général. Le président de chambre détermine, à l'intérieur de chaque chambre, le nombre de sections et les règles de répartition des affaires entre elles. Il affecte chaque affaire à la section compétente ou décide, le cas échéant, de son examen en formation plénière ».*

sont ainsi prédéterminées par les règlements intérieurs et les présidents des cours n´ont donc pas la prérogative d´établir leurs compétences et leurs fonctions. Il faut noter que les règlements intérieurs sont élaborés, votés, approuvés et modifiés par les propres organes supérieurs des cours[931]. La prédétermination des compétences de chaque organe par une norme interne de la cour approuvée, quant à elle, par son organe supérieur, apporte plus de transparence, d´égalité et de prévisibilité et renforce l´impartialité de tout le *processus*. Pourtant, si deux organes sont d'égale compétence pour analyser une affaire soumise à l'appréciation de la juridiction, la distribution de l'affaire déterminera celui qui tranchera le litige.

L'autonomie accordée aux cours d'appel, aux cours régionales et aux cours supérieures par le Constituant et le législateur brésiliens ne signifie pourtant pas que les chefs de juridiction brésiliens disposent de liberté dans l'affectation des juges aux différents services. Au contraire, l'ample réglementation en la matière vise justement à limiter le choix afin de garantir l'indépendance des juges et leur égalité devant la loi.

B. - La répartition des juges dans les différents services des juridictions brésiliennes : les normes constitutionnelles et infraconstitutionnelles

278. Au Brésil, la répartition des juges dans les différents services des juridictions est faite selon un ensemble de règles prévues depuis la Constitution de la République et va de la loi organique de la magistrature[932], les lois d´organisation judiciaire de chaque Etat membre ou de la Justice fédérale, jusqu´aux règlements intérieurs des cours d'appel, régionales ou supérieures. L'ordonnancement juridique brésilien établit ainsi des normes et des critères à suivre pour l'affectation des juges.

Cette ample réglementation sur le sujet s'explique non seulement par le passé dictatorial du Brésil[933], mais aussi par les éventuels – et malheureusement encore actuels

[931] Selon l´article 189 du règlement intérieur de la cour d´appel de Minas Gerais, il appartient à l'organe supérieur de la cour d´appel d´élaborer la résolution contenant le règlement intérieur de la juridiction, d'organiser et de définir les compétences de ses chambres isolées ou groupes de chambres.
[932] Loi complémentaire nationale nº 35 de 1979.
[933] La dictature militaire au Brésil a été instaurée par un coup d'Etat en 1964 et a duré jusqu'en 1985.

– abus commis par certains membres du Pouvoir judiciaire qui tentent de favoriser certains juges au détriment d'autres en violant les principes majeurs de la République et de la procédure[934]. Dans ce contexte de méfiance et dans la tradition légaliste aussi, l'ordre juridique brésilien établit des règles précises sur la matière afin d'éviter tout abus.

279. La compréhension du système brésilien de répartition des juges dans les différents services des juridictions exige tout d'abord l'analyse de l'article 37, *caput,* de la Constitution de la République qui détermine expressément que l'administration publique de chaque Pouvoir doit obéir aux principes de légalité, de non-discrimination (« impessoalidade »), de moralité, de publicité et d'efficience[935]. Ces principes orientent alors non seulement l'activité administrative du Pouvoir exécutif, mais aussi les décisions et actes administratifs des organes du Pouvoir judiciaire[936]. La répartition des juges dans les différents services des juridictions doit donc être réalisée dans le respect des principes indiqués par le Constituant.

En application des principes prévus à l'article 37, l'article 93 de la Constitution précise les règles relatives au recrutement des juges, à leur entrée dans la carrière[937], à leur avancement et à toute mobilité à l'intérieur des juridictions[938]. La Constitution fixe

---

[934] V. sur le sujet : DALLARI Adilson Abreu, « Controle compartilhado da administração da justiça », préc., disponible aussi sur http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_73/artigos/Adilson_rev73.htm, consulté le 6 mai 2014 *in verbis in verbis* : *« Le manque d'efficience dans la délivrance de la fonction juridictionnelle, lié à la multitude d'actes de corruption pratiqués par les membres du Pouvoir judiciaire, a provoqué une perte de confiance à l'égard de l'institution, brisé la sécurité juridique, mis en risque le développement économique et social et menacé ainsi la démocratie »* (traduction libre).

[935] L'article 37 de la Constitution de la République établit, *in verbis* : « *L'administration publique directe et indirecte de chaque Pouvoir de l'Union, des Etats, du District fédéral et des Municipalités obéit aux principes de légalité, de la non-discrimination ("impessoalidade"), de moralité, de publicité et de l'efficience, ainsi qu'à ce qui suit (...) »* (traduction libre).

[936] V. *supra,* nº 175 s.

[937] V. DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* v. 1, préc., p. 571, *in verbis : « Il n'existe pas seulement une carrière mais plusieurs : la Justice militaire, la Justice du travail, la Justice fédérale, la Justice de chaque Etat et la Justice du "Distrito Federal e Territórios" (la Justice Electorale n'y figure pas car elle ne constitue pas une carrière). Chacune de ces justices a son cadre fonctionnel, étanche et isolée de celui des autres : il n'y a pas de déplacements ou de transferts d'une Justice à l'autre »* (traduction libre).

[938] Selon l'article 93 de la Constitution de la République: *« Une loi complémentaire, adoptée à l'initiative de la Cour fédérale suprême, dispose sur le statut de la magistrature dans le respect des principes suivants: I - l'entrée dans la carrière, dont le grade initial est celui de juge substitut, se fait par un concours public de titres et d'épreuves avec la participation du Conseil national des barreaux dans toutes ses étapes. Il est obligatoire que les candidats puissent justifier d'une licence en droit et de trois ans*

donc la base de la répartition des juges dans les différents services et établit que les nominations et les affectations obéissent à l´ordre de classement du concours public[939], que l'avancement se fait de grade en grade, par l'ancienneté et le mérite en alternance. Il est prévu, en outre, la possibilité de déplacement sur demande ou de permutation des juges selon les mêmes règles d´avancement[940]. Si le déplacement du juge est normalement indiqué par la doctrine comme un transfert horizontal – au niveau ou grade –, situation qui modifie donc le service assuré par le magistrat, l'avancement est une modification dans la carrière dans le sens vertical[941]. Tout changement d'affectation suit alors une procédure qui vise à garantir que la répartition des juges dans les différents services obéisse aux règles préétablies, afin de réduire toute possibilité d'abus et de garantir la non-discrimination (« impessoalidade ») et la légalité de la décision qui doit

---

d´activité juridique au minimum; les nominations obéissent à l'ordre du classement (rédaction donnée par l´amendement constitutionnel n° 45 de 2004). II - l'avancement se fait de grade en grade, alternativement à l'ancienneté et au mérite, dans le respect des normes suivantes: a) avancement obligatoire du juge inscrit trois fois consécutivement ou cinq fois non consécutivement sur la liste de mérite; b) l'avancement au mérite suppose deux ans d'exercice du grade respectif et l'appartenance au premier cinquième de la liste d'ancienneté de ce grade, sauf si personne n'accepte la place vacante, tout en satisfaisant à ces critères ; c) l'appréciation du mérite selon la performance du juge : critères objectifs de productivité et de célérité dans l´exercice de la juridiction et vu sa participation aux formations officielles ou reconnues de perfectionnement (rédaction donnée par l´amendement constitutionnel n° 45 de 2004); d) en ce qui concerne l'appréciation de l'ancienneté, la cour ne peut refuser le juge le plus ancien que par le vote justifié des deux tiers de ses membres, conformément à la procédure établie, une défense élargie étant assurée et le scrutin est poursuivi jusqu'à indication d´une personne (rédaction donnée par l´amendement constitutionnel n° 45 de 2004) ; e) ne sera pas promu le juge qui, sans motif justifié, retient des dossiers au-delà des délais légaux et qui ne peut pas les restituer au secrétariat de la juridiction sans émettre un "despacho" ou décision applicable (règle incluse par l´amendement constitutionnel n° 45 de 2004). III - l'accès aux Cours d´appel (juridiction du second degré) se fait alternativement à l'ancienneté et au mérite, vérifié au dernier ressort ou au ressort unique (rédaction donnée par l´amendement constitutionnel n° 45 de 2004); (...)VIII – le déplacement sur demande ou la permutation des juges de grade égal observera les alinéas " a", "b", "c" et "e" de l´incisé II (règle incluse par l´amendement constitutionnel n° 45 de 2004) » (traduction libre).

[939] Il est utile d'indiquer que l'affectation doit également obéir à l'ordre de classification des concours publics, de façon à ce que le candidat le mieux placé ait priorité dans le choix de son affectation par rapport aux autres candidats approuvés en position inférieur : V. Cour supérieur de justice, « Mandado de segurança » n° 9171/DF, Ministre rapporteur : Jorge Scartezzini, date du jugement : 28/04/2004, date de la publication : 1/07/2004.

[940] Les juges de même grade peuvent changer de postes en utilisant la procédure de permutation. A la cour d´appel de l'Etat de Minas Gerais, par exemple, le déplacement d´un « desembargador » d´une chambre à une autre obéit au critère de l´ancienneté, conformément à l´article 146 de son règlement intérieur.

[941] JORGE Éder, « Os critérios para promoção e remoção por merecimento », *Revista Consultor jurídico*, 25 de janeiro de 2010, disponible sur http://www.conjur.com.br/2010-jan-25/criterios-promocao-remocao-merecimento-magistrados, consulté le 13 mai 2014.

nécessairement être motivée, comme le détermine expressément l'article 93, X, de la Constitution[942].

280. Il faut ajouter que l'accès aux postes des juridictions du deuxième degré et des juridictions supérieures dépend aussi de la manifestation de plus d'un organe, conformément aux articles 94, paragraphe unique[943], 101, paragraphe unique[944], 104, paragraphe unique[945], 107[946], 111-A[947], 115[948], 119, II[949], 120, III[950] et 123[951] de la

[942] Selon l'article 93, X, de la Constitution, toutes les décisions administratives des juridictions seront motivées et prononcées en séances publiques, les décisions disciplinaires sont adoptées à la majorité absolue des membres (rédaction donnée par l'amendement constitutionnel nº 45 de 2004).

[943] Voir l'article 94 de la Constitution de République, *in verbis : « Un cinquième des sièges des cours régionales fédérales, des cours d'appel des Etats, du District fédéral et des territoires est composé de membres du Ministère public, avec plus de dix ans de carrière, et d'avocats possédant un savoir juridique notoire, une réputation irréprochable et plus de dix ans d'activité professionnelle effective, qui sont cités sur une liste sextuple établie par les organes de représentation des classes respectives. Paragraphe unique : Au vu de ces indications, la cour établit une liste triple et l'adresse au Pouvoir exécutif ; dans les vingt jours suivants, celui-ci en choisit l'un d'eux pour le nommer »* (traduction libre).

[944] Selon l'article 101 de la Constitution de République : *« La Cour fédérale suprême se compose de onze ministres choisis parmi les citoyens âgés de plus de 35 ans et de moins de 65 ans qui possèdent un savoir juridique notoire et une réputation irréprochable. Paragraphe unique : Les ministres de la Cour fédérale suprême sont nommés par le Président de la République, après que le choix de ceux-ci ait été approuvé à la majorité absolue par le Sénat fédéral »* (traduction libre).

[945] Voir l'article 104 de la Constitution de République, *in verbis : « La Cour supérieure de justice est composée de 33 ministres au minimum. Paragraphe unique : Les ministres de la Cour supérieure de justice sont nommés par le Président de la République parmi les Brésiliens âgés de plus de 35 ans et de moins de 65 ans qui possèdent un savoir juridique notoire et une réputation irréprochable, après que leur choix ait été approuvé par la majorité absolue du Sénat fédéral, à savoir : I – un tiers parmi les juges des cours régionales fédérales et un tiers parmi ceux des cours d'appel des Etats, choisis sur une liste triple élaborée par la propre cour ; II – un tiers, à parts égales, entre les avocats et les membres du Ministère public fédéral, des Etats, du District fédéral et des Territoires, alternativement, nommés dans les conditions visées à l'article 94 ci-dessus »* (traduction libre).

[946] Selon l'article 107 de la Constitution de République *: « Les cours régionales fédérales sont composées d'au moins sept juges recrutés dans la mesure du possible dans la région concernée et nommés par le Président de la République parmi les Brésiliens âgé de plus de trente ans et de moins de soixante-cinq ans, de la manière suivante : I – un cinquième parmi les avocats ayant plus de dix ans d'exercice professionnel effectif et les membres du Ministère public fédéral ayant plus de dix ans de carrière ; II – l'effectif restant est nommé alternativement par avancement au mérite et à l'ancienneté, entre des juges fédéraux ayant plus de cinq ans d'exercice. Paragraphe premier : La loi définira les conditions de déplacement et de permutation des juges des cours fédérales régionales, ainsi que le ressort et le siège de celles-ci (rédaction donnée par l'amendement constitutionnel n° 45 de 2004)* » (traduction libre).

[947] L'article 111-A de la Constitution de République établit, *in verbis : « La Cour supérieure du travail est composée de vingt-sept Ministres choisis parmi les citoyens âgés de plus de 35 ans et de moins de 65 ans qui possèdent un savoir juridique notoire et une réputation irréprochable, nommés par le Président de la République, après accord à majorité absolue du Sénat fédéral (rédaction donnée par l'amendement constitutionnel n° 92 de 2016) : I - un cinquième entre les avocats ayant plus de dix ans d'exercice professionnel effectif et les membres du Ministère public du travail ayant plus de dix ans de carrière, conformément à l'article 94 (norme incluse par l'amendement constitutionnel n° 45 de 2004) ; II – l'effectif restant est nommé parmi les juges des cours régionales du travail, juges de carrière indiqués par la Cour supérieure (norme incluse par l'amendement constitutionnel n° 45 de 2004) »* (traduction libre).

Constitution de la République. L'accès à certaines fonctions juridictionnelles dépend donc de la manifestation de la juridiction concernée, de la manifestation favorable des autres organes – Président de la République, Sénat fédéral, l'Ordre des avocats, etc. – car la décision concernant l'accès à ces fonctions constitue un « acte administratif complexe »[952], qui s'entend comme un acte composé des manifestations de volonté de divers organes, conformément à la jurisprudence sur la matière, *in verbis:*

> *« La nomination des juges aux postes des cours régionales fédérales, par le critère du mérite, est un acte administratif complexe auquel contribue l'acte de volonté des membres de la juridiction d'origine – qui compose la liste triple à partir de la cinquième partie des juges avec deux ans d'exercice effectif dans le*

---

[948] Voir l'article 115 de la Constitution de la République*, in verbis : « Les cours régionales du travail sont composées d'au moins sept juges recrutés dans la mesure du possible dans la région concernée et nommés par le Président de la République parmi les Brésiliens âgé de plus de trente ans et de moins de soixante-cinq ans, de la manière suivante (*rédaction donnée par l'amendement constitutionnel n° 45 de 2004)*: I – un cinquième parmi les avocats ayant plus de dix ans d'exercice professionnel effectif et les membres du Ministère public du travail ayant plus de dix ans de carrière, conformément à l'article 94 (rédaction donnée par l'amendement constitutionnel n° 45 de 2004) ; II – l'effectif restant est nommé par avancement à l'ancienneté et au mérite, alternativement (rédaction donnée par l'amendement constitutionnel n° 45 de 2004) »* (traduction libre).

[949] Selon l'article 119 de la Constitution de la République *: « La Cour supérieure électorale se compose d'au moins sept membres choisis : I – par élection au scrutin secret : a) de trois juges, entre ceux de la Cour fédérale suprême ; b) de deux juges, entre ceux de la Cour supérieure de justice ; II – de deux juges, par nomination du Président de la République entre six avocats de savoir juridique remarquable et moralement idoines, désignés par la Cour fédérale suprême »* (traduction libre).

[950] Conformément à l'article 120 de la Constitution de la République *: « Il existe une cour régionale électorale dans la capitale de chaque Etat et dans le District fédéral. Paragraphe premier : Les cours régionales électorales sont composées : I – par élection au scrutin secret : a) de deux juges choisis parmi les juges de la cour d'appel ; b) de deux juges parmi les juges de Droit choisis par la cour d'appel ; II – d'un juge de la cour régionale fédérale siégeant dans la capitale de l'Etat ou dans le District fédéral ou, sinon, d'un juge fédéral choisi, dans tous les cas, par la cour régionale fédérale respective ; III – par nomination par le Président de la République de deux juges choisis parmi six avocats de savoir juridique notoire et moralement idoines, désignés par la cour d'appel »* (traduction libre).

[951] Voir l'article 123 de la Constitution de la République *: « La Cour supérieure militaire se compose de quinze ministres à vie, nommés par le Président de la République après que son choix ait été approuvé par le Sénat fédéral, trois de ceux-ci sont choisis parmi les officiers généraux de la Marine, quatre parmi les officiers généraux de l'Armée de Terre et trois parmi les officiers généraux de l'Armée de l'Air, tous en activité et parvenus au poste le plus élevé de leur carrière ; cinq ministres sont des civils. Paragraphe unique : Les ministres civils sont choisis par le Président de la République parmi les Brésiliens âgé de plus de trente-cinq ans, selon la répartition suivante: I – trois parmi les avocats à savoir juridique notoire, une conduite irréprochable et plus de dix ans d'exercice professionnel effectif ; II – deux par choix paritaire, parmi les juges auditeurs et les membres du Ministère public de la justice militaire »* (traduction libre).

[952] DINAMARCO Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno,* v. 1, préc., pp. 554-555. – Selon la doctrine administrative, *« Les actes complexes sont ceux qui résultent de la manifestation de deux ou plusieurs organes, singuliers ou collégiaux, dont la volonté se fusionne pour former un seul acte. Les volontés sont homogènes ; elles résultent des plusieurs organes d'une même entité ou d'entités publiques différentes qui se réunissent dans une seule volonté pour constituer l'acte ; il y a identité de contenu et de finalité »* (traduction libre) : DI PIETRO Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo,* préc., p. 234

grade – et celui du Président de la République qui choisit à partir de la liste préalablement élaborée »[953] (traduction libre).

La participation des Pouvoirs exécutif et législatif au choix de certains membres du Pouvoir judiciaire est alors insérée dans le système de « *freins et contrepoids* »[954]. Si, en principe, le chef de l'Exécutif est libre de choisir parmi les noms indiqués dans la liste préétablie le magistrat ou l'avocat qui composera la juridiction, il faut préciser qu'il n'aura pas un tel pouvoir discrétionnaire quand l'une des personnes indiquées était inscrite trois fois consécutivement ou cinq fois non consécutivement sur la liste de mérite. Dans cette hypothèse, le critère technique établi par la Constitution doit prévaloir, d'après l'interprétation systématique de la Constitution défendue par la Cour fédérale suprême[955].

281. Si la Constitution a établi les principes d´organisation du Pouvoir judiciaire et de la magistrature, il appartient au législateur et aux juridictions de les concrétiser et d'élaborer des règles plus détaillées[956]. Dans ce contexte, la loi organique nationale de la magistrature[957] a réglementé, entre autres, la procédure d´avancement et de déplacement des juges en respectant les principes établis par le Constituant. L'article 80 de ladite loi réaffirme que l´avancement de grade en grade doit être fait à l´ancienneté et au mérite et que l'offre des postes vacants doit faire l'objet d'une procédure publique et transparente.

---

[953] Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Mandado de Segurança » nº 24.575-1/DF, Ministre rapporteur : Eros Grau, date du jugement : 15/12/2004, date de la publication : 4/03/2005. – V., dans le même sens : Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Agravo Regimental no Mandado de Segurança » nº 23.972, Ministre rapporteur : Carlos Velloso, date du jugement : 29/08/2001, date de la publication : 21/09/2001. – Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Mandado de Segurança » nº 20.597-1/DF, Ministre rapporteur : Octavio Gallotti, date du jugement : 22/10/1986, date de la publication : 5/12/1986.

[954] V. *supra,* nº 173 s.

[955] V. Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Mandado de Segurança » n° 30.585/DF, Ministre rapporteur : Ricardo Lewandowski, date du jugement : 12/09/2012, date de la publication : 28/11/2012, *in verbis : « "Mandado de segurança". L'avancement de juge fédéral au mérite à la cour régionale fédérale. Ample discrétionnarité du Président de la République fondée sur l'interprétation littérale de l'article 107 de la Constitution. Impossibilité. Choix présidentiel attaché au nom qui figure dans la liste triple trois fois consécutivement ou cinq fois non consécutivement. Exigibilité. Imposition de l'interprétation systématique des normes générales de la magistrature nationale. Application de l'article 93, II, alinéa " a", dans l'espèce. La modification apportée par l'amendement constitutionnel n° 45 de 2004 dans la partie III du dispositif n'altère pas l'entendement sur la matière »* (traduction libre).

[956] Selon l´idée même de système juridique.

[957] Loi complémentaire nº 35 de 1979.

282. Dans son article 81, la loi complémentaire nº 35 prévoit l'ordre de déplacement des juges. Dans la carrière des juges des Etats, avant la nomination initiale et l'avancement au mérite, il y aura le déplacement des juges. Ainsi, d'après l'interprétation du dispositif adoptée par le Conseil national de justice et par la Cour fédérale suprême, tout changement de poste et du service assuré par le juge doit obéir à l'ordre suivant : avancement par l'ancienneté, déplacement sur demande ou permutation des juges d'égal grade, avancement au mérite, entrée initiale dans la carrière[958]. L'article donne priorité au déplacement par rapport à l'avancement au mérite pour favoriser le transfert des juges sur le plan horizontal, manière de récompenser les juges les plus anciens dans le grade et qui, normalement, exercent leurs fonctions dans de petites municipalités (« comarcas » ou « subseção judiciária »)[959] peu attractives.

Ainsi, si un poste est vacant, en raison d´une retraite, par exemple, une procédure est lancée par la communication (publication) du poste disponible à l´ensemble des juges, de la circonscription à pourvoir[960] et si le poste peut être occupé selon les critères de l´ancienneté ou du mérite. Les juges intéressés doivent alors faire leur inscription dans le

---

[958] Conseil national de justice, « Procedimento de Controle Administrativo » nº 0007605-07.2012.2.00.0000, Rapporteur : Jefferson Luis Kravchychyn, date du jugement : 5/02/2013. – Conseil national de justice, « Pedido de Providências » nº 0001832-78.2012.2.00.0000, Rapporteur : Jefferson Luis Kravchychyn, date du jugement : 16/10/2012. – Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Ação Direta de Inconstitucionalidade » nº 2.494/SC, Ministre rapporteur : Eros Grau, date du jugement : 26/04/2006, date de la publication : 13/10/2006.

[959] JORGE Éder, « Os critérios para promoção e remoção por merecimento », préc. – A propos des différents vocables utilisés dans la théorie de la compétence, Cândido Rangel Dinamarco explique, *in verbis : « Le Code de procédure civile de 1973, bien que rédigé et promulgué après que la Justice fédérale fut établie (en 1966), utilisait exclusivement le vocable "comarca" pour désigner les unités territoriales qui composent le territoire national pour l'exercice de la juridiction – sans mentionner les "subseções", ou les "subseções judiciárias", qui sont les unités territoriales de la Justice fédérale. (...) Dans l'organisation judiciaire brésilienne les "comarcas" et "subseções judiciárias" intègrent le concept de "foro". (...) "Foro" trouve son origine dans le vocable latin forum, qui signifie place ou lieu. Il s'agit d'une connotation purement territoriale ou géographique. En droit processuel, il ne doit être utilisé que pour désigner les unités territoriales de l'exercice de la juridiction (...). Un autre concept très proche de "foro", mais qui ne coïncide pas avec ce dernier, est celui de "juízo". "Juízo" est l'organe juridictionnel ou, dans le langage traditionnel brésilien, "vara" (le premier degré de juridiction). Dans un "foro" ("comarca", "subseção judiciária"), il peut y avoir une seule "vara", c'est-à-dire, un seul "juízo" ; ou il peut y en avoir deux ou plusieurs, ou encore des "varas" spécialisées de diverses natures, etc. »* (traduction libre) : DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* v. 1, préc., pp. 77 et 638-639.

[960] Selon Maria Helena Diniz, la « circunscrição » est la division territoriale dans laquelle le juge exerce sa juridiction : V. DINIZ Maria Helena, *Dicionário jurídico,* v. 1, préc., p. 583. La « circunscrição » judiciaire est alors la délimitation du territoire ou le domaine de compétence où le juge exerce son autorité : V. les informations disponibles sur http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/circunscricao-judiciaria, consulté le 6 juillet 2016.

délai fixé et peuvent recourir contre la décision prise, en raison des critères objectifs prédéfinis.

283. Les règlements intérieurs des juridictions du deuxième degré définissent ensuite les règles plus détaillées sur la répartition des juges dans les différents services. Dans l'Etat de Minas Gerais, par exemple, la nomination des juges obéit à l´ordre de classement obtenu au concours public de recrutement des juges, conformément à l'article 93, I, de la Constitution. Si le juge substitut doit exercer les fonctions indiquées par le président de la juridiction d'appel, conformément à l´article 54 de la loi complémentaire de Minas Gerais nº 59 de 2001[961], la répartition des juges substituts dans les différents services observera, dans la mesure du possible et en raison de la nécessité du service public, l´ordre de préférence du magistrat[962].

Il est cependant intéressant d'indiquer que cette mobilité des juges dans les différents services et grades est limitée en ce qui concerne les juridictions des Etats membres (« justiça estadual ») aux postes et services disponibles dans les juridictions liées à chaque cour d´appel, le changement d'affectation des juges étant restreint par le concours public d'accès à la carrière de juge, conformément à la jurisprudence actuel du Conseil national de justice[963]. La permutation des juges liés à des cours régionales

[961] Loi de l'organisation judiciaire de l'Etat de Minas Gerais/Brésil.
[962] Comme prévu à l´article 160 du règlement intérieur de la cour d´appel de Minas Gerais.
[963] V. Conseil nacional de justice, « Pedido de Providências » nº 465, Rapporteur : Alexandre de Morães, date du jugement : 15/08/2006, *in verbis : « 1.POUVOIR JUDICIAIRE NATIONAL – Le Pouvoir judiciaire est national, selon l'article 92 de la Constitution fédérale et composé de secteurs spécialisés de la Justice du travail, électorale, militaire et de la Justice commune – cette dernière englobe la Justice fédérale et des Etats membres. 2. Chaque domaine de la Justice brésilienne constitue une carrière autonome, dont l'entrée, en règle, a lieu par concours public, sauf les hypothèses exceptionnelles d'investiture politico-constitutionnelle. 3. Pouvoir judiciaire et fédéralisme – Selon l'article 125 de la Constitution de la République fédérative du Brésil, l'organisation de la Justice de l'Etat doit respecter les règles fédéralistes d'auto-organisation, d'auto-gouvernance et d'auto-administration (Constitution, articles 93 et 96). 4. Absence d'une unique carrière relative à toutes les Justices des Etats membres – Il n'y a pas de Pouvoir unique judiciaire des Etats, mais il existe la Justice des Etats comme une branche importante de la Justice brésilienne, exercée par les Cours d'appel des Etats et par les juges qui y sont liés administrativement, sans liaisons administratives ou juridictionnelles entre elles. 5. Impossibilité de déplacement par permutation des juges des Pouvoirs judiciaires des Etats membres différents, même avec la concordance des respectives Cours d'appels, pour correspondre à un transfert, c'est-à-dire, à une manière d'entrée dans une carrière différente de celle par laquelle le juge est entré par concours public, hypothèse absolument interdite par l'article 37, II, du texte constitutionnel. 5. Demande rejetée »* (traduction libre). – Pourtant, le Conseil national de justice est en train d'analyser une demande (« Pedido de Providências »)

fédérales différentes est possible[964], quant à elle, une fois l'opportunité de permutation ou de promotion garantie aux juges fédéraux de la respective région, conformément à la jurisprudence dudit Conseil[965]. La différence de traitement dans les deux cas résulte en effet des particularités des juridictions des Etats membres relatives aux régimes de sécurité sociale, à la carrière et à la structure de la première instance, entre autres[966], vu que la magistrature de Justice de chaque Etat dispose de sa propre carrière[967].

284. Même si une procédure préalable doit définir la répartition des juges dans les différents services, il appartient au chef de juridiction ou à son délégué de faire occuper les différents postes. Ainsi, un acte formel[968] du chef de juridiction ou de son délégué doit être publié dans le Journal Officiel. Il n´existe néanmoins pas au Brésil d'acte annuel du chef de juridiction par lequel il répartit les juges dans les différents services avant le début de chaque année judiciaire[969]. Au contraire, durant une même année, plusieurs actes concernant l'affectation des juges peuvent être publiés, chaque acte touchant spécifiquement à un ou plusieurs postes, sans qu´un acte global soit nécessaire.

En résumé, même si un acte du président de la juridiction du deuxième degré est formellement publié car il définit l'affectation des juges et les promotions réalisées, cet acte est le résultat d´une procédure préalable – transparente et publique – qui détermine la

---

faite par l'Association des juges brésiliens qui veut la réglementation de la permutation entre juges liées à des cours d'appel d'Etats différentes afin de permettre ladite permutation : V. les informations disponibles sur http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82113-cnj-debatera-permuta-de-juizes-de-tjs-durante-audiencia-publica-em-maio, consulté le 6 mai 2016.

[964] Comme le Brésil est un Etat fédéral, conformément à l'article 1º de la Constitution de la République, certaines matières, prévues dans les articles 108 et suivants de la Constitution de la République, sont de la compétence des juridictions fédérales, la compétence des juridictions des Etats membres (« justiça estadual ») étant résiduelle : V. DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* v. 1, préc., p. 669.

[965] Conseil national de justice, « Pedido de Providências » nº 0006373-28.2010.2.00.0000, Rapporteur : Leomar Barros, date du jugement : 12/04/2011. – V. DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* v. 1, préc., p. 579, *in verbis : « Dans la Justice fédérale on questionne s'il est possible ou non le déplacement des juges fédéraux des régions différentes, mais la tendance actuelle est la possibilité de ce type de déplacement »* (traduction libre).

[966] Sur la question: V. les informations disponibles sur http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82113-cnj-debatera-permuta-de-juizes-de-tjs-durante-audiencia-publica-em-maio, consulté le 6 mai 2016.

[967] V. *supra,* notes n^{os} 937 et 963.

[968] Cet acte peut être appelé « portaria » – acte administratif relatif au fonctionnement d´un service public – ou simplement « acte ».

[969] Comme, par exemple, l´ordonnance de roulement prévu par le Code d´organisation judiciaire français (articles L. 121-3 et R. 121-1).

répartition des juges dans les différents services et dans les différentes juridictions selon la nécessité du service public de la justice et les préférences des juges, en observance des critères préétablis dans la Constitution, dans les lois et dans les règlements intérieurs des cours d'appels, régionales et supérieures. Cette réglementation élargie n'a pas toutefois empêché la survenance du contentieux en la matière.

C. - Le contentieux au Brésil concernant les actes administratifs de répartition des juges dans les différents services

285. La répartition des juges dans les différents services de la juridiction doit être faite par le chef de juridiction selon les critères fixés par des normes constitutionnelles et infraconstitutionnelles qui visent à organiser, de manière transparente et égalitaire, la procédure d'affectation des juges afin d'éviter des choix politiques et arbitraires. Cependant, la rédaction originaire de l´article 93, II, alinéa *« c »,* de la Constitution de la République s´est avérée insuffisante dans ce sens en raison de l'établissement de critères subjectifs par le Constituant originaire pour déterminer la promotion des juges[970]. En effet, l'appréciation du mérite selon les *« critères de diligence et de sûreté dans l'exercice de la juridiction »* (traduction libre) s'est montrée questionnable et subjective et les juges intéressés ont essayé d´annuler des procédures de promotion qui, selon eux, ne suivaient pas les critères constitutionnels et légaux[971]. Les conditions de répartition des juges dans les différents services et grades de la juridiction prévues originairement par la Constitution sont devenues donc insuffisantes pour éviter du contentieux.

---

[970] V. la rédaction originale de la norme avant la modification apportée par l´amendement constitutionnel nº 45 de 2004, *in verbis : « Art. 93. Une loi complémentaire, adoptée à l'initiative de la Cour fédérale suprême, dispose sur le statut de la magistrature, dans le respect des principes suivants: (...) II - l'avancement se fait de grade en grade, alternativement par l'ancienneté et par le mérite, dans le respect des normes suivantes: c) l'appréciation du mérite se fait selon les critères de diligence et de sûreté dans l'exercice de la juridiction, de fréquence et de résultats obtenus dans des formations de perfectionnement reconnues»* (traduction libre).

[971] Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Mandado de Segurança » nº 24575/DF, Ministre rapporteur : Eros Grau, date du jugement: 15/12/2004, date de la publication : 4/03/2005. – Cour supérieure de justice, Cinquième Chambre, « Recurso em Mandado de Segurança » n° 11818/MS, Ministre rapporteur : Gilson Dipp, date du jugement : 21/05/2002, date de la publication : 17/06/2002. – Cour supérieure de justice, Cinquième chambre, « Recurso em Mandado de Segurança » n° 12646/MS, Ministre rapporteur : Jorge Scartezzini, date du jugement : 2/10/2001, date de la publication : 4/02/2002. – Cour supérieure de justice, Cinquième chambre, « Recurso em Mandado de Segurança » n° 4639/DF, Ministre rapporteur : Edson Vidigal, date du jugement : 3/08/2000, date de la publication : 28/08/2000.

286. En quête de plus de transparence et d'objectivité du système d'affectation et de promotion des juges, la Constitution de la République a été partiellement modifiée en 2004 par l´amendement constitutionnel nº 45. Le Constituant dérivé a modifié l´alinéa « *c* » et a inclus l´alinéa « *e* » à l´article 93, II, de la Constitution, *in verbis :*

> *« Article 93. Une loi complémentaire, adoptée à l'initiative de la Cour fédérale suprême, dispose sur le statut de la magistrature dans le respect des principes suivants:*
> *II - l'avancement se fait de grade en grade, alternativement par l'ancienneté et par le mérite, dans le respect des normes suivantes:*
> *c) l'appréciation du mérite selon la performance du juge, des critères objectifs de productivité et de célérité dans l´exercice de la juridiction et en raison de la participation dans des cours officiels ou reconnus de perfectionnement*[972]*;*
> *(...)*
> *e) ne sera pas promu le juge qui, sans motif justifié, retient des dossiers au-delà des délais légaux, ne pouvant pas les restituer au secrétariat de la juridiction sans émettre un "despacho" ou la décision applicable »* (traduction libre)[973].

A partir de 2004, le Constituant a ainsi soumis le choix des juges dans les différents services et grades à l´observance de critères plus objectifs. Par conséquent, une procédure plus transparente et impartiale est prévue afin d'assurer l´égalité de traitement des juges et le respect des principes constitutionnels de légalité, de non-discrimination (« impessoalidade ») et de moralité[974].

287. En 2010, exerçant sa fonction de contrôle sur l´activité administrative du Pouvoir judiciaire[975], le Conseil national de justice a émis la Résolution[976] nº 106, identifiant et spécifiant le contenu des critères fixés dans la Constitution de la République. De ce fait, le Conseil a déterminé ce qui doit être analysé pour identifier l´aspect quantitatif et qualitatif de la prestation juridictionnelle fournie par les juges et a réaffirmé que les décisions sur la promotion des juges doivent indiquer les fondements du choix[977].

---

[972] Rédaction donnée par l´amendement constitutionnel nº 45 de 2004.
[973] Règle incluse par l´amendement constitutionnel nº 45 de 2004.
[974] V. *supra,* note nº 935.
[975] Compétence prévue à l´article 103-B, § 4º, I, de la Constitution de la République, norme incluse par l´amendement constitutionnel nº 45 de 2004 : V. *supra,* note nº 717.
[976] La « Resolução » est l'acte règlementaire qui découle du pouvoir de règlementation attribué au Conseil national de justice par l´article 103-B, § 4º, I, de la Constitution de la République.
[977] Selon l'article 4 de la Résolution CNJ n° 106 de 2010 : *« Durant le vote, les membres votants de la Cour devront déclarer les fondements de leur conviction, fournir une mention individualisée sur les critères*

En détaillant les critères objectifs prévus dans la Constitution, ladite Résolution a eu pour but d'éviter que les promotions des juges violent les principes constitutionnels indiqués ci-dessus[978]. Les juridictions doivent alors suivre les critères définis par le Conseil national de justice en raison de sa compétence réglementaire et de son pouvoir de suspendre ou d'annuler toute procédure de répartition des services des juridictions qui désobéit aux normes établies. Dans la pratique, chaque année, plusieurs procédures de contrôle administratif sont soumises au Conseil national de justice qui analyse si l'affectation de juges respecte les règles objectives fixées par la législation[979]. Dans le cas où l'organe décide que les critères établis n'ont pas été appliqués pour un cas donné, le Conseil peut déclarer la nullité du choix fait par la juridiction, mais aussi indiquer le juge qui remplit les exigences objectives et qui doit donc être choisi par l'administration de la cour pour exercer la fonction à occuper[980].

Il est donc possible de vérifier que la réglementation élargie pour l'affectation des juges dans les juridictions n´a pas empêché la survenance de contentieux en la matière, dans la mesure où les juges intéressés demandent l´annulation des procédures de transfert ou de promotion – à l'ancienneté et au mérite – chaque fois que, d'après eux, la procédure de répartition des juges dans les différents services n'a pas suivi les critères constitutionnels et infraconstitutionnels en la matière. Cependant, l'établissement de critères objectifs confère de la transparence aux décisions sur l'affectation des juges et leur promotion, finalité atteinte également par les normes brésiliennes de distribution des affaires.

---

utilisés dans le choix concernant : I – la performance (aspect qualitatif de la prestation juridictionnelle) ; II – la productivité (aspect quantitatif de la prestation juridictionnelle) ; III – la sollicitude dans l'exercice des fonctions ; IV – le perfectionnement technique ; V - l´adéquation de la conduite au Code d´éthique de la magistrature » (traduction libre).

[978] Affirmé expressément par le Conseil national de justice dans le « Procedimento de Controle Administrativo » n° 0003457-16.2013.2.00.0000, Rapporteur : Gisela Gondain Ramos, « Conselheiro » désigné rédacteur de l'arrêt : Flavio Sirangelo, date du jugement : 5/11/2013.

[979] V., par exemple, le « Procedimento de controle administrativo » n° 0001113-96.2012.2.00.0000, Juge rapporteur : Neves Amorim, date du jugement : 19/06/2012.

[980] V., par exemple, le « Procedimento de controle administrativo » n° 0001691-25.2013.2.00.0000, Juge rapporteur : José Guilherme Vasi Werner, date du jugement: 6/08/2013, qui a annulé la décision. – « Procedimento de controle administrativo » n° 0001113-96.2012.2.00.0000, Juge rapporteur : Neves Amorim, date du jugement : 19/06/2012. – « Procedimento de controle administrativo » n° 0006056-93.2011.2.00.0000, Juge rapporteur : Jorge Hélio Chaves de Oliveira, date du jugement : 8/05/2012.

§ 2 : La distribution des affaires devant les juridictions brésiliennes

288. La distribution est le moyen de partager entre les juges, les « desembargadores » rapporteurs ou les « ministres »[981] rapporteurs d'égale compétence les affaires soumises à une juridiction[982]. La manière dont la distribution est réalisée est d´extrême importance pour l´impartialité du *processus* décisionnel[983]. Plus les règles de distribution sont transparentes et objectives, moins il y aura de doutes sur la légitimité et l´impartialité du juge chargé de trancher le litige. Au Brésil, il y a différentes règles d'attribution des affaires : il est donc nécessaire d'étudier non seulement les normes générales de distribution des affaires (A), mais aussi les normes spécifiques d'attribution *par dépendance* (B) et d'autres encore qui règlent la question relative à l'appréciation des affaires urgentes par des « juges de garde » (C).

A. – Les règles générales de distribution des affaires au Brésil

289. Comme pour l'affectation des juges, l'ordonnancement juridique brésilien prévoit un ensemble de règles concernant la distribution des affaires au Brésil. La Constitution de la République, le Code de procédure civile, les règlements intérieurs des cours d'appel, régionales et supérieures et encore d'autres normes[984] font partie donc d'une ample réglementation qui traite de la matière afin d'apporter de l'objectivité et de la transparence, toujours dans le respect du principe du juge naturel.

---

[981] « Desembargador » est, en règle, la dénomination du juge qui compose les juridictions du deuxième degré. Dans les cours supérieures, les juges sont appelés « ministres ».

[982] ASSIS Araken de, *Manual dos recursos,* préc., p. 272.

[983] CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt*, req. n° 10486/83, série A, n° 154, dans F. Sudre et *alii*, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l´homme, 4e éd., PUF, 2007, n° 30, p. 313, note A. Gouttenoire : *« Aux fins de l'article 6 par. 1 (art. 6-1), l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, essayant de déterminer la conviction personnelle de tel juge en telle occasion, et aussi selon une démarche objective amenant à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (voir, entre autres, l'arrêt De Cubber du 26 octobre 1984, série A n° 86, pp. 13-14, par. 24) ».*

[984] La Cour fédérale suprême a même réglementé la matière dans la Résolution n° 558 du 31 août 2015 qui traite de l'amélioration de la surêté et de la transparence dans la distribution des procès devant ladite juridiction suprême.

290. En effet, même s'il n'est pas expressément prévu[985], le principe du juge naturel dans l'ordre juridique brésilien établit que la compétence pour le jugement de l'affaire doit être fixée selon le droit en vigueur au moment de l'introduction de la demande. La fixation ne peut pas être modifiée ultérieurement sauf dans certaines situations spéciales[986], comme l'affirme la doctrine, *in verbis :*

> *« Dans ce contexte, il est possible d'affirmer que nul doit être jugé par un organe constitué après l'occurrence du fait. Il est certain qu'il y a un ordre exhaustif de compétence entre les organes juridictionnels préétabli et la possibilité d'avoir, par n'importe quel des intéressés, des moyens en vue de "choisir" le juge est interdite, défendue et non autorisée. Voilà les raisons pour lesquelles les règles de distribution de compétence réalisent l'application du juge naturel : elles établissent des critères généraux, préétablis et objectifs pour l'identification du juge qui conduira et jugera l'affaire. Dans le domaine de la procédure civile, l'article 251 du CPC (de 1973), en exigeant la distribution des procès quand il y a plus d'un juge, concrétise la garantie du juge naturel. (...) La préconstitution du juge naturel vise à assurer que l'indication de l'organe juridictionnel compétent ne puisse pas être modifiée postérieurement par des actes législatifs, sous peine de porter atteinte à l'impartialité du juge et le droit à la certitude que le juge n'est pas ad hoc »* (traduction libre)[987].

---

[985] Le principe du juge naturel est une garantie traditionnelle du droit positif brésilien, même si la terminologie *juge naturel* n'a pas toujours été employée, comme l'affirme Leonardo José Carneiro da Cunha, *in verbis : « Au Brésil, la garantie est déjà traditionnelle car elle est prévue depuis la Constitution de 1824 et jusqu'à la Constitution de 1988, certains auteurs considèrent qu'elle n'était pas prévue dans la Constitution fédérale de 1937 »* (traduction libre) : CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Jurisdição e competência,* Coleção Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 62, Revista dos Tribunais : São Paulo, 2008, p. 59. – Traitant du principe du juge naturel, Fredie Didier Junior clarifie, *in verbis : « L'une des principales garanties qui résulte de la clause établissant le respect de la procédure légale (« devido processo legal ») est le droit fondamental au juge naturel. C'est une garantie non expressément prévue, mais qui découle de la conjugaison de deux dispositifs constitutionnels : celui qui interdit des jugements ou des tribunaux d'exception et celui qui détermine que nul ne peut être poursuivi ni jugé si ce n'est par l'autorité compétente (art. 5º, XXXVII et LIII de la Constitution fédérale de 1988). C'est une garantie d'une conquête moderne »* (traduction libre) : DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 182.

[986] L'article 43 du Code de procédure civile de 2015 prévoit la règle de la *« perpetuation jurisdictionis »* qui détermine que la compétence, fixée par le registre ou par la distribution – dépend s'il y a ou non, respectivement plus d'un juge de compétence égale – de la demande introductive de l'instance restera la même jusqu'au prononcé de la décision. C'est une règle qui compose le système de stabilité du procès, de manière à ce qu'aucune modification postérieure, de fait ou de droit, puisse en principe la modifier. Néanmoins, il y a certains faits postérieurs à la demande introductive de l'instance qui imposent la redistribution de l'affaire, à savoir, la suppression de l'organe juridictionnel ou la modification ultérieure de la compétence absolue, si elle est antérieure au jugement : V. DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., pp. 200-201.

[987] CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Jurisdição e competência,* préc., pp. 65 et 67.

La garantie du juge naturel interdit alors les tribunaux *ad hoc* et également la soustraction du juge compétent afin d'assurer la non-discrimination (« impessoalidade ») et l'indépendance dans l'exercice de la fonction juridictionnelle. Comme l'affirme la doctrine, *« la distribution n'est pas un simple partage de la charge de travail ; plus que cela, elle satisfait le principe du juge naturel, et sous le prisme du service public réalisé par la juridiction étatique, elle est en lien avec les principes d'efficience et du délai raisonnable des procédures »* (traduction libre)[988].

291. Pour éviter de paralyser les affaires conservées dans des endroits précaires sans qu'elles soient analysées par les juges, l´amendement constitutionnel nº 45 de 2004 a inséré dans la Constitution de la République la norme selon laquelle la distribution des affaires doit être immédiate devant tous les degrés des juridictions[989]. Il faut néanmoins souligner que, en premier ressort, quand les affaires sont toujours tranchées par des juges uniques[990], la distribution des procès a seulement lieu quand, dans une même juridiction, deux ou plusieurs juges sont d'égale compétence pour la connaissance du litige[991].

Ainsi, dans les petites municipalités, où normalement un seul juge est compétent pour trancher la totalité des affaires – pénales, civiles ou du travail –, il n´y n'a pas distribution des procès. Par contre, dans les grandes et moyennes villes, où les juridictions sont normalement composées de plusieurs juges avec des compétences concurrentes, la définition de celui qui tranchera chaque litige est déterminée par la distribution des affaires – qui pourra être électronique –, faite de manière aléatoire et alternée, afin d´obtenir l'égalité de travail[992] et d'empêcher que les parties choisissent l'organe juridictionnel qui tranchera leur litige.

---

[988] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., pp. 442-443. – V. aussi : WAMBIER Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO Maria Lúcia Lins, RIBEIRO Leonardo Ferres da Silva e MELLO Rogério Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo,* préc., pp. 522-523.
[989] Article 93, XV, de la Constitution de la République.
[990] DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* v. 1, préc., p. 566.
[991] Comme le disposait l´article 251 du Code de procédure civile de 1973 et le détermine l'article 284 du Code de procédure civile de 2015, toutes les affaires sont sujettes à registre et doivent être distribuées quand il y a au moins deux juges de compétence égale.
[992] Conformément à l'article 252 du Code de procédure civile de 1973 et à l'article 285 du Code de procédure civile de 2015.

292. Dans les cours d´appel, régionales et supérieures, les affaires sont enregistrées à la date de leur entrée dans la juridiction et sont distribuées selon leurs règlements intérieurs[993]. Même si chaque cour peut choisir la manière de procéder à la distribution des affaires, la loi impose l´observance des principes de publicité, d'alternance[994] et du tirage au sort électronique, comme le détermine expressément l'article 930 du Code de procédure civile de 2015[995], l'obéissance de ces critères protégeant le droit au juge naturel qui n'admet pas la possibilité de choix du juge par les parties[996]. Dans la systématique précédente où le tirage au sort électronique n'était pas obligatoire[997], plusieurs cours[998] utilisaient déjà des systèmes informatiques pour réaliser la distribution des affaires car ces systèmes, bien employés, permettent le partage égalitaire, transparent et objectif des affaires de manière efficiente et plus sûre[999].

[993] Conformément à l'article 929, *caput* et paragraphe unique, du Code de procédure civile de 2015.

[994] Dans la pratique, le principe d'alternance signifie que chaque catégorie d´affaires reçoit une classification préétablie, selon la nature du litige, et que chaque juge compétent doit recevoir une affaire de cette catégorie en répétant successivement l´opération : V. THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil,* préc., p. 244.

[995] L'article 285 du Code de procédure civile de 2015, qui traite des affaires devant la première instance, établit que *« la distribution, qui pourra être électronique, sera alternée et aléatoire, obéissant à une rigoureuse égalité »* (traduction libre). L'article 930 du Code de procédure civile de 2015, qui traite spécifiquement des procès devant les cours, prévoit que *« la distribution sera faite conformément au règlement intérieur de la cour et l'alternance, le tirage au sort électronique et la publicité doivent être respectés »* (traduction libre).

[996] MARINONI Luiz Guilherme, ARENHART Sérgio Cruz e MITIDIERO Daniel, *Novo curso de processo civil : tutela dos direitos mediante procedimento comum,* v. 2, préc., p. 576.

[997] L'article 548 du Code de procédure civile de 1973 prévoyait que la distribution des affaires devait être réalisée selon le règlement intérieur de la cour en observant les principes de publicité, de l'alternance et du tirage au sort. Le code antérieur n'exigeait pas que le tirage au sort soit réalisé électroniquement.

[998] Le règlement intérieur de la Cour supérieure de justice établit, par exemple, dans son article 69, que la distribution des affaires dans ladite juridiction sera réalisée par tirage au sort automatique et utilisera un système informatique à cette fin, selon une instruction normative prévue à l´article 21, XX, de son règlement intérieur. De manière identique, le règlement intérieur de la cour d´appel de l'Etat de Minas Gerais prévoit, dans son article 69, que la distribution des affaires doit être réalisée tous les jours, entre 8 et 18 heures, sous la supervision du premier vice-président de la cour, par un système informatisé de façon à assurer la division rationnelle et égale du travail et le respect des principes de publicité, de l´alternance et du tirage au sort.

[999] Comme l'indique la doctrine, *« L'utilisation des ressources informatiques constitue une arme puissante contre la fraude dans la distribution, mais est encore vulnérable »* (traduction libre) : DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* v. 1, préc., pp. 867-868.

A la différence des juridictions du premier degré[1000], les arrêts des cours d´appel, des cours régionales et des cours supérieures sont, en règle générale[1001], prononcés par leurs formations de jugement, des organes collégiaux – chambres, classes, sections, assemblée plénière, etc. – composées par des « desembargadores » ou des « ministres »[1002]. Si les règlements intérieurs de ces juridictions établissent les compétences de leurs différents organes, la distribution des affaires déterminera le « desembargador » ou le « ministre » rapporteur, c'est-à-dire, celui qui est chargé de l´instruction et de l´élaboration du rapport de l´affaire et qui aura de plus voix délibérative.

Le principe d´alternance au niveau des juridictions du deuxième ou du troisième degré exige alors que les affaires soient distribuées nominalement entre tous les « desembargadores » ou « ministres » des chambres compétentes[1003]. La distribution d´une affaire déterminera ainsi que le « desembargador X », qui compose, par exemple, la première chambre civile de la cour d'appel, sera le « desembargador » rapporteur de l´affaire distribuée. La distribution n´établira pas directement quelle chambre de la cour

[1000] Dans les juridictions du premier degré, les litiges sont tranchés par des juges uniques. L'utilisation du singulier pour déterminer les pouvoirs, les devoirs et la responsabilité *du juge* indique le choix du législateur dans ce sens (articles 125 et suivants du Code de procédure civile de 1973 et les articles 139 et suivants du Code de procédure civile de 2015).

[1001] Le Code de procédure civile de 1973, dans son article 557, autorisait le rapporteur de refuser, par une décision individuelle, de maintenir un recours manifestement irrecevable et non fondé, qui a perdu son objet ou en désaccord avec l'énoncé de la jurisprudence prédominante des juridictions – les « súmulas ». L'article 932 du Code de procédure civile de 2015, de son côté, prévoit les attributions du rapporteur, et parmi elles, la conduite de l'instance, l'analyse de la demande de tutelle provisoire dans les recours ou dans les actions de compétence originaire des juridictions du deuxième degré. Le nouveau code permet aussi le que le rapporteur refuse – par une décision individuelle, sans qu'un arrêt de la formation de jugement soit nécessaire –, le maintien du recours manifestement irrecevable, qui a perdu son objet ou qui n'a pas attaquer spécifiquement les chefs de la décision frappée de recours. Ledit article autorise également que le rapporteur, en statuant seul, rejette un recours ou l'accueille quand il est respectivement contraire ou en concordance avec une « súmula » de la Cour fédérale suprême ou de la Cour supérieure de justice ou de la propre juridiction à laquelle le rapporteur appartient, lorsqu'il est contraire ou en consonance avec un arrêt de ces deux juridictions supérieures, prononcé en cas de recours répétitif ou à une décision établie dans l' « incidente de resolução de demandas repetitivas » (incident de résolution de demandes répétitives) ou de l'« incidente de assunção de competência » (incident de prise de compétence).

[1002] V. *supra,* note n° 981.

[1003] ASSIS Araken de, *Manual dos recursos,* préc., p. 272. – L'article 931 du Code de procédure civile de 2015 établit, *in verbis : « Distribué, le procès sera immédiatement conclu au rapporteur qui, dans un délai de 30 jours, après élaborer sa décision, l'enverra au greffe avec son rapport »* (traduction libre). Il faut préciser, en outre, que, si la juridiction du deuxième degré n'est pas composée par des chambres, les affaires sont tranchées par l'ensemble de ses membres. La distribution des affaires désigne aussi le rapporteur du procès qui a voix délibérative dans le jugement.

jugera l´affaire, ce qui exigerait par la suite le choix du « desembargador » rapporteur par le président de la formation de jugement ou par tirage au sort. Par contre, la distribution de l´affaire au Brésil détermine tout de suite le juge rapporteur de l´affaire et, dans la mesure où chaque juge appartient à une chambre, la chambre à laquelle il appartient tranchera le litige[1004].

La distribution des affaires est ainsi normalement faite au Brésil par l´utilisation de systèmes informatiques qui obéissent aux principes de publicité, d´alternance et du tirage au sort. C´est une manière assez égalitaire et transparente de partager les affaires entre les juges d'égale compétence et d'éviter le choix du juge par les parties[1005] ou du procès par le juge, en conformité au principe du juge naturel, comme l'indique la doctrine, *in verbis :*

> *« Formellement, le juge naturel est le juge compétent selon les règles générales abstraites préalablement établies. Il n'est pas possible de déterminer la juridiction post facto ou ad personam. La détermination de l'organe juridictionnel compétent pour connaître de la demande doit être faite selon des critères impersonnels, objectifs et préétablis. Le Tribunal d'exception est celui désigné ou créé, pour une délibération législative ou non, pour juger une affaire déterminée. Les juges d'exception sont des juges ad hoc et sont interdits »* (traduction libre)[1006].

293. Les règles de distribution des affaires constituent donc une garantie du principe du juge naturel. Leur observance est alors obligatoire et peut être contrôlée par les intéressés. L´article 256 du Code de procédure civile de 1973 prévoyait que la distribution des affaires pouvait être contrôlée par la partie ou par son représentant. L'article 289 du Code

---

[1004] V : ASSIS Araken de, *Manual dos recursos,* préc., p. 273. – MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 1.257. – Il est important d'ajouter que, pour certains recours et affaires soumis à la cour d'appel (« apelação », « embargos infringentes » et « ação rescisória »), l'article 551 du Code de procédure civile de 1973 prévoyait que, après l'analyse du procès par le juge rapporteur, l'affaire devait être envoyée au « desembargador » réviseur. Dans cette hypothèse, la distribution d'une affaire au juge rapporteur déterminait, par voie de conséquence, le juge réviseur car celui-ci était le « desembargador » qui suit le rapporteur dans l'ordre décroissant d'ancienneté (article 551, § 1º). Le Code de procédure civile de 2015 a néanmoins supprimé la fonction du juge réviseur.

[1005] LIMA George Marmelstein, « Desrespeitos à regra da livre distribuição », *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 54, 1º de fevereiro de 2002, disponible sur http://jus.com.br/revista/texto/2623, consulté le 7 novembre 2014.

[1006] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., pp. 182-183.

de procédure civile de 2015 élargit toutefois les légitimés à exercer ce contrôle : la fiscalisation de la distribution peut être réalisée par la partie, son avocat, le Ministère public et le Défenseur public, dans la mesure où elle fixe concrètement l'organe juridictionnel compétent pour connaître du litige, comme le défend une partie de la doctrine[1007].

Même si l´utilisation des systèmes informatiques a rendu désuète la réalisation d´une audience publique pour distribuer les affaires, le résultat de la répartition doit être publiée dans le Journal Officiel de la juridiction afin de permettre le contrôle par les parties[1008]. S'il existe des doutes concernant sa régularité, les parties peuvent se plaindre auprès de l´organe compétent et demander la preuve du respect des principes d'alternance et du tirage au sort et donc du respect du principe du juge naturel. L´organe compétent pour connaître une telle « réclamation » est celui qui est compétent pour présider et surveiller la distribution des affaires[1009]. En effet, en cas d'erreur de distribution, il est nécessaire de déterminer une nouvelle distribution[1010], comme l'indique expressément l'article 288 du Code de procédure civile de 2015[1011]. Si en règle générale la distribution doit être aléatoire, le législateur prévoit néanmoins des hypothèses où une distribution antérieure déterminera l'attribution d'une affaire postérieure à un juge donné.

B. - La distribution des affaires *par dépendance*

294. Si la libre distribution des affaires est la règle générale, la loi fixe des hypothèses dans lesquelles les affaires seront attribuées à un juge donné en raison d'un autre procès.

[1007] V. DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 202, *in verbis : « Selon l'article 284 du CPC, quand il y a "plus d'un organe juridictionnel" les procès doivent être distribués, de manière alternée et aléatoire, parmi les organes juridictionnels abstraitement compétents. La distribution doit être faite immédiatement (art. 93, XV, de la Constitution de la République de 1988), à la date de l'introduction de l'instance. Avec cela, la compétence concrète est fixée et transforme "la compétence cumulative de tous en compétence exclusive d'un seul entre tous"»* (traduction libre).

[1008] V. l'article 285, paragraphe unique, du Code de procédure civile brésilien de 2015.

[1009] L´article 68, § 5º, VI, du règlement intérieur de la cour d´appel de l'Etat de Minas Gérais établit, par exemple, que *« les réclamations contre la distribution doivent être envoyées au premier vice-président de la cour »* (traduction libre).

[1010] ASSIS Araken de, *Manual dos recursos,* préc., p. 274.

[1011] Selon l'article 288 du Code de procédure civile de 2015, *« Le juge, ex officio ou à la demande de l'intéressé, corrigera l'erreur et compensera le manque de distribution »* (traduction libre).

C'est le cas pour la situation de connexité ou de « contigência » des affaires (I), en cas de demandes identiques ou de réitération d'une même demande (II) et aussi en cas de risque de décisions divergentes ou contradictoires (III)[1012].

I - La distribution *par dépendance* des affaires connexes ou liées par « continência »

295. Il nous faut, de prime abord, signaler que toute distribution d'une affaire, soit librement ou *par dépendance*, est réalisée par l'organe (magistrat ou fonctionnaire) indiqué par le règlement intérieur de chaque juridiction. Il appartient alors au juge ou à l'organe responsable – et à leurs auxiliaires – d'analyser tous les procès qui arrivent devant la juridiction afin d'établir si leur distribution sera libre ou, au contraire, *par dépendance*[1013]. En règle générale la distribution doit être libre (aléatoire), mais il y a des hypothèses, expressément prévues par la législation, dans lesquelles l'affaire doit être distribuée à un juge donné.

296. L´article 253, I, du Code de procédure civile de 1973 déterminait la distribution des affaires *par dépendance* lorsqu'il existait un lien de connexité ou de « continência » entre l'affaire en question et une autre affaire déjà distribuée, la même règle étant prévue par l'article 286, I, du *codex* de 2015.

La connexité est une similitude entre des demandes, considérée par le droit positif comme apte à la production de certains effets processuels, y compris la modification de la compétence relative[1014], pour attribuer à un certain organe juridictionnel la compétence

[1012] Les deux premiers cas de distribution *par dépendance* étaient déjà prévus dans le Code de procédure civile de 1973. Le Code de procédure civile de 2015, dans ses articles 55, § 3°, et 286, III, ajoute une troisième hypothèse de distribution *par dépendance* et établit que les procès qui courent le risque de décisions divergentes ou contradictoires si jugés séparément, même en absence de connexité entre eux, doivent être réunis pour être jugés conjointement.

[1013] Il est utile d'indiquer que la distribution *par dépendance* est également possible dans le PJe – procès judiciaire électronique – qui contient des outils informatiques à utiliser par les parties et par les juges : V. les informations disponibles sur http://www.tjmg.jus.br/data/files/67/07/85/A0/1F166410C2460664E81808A8/Manual%20de%20Perguntas%20e%20Respostas%20V%201%2030.05.2014.pdf, consulté le 3 octobre 2016.

[1014] En traitant de la différence entre la compétence absolue et la compétence relative, la doctrine explique, *in verbis : « Les règles de compétence sont soumises à des régimes juridiques différents, selon qu'il*

pour juger les affaires liées par connexité[1015]. La connexité présuppose alors des demandes distinctes, mais qui maintiennent entre elles un certain lien. Il appartient donc au droit positif de déterminer quel type de rapport doit être pris en compte et quels effets juridiques seront produits dans ce cas. Selon le droit positif actuel, les affaires sont connexes quand elles ont le même objet ou la même *causa petenti*[1016] – faits juridiques qui soutiennent la prétention[1017].

297. Le traitement de la « continência » est similaire car elle est, selon le droit processuel civil brésilien, un exemple de connexité[1018]. Il existe un lien de « continência » entre des affaires qui ont les mêmes parties et la même *causa petenti*, mais l´objet de l'une, pour être plus ample, englobe l´objet de l´autre[1019]. Il faut ajouter que le Code de

---

s'agisse de règles fixées dans l'intérêt publique principalement, ou règles de compétence absolue, ou dans l'intérêt spécialement privé, règles de compétence relative. (...) La compétence en raison de la matière, de la personne et fonctionnelle sont des exemples de compétence absolue. La compétence en raison du montant de la demande peut également être absolue, lorsqu'elle dépasse les limites établies par le législateur. Dans certaines hypothèses, la compétence territoriale est aussi absolue (l'auteur donne des exemples de la compétence territoriale absolue dans le cas d'une d'action civile publique et des demandes qui traitent du droit de propriété, de voisinage, de servitude, de possessions et d'autres hypothèses prévues à l'article 47 du Code de procédure civile de 2015) » (traduction libre) : DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., pp. 203, 206 et 220-221. – En règle, la compétence est relative quand elle est établie en raison du montant de la demande ou en raison du territoire (compétence territoriale).

[1015] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., pp. 230-231. – En distinguant la juridiction de la compétence, la doctrine clarifie, *in verbis : « Tout juge est investi de juridiction et détient le pouvoir pour juger. Face à la grande diversité de demandes, le législateur les distribue entre les différents organes, selon les critères préétablis. Cette distribution – qui autorise et limite l'exercice du pouvoir dans le cas concret – est la compétence. En d'autres termes, la juridiction comprend tout le pouvoir juridictionnel, pris en compte de manière abstraite et générique, attribué à tous les juges, tandis que la compétence est le pouvoir juridictionnel appartenant, in concreto, à chaque organe juridictionnel. C'est la raison qui a conduit à l'affirmation, dans le point 1.2 supra, que la juridiction consiste en une capacité, tandis que la compétence, en une légitimité »* (traduction libre) : CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Jurisdição e competência,* préc., p. 98.

[1016] Selon l'article 103 du Code de procédure civile de 1973 et l'article 55 du Code de procédure civile de 2015.

[1017] THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil*, préc., p. 58.

[1018] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 231.

[1019] Selon l'article 104 du Code de procédure civile de 1973 et l'article 56 du Code de procédure civile de 2015. – Il ne faut cependant pas confondre « continência » avec litispendence, comme l'avertit la doctrine, *in verbis : « S'il y a trois demandes dans une action et deux demandes dans une autre, il n'y a pas "continência" parce que la première contiendrait la seconde. Si les demandes formulées dans la seconde action ont également été formulées dans la première, c'est un cas de litispendance partielle. Dans la "continência" les demandes sont différentes : l'une englobe l'autre »* (traduction libre). L'auteur donne l'exemple suivant, *in verbis : « si l'on demande l'annulation du contrat, dans une action, et l'annulation d'une clause du même contrat dans une autre, même si les demandes sont différentes, la première englobe*

procédure civile de 2015 établit que, en cas de « continência », l'action plus restreinte sera jugée sans examen du *meritum causæ* quand l'action plus ample aura été proposée antérieurement. Par contre, les affaires seront nécessairement réunies pour être jugées ensembles[1020].

298. Ainsi, en cas de demandes connexes ou qui ont un rapport de « continência » devant des juges différents, elles doivent être distribuées *par dépendance* au même juge, appelé juge « prevento »[1021], de manière à éviter le prononcé de décisions contradictoires et garantir l'efficience procédurale[1022]. Si les demandes sont devant le même juge, il suffit alors de les rassembler pour être jugées ensembles.

299. Par conséquent, en cas de connexité, et une fois la réunion des demandes accomplie, il y a prorogation de la compétence par détermination légale[1023], comme l'explique la doctrine, *in verbis :*

---

la seconde » (traduction libre) : DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., pp. 233-234.

[1020] Selon l'article 57 du Code de procédure civile de 2015.

[1021] Le Code de procédure civile de 1973 définissait que le juge « prevento » est celui qui a déterminé, en premier, l´assignation du défendeur – si les affaires ont été distribuées en « comarcas » différentes – ou celui qui a émis en premier un acte de gestion procédurale – un « despacho » – si les affaires ont été distribuées dans la même circonscription judiciaire – « comarca » (articles 219 et 106 du Code de procédure civile de 1973, respectivement). Le Code de procédure civile de 2015 établit toutefois dans son article 59, que *« le registre ou la distribution de la pétition initiale rend "prevento" le juge »* (traduction libre). Le paragraphe unique de l'article 930 du Code de procédure civile de 2015 établit une règle de « prevenção » dans toutes les juridictions du deuxième degré, *in verbis : « Le premier recours enregistré devant la cour rendra "prevento" son rapporteur pour analyser un éventuel recours consécutif interjeté dans le même procès ou dans un procès lié par connexité »* (traduction libre). – La « prevenção » est *« la concentration de la compétence entre deux ou plusieurs juges d'égale compétence, avec l'exclusion des autres : "prae venire" consiste en ce qu'il se passe avant et l'organe qui a eu connaissance en premier de la première demande est "prevento" par rapport à toutes les demandes »* (traduction libre) : DINAMARCO Cândido Rangel, *A reforma da reforma,* 6ª ed., rev. atual., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, p. 73.

[1022] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 231. – Cândido Rangel Dinamarco indique, en outre, que l'aspect économique légitime également les normes concernant la prorogation de la compétence par connexité, *in verbis : « Interest rei publicæ que les jugements soient harmonieux et que leur préparation coûte le moins possible en argent, en effort, en temps »* (traduction libre) : DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* v. 1, préc., pp. 780-781. – Le Code de procédure civile de 2015, dans son article 55, § 2°, reconnaît la connexité entre l'exécution d'un titre exécutoire et l'action en justice relative au même acte juridique et entre les exécutions fondées sur un même titre exécutoire.

[1023] CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Jurisdição e competência,* préc., p. 144.

> *« En affirmant l'occurrence d'une hypothèse de modification de la compétence, on part du principe que l'organe juridictionnel est compétent, mais, en raison de la prorogation de la compétence, l'action doit être envoyée à un autre organe juridictionnel, ce qui est appelé "prevento" (et caractérise la modification) »* (traduction libre)[1024].

> *« La connexité provoque la réunion de demandes, et donc la modification de la compétence : l'un (des juges) perdra sa compétence en faveur d'un autre. Avant cela, les deux juges sont compétents. (…) Le juge est compétent mais il doit céder sa compétence au juge "prevento" à cause du transfert de la demande entraîné par la connexité »* (traduction libre)[1025].

300. L´article 105 du Code de procédure civile de 1973 établissait que le juge, *ex officio* ou à la demande d´une des parties, *pouvait* ordonner la réunion des affaires connexes dont la demande était faite séparément. Néanmoins, la doctrine brésilienne défendait, déjà sous le code précédent, malgré la rédaction de l'article, que la réunion de telles affaires était obligatoire (compétence absolue) dans trois conditions : la présence de connexité ou de « contigência » entre les affaires, le risque d´une contrariété de décisions et la possibilité de réunion des affaires[1026]. Les trois conditions remplies, la connexité ou la « contigência » devaient nécessairement entraîner la modification de la compétence afin que le même juge puisse trancher les affaires. En traitant de la matière, Brunela Vieira de Vincenzi expliquait, *in verbis :*

[1024] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., pp. 234-235.

[1025] CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Jurisdição e competência,* préc., p. 170. L'auteur affirmait aussi que *« la connexité n'est pas une question qui doit être suscitée en exception d'incompétence, elle doit l'être en préliminaire de contestation »* (traduction libre), de manière à souligner que la connexité provoque l'incompétence absolue de l'organe juridictionnel car l'incompétence absolue devait, dans le Code de procédure civile de 1973, être indiquée comme matière préliminaire du mémoire en réponse du défendeur, l'utilisation de l'exception d'incompétence étant réservée à soulever l'incompétence relative, conformément aux articles 112 et 113 du code antérieur.

[1026] DIDIER JUNIOR Fredie, CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Curso de direito processual civil,* v. 1, préc., p. 137. – Selon Athos Gusmão de Carneiro, *« Les demandes peuvent être réunies, pour économie processuelle, et doivent l'être quand nécessaire pour éviter des décisions éventuellement contradictoires (art. 105) »* (traduction libre) : CARNEIRO Athos Gusmão, *Jurisdição e competência,* préc., p. 103. – DINAMARCO Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno,* v. 1, préc., p. 715 : *« Ce que j'affirme c'est que, lorsqu'il reconnaît l'existence de communion de points pertinents, anticipant l'utilité de réunion pour qu'il y ait conviction unique, le juge n'a pas la liberté d'opter de ne pas réunir les demandes et de prendre en considération d'autres convenances. Il y a liberté d'examiner l'existence de connexité et l'utilité de la réunion – mais, en cas de confirmation, il n'a pas la liberté de choix pour réunir ou non »* (traduction libre). – DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* v. 1, préc., p. 782, *in verbis : « Lorsque les normes sont applicables et qu'elles déterminent les modifications de la compétence en raison de la connexité ou de la "continência", elle sont obligatoires et la compétence qui en découle est absolue »* (traduction libre).

> *« Pour les procédures de cognition, d'exécution et préventive – préparatoire ou incidente – les règles de connexité et de "prevenção" s'appliqueront, et détermineront alors la compétence absolue en raison du fait processuel qu'un organe juridictionnel est compétent pour juger un procès donné, ainsi qu'antérieurement défini (critère temporel) par le fait d'avoir déjà agi (rectius : exercé la juridiction) dans un procès connexe, selon la garantie constitutionnelle du juge naturel »* (traduction libre)[1027].

Le Code de procédure civile de 2015 a tranché la discussion en établissant expressément l'exigence de réunion des affaires en cas de connexité[1028], comme l'affirme aussi Fredie Didier Junior à ce propos, *in verbis :*

> *« La réunion des demandes dans un même organe juridictionnel est l'effet juridique le plus traditionnel de la connexité. L'article 55, § 1º, détermine que les demandes liées par connexité devront être réunies pour le prononcé de décision conjointe. Ainsi, en cas de connexité, et si la réunion des procès est possible, le juge doit les réunir car c'est une règle processuelle obligatoire »* (traduction libre)[1029].

301. Selon les mêmes critères, la « connexité » ne déterminera pas la réunion des affaires si l'une d'entre elles a déjà été jugée, comme l'indiquait la jurisprudence dominante de la Cour supérieure de justice sous l'empire du Code de procédure civile de 1973[1030] et conformément à l'article 55, § 1°, du Code de procédure civile de 2015[1031]. Dans cette hypothèse, les affaires ne pourront pas être réunies parce que le prononcé du

---

[1027] VINCENZI Brunela Vieira de, « Competência funcional : distorções », *Revista de processo,* ano 27, nº 105, janeiro a março de 2002, p. 275.

[1028] Selon l'article 55, § 1°, du Code de procédure civile de 2015, *« les affaires connexes seront réunies pour être jugées ensembles, sauf si l'une d'entre elles a déjà été jugée »* (traduction libre).

[1029] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 231. – V. aussi : DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* v. 1, préc., p. 781. – V. *contra* : WAMBIER Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO Maria Lúcia Lins, RIBEIRO Leonardo Ferres da Silva e MELLO Rogério Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo,* préc., p. 523, *in verbis : « Ainsi, le juge pourra réunir deux ou plusieurs actions liées par connexité pour éviter des "pronunciamentos" contradictoires et, également pour respecter le principe d'économie processuelle. On dit "pourra" parce que, dans certaines situations, on admet que le juge décide de ne pas réunir les procès connexes. Il appartient à l'organe juridictionnel d'évaluer l'opportunité du jugement simultané »* (traduction libre).

[1030] Conformément à la « súmula » n° 235 de la Cour supérieure de justice, *« la connexité ne détermine pas la réunion des affaires, si l'une d'entre elles a déjà été jugée »* (traduction libre).

[1031] V. *supra,* note n° 1028.

jugement provoque l'épuisement de l'activité juridictionnelle et empêche donc la réunion des procès.

Il faut relever en outre que la connexité et la « continência » n´entraînent pas la modification des compétences absolues[1032] et que la réunion des affaires soumises à des procédures différentes n'est pas possible. Dans ces hypothèses, la connexité provoquera, non pas la réunion des demandes, mais la suspension du procès connexe[1033] pour éviter ainsi le prononcé de décisions contradictoires[1034].

De plus, il convient de préciser que le Code de procédure civile de 2015 prévoit seulement quelques normes relatives à la « prevenção » des organes internes des cours[1035]. La « prevenção » des organes collégiaux des juridictions du deuxième et du troisième degrés est donc une matière que la loi générale laisse en grande partie à la discrétion de chaque juridiction, conformément à l'article 930 du Code de procédure civile brésilien de 2015[1036], de manière à ce que le règlement de la matière peut varier d'une cour à l'autre, selon le principe d'autogouvernement assuré par l'article 96, I, alinéa « a », de la Constitution de la République[1037].

[1032] CARNEIRO Athos Gusmão, *Jurisdição e competência,* préc., p. 106, *in verbis : « La prorogation seulement peut modifier la compétence relative, mais pas les règles de compétence absolue, vu que celles-ci, comme déjà dit, sont indisponibles »* (traduction libre). – V. aussi l'article 62 du Code de procédure civile de 2015. – CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Jurisdição e competência,* préc., p. 144, *in verbis : « En cas de prorogation légale, seulement l'un des organes juridictionnels sera compétent. La compétence relative peut alors être modifiée ou prorogée par la connexité. La connexité ne modifie pas la compétence absolue. Seule la compétence relative est passible de modification par la connexité, en raison de la réunion des demandes »* (traduction libre).

[1033] Comme le permettait l´article 265, IV, *a*, du Code de procédure civile de 1073 et l'admet l'article 313, V, *a,* du Code de procédure civile de 2015.

[1034] DIDIER JUNIOR Fredie, CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Curso de direito processual civil,* v. 1, préc., 137. – DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., pp. 231-232.

[1035] V., par exemple, l'article 930, paragraphe unique, l'article 1.012, § 3º, I, et l'article 1.037, § 3º, du *codex* de 2015.

[1036] V. *supra,* note n° 995.

[1037] Comme l'indique Cândido Rangel Dinamarco, *in verbis : « D'habitude les règlements intérieurs restreignent la "prevenção" à la personne du rapporteur ou du réviseur – ou, en général, au juge qui a accès au dossier – et les considèrent "preventos" individuellement, et non pas l'organe fractionnaire auxquels ils appartiennent. La chambre, la classe, section, etc., recevront les nouveaux recours, non pas parce que ces organes fractionnaires sont "preventos" eux-mêmes, mais parce que le rapporteur "prevento" en fait partie tant qu'il y participe »* (traduction libre) : DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, préc., pp. 837-838. – Cependant, selon le règlement intérieur de la Cour supérieure de justice, la prévention appartient à l'organe collectif de ladite juridiction, de

302. Au Brésil, sauf pour les cas spéciaux, les délibérations sont publiques[1038] et tous les membres de la juridiction prononcent leur vote publiquement. Par conséquent, les opinions dissidentes des membres des formations de jugement sont connues des parties. Si le rapporteur de l'affaire est vaincu dans le jugement, c'est-à-dire, si la majorité des membres de la formation de jugement adopte une décision contraire à celle défendue par le rapporteur (dont l'opinion est alors dissidente), un autre juge sera désigné pour rédiger l'arrêt[1039]. Dans ce cas, le « rédacteur de l'arrêt » sera « prevento » pour analyser les affaires en cas de connexité ou de « continência »[1040].

303. En pratique, la décision concernant la libre distribution ou la distribution *par dépendance* n'est pas toujours évidente parce qu'il existe parfois des doutes raisonnables dans l'identification du juge qui doit trancher une affaire donnée. Afin d'apporter de l'objectivité à la décision et d'éviter le subjectivisme dans la détermination du magistrat qui tranchera le litige, les règlements intérieurs des cours d'appel, régionales ou supérieures prévoient normalement des règles plus détaillées sur la distribution des affaires *par dépendance* ; normes qui doivent être observées par le juge distributeur ou par l'organe responsable pour la distribution devant la juridiction[1041].

---

manière que, si le rapporteur du procès – c'est-à-dire le « ministre » à qui l'affaire a été distribuée – quitte la juridiction ou est affecté à un autre organe de la cour, l'affaire doit être tranchée par la chambre ou la section à qui il appartenait, d'après son l'article 71, § 1º, *in verbis : « Si le rapporteur quitte la Cour ou est transféré de section, la prévention sera de l'organe fractionnaire »* (traduction libre).

[1038] V. *supra,* note nº 244.

[1039] Selon l'article 556 du Code de procédure civile de 1973 et aussi l'article 941 du Code de procédure civile de 2015, *in verbis : « Une fois les votes annoncés, le président prononcera le résultat du jugement et désignera le rapporteur pour rédiger l'arrêt ou, s'il a été vaincu, l'auteur du premier vote vainqueur »* (traduction libre). Le § 3° de l'article 941 du Code de procédure civile de 2015 ajoute que *« le vote vaincu sera nécessairement déclaré et considéré partie intégrante de l'arrêt pour toutes les fins légales (...) »* (traduction libre).

[1040] V., par exemple, la règle expresse de l'article 71, § 2º, du règlement intérieur de la Cour supérieure de justice.

[1041] En raison de l'importance de la distribution des affaires et afin d'éviter toute erreur, la Cour supérieure électorale brésilienne – l'instance suprême de la Justice électorale, composée dans les instances inférieures par les cours régionales électorales, les juges électoraux et les juntes électorales, selon les articles 118 et suivants de la Constitution de la République et la loi n° 4.737 de 1965 (Code électoral) – a créé, en 2011, une Commission permanente de distribution des affaires *par dépendance*, par l'arrêté du Président de la Cour supérieure électorale n° 410 du 19 août 2011. L'objectif était de donner plus d'objectivité et de transparence à la décision qui écarte la libre distribution d'une affaire donnée. Ainsi, si l'organe de la Cour responsable pour attribuer les affaires écarte la libre distribution d'un procès donné, en décidant pour la distribution *par dépendance*, sa décision doit être nécessairement soumise à la Commission permanente qui

304. L'importance de l'acte qui déterminera le juge qui appliquera le droit au cas *sub judice* exige alors la possibilité de contrôle sur la décision prise, toute erreur devant être corrigée *ex office* ou sur demande des intéressés[1042]. Ainsi, le juge à qui l'affaire a été attribuée, soit en raison d'une libre distribution, soit après une distribution *par dépendance*, peut toujours contester la distribution faite en indiquant des raisons pertinentes[1043], conséquence de la règle selon laquelle tout organe juridictionnel a une compétence minimum, qui peut être appelée compétence atomique ou « kompetezkompetenz », par laquelle il contrôle sa propre compétence[1044].

En ce qui concerne le demandeur, normalement, il soulève l'existence de connexité dans sa demande introductive d'instance et sollicite *incontinente* la distribution *par dépendance*. Le défendeur, de son côté, peut évoquer la connexité dans son mémoire en réponse à la demande introductive d'instance (« contestação »)[1045] en indiquant la modification de la compétence en raison de la connexité. De même, dans le cas inverse, c'est-à-dire, quand la distribution *par dépendance* est contestée par le défendeur qui considère qu'il n'y a pas connexité dans l'espèce, l'allégation d'incompétence – qui découlerait d'une distribution considérée irrégulière – doit également être suscitée

---

analyse l'acte afin de le ratifier ou non. Si la Commission décide pour la libre distribution, en opposition alors à l'attribution *par dépendance* faite, la décision finale sera prise par le chef de juridiction (article 5º de l'arrêté nº 410). Ainsi, si la constitution d'une telle Commission permanente auprès de la Cour supérieure électorale rend le système plus complexe, elle apporte également de la transparence et de l'objectivité à la distribution des affaires *par dépendance* pour sauvegarder tout compte fait le droit au juge naturel.

[1042] Selon la détermination expresse des articles 255 et 256 du Code de procédure civile de 1973 et de l'article 289 du Code de procédure civile de 2015.

[1043] V. l'article 71, § 4º, du règlement intérieur de la Cour supérieure de justice, *in verbis : « Article 71 : La distribution du "mandamus", du "habeas corpus" et du recours entraîne la prévention du rapporteur pour tous les recours postérieurs, soit en relation à l'action, soit en relation à l'exécution de l'affaire ; (...) § 4º : La prévention, si elle n'a pas été reconnue d'office, peut être soutenue par n'importe quelle partie ou par le Parquet, jusqu'au début du jugement »* (traduction libre). Il faut ajouter que l'article 289 du Code de procédure civile de 2015 a élargi les légitimés à exercer ce contrôle, en permettant la fiscalisation de la distribution par la partie, son avocat, le Ministère public et le Défenseur public : V. *supra,* nº 293.

[1044] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 200.

[1045] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 234.

comme matière préliminaire du mémoire en réponse (« contestação »), conformément à l'article 64 du Code de procédure civile de 2015[1046].

305. Pour une partie de la doctrine, la compétence de l'organe juridictionnel « prevento » est une compétence absolue qui permet la reconnaissance *ex officio* de la connexité ou de la « continência », *in verbis :*

> *« La compétence qui aboutit au juge "prevento" est absolue (fonctionnelle), raison qui permet la reconnaissance ex officio de la connexité ou de la "continência" : en autorisant la modification de la compétence, une hypothèse de compétence absolue de l'organe juridictionnel "prevento" s'affiche, ce qui justifie notamment la rupture du perpetuatio jurisdictionis prévu dans l'article 43 du CPC. La modification légale de la compétence est une question qui transcende les intérêts des parties, indisponible alors car elle est liée à l'efficience processuelle et sert à minimiser les risques de divergence des décisions »* (traduction libre)[1047].
>
> *« Ces réflexions sont exposées dans mes recherches doctrinales, d'où je pars de l'engagement entre la réunion des demandes et l'ordre public pour conclure : "lorsqu'elles sont applicables, les normes qui déterminent la modification de la compétence en raison de la connexité sont obligatoires et la compétence qui en résulte est absolue". (...) Et, comme cette compétence est absolue et obligatoire, la détermination légale de réunir les demandes n'ouvre pas la possibilité à une prétendue discrétionnarité juridictionnelle, comme si l'ordre juridique pouvait donner au juge une faculté de choisir entre deux solutions prétendues légitimes. Comme je le défend, le juge n'a pas de facultés dans le procès, mais seulement*

[1046] Selon l'article 64 du Code de procédure civile de 2015, *« L'incompétence, absolue ou relative, sera soulevée comme question préliminaire du mémoire en réponse du défendeur ("contestação") »* (traduction libre). Le *codex* de 1973 déterminait par contre l'utilisation de l'exception d'incompétence par le défendeur qui prétendait la reconnaissance de l'incompétence relative de l'organe juridictionnel à qui l'affaire a été attribuée, conformément à l'article 112 du code précédent. – Concernant l'utilisation de l'exception d'incompétence par le défendeur qui soulève l'incompétence relative de l'organe juridictionnel auquel l'affaire a été attribué en raison d'une connexité non reconnue par le défendeur : V. Cour supérieure de justice, Quatrième chambre, « Recurso Especial » nº 1.156.303/DF, Ministre rapporteur : Luis Felipe Salomão, date du jugement : 20/08/2013, date de la publication : 3/09/2013. – Sur le droit positif actuel : V. DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 234.

[1047] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., pp. 234-235. – V. aussi : NERY JUNIOR Nelson e NERY Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante,* préc., p. 514, *in verbis: « La compétence déterminée par dépendance est fonctionnelle successive, et donc absolue (Reale. RT 538/31). Une fois la connexité ou la "continência" reconnue par le juge et dans les cas des actions secondaires mentionnées dans l'article 253, paragraphe unique, du CPC, la compétence fonctionnelle successive du juge est établie pour juger simultanément la demande principale et celle qui lui a été distribuée par dépendance »* (traduction libre).

> *des pouvoirs et devoirs – et "tous les pouvoirs que la loi lui confère sont accompagnés du devoir de les mettre en œuvre"»* (traduction libre)[1048].

Fredie Didier Junior défend même que l'incidence du principe du juge naturel conduit à la conclusion selon laquelle les règles de distribution sont des règles de compétences absolues, dont le non-respect constitue un vice grave susceptible d'être reconnu *ex officio* par le juge ou suscité par l'intéressé, *in verbis :*

> *« Les règles de distribution servent à la concrétisation de la compétence où il y a plus d'un organe juridictionnel et ont été créées pour faire valoir le principe du juge naturel – qui est surtout le juge légalement compétent. L'une des exigences pour qu'il y ait un juge naturel est la fixation préalable des règles pour la division interne des fonctions et attributions dans les locaux où il y a plus d'un organe juridictionnel abstraitement compétent. La compétence se concrétise alors de manière équitable, sans que les parties soient en mesure de choisir l'organe juridictionnel de leur préférence. Les règles de distribution sont obligatoires. Elles sont ainsi des règles de compétence absolue »* (traduction libre)[1049].

En cas de distribution dirigée sans justificative, la Cour fédérale suprême considère en fait qu'il y a nullité absolue de l'acte d'attribution de l'affaire par « prevenção » et de tous les actes postérieurs en raison de la violation du principe du juge naturel et du principe de libre distribution, composants du procès équitable, *in verbis :*

> *« Clairement défini dans la décision contestée, le recours extraordinaire a été reçu et accueilli dans la mesure où il y a eu reconnaissance expresse de la distribution dirigée du procès sans justificative dans l'arrêt attaqué, ce qui a provoqué la déclaration de la violation du principe du juge naturel et du critère normatif de la distribution aléatoire qui sont élémentaires au procès équitable (due process of law), objet des garanties prévues dans l'article 5º, XXXVII et LIV, de la Constitution de la République, d'où le prononcé subséquent de la nullité de tous les actes pratiqués après le choix dirigé de l'organe juridictionnel. En effet, le fait que l'appelant se soit manifesté sur la question dans la réponse au recours extraordinaire, dans le même sens ou dans le sens contraire, ne change en rien la caractérisation évidente du vice processuel très grave, dont la déclaration ne dépend pas de la preuve des griefs, qui est inhérente à la nature*

[1048] DINAMARCO Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno,* v. 1, préc., p. 716.
[1049] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 202.

de l'acte censuré et à la nullité absolue qui marque le procès » (traduction libre)[1050].

306. Si l'acte de distribution est un acte administratif pris par l'organe indiqué dans le règlement intérieur des cours, comme antérieurement affirmé[1051], l'analyse de la régularité de la distribution faite par l'organe juridictionnel auquel le procès a été distribué est, selon une partie de la doctrine, une décision interlocutoire[1052] car il s'agit d'une décision sur la compétence. Il est néanmoins possible de trouver dans la jurisprudence l'affirmation selon laquelle l'acte de distribution par « prevenção » est un « despacho » insusceptible de recours, comme l'affirme l'arrêt suivant de la Cour fédérale suprême, *in verbis :*

> *« La fixation du ministre rapporteur de chaque affaire ou recours, entre tous les magistrats d'égale compétence, constitue une matière concernant l'organisation interne de cette cour et donc extérieure aux intérêts des parties au litige. La décision qui, reconnaissant ou non la "prevenção", détermine le magistrat rapporteur, en conformité avec les règles du règlement intérieur de la cour et de la législation processuelle, ne contient pas d'appréciation capable de violer les droits des parties. C'est un acte privatif du président de la cour, comme organe superviseur de la distribution et donc un "despacho de simples expediente" qui*

[1050] Cour fédérale suprême, Deuxième chambre, « Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento » nº 548203/AL, Ministre rapporteur : Cezar Peluso, date du jugement : 6/08/2008, date de la publication : 7/03/2008. – Par contre, la Cour supérieure de justice considère qu'en cas d'erreur dans la distribution, le défendeur qui attaque la distribution *par dépendance* et défend alors la nécessité d'une distribution aléatoire, soulève l'occurrence d'une incompétence relative de l'organe juridictionnel : V. Cour supérieure de justice, Quatrième chambre, « Recurso Especial » nº 1.156.303/DF, Ministre rapporteur : Luis Felipe Salomão, date du jugement : 20/08/2013, date de la publication : 3/09/2013. – De plus, la Cour supérieure de justice considère que les normes de son règlement intérieur qui assignent les attributions des organes fractionnaires de la Cour – c'est-à-dire, des diverses formations juridictionnelles de la Cour – fixent des compétences relatives et qu'une éventuelle erreur de distribution entres les formations doit être suscitée dès que les parties ont connaissance de la distribution faite, sous peine de forclusion : V. Cour supérieure de justice, Deuxième chambre, « Recurso Especial » nº 1347910/SP, Ministre rapporteur : Herman Benjamin, date du jugement : 26/05/2015, date de la publication : 12/02/2016. – Cour supérieure de justice, Deuxième chambre, « Agravo Regimental no Recurso Especial » nº 1345979/SP, Ministre rapporteur : Herman Benjamin, date du jugement : 28/05/2013, date de la publication : 12/06/2013. – Cour supérieure de justice, Troisième Chambre, « Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial » nº 31820/RJ, Ministre rapporteur : Massami Ueyda, date du jugement : 19/06/2012, date de la publication : 26/06/2012.

[1051] V. *supra,* nº 175.

[1052] DINAMARCO Cândido Rangel, *A reforma da reforma,* préc., p. 75. – NERY JUNIOR Nelson et NERY Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante,* préc., p. 514. – José Carlos Barbosa Moreira affirme, *in verbis : « Il appartient au juge de vérifier l'existence des conditions légales pour accueillir ou rejeter la demande de distribution par dépendance ; la décision (...) est susceptible d'être contestée par le recours d'"agravo" (art. 522) »* (traduction libre) : MOREIRA José Carlos Barbosa, *O novo processo civil brasileiro brasileiro : exposição sistemática do procedimento,* 29ª ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro : Forense, 2012, p. 22.

s'en remet à l'incidence de l'article 504 du Code de procédure civile (de 1973). Ex positis, ce recours est irrecevable (...) » (traduction libre)[1053].

Comment alors concilier ces deux positions différentes de la Cour fédérale suprême ? La distribution est-elle alors une matière concernant l'organisation interne des juridictions et extérieure aux intérêts des parties – et doit, selon cette perspective, être qualifiée de « despacho » insusceptible de recours – ou, au contraire, une décision interlocutoire dont le vice provoque la nullité absolue de l'attribution de l'affaire et des actes subséquents ? La réponse exige une profonde attention à l'égard du contenu de ces décisions apparemment contradictoires.

Dans le précédent ci-dessus, la Cour fédérale suprême a affirmé que l'acte du juge qui détermine la redistribution ou l'attribution des affaires était un « despacho » insusceptible de recours car il n'était pas apte à causer des griefs aux parties. Ledit arrêt a affirmé, en fait, que l'acte attaqué – qui a déterminé le rapporteur de l'affaire en raison d'une « prevenção » – ne contenait pas d'appréciation capable de violer les droits de parties parce qu'il était réalisé *« en conformité avec les règles du règlement intérieur de la cour et la législation processuelle »,* en indiquant que, *a contrario sensu,* l'acte de distribution par « prevenção » est capable de violer les droits des parties si ces mêmes règles de distribution ne sont pas observées, ce qui modifierait, selon la rédaction de l'arrêt, la conclusion sur la nature juridique de l'acte. Par conséquent, les effets *in concreto* du « pronunciamento » judiciaire ont qualifié juridiquement le « pronunciamento » judiciaire comme « despacho », et non pas comme décision interlocutoire. Le raisonnement reste néanmoins passible de critique, comme démontré antérieurement[1054].

[1053] Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Agravo Regimental no Mandado de Segurança » n° 28847/DF, Ministre rapporteur : Cezar Peluso, date du jugement : 10/11/2011, date de la publication : 5/12/2011. – Sur la même question : V. Cour supérieure de justice, Sixième chambre, « Recurso Especial » nº 1.183.134/SP, Ministre rapporteur : Og Fernandes, date du jugement : 11/06/2013, date de la publication : 21/06/2013, *in verbis : « En effet, la question traitée dans la "Questão de Ordem" a été restreinte à l'interprétation et à l'application des normes de distribution et de "prevenção" prévues dans le règlement intérieur de la Cour supérieure de justice. Comme il s'agit alors d'un acte délibératif lié à l'organisation administrative de cette cour – "interna corporis" –, prononcé avec la finalité d'assurer le déroulement de l'instance, qui n'a provoqué aucun préjugé aux parties car il n'a pas de contenu décisoire, il ne dépend donc pas de publication »* (traduction libre).

[1054] V. *supra*, nº 146.

307. Nous défendons donc que, comme la distribution fixe la compétence concrète de l'organe juridictionnel et transforme la compétence concurrente de tous les magistrats en une compétence exclusive d'un seul juge entre tous[1055], l'acte de distribution est une décision sur la compétence, c'est-à-dire, une décision interlocutoire qui, en principe, n'est pas susceptible de recours immédiat, selon la rédaction littérale de l'article 1.015 du Code de procédure civile de 2015[1056].

Pourtant, afin de permettre l'attaque immédiate du « pronunciamento » judiciaire et pour éviter la nullité de toutes les décisions judiciaires postérieures en cas de la reconnaissance du non-respect des règles de distribution, nous adhérons à la thèse défendue par Fredie Didier Junior, selon laquelle il faut adopter l'interprétation extensive de l'article 1015, III, du Code de procédure civile de 2015 – qui prévoit l'utilisation de l'« agravo de instrumento » pour attaquer la décision interlocutoire du juge qui refuse l'allégation de convention d'arbitrage – afin de permettre l'impugnation immédiate de toute décision sur la compétence, y compris celle relative à la distribution, *in verbis :*

> *« Les hypothèses dans lesquelles l'"agravo de instrumento" est recevable sont établies dans une liste exhaustive. Cela n'en empêche pourtant pas l'interprétation extensive. (...) Il faut interpréter l'article 1.015, III, du CPC pour englober les décisions interlocutoires qui traitent sur la compétence. (...) Premièrement, en raison de l'identité de ratio : ce sont des situations assez similaires qui, en raison de l'incidence du principe d'égalité (art. 7º, CPC) ne peuvent pas être traitées différemment : l'allégation de convention d'arbitrage et l'allégation d'incompétence ont en substance pour but d'éloigner le juge de l'affaire. Les deux sont des moyens d'effectivation du droit fondamental au juge naturel devant l'organe juridictionnel – juge compétent et impartial, comme nous le savons »* (traduction libre)[1057].

308. Cependant, même si cette thèse n'est pas admise, le « pronunciamento » judiciaire en question pourra être attaqué par le « mandado de segurança », action constitutionnelle prévue à l'article 5º, LXIX, de la Constitution de la République pour protéger « *le droit*

[1055] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 202.
[1056] V. *supra,* nº 73.
[1057] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., pp. 238-239.

liquide et certain, non garanti par habeas corpus[1058] *ou par habeas data*[1059]*, lorsque le responsable de l'illégalité ou de l'abus de pouvoir est une autorité publique ou un agent d'une personne juridique exerçant une prérogative de la puissance publique »* (traduction libre). Comme l'autorise l´article 5, II, de la loi nº 12.016 de 2009, qui a réglementé la matière, le *writ of mandamus* peut être utilisé pour attaquer les décisions interlocutoires insusceptibles de recours avec effet suspensif. Le « mandado de segurança » est donc une voie possible de contestation de la décision sur la distribution, en cas d'irrecevabilité du recours d'« agravo de instrumento »[1060].

L'importance de l'acte de distribution, qui garantit le respect du principe du juge naturel, exige alors la prévision d'autres hypothèses de distribution *par dépendance* afin d'éviter que les manœuvres illicites de certains avocats conduisent au choix par les parties de l'organe juridictionnel qui tranchera leur litige.

II - La distribution *par dépendance* et la lutte contre la fraude à la libre distribution des affaires

309. La rédaction originale de l´article 253 du Code de procédure civile de 1973 ne prévoyait que la distribution *par dépendance* des affaires connexes ou liées par « contigência ». Certains avocats utilisaient ainsi les lacunes législatives pour choisir l'organe juridictionnel qui trancherait les litiges. Par conséquent, si une demande en justice était distribuée aléatoirement à un juge contraire à la thèse juridique favorable à leurs clients, certains avocats de mauvaise foi demandaient le désistement de l´instance et proposaient ensuite la même demande en justice – reposant sur le même objet, la même *causa petenti* et opposant les mêmes parties – qui était alors une nouvelle fois distribuée

[1058] Selon l´article 5, LXVIII, de la Constitution de la République, *« l'habeas corpus est accordé à toute personne qui subit ou est menacée de subir une violence ou une contrainte quant à sa liberté d'aller et venir du fait d'une illégalité ou d'un abus de pouvoir »* (traduction libre). L´expression complète est « *habeas corpus ad subjiciendum »* qui signifie *« que vous ayez votre corps ».*

[1059] Selon l´article 5, LXXII, de la Constitution de la République, *« l'habeas data est accordé: a) pour garantir à l'impétrant la connaissance d'informations le concernant qui figurent dans les registres ou les bases de données gouvernementales ou à caractère public; b) pour rectifier des données lorsque l'intéressé préfère cette voie à une procédure secrète, judiciaire ou administrative »* (traduction libre).

[1060] Concernant le « mandado de segurança » : V. *infra,* nº 424 s.

aléatoirement. Cette manœuvre illicite pouvait ainsi être répétée plusieurs fois et permettaient à ces avocats déloyaux de choisir l´organe juridictionnel en violation directe du principe du juge naturel[1061].

Une autre manœuvre utilisée par certains avocats consistait à proposer plusieurs demandes identiques simultanément en justice – avec le même objet, la même *causa petenti* et opposant les mêmes parties[1062] – avec la variation, de façon volontaire, de la graphie des noms des parties[1063]. Les affaires étaient alors distribuées librement à divers juges de compétence égale. Après l'identification des juges auxquels les affaires avaient été attribuées et connaissant leur orientation sur le *meritum causæ*, ces avocats demandaient ensuite le désistement de toutes les instances, à l'exception de celle qui était attribuée au juge favorable à la thèse juridique de leurs clients[1064].

[1061] LIMA George Marmelstein, « Desrespeitos à regra da livre distribuição », préc., disponible sur http://jus.com.br/revista/texto/2623, consulté le 7 novembre 2014. – CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Jurisdição e competência,* préc., p. 87, *in verbis : « Le désistement de l'instance est demandé plusieurs fois par l'auteur pour "choisir" un autre organe juridictionnel. Une fois la demande proposée et distribuée à un organe juridictionnel qui adopte, par exemple, une thèse juridique contraire à celle défendue dans la demande introductive de l'instance ou qui n'accepte pas la prétention, l'auteur sollicite le désistement de l'instance et propose ensuite la même demande pour qu'elle soit distribuée à un autre organe juridictionnel qui adopte une position favorable à son argumentation »* (traduction libre). – Sur le sujet, Cândido Rangel Dinamarco a ajouté, *in verbis : « Le désistement et l'introduction ultérieure de la même demande est une manœuvre (abusive et sans scrupule – José Rogério Cruz e Tucci) utilisée parfois par les auteurs à la recherche d'un meilleur sort. N'obtenant pas la décision provisoire dans un lieu ("foro") ou dans un organe juridictionnel, on essaye ailleurs. Lorsque l'affaire est distribuée à un juge qui adopte la même thèse juridique contraire aux intérêts de l'auteur, on recherche alors une seconde distribution plus favorable »* (traduction libre) : DINAMARCO Cândido Rangel, *A reforma da reforma,* préc., p. 74. – JORGE Flávio Cheim, DIDIER JUNIOR Fredie e RODRIGUES Marcelo Abelha, *A terceira etapa da reforma processual civil : comentários às Leis nº 11.187 e 11.232, de 2005 ; 11.276, 11.277 e 11.280, de 2006,* préc., p. 44.

[1062] CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Jurisdição e competência,* préc., p. 90, *in verbis : « En outre, dans certains cas, la partie demandeuse propose plusieurs demandes identiques contre le même défendeur. Une fois les affaires distribuées, surgissent des demandes de désistement dans tous les procès, sauf pour ceux qui ont été distribués au juge qui adopte l'orientation plus favorable à l'auteur »* (traduction libre).

[1063] Il faut souligner que la modification de la graphie des noms des parties empêche, en général, l´identification de distribution de la litispendance par les systèmes informatiques. L´utilisation du numéro de CPF ou du CNPJ des parties – numéro qui identifie, au Brésil, les personnes physiques ou morales, auprès de la Recette fédérale – ou l'identification de graphies semblables par les systèmes informatiques peuvent toutefois éviter cette tromperie, comme l'a bien montré George Lima : LIMA George Marmelstein, « Desrespeitos à regra da livre distribuição », préc., disponible sur http://jus.com.br/revista/texto/2623, consulté le 7 novembre 2014. – Le Code de procédure civile de 2015 exige, dans son article 319, II, que l'acte introductif de l'instance indique le numéro de CPF ou de CNPJ de l'auteur et du défendeur afin d'identifier précisément les parties et donc éviter toute manœuvre illicite.

[1064] MARTINS Camilla Santos, AMORIM JÚNIOR Divino Feitosa, ARAÚJO Estela Palhares e OLIVEIRA Ludimila Lacerda, « Alterações processuais sofridas pelo art. 253, II, do CPC : distribuição por dependência como medida de coibição à má-fé », disponible sur www.

310. Or, les parties et tous ceux qui participent au procès doivent procéder de manière loyale et de bonne foi, comme l'indiquait l´article 14, II, du Code de procédure civile de 1973 et le détermine actuellement l'article 5 du Code de procédure civile de 2015. Tout procédé déloyal pour échapper à la libre distribution des affaires peut constituer aussi un cas de mauvaise foi processuelle et entraîne la condamnation pécuniaire de la partie et de son avocat[1065]. Le juge qui constate la tentative de fraude doit en outre communiquer l´acte au Conseil régional des barreaux pour que l´avocat souffre une éventuelle sanction disciplinaire.

311. De plus, ces différents procédés violent les principes du juge naturel et de libre distribution des affaires parce qu'ils permettent le choix de l´organe juridictionnel qui trancherait les litiges en transgressant directement les règles objectives d'attribution des affaires[1066]. Pour éviter cela, le Code de procédure civile brésilien de 1973 a été modifié successivement par la loi nº 10.358 de 2001 et par la loi nº 11.280 de 2006[1067] qui ont ajouté deux incises à l´article 253, *in verbis :*

> *« Article 253 : Les affaires seront distribuées par dépendance :*
> *(...) II – quand le procès est éteint sans jugement au fond de l´affaire et la partie réitère la demande, même si ceci modifie partiellement les pôles actif ou passif du procès*[1068] *;*

Lfg.com.br/artigos/Blog/Alteracoes_processuais_sofridas_pelo_arti_253_II_do_CPC.pdf, consulté le 8 novembre 2011.

[1065] Conformément à l´article 32, paragraphe unique, de la loi nº 8.906 de 1994 (Statut des avocats), à l´article 18 du Code de procédure civile de 1973 et à l'article 79 du Code de procédure civile de 2015.

[1066] CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Jurisdição e competência,* préc., p. 87, *in verbis : « Ces expédients constituent des attaques à la garantie du juge naturel et permettent que l'auteur contrôle la distribution et choisit le juge qui lui convient le mieux car il est au courant que tel ou tel juge maintient une conviction établie sur une certaine thèse ou prétention »* (traduction libre).

[1067] Selon la rédaction de l'article 253, II, du Code de procédure civile de 1973 donnée par loi nº 10.358 de 2001, les affaires devraient être distribuées *par dépendance* en cas de *« désistement (de l'instance), quand la demande soit réitérée, même qu'en litisconsort avec d'autres auteurs »* (traduction libre). La rédaction prévoyait alors la distribution *par dépendance* en cas de désistement de l'instance et même s'il y a modification du pôle actif de l'action. La loi nº 11.280 de 2006 a procédé à une nouvelle modification de la norme et a déterminé la distribution *par dépendance*, non seulement en cas de désistement de l'instance, mais quand le procès est éteint sans examen au fond et en cas de modification du pôle actif ou passif de l'action, afin d'éviter toute manœuvre illicite des parties : V. NEVES Daniel Amorim Assumpção, « Distribuição por dependência », *in* NEVES Daniel Amorim Assumpção, RAMOS Glauco Gumerato, FREIRE Rodrigo da Cunha Lima e MAZZEI Rodrigo, *Reforma do CPC : Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006,* préc., pp. 458-460.

[1068] Rédaction donnée par la loi nº 11.280 de 2006.

III – en cas d'affaires identiques à l'organe juridictionnel "prevento" » (traduction libre)[1069].

Le Code de procédure civile de 2015 répète ces règles, conformément à l'article 286, II, et 55, § 3º, *in verbis :*

> *« Article 286 : Les demandes de n'importe quelle nature seront distribuées par dépendance :*
> *(...)*
> *II – quand le procès est éteint sans l´examen du fond de l´affaire et la partie réitère la demande, même si ceci modifie partiellement les pôles actif ou passif du procès ;*
> *III – quand il y a des actions aux termes de l'article 55, § 3º, au juge "prevento" ».*
> *« Article 55, § 3º : Seront réunis pour être jugés ensemble les procès qui peuvent provoquer, si jugés séparément, des risques quant au prononcé de décisions conflictuelles ou contradictoires, même sans connexité entre eux »* (traduction libre).

Les règles visent à dissuader une manœuvre qui était souvent utilisée : le désistement de l'instance lorsque l'auteur n'arrivait pas à obtenir la décision provisoire demandée. Selon la rédaction de la loi nº 11.280 de 2006, la distribution doit être faite *par dépendance* dans les hypothèses indiquées, peu importe le motif qui a justifié l'extinction du procès sans l'examen au fond (désistement, abandon, etc.)[1070]. Il est ainsi possible de renouveler la demande, mais elle sera distribuée au même organe juridictionnel qui a homologué le désistement[1071], indépendamment de l'*animus* de l'auteur[1072]. Lorsque l'on constate la réitération d´une demande antérieurement proposée

[1069] Règle incluse par la loi nº 11.280 de 2006. – Sur l'organe juridictionnel « prevento » : V. *supra,* nº 298.
[1070] NERY JUNIOR Nelson e NERY Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante,* préc., pp. 514-515. – NEVES Daniel Amorim Assumpção, « Distribuição por dependência », préc., pp. 458-459.
[1071] Daniel Amorim Assumpção Neves critique l'adoption de l'expression *distribution par dépendance* dans les hypothèses prévues par l'article 253 du Code de procédure civile de 1973, *in verbis : « Dans les procès où surgit l'une des hypothèses prévues dans l'article 253 du CPC, il n'y a pas de distribution proprement dite de la seconde demande, mais l'envoi automatique au juge "prevento", ce qui est clairement indiqué dans le nouvel article 253, III, du CPC. Hélio Tornaghi utilise le terme attribution et non distribution proprement dite »* (traduction libre) : NEVES Daniel Amorim Assumpção, « Distribuição por dependência », préc., p. 454. – Dans le même sens : CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Jurisdição e competência,* préc., p. 87, note nº 121. – MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 444. – TORNAGHI Hélio, *Comentários ao código de processo civil,* v. 1, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1975, p. 243.
[1072] Comme l'explique Cândido Rangel Dinamarco, *in verbis : « La règle insérée dans le nouvel article 253 du Code de procédure civile (de 1973) ne constitue pas une sanction à l'acte de celui qui désiste pour*

(incise II) ou la proposition simultanée d'affaires identiques (incise III), l´organe juridictionnel compétent pour connaître du litige sera celui qui a été « prevento »[1073] pour éviter que des manœuvres frauduleuses violent le principe du juge naturel, conformément à la jurisprudence de la Cour supérieure de justice, *in verbis :*

> *« Conformément à ce qui a été affirmé dans la décision antérieure, dans le cas "sub judice", il y aura discussion pour savoir quel sera l'organe juridictionnel compétent pour juger l'affaire en cas de distribution multiple d'actions identiques avec la finalité d'obtenir une décision provisoire. Dans ces situations, il est nécessaire d'observer le principe du juge naturel, ce qui ne sera possible qu'avec le maintien de la première action distribuée et l'extinction de la seconde, même si la citation du défendeur a eu lieu antérieurement dans la seconde action. (...) Ceci parce que l'action existe dès l'acte introductif de l'instance. Le fait que la relation processuelle ne soit pas complète avant la citation du défendeur ne signifie pas qu'il n'y a pas action, dans la mesure où la prétention est déjà matérialisée par la demande introductive de l'instance. (...) Permettre que plusieurs demandes identiques soient faites auprès différents organes juridictionnels et, ultérieurement, le désistement de celles pour lesquelles les demandes provisoires ont été rejetées afin de faire prévaloir le "decisum" favorable à l'auteur, constitue une claire violation du principe du juge naturel et une stratégie processuelle incompatible avec l'Etat de droit, raison pour laquelle elle doit être repoussée par le Pouvoir judiciaire »* (traduction libre)[1074].

---

revenir après devant un autre organe juridictionnel, mais une règle de compétence – bien que notoirement motivée, dans l'esprit du législateur par la reconnaissance de manœuvres moins loyales. Par conséquent, la norme s'impose indépendamment de la recherche de l'"animus" de l'auteur du désistement : en cas de désistement suivi de la réitération de la demande, ces éléments purement objectifs devront être pris en compte afin de déterminer la "prevenção" du premier organe juridictionnel à qui le procès doit être envoyé » (traduction libre) : DINAMARCO Cândido Rangel, *A reforma da reforma,* préc., p. 76.

[1073] V. *supra,* note nº 1021. – Concernant la matière, Cândido Rangel Dinamarco explique, *in verbis : « En raison du système dans son ensemble, la nouvelle règle (de l'article 253, II, du CPC/73) ne s'applique pas lorsqu'il y a eu un désistement de l'instance en cours devant une juridiction absolument incompétente car l'organe juridictionnel absolument incompétent n'est jamais "prevento". S'il y a eu un désistement d'une demande erronée proposée auprès de la Justice de l'Etat membre ("Justiça Estadual") et que la Justice fédérale est compétente, il n'est pas obligatoire de proposer la demande devant la Justice de l'Etat, qui n'était pas compétente pour le premier procès et qui ne sera pas compétente pour le second. Si l'incompétence du premier juge concernait seulement le lieu où la demande devait être proposée ("de foro"), donc une incompétence relative, trois hypothèses sont possibles : a) si le désistement a eu lieu avant le mémoire en réponse du défendeur et ainsi avant la décision du juge sur une éventuelle exception d'incompétence (art 114), le juge sera "prevento" et , dans le second procès, décidera sur l'exception opposée ; b) s'il y a eu un désistement par l'auteur après le refus de l'exception d'incompétence, à plus forte raison le premier juge sera "prevento" et l'exception ne sera pas recevable dans le second procès ; c) mais si l'exception a été opposée et accueillie dans le premier procès, le juge ne sera pas "prevento" pour le second »* (traduction libre) : DINAMARCO Cândido Rangel, *A reforma da reforma,* préc., p. 75.

[1074] Cour supérieure de justice, Deuxième chambre, « Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial » nº 51.513/RS, Ministre rapporteur : Castro Meira, date du jugement : 20/03/2012, date de la publication : 28/03/2012.

312. Par conséquent, la fraude à la distribution signifie la violation du principe du juge naturel et des normes objectives de distribution des affaires. Elle provoque donc la nullité de l'acte vicié de distribution et l'incompétence absolue de l'organe juridictionnel, comme le défend une partie de la doctrine, *in verbis :*

> *« L'objectif majeur de la règle était d'éviter le choix de l'organe juridictionnel pour conduire et juger l'affaire et de conférer une extension plus large à la règle de perpetuatio jurisdictionis (CPC, art. 87) dont le non-respect provoque la nullité des actes décisoires parce que le jugement sera prononcé par un organe juridictionnel absolument incompétent. La distribution par dépendance ou l'attribution de la demande au juge qui a homologué le désistement constitue ainsi une nouvelle hypothèse de compétence absolue et doit être contrôlée ex officio par le juge, à qui l'on confère des pouvoirs, en cas de non-respect de l'exigence, pour reconnaître son incompétence et pour déterminer l'envoi du dossier à l'organe juridictionnel compétent sans que l'utilisation de l'exception d'incompétence soit nécessaire (CPC, art. 113). Le défendeur pourra susciter la question en préliminaire du mémoire en réponse ou par n'importe quel autre moyen »* (traduction libre)[1075].

313. Il est intéressant de souligner que la distribution *par dépendance* qui était établie dans l'article 253, II et III, du Code de procédure civile de 1973 et qui est répétée par l'article 286, II, du *codex* de 2015 est qualifiée, par une partie de la doctrine et de la jurisprudence brésiliennes, comme un type de compétence fonctionnelle[1076], comme le défendent Daniel Amorim Assumpção Neves e Cândido Rangel Dinamarco, *in verbis :*

[1075] CUNHA Leonardo José Carneiro da, « Anotações sobre a desistência da ação », *Revista de processo,* Ano 30, nº 120, fevereiro de 2005, p. 62. – V. DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 203, *in verbis : « La fraude à la distribution signifie donc la violation du principe du juge naturel (art. 5º, LIII et LIV de la Constitution fédérale) et des normes relatives à la distribution et provoquera ainsi l'incompétence absolue »* (traduction libre).

[1076] Vicente Greco Filho explique le concept de compétence fonctionnelle, *in verbis : « Les normes légales utilisent parfois des aspects relatifs aux fonctions exercées par le juge dans le procès pour établir la compétence qui s'appelle alors compétence fonctionnelle. Il existe trois types de compétence fonctionnelle : 1) la compétence fonctionnelle par degré de juridiction ; 2) la compétence fonctionnelle selon la phase du procès ; et 3) la compétence fonctionnelle en raison de l'objet du jugement. La compétence fonctionnelle par degré de juridiction est déterminée quand la loi, en raison de la nature du procès ou de la procédure, distribue les demandes entre les organes juridictionnels qui sont échelonnés en degrés. (...) Les normes légales attribuent parfois la compétence directe aux organes du deuxième degré de juridiction, comme c'est le cas, par exemple, des "mandados de segurança" contre les actes de certaines autorités. Dans ces hypothèses, il y a suppression du premier degré et la Cour est compétente originairement pour connaître du litige. Il y a compétence fonctionnelle par phase du procès, ou par rapport à un autre procès, lorsque la compétence d'un organe juridictionnel est déterminée parce qu'il existe, ou a existé, un autre procès, ou parce que, dans une étape de la procédure, un organe juridictionnel s'est manifesté du fait qu'il devient compétent pour pratiquer un autre acte préalablement établi. Exemples de ce type de compétence : la compétence du juge qui a réalisé l'audience et qui doit trancher le litige, selon l'article 132 du Code de*

« Dans l'hypothèse d'extinction du premier procès sans jugement au fond, ce qui justifierait la règle de l'article 253, II, du CPC (de 1973) n'est pas la connexité – parce que ce phénomène exige deux procès en cours –, mais la compétence fonctionnelle, acquise dans la distribution de la première demande. Idem dans l'hypothèse de distribution d'action identique (article 253, III, CPC), parce que, dans ce cas, l'organe juridictionnel qui est compétent pour l'action plus ancienne sera fonctionnellement compétent car il est "prevento" pour connaître aussi l'action plus récente et pour l'éteindre. Comme l'a indiqué José Ignácio Botelho Mesquita, "les normes qui régissent la compétence fonctionnelle, par rapport à un même procès, distribuent la compétence entre les différents organes juridictionnels, en raison de la pratique de certains actes processuels ou le développement des certaines phases du procès". Dans le cas analysé, la pratique de l'acte serait justement la connaissance par le juge du premier procès distribué, en devenant juge "prevento", de par la compétence fonctionnelle pour juger l'autre procès identique » (traduction libre)[1077].

« Comme cette compétence est fonctionnelle et donc absolue, il appartient au juge, ex officio et à tout moment, qui a connaissance du stratagème, de prononcer sa propre incompétence et de déterminer l'envoi du procès au juge "prevento" et l'utilisation de l'exception d'incompétence n'est pas nécessaire (CPC, art. 113). La décision concernant la matière est une décision interlocutoire et susceptible de recours d'"agravo" (art. 322), d'"agravo de instrumento", parce que l'"agravo retido" ne produira pas le résultat voulu : car à quoi servirait le prononcé par la Cour de la compétence de l'organe juridictionnel A, et non de l'organe juridictionnel B, lorsque l'affaire a déjà été jugée ? » (traduction libre)[1078].

Procédure Civile ; la compétence du juge de l'exécution qui doit être le même que celui de l'action (art. 575, II) ; la compétence du juge de l'action principale pour connaître les actions accessoires (art. 108) etc. La compétence fonctionnelle peut également être déterminée en raison de l'objet, c'est-à-dire, par le type de jugement qui doit être prononcé. C'est le cas lorsque deux organes juridictionnels se manifestent dans une même décision, chacun compétent pour une partie du jugement. (...) Dans la procédure civile, il y a compétence fonctionnelle en raison de l'objet dans la procédure d'uniformisation de la jurisprudence (arts. 476 et suivants) et dans la déclaration incidente d'inconstitutionnalité (arts. 480 et suivants), pour lesquelles la chambre de la Cour, où ces incidents ont lieu, est compétente pour appliquer la loi au cas sub judice, mais la fixation de l'interprétation de la loi ou sa déclaration d'inconstitutionnalité appartiennent à la Cour plénière » (traduction libre) : GRECO FILHO Vicente, *Direito processual civil brasileiro,* v. 1, préc., pp. 206-207. – V. aussi : THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil : Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum,* préc., pp. 217-218.

[1077] NEVES Daniel Amorim Assumpção, « Distribuição por dependência », préc., pp. 457-458. – Cette thèse est également soutenue par une partie de la jurisprudence brésilienne. La deuxième chambre de la Cour supérieure de justice affirme que la distribution *par dépendance* établie par l'article 253, II, du Code de procédure civile de 1973 constitue une compétence fonctionnelle et donc de nature absolue : V. Cour supérieure de justice, Deuxième chambre, « Recurso Especial » nº 1.130.973/PR, Ministre rapporteur : Castro Meira, date du jugement : 9/03/2010, date de la publication : 22/03/2010.

[1078] DINAMARCO Cândido Rangel, *A reforma da reforma,* préc., p. 75.

Cette conclusion nous semble correcte dans l'hypothèse où la compétence de l'organe juridictionnel « prevento » découle de la pratique antérieure de certains actes processuels ou du développement des certaines phases du procès. Il faut néanmoins indiquer que cette thèse n'est pas unanime et qu'une partie de la jurisprudence brésilienne considère que la règle ne détermine pas de compétence fonctionnelle de nature absolue, *in verbis :*

> *« (...) la norme ne réglemente qu'un acte processuel, plus précisément l'acte de distribution qui constitue une règle d'attribution initiale de compétence. Elle ne détermine pourtant pas la stabilisation de la compétence de l'organe juridictionnel pour la conduite du procès, élargie à la séquence d'actes pratiqués par le contradictoire, c'est-à-dire du "despacho" initial jusqu'au jugement. (...) La distribution est faite par une règle obligatoire, mais la compétence absolue de l'organe juridictionnel ne concerne ici que la déclaration de sa propre compétence. Pour analyser la question, il faut néanmoins utiliser les normes qui réglementent la compétence territoriale »* (traduction libre)[1079].

Afin d'éviter le prononcé de jugements contradictoires, le Code de procédure civile de 2015 a ajouté une troisième hypothèse de distribution *par dépendance* et nous l'analyserons par la suite.

[1079] Cour supérieure de justice, Troisième chambre, « Recurso Especial » nº 1.027.158/MG, date du jugement : 15/04/2010, date de la publication : 4/05/2010. – Il est intéressant d'indiquer que, dans le cas analysé par la Troisième chambre de la Cour supérieure de justice, il existait une clause attributive de juridiction et ladite chambre considère alors que *« l'intention de l'art. 253, II, du CPC, qui intervient dans l'ordre juridique pour défendre le principe du juge naturel et pour empêcher la mauvaise foi de l'auteur de l'introduction de la demande, serait nettement violé si l'on admet que l'auteur puisse annuler un droit du défendeur par une manœuvre processuelle »* (traduction libre). La conclusion de la Troisième chambre peut être attribuée aux particularités du cas *sub judice.* – Les enseignements de Cândido Rangel Dinamarco peuvent alors nous aider dans la matière, *in verbis : « En premier lieu, la clause attributive de juridiction ("eleição do foro") ne prévaut pas sur la connexité ou la "continência". Comme les normes qui déterminent la prorogation de la compétence pour les demandes connexes ou liées par "continência" sont obligatoires, et que la compétence qui en résulte est absolue (supra, nn. 358 et 366), l'élection du for ne détournera jamais la demande du for pour laquelle la demande avec vis attractiva demeure. (...) L'élection du for ne prévaut pas non plus sur l'omission du défendeur d'alléguer, dans son mémoire de réponse à la demande introductive de l'instance, la préliminaire d'incompétence »* (traduction libre) : DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* v. 1, préc., pp. 791-792.

III – Le jugement conjoint des affaires en absence de connexité

314. La pratique a également mis en évidence qu'il convenait d'écarter la libre distribution, même en absence de connexité ou en cas de fraude processuelle, pour éviter le prononcé de jugements contradictoires. En effet, si la simple possibilité de jugements divergents sur une même question juridique ne caractérise pas à elle seule la connexité des affaires et se présente ainsi tout de même comme un événement prévisible[1080], il n'est pas possible de nier les effets indésirables provoqués par le prononcé de jugements antagoniques car ils réduisent la crédibilité du Pouvoir judiciaire et la sécurité juridique des justiciables. Dans cette perspective, même sous l'empire du Code de procédure civile de 1973, une partie de la jurisprudence brésilienne interprétait le concept de connexité d'une manière plus large afin de permettre la réunion des affaires dont les similitudes des demandes justifiaient leur jugement conjoint[1081].

Même si le Code de procédure civile de 2015 n'a pas modifié le concept de connexité, par rapport à celui du code précédent, il a établi, dans son article 55, § 3°, la réunion des affaires en cas de risque de décisions contradictoires. Si la règle de libre distribution des affaires vise à garantir le principe du juge naturel, comme la distribution *par dépendance* en cas de la réitération d´une demande antérieurement

[1080] Comme l'affirme expressément une partie de la jurisprudence brésilienne, *in verbis : « (...) la simple possibilité d'avoir des jugements divergents sur une même question juridique ne caractérise pas uniquement la connexité entre des affaires. Le prononcé de jugements antagoniques, bien qu'indésirable, est un événement prévisible dont le système essaye de minimiser les effets avec des instruments d'uniformisation de la jurisprudence (CPC, art. 475), les "embargos de divergência" (CPC, art. 546) et l'affectation du jugement à l'organe uniformisateur (CPC, art. 555, §1°) et conduit aussi à l'énoncé de "súmulas" (CPC, art. 479) et à la fixation du précédent destiné à donner un traitement juridique uniforme aux demandes similaires »* (traduction libre) : Cour supérieure de justice, Deuxième Section, « Conflito de Competência » n° 113.130/SP, Ministre rapporteur : Nancy Andrigui, date du jugement : 24/11/2010, date de la publication : 3/12/2010.

[1081] V. dans ce sens, Cour supérieure de justice, Troisième chambre, « Recurso Especial » n° 1.226.016/RJ, Ministre Rapporteur : Nancy Andrigui, date du jugement : 15/03/2011, date de la publication : 25/03/2011, *in verbis* : *« La connexité présuppose l'existence de demandes qui, sans être identiques, ont un lien, une relation d'affinité qui indique l'étendue de la règle de connexité, afin que le vocable "commun", contenu dans le texte légal, soit interprété comme une indication du législateur. Pour caractériser la connexité, l'identité totale des éléments de l'action n'est pas nécessaire, une identité partielle est suffisante »* (traduction libre). – V. aussi Cour supérieure de justice, Quatrième chambre, « Recurso Especial » n° 780.509/MG, Ministre rapporteur : Raul Araújo, date du jugement : 25/09/2012, date de la publication : 25/09/2012, *in verbis : « il n'est pas nécessaire que l'identité d'objet ou de meritum causæ soit absolue dans les affaires liées par connexité. Il suffit d'un lien qui pour exiger le jugement unifié des demandes »* (traduction libre).

proposée ou de la proposition simultanée d'affaires identiques, la règle de l'article 55, § 3º, du Code de procédure civile de 2015 garantit d'autres principes également importants, à savoir, la sécurité juridique des justiciables et l'économie processuelle, comme l'explique José Miguel Garcia Medina, *in verbis :*

> *« C'est une solution qui s'adapte non seulement à l'idée de sécurité juridique – vu qu'il est désirable qu'il y ait cohérence entre les jugements concernant des actions qui ont une affinité –, mais également au concept d'économie processuelle car il est possible de permettre la réalisation des actes processuels qui peuvent être utilisés dans deux ou plusieurs actions »* (traduction libre)[1082].

En effet, l'une des préoccupations majeures des rédacteurs du Code de procédure civile de 2015 était justement la sécurité juridique et le traitement égalitaire des justiciables, comme expressément indiqué dans l'exposition des motifs de la nouvelle loi[1083]. Dans cette perspective, afin d'éviter la dispersion excessive de la jurisprudence et de réduire le risque de décisions contradictoires, de nouveaux outils procéduraux ont été prévus par le Code de procédure civile de 2015[1084] et la distribution des affaires *par dépendance* en absence de connexité est l'un d'entre eux.

Il faut pourtant remarquer que la libre distribution continue à être la règle générale d'attribution des affaires. Ainsi, le régime « de garde » exige l'attention continue des juridictions afin d'éviter que des voies détournées soient employées pour violer le principe du juge naturel[1085].

[1082] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 129.
[1083] V. *supra,* note nº 318.
[1084] Le Code de procédure civile de 2015 a créé, par exemple, l'« incidente de resolução de demandas repetitivas » : V. *supra,* nº 165 s.
[1085] Certaines personnes arrivent à suborner les fonctionnaires qui travaillent dans le secteur de la distribution des affaires pour garantir que l´affaire soit attribuée à un juge donné. Toutefois, le contrôle rigide de la distribution par le juge distributeur et par la « Corregedoria » des cours et le perfectionnement continu des systèmes informatiques de distribution des affaires peuvent garantir le respect du principe de la libre distribution et du juge naturel : V. *supra,* nº 292.

C. – Les juges « de garde » : le choix du juge par les parties dans des cas marginaux ?

315. Pour favoriser l'efficience du Pouvoir judiciaire, l'article 93, XII, de la Constitution de la République[1086] interdit les vacances collectives et prescrit le fonctionnement continu des juridictions du premier et du deuxième degrés où des juges « de garde » devront rester disponibles pour apprécier les cas urgents, en dehors des heures d'ouverture normale des juridictions, *in verbis :*

> « *XII - l'activité juridictionnelle doit être exécutée sans interruption, les vacances collectives sont donc interdites dans les juridictions du premier et du deuxième degré qui fonctionnent, en dehors des heures d'ouverture normale, avec des magistrats sous régime de garde permanente »* (traduction libre).

La norme, concrétisation du principe de continuité temporelle du service public de la justice, permet que les juridictions puissent être saisies même durant les fins de semaine et les jours fériés, du moins pour certains contentieux. A cette fin, des tableaux de garde sont établis et un service de permanence des juges doit être assuré. Des magistrats « de garde » restent alors disponibles pour trancher des litiges urgents. Les règlements intérieurs des cours d'appels, régionales et supérieures ou d'autres normes internes établissent alors les règles de ce régime permanent et définissent surtout les cas d'urgence qui peuvent être analysés en dehors des heures d'ouverture normale des juridictions.

316. Dans l'exercice des fonctions constitutionnelles[1087] et afin de normaliser et d'uniformiser – avec objectivité et transparence – le traitement des litiges urgents soumis au régime « de garde », le Conseil national de justice a promulgué la Résolution n° 71 de 2009. Dans son article premier, ladite Résolution précise et établit expressément les matières urgentes qui peuvent être analysées pendant le régime permanent et qui sont des hypothèses où l'urgence est évidemment démontrée. Dans ces cas, il n'y aura pas de

[1086] Norme insérée par l'amendement constitutionnel n° 45 de 2004.
[1087] Selon l'article 103-B, § 4º, de la Constitution de la République, il appartient au Conseil national de justice d'assurer le bon fonctionnement du Pouvoir judiciaire. Il peut donc établir des normes réglementaires d'obéissance obligatoire pour les juridictions.

distribution préalable des demandes urgentes, reçues en dehors des heures d'ouverture normale de la juridiction, entre tous les magistrats d'égale compétence. Au contraire, l'affaire urgente sera directement envoyée au magistrat « de garde », selon le tour de garde élaboré et diffusé publiquement et à l'avance par la juridiction[1088].

La divulgation en avance des noms des juges « de garde » pose alors une sérieuse question : le choix du juge par la partie demanderesse dans ces cas spécifiques, ce qui pourrait violer l'égalité des armes. Le problème a même été identifié par le Conseil national de justice qui a promulgué la Résolution n° 152 de 2012 afin de déterminer que les noms des juges « de garde » doivent être diffusés au maximum cinq jours avant la date prévue du service pour protéger le principe du juge naturel[1089].

317. Il faut aussi préciser que les juges « de garde » font une analyse préalable pour définir si les affaires reçues au régime permanent correspondent de fait à l'une des hypothèses d'urgence établies par la législation. Toute demande qui ne satisfait pas aux conditions d'urgence fixées n'est pas analysée alors par le magistrat, ce qui évite donc la violation du droit au juge naturel. De plus, il est important d'ajouter que le juge « de garde » sera tout simplement compétent pour examiner les demandes qui exigent une réponse urgente de la juridiction, dans les hypothèses strictement et expressément prévues. Après l'analyse de la question urgente par le juge « de garde », l'affaire doit être alors distribuée le premier jour ouvrable suivant et le juge auquel elle a été attribuée peut réformer la décision prise durant le service permanent[1090], ce qui garantit que l'affaire est jugée par son juge naturel.

318. Les normes établies par le Conseil national de justice concernant le régime permanent permettent ainsi de concilier l'offre d'accès continu à la justice avec les règles de la distribution des affaires et le principe du juge naturel. Si les parties peuvent choisir leur juge « de garde », dans une certaine mesure, d'après le calendrier de travail fixé en

[1088] Selon l'article 5 de la Résolution n° 71 du Conseil national de justice.
[1089] Selon la rédaction de l'article 2º, paragraphe unique, de la Résolution n° 71 de 2009 du Conseil national de justice modifiée par la Résolution n° 152 de 2012 du même organe.
[1090] Selon l'article 7º, § 2º, de la Résolution n° 71 du Conseil national de justice.

avance par les juridictions, la compétence de ces magistrats est restreinte à l'analyse des matières spécifiques, selon les hypothèses précisément établies par le Conseil national de justice. Il appartient alors au juge « de garde » d'analyser si la demande soumise à son appréciation correspond effectivement aux hypothèses pour lesquelles le régime du service permanent est applicable, toute autre question étant exclue de sa compétence. De plus, une fois la décision urgente prise, l'affaire doit être distribuée selon les règles pertinentes et dans le respect des normes pertinentes.

Le Brésil dispose donc d'un important arsenal de normes qui visent à établir de manière objective et transparente l'affectation des procès au juge. Malgré les efforts du législateur, il existe des violations à la réglementation en vigueur. La question en droit judiciaire privé brésilien réside donc dans l'effectivité des règles et principes établis et dans leur adéquation à la réalité brésilienne.

CONCLUSION DE LA SECTION 1

319. L'ordonnancement juridique brésilien établit des normes et des critères à suivre pour l'affectation des juges et la distribution des affaires. Cette ample réglementation sur l'organisation juridictionnelle s'explique, non seulement par le passé dictatorial du Brésil, mais aussi par les éventuels abus commis. Tout changement d'affectation suit alors une procédure publique qui vise à garantir que la répartition des juges dans les différents services obéisse aux règles préétablies, afin de garantir la non-discrimination (« impessoalidade ») et la légalité de la décision qui doit nécessairement être motivée.

320. Le système brésilien prévoit également un ensemble de règles concernant la distribution des affaires. Si la libre distribution des procès est la règle générale, la loi fixe des hypothèses dans lesquelles les affaires seront attribuées à un juge donné : en cas de connexité ou de « contigência » des affaires, de demandes identiques ou de réitération d'une même demande et aussi en cas de risque de décisions divergentes ou contradictoires. Le droit positif réglemente alors de manière objective le rapport entre le

procès et le juge pour garantir le droit au juge naturel, y compris pour ce qui concerne le juge « de garde ». Des violations aux règles sont cependant observées, toute erreur devant être corrigée *ex office* ou sur demande des intéressés.

Section 2 : L'observance des règles sur l'organisation juridictionnelle au Brésil

321. Au Brésil, l'organisation judiciaire est régie en détail par une ample réglementation judiciaire. Des règles précises et prédéterminées définissent la fixation des juges dans les différents services des juridictions et la distribution des affaires entre les magistrats de compétence égale[1091]. L'effectivité de ces normes est renforcée par des voies de contrôle et plusieurs systèmes informatiques sont utilisés pour effectuer l'attribution des affaires. Des risques d'arbitraire subsistent tout de même et des violations aux règles établies peuvent éventuellement avoir lieu (§ 1). Ces constatations exigent alors la vérification de l'adéquation des règles actuellement en vigueur (§ 2).

§ 1 : La violation – intentionnelle ou involontaire – des règles d'organisation juridictionnelle au Brésil

322. Si les normes d'organisation juridictionnelle en vigueur au Brésil visent à contribuer à la transparence et à l'objectivité dans ce domaine, des violations – volontaires ou non – des règles de répartition des juges dans les différents services des juridictions (A) et de distribution des affaires (B) sont encore observées.

A. – La violation des règles concernant la répartition des juges dans les différents services des juridictions

323. Il est nécessaire d'affirmer, en premier lieu, que la prévision des normes détaillées de transfert et de l'avancement dans la carrière des juges met plus évidente les violations aux critères établis et fait obstacle, en principe, aux abus éventuellement commis. Néanmoins, des manquements sont encore constatés, qui peuvent être le résultat d'actes intentionnels ou non de violation des règles. Ces violations éventuelles sont cependant

[1091] V. *supra,* nº 272 s.

maitrisées par la prévision des voies de contrôle à la disposition des juges intéressés. Ainsi, chaque fois qu'un magistrat estime que les normes fixées n'ont pas été observées par les juridictions et que ces violations entraînent des griefs, il peut contester l'acte de transfert ou d'avancement d'un juge.

324. Au Brésil, la désobéissance aux règles de répartition des juges dans les différents services des juridictions est attestée par plusieurs décisions du Conseil national de justice qui, par le biais de procédures de contrôle administratif et dans l'exercice de sa compétence constitutionnelle, annule les actes des juridictions concernant certains transferts de juges et d'avancements dans la carrière des magistrats faits au mépris des critères légaux[1092].

325. En outre, l'acte administratif de répartition des juges dans les différents services des juridictions peut également être soumis au contrôle du Pouvoir judiciaire par l'utilisation du « mandado de segurança » en cas de non-respect des critères établis par l'ordonnancement juridique[1093], conformément à l'article 1[er] de la loi n° 12.016 de 2009, *in verbis :*

> *« Le "mandado de segurança" est accordé pour protéger le droit liquide et certain, qui n'est pas protégé par le habeas corpus ou par le habeas data, lorsqu'une personne physique ou juridique, illégalement ou par excès de pouvoir, subit des violations ou a de justes raisons de se sentir menacée par l'acte d'une autorité publique, quelle qu'en soit la catégorie et peu importe les fonctions exercées par cette dernière »* (traduction libre).

Dans cette hypothèse et en observance de certaines conditions fixées par la loi n° 12.016 de 2009, la juridiction analysera, selon les preuves présentées avec la demande introductive de l'instance, si le droit du demandeur a été violé[1094] et la décision juridictionnelle prise aura force de *res iudicata* si le *meritum causæ* de l'affaire est apprécié.

[1092] V. *supra,* nº 175.
[1093] V., dans ce sens : Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Mandado de Segurança » n° 24414/DF, Ministre rapporteur : Cezar Peluso, date du jugement : 3/09/2003, date de la publication: 21/11/2003.
[1094] V. *infra,* nº 424 s.

326. Il faut néanmoins préciser qu'il appartient, en principe, à la propre cour qui a pris l'acte administratif de transfert ou d'avancement dans la carrière d'analyser le « mandado de segurança », en raison de son autonomie administrative prévue à l'article 99 de la Constitution de la République et conformément à l'article 21, VI, de la loi complémentaire n° 35 de 1979[1095]. La compétence des cours pour analyser la légalité de leurs propres actes est également reconnue par la Cour fédérale suprême dans les énoncés n° 330 et n° 624 de sa jurisprudence prédominante[1096].

La compétence pour analyser le « mandado de segurança » est ainsi définie en raison de l'autorité qui figure dans le pôle passif de l'action[1097]. Il appartiendra donc à la Cour fédérale suprême de juger le « mandado de segurança » lorsque l'accès à certaines fonctions juridictionnelles dépend aussi de la manifestation du Président de la République[1098], conformément à l'article 102, I, alinéa « *d* », de la Constitution[1099]. En outre, la compétence pour juger le « mandado de segurança » appartiendra également à la haute juridiction brésilienne quand tous les membres de la magistrature sont directement ou indirectement intéressés et celles dans lesquelles plus de la moitié des membres de la Cour d'origine sont empêchés, ou directement ou indirectement intéressés[1100]. Les

---

[1095] V. l'article 21, VI, de la loi complémentaire n° 35 de 1979, *in verbis : « Il appartient aux Cours d'appel exclusivement :(...) VI – de juger à l'origine les "mandados de segurança" contre leurs actes, les actes de leurs Présidents et de leurs chambres ou sections »* (traduction libre).

[1096] Selon l'énoncé n° 330 de ladite juridiction suprême, *« La Cour fédérale suprême n'est pas compétente pour analyser le "mandado de segurança" contre les actes pratiqués par les Cours d'appel des Etats »* (traduction libre). L'énoncé n° 624 établit, *in verbis : « Il n'appartient pas à la Cour fédérale suprême de connaître à l'origine le "mandado de segurança" contre les actes des autres juridictions »* (traduction libre). – Sur la notion de « súmula » : V. *supra,* note n° 241.

[1097] V., dans ce sens, les décisions suivantes : Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Agravo Regimental na Reclamação » n° 2439/MS, Ministre rapporteur : Marco Aurélio, date du jugement : 23/09/2004, date de la publication : 12/10/2014, *in verbis : « La compétence pour juger le "mandado de segurança" est définie par les impliqués dans l'affaire »* (traduction libre). – V. aussi : Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Conflito de jurisdição » n° 6704/DF, Ministre rapporteur : Octavio Gallotti, date du jugement : 24/03/1988, date de la publication : 22/04/1988.

[1098] V. *supra,* nº 280.

[1099] V. l'article 102, I, « d », de la Constitution de la République brésilienne*, in verbis : « La compétence essentielle de la Cour fédérale suprême est de veiller au respect de la Constitution ; il lui appartient : I - d'instruire le procès et de juger originairement : (...) d) l'habeas corpus, dès lors qu'il concerne l'une des personnes visées aux alinéas précédents, le* « Mandado de Segurança » *et l'habeas data demandés contre les actes du Président de la République, des Bureaux de la Chambre des Députés et du Sénat fédéral, de la Cour des comptes de l'Union, du Procureur général de la République et de la Cour fédérale suprême »* (traduction libre).

[1100] Selon l'article 102, I, alinéa *« n »,* de la Constitution de la République, *in verbis* : *« La compétence essentielle de la Cour fédérale suprême est de veiller au respect de la Constitution. Il lui appartient : I -*

violations aux règles d'organisation juridictionnelle ne se limitent pourtant pas à l'affectation des juges et touchent également la distribution des affaires, comme analysé à suivre.

B. – Le non-respect des normes de distribution des affaires

327. Au Brésil, en dépit de la réglementation protective du droit au juge naturel, les normes relatives à la distribution des affaires peuvent, dans des cas marginaux, être involontairement violées en raison de la faiblesse des outils informatiques utilisés ou d'erreurs commises par les opérateurs des systèmes (I). Le non-respect des règles peut aussi être intentionnel et constitue le résultat des abus délibérément pratiqués par les responsables pour la distribution des procès (II).

I – La violation involontaire des règles de distribution des affaires : les faiblesses des outils informatiques et les erreurs des opérateurs des systèmes

328. Il faut rappeler que l'utilisation des outils informatiques dans la distribution des affaires vise à garantir l'observance des principes de publicité, d'alternance et du tirage au sort, expressément prévus à l'article 285 du Code de procédure civile brésilien de 2015[1101]. En effet, le bon usage des systèmes informatiques permet le partage égalitaire, transparent et objectif des affaires entre les juges d'égale compétence[1102]. Pourtant, les éventuelles faiblesses des systèmes créés, comme la mauvaise utilisation de ces outils par

---

d'instruire le procès et de juger originairement : (...) n) les actions dans lesquelles tous les membres de la magistrature sont directement ou indirectement intéressés et celles dans lesquelles plus de la moitié des membres de la Cour d'origine sont empêchés ou sont directement ou indirectement intéressés » (traduction libre). – Néanmoins, selon la jurisprudence de la propre Cour fédérale suprême, il ne suffit pas que la partie suscite simplement des allégations d'empêchement ou de suspicion des magistrats car il est nécessaire d'utiliser le moyen processuel adapté – l'exception de suspicion ou d'empêchement – pour prouver la partialité des juges dans l'espèce : V. Cour fédérale suprême, Première chambre, « Questão de ordem na ação originária » n° 583/PA, Ministre rapporteur : Moreira Alves, date du jugement : 3/10/2000, date de la publication : 2/03/2001.

[1101] Ces principes étaient prévus à l'article 548 du Code de procédure civile de 1973.

[1102] V. *supra,* nº 292.

leurs opérateurs, peuvent provoquer des violations non intentionnelles des normes en vigueur.

329. En premier lieu, ces outils informatiques doivent permettre l'insertion des données pertinentes à la distribution des affaires. Les informations concernant les retraits, les congés, les vacances ou les empêchements des juges doivent être introduites dans le système de manière correcte afin de permettre une distribution adéquate des procès et également la vérification postérieure des motifs qui ont déterminé l'attribution du procès à un juge donné. Par conséquent, pour garantir l'observance des règles établies, il est primordial que les responsables de l'utilisation de ces outils sachent introduire correctement les données pertinentes dans le système. La formation et le renforcement des capacités des opérateurs des systèmes de distribution des affaires constituent donc la première étape à franchir pour garantir le respect du droit au juge naturel en réduisant ainsi les éventuelles erreurs.

La formation continue des responsables de l'utilisation de ces systèmes doit comprendre, non seulement la compréhension des différents outils informatiques et l'insertion des informations, mais aussi les propres règles de distribution des affaires. Si les hypothèses de connexité et de « continência » éliminent la libre distribution des procès, il est indispensable que les opérateurs des systèmes informatiques sachent identifier adéquatement la configuration de chacun de ces cas afin de respecter les dispositions légales et d'éviter les décisions contradictoires[1103]. Ces mêmes considérations sont applicables au Procès judiciaires électroniques – PJe, les opérateurs dudit système devant également savoir utiliser correctement l'outil afin d'insérer les données pertinentes pour que le système réalise la distribution[1104].

330. De plus, même si le Code de procédure civile brésilien a établi les normes générales concernant la distribution des affaires, la réalité prouve leur insuffisance pour régler entièrement la matière. La prévision de normes complémentaires au sein des

[1103] V. *supra,* nº 294 s.
[1104] V. *supra,* note nº 1013.

règlements intérieurs des cours d'appel, régionales et supérieures semble alors utile pour garantir l'objectivé de l'acte de distribution des affaires et pour réduire le subjectivisme dans l'opération ainsi que les abus[1105].

La violation involontaire des normes relatives à la distribution des affaires peut alors avoir lieu à chaque fois que les responsables de l'acte ne gèrent pas correctement le système disponible ou interprètent à tort les règles en vigueur. Les éventuelles erreurs peuvent être néanmoins corrigées, *ex officio* ou à la demande des parties[1106], conformément à l'article 288 du Code de procédure civile de 2015[1107].

Cependant, le non-respect des règles sur la matière peut aussi découler d'actes volontaires et les responsables pour fraude doivent supporter des pénalités légales.

II – La violation intentionnelle des règles de distribution des affaires : la fraude processuelle pratiquée par des fonctionnaires et des juges

331. L'inobservation des règles pertinentes peut éventuellement découler d'actes intentionnels des responsables de la distribution des affaires. Dans cette hypothèse, il y a

[1105] La prévision détaillée de toutes les règles de distribution des affaires dans les règlements intérieurs des juridictions diminuerait la possibilité de divergence d'interprétation. Moins les règles sont précises, plus de liberté est donnée au responsable pour réaliser la distribution, ce qui peut provoquer des divergences de solutions.

[1106] Selon l'article 255 du Code de procédure civile de 1973, *« le juge, d'office ou à la demande de l'intéressé, corrigera l'erreur ou le manque de distribution, en compensant l'attribution faite »* (traduction libre). L'article 288 du Code de procédure civile de 2015, de son côté, affirme que *« le juge, d'office ou à la demande de l'intéressé, corrigera l'erreur ou compensera le manque de distribution »* (traduction libre). La compensation de la distribution doit être comprise dans la perspective selon laquelle la distribution vise aussi la répartition égalitaire du travail parmi les juges. Ainsi, *« les affaires doivent être attribuées aux organes juridictionnels de manière alternée, ce qui implique, sous la perspective du service juridictionnel, l'observance du principe d'isonomie. En partageant de façon égale la charge de travail entre les organes juridictionnels, les règles relatives à la distribution visent à concrétiser aussi les principes d'efficience (Constitution de 1988, art. 37) et du délai raisonnable (Constitution de 1988, art. 5, LXXVIII). Ainsi, en cas d'erreur ou de manque de distribution, il doit avoir compensation »* (traduction libre) : MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 443.

[1107] Le Code de procédure civile de 1973 permettait également ce contrôle, dans son article 255.

fraude processuelle pratiquée pour garantir la direction des procès à des juges donnés ou, au contraire, pour empêcher que des affaires soient distribuées à certains magistrats[1108].

La violation intentionnelle des normes d'attribution des affaires prive pourtant les parties d'être jugées par leur juge naturel. En cas de fraude processuelle, le procès sera adressé au juge choisi par la partie et plusieurs principes et règles sont violés : les principes de légalité, de moralité, de non-discrimination (« impessoalidade ») de l'activité administrative[1109], de l'impartialité des juges[1110], du juge naturel et toutes les règles qui les concrétisent[1111]. Pourtant, les intéressés peuvent – et doivent – dénoncer la violation des règles de distribution des affaires pour empêcher la distribution incorrecte des affaires et pour permettre la responsabilisation de ceux qui l'ont pratiquée[1112].

332. Selon l'article 116 de la loi nº 8.112 de 1990[1113], les fonctionnaires doivent toujours agir dans le respect des normes légales et réglementaires et exercer leurs fonctions avec zèle et dévouement. Les juges, à leur tour, doivent appliquer avec indépendance, sérénité et exactitude les normes légales et les actes *ex officio,*

[1108] La fraude processuelle étudiée ici est pratiquée par les responsables de la distribution des affaires (juges ou fonctionnaires). Il peut avoir aussi la fraude processuelle pratiquée par des avocats pour viser la direction du procès : V. *supra,* nº 309 s. – Comme le reconnaît la doctrine, *« Il est connu qu'il y a des secteurs de la Justice brésilienne dans lesquels l'activité des membres est inférieure au niveau souhaitable, soit dans la perspective de l'efficience professionnelle, soit en raison des engagements incompatibles avec la dignité du poste (corruption), soit encore par le rapprochement imprudent avec les parties et l'acceptation de faveurs indues »* (traduction libre) : DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* v. 1, préc., p. 591.

[1109] Principes expressément prévus à l'article 37 de la Constitution de la République : V. *supra,* note n° 935.

[1110] V. *supra,* note nº 605 qui traite sur le respect de la procédure légale. Ce principe exige aussi le respect de l'impartialité des juges. Le Constituant prévoit, dans l'article 95 de la Constitution, des garanties et des interdictions aux juges. L'impartialité du juge, tiers impartial au regard des parties, constitue l'essence même de la fonction de juger ; la procédure qui ne respecte pas ce principe est nulle.

[1111] Les articles du Code de procédure civile antérieurement indiqués et les règles prévues aux règlements intérieurs des juridictions.

[1112] Les intéressés pouvant dénoncer toute illégalité commise car la distribution peut être contrôlée par la partie, son avocat, le Ministère public et le Défenseur public, selon l'article 289 du Code de procédure civile brésilien de 2015 : V. *supra,* nº 293.

[1113] La loi nº 8.112 de 1990 établit le régime juridique des fonctionnaires civils de l'Union, des « autarquias » (démembrements de l'Etat) et des fondations publiques. Les fonctionnaires des Etats et des municipalités sont régis par des lois propres, conformément à l'article 39 de la Constitution de la République, *in verbis : « L'Union, les Etats, le District fédéral et les municipalités (communes) instituent, dans leur domaine de compétence, un régime juridique unique et des plans de carrière pour les fonctionnaires de l'administration publique directe, des démembrements de l'Etat et des fondations publiques »* (traduction libre).

conformément à l'article 35, I, de la loi complémentaire nº 35 de 1979. La fraude dans la distribution des affaires viole directement ces devoirs et les responsables pour l'illégalité, fonctionnaires ou juges, doivent répondre administrativement pour l'exercice irrégulier de leurs fonctions[1114].

En cas de communication ou d'indices de fraude processuelle dans la distribution des affaires, l'investigation des événements et de la responsabilité des personnes est faite par le biais de procédures administratives disciplinaires, assurés à l'accusé les principes du contradictoire et du respect des droits de la défense[1115]. Une fois la pratique illégale prouvée, les responsables subissent des pénalités administratives[1116] qui varient selon la nature et la gravité des infractions, les dommages supportés par le service public, les circonstances aggravantes ou atténuantes et les antécédents des responsables de l'illégalité[1117].

333. En principe, il appartient à la propre juridiction d'instruire la pratique illégale[1118]. Le Constituant a toutefois prévu la possibilité pour le Conseil national de justice d'évoquer la procédure disciplinaire, conformément à l'article 103-B, § 4º, III, de la Constitution de la République[1119]. En exerçant ainsi son contrôle administratif sur le

[1114] Selon l'article 121 de la loi nº 8.112 de 1990, le fonctionnaire répondra civilement, pénalement et administrativement de l'exercice irrégulier de ses fonctions. L'article 40 de la loi complémentaire nº 35 de 1979 établit que l'activité de censure des juridictions et des Conseils est exercée pour assurer la dignité et l'indépendance du juge.

[1115] Selon l'article 143 de la loi nº 8.112 de 1990, « *l'autorité qui a connaissance de la pratique d'irrégularités dans le service public est obligée de garantir une enquête immédiate en recourant à des procédures administratives de "sindicância" ou à des procédures disciplinaires administratives et le principe du respect des droits de la défense à l'accusé est assuré* » (traduction libre).

[1116] Les pénalités administratives applicables aux fonctionnaires sont, d'après l'article 127 de la loi nº 8.112 de 1990, l'avertissement, la suspension, le licenciement, la perte de la retraite, la révocation du poste ou de la fonction de confiance.

[1117] Selon l'article 128 de la loi nº 8.112 de 1990.

[1118] En raison de l'autonomie administrative des juridictions, établie dans l'article 96 de la Constitution de la République et selon l'article 143 de la loi nº 8.112 de 1990 : V. *supra,* note n° 1115.

[1119] V. l'article 103-B, § 4º, III, de la Constitution de la République, *in verbis : « Il appartient au Conseil de contrôler les activités administratives et financières du Pouvoir judiciaire et le respect des devoirs fonctionnels des juges, parmi d'autres attributions prévues par le statut des juges : (...) III – recevoir et connaître les réclamations contre les membres ou les organes du Pouvoir judiciaire, y compris contre ses services auxiliaires, ses greffes, ses services de notariat et d'enregistrement exercés par délégation de la puissance publique, sans préjudice à la compétence disciplinaire et correctionnelle des juridictions. Il peut évoquer les procédures disciplinaires et déterminer le transfert, la disponibilité ou la mise à la retraite avec un salaire proportionnel au temps de service et appliquer d'autres sanctions administratives, le*

Pouvoir judiciaire, le Conseil national de justice, siégeant en séance plénière, a évoqué, par exemple, la procédure disciplinaire administrative n° 0003361-69.2011.2.00.0000 en raison de déclarations successives de suspicion de membres de la cour d'appel de l'Etat du Maranhão et a appliqué une pénalité de licenciement d'office à quatre fonctionnaires de la juridiction en raison des fraudes commises dans la distribution des affaires[1120]. Ces violations observées posent alors la question de l'adéquation et de l'efficacité des normes en vigueur.

§ 2 : L'adéquation des normes d'organisation juridictionnelle en vigueur à la réalité brésilienne

334. Le système d'organisation juridictionnelle adopté au Brésil vise à garantir l'observance des principes fondamentaux. Il est néanmoins susceptible de critiques car il ne garantit pas l'efficience ; le bon juge n'est pas nécessairement placé au bon endroit et l'affaire n'est pas non plus distribuée au juge plus apte au tranchement de l'affaire (A), ce qui demande alors l'analyse de l'adéquation des normes en vigueur à la réalité brésilienne (B).

A. - Les critiques au système brésilien d'organisation juridictionnelle : le bon juge au bon endroit ?

335. L'adoption de critères objectifs pour déterminer l'avancement dans la carrière et le transfert des juges à l'intérieur des juridictions vise à garantir l'observance des principes constitutionnels de légalité et de non-discrimination (« impessoalidade ») dans l'exercice de toute activité administrative, y compris celle pratiquée à l'intérieur du Pouvoir judiciaire. Les règles actuelles de distribution des affaires, quant à elles, sont destinées à garantir le respect du principe du juge naturel, la répartition égalitaire du

---

principe du respect des droits de la défense devant être observé (règle incluse par l'amendement constitutionnel n° 45 de 2004) » (traduction libre).

[1120] V. : Conseil national de justice, Session plénière, « Processo Administrativo Disciplinar » n° 0003361-69.2011.2.00.0000, Rapporteur : Paulo Teixeira, date du jugement : 11/02/14. – La décision prise par le Conseil national de justice a conclu que les fonctionnaires déterminaient la distribution par dépendance des affaires qui n'étaient pas liées par connexité ou quand, malgré la connexité, l'une des affaires était déjà jugée, sans justification de réunion des procès. Information disponible sur http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61309-plenario-decide-pela-demissao-de-quatro-servidores-do-tjma-por-fraude-na-distribuicao-de-processos, consulté le 18 avril 2014.

travail et à éviter le prononcé de décisions contradictoires. Cependant, si le système adopté au Brésil a pour mérite d'observer les principes procéduraux, d'être transparent et de permettre que les intéressés contestent les décisions, la répartition des juges dans les différents services des juridictions, y compris leur promotion, ne garantit pas que le bon juge soit placé au bon endroit ou que chaque procès soit jugé par le magistrat le plus apte.

336. Les juges sont libres pour s'inscrire ou non aux procédures d'avancement et de transfert et leur choix est réalisé par leur volonté d'exercer la fonction et le service attachés au poste vacant. Néanmoins, les compétences, le savoir-faire et les désirs des juges – quand ils ne s'identifient pas avec l'un des critères fixés – ne sont pas nécessairement pris en considération par les juridictions dans la procédure de sélection et dans la distribution des affaires car les chefs de juridiction n'ont pas le pouvoir de choisir librement le juge qu'ils considèrent le plus apte à exercer la fonction vacante ou pour trancher un litige.

Cette caractéristique du système brésilien soulève alors la question de savoir si l'adoption de critères objectifs et transparents n'est en revanche pas à l'origine d'une perte d'efficience dans la prestation de la fonction juridictionnelle puisque le juge le plus apte à l'exercice d'un service donné peut ne pas gagner la procédure publique de sélection pour accéder au poste en dispute. De même, la procédure aléatoire de distribution d'une affaire peut aboutir à attribuer un procès à un juge qui ne soit pas le plus qualifié. Dans ces hypothèses, le bon juge ne serait donc pas au bon endroit et l'efficience du service peut en souffrir les conséquences.

337. En pratique, le système d'organisation juridictionnelle brésilien n'est pas combattu par les juges car l'adoption de critères objectifs et la transparence de la procédure leur permettent éventuellement de contester les décisions prises, ce qui limite considérablement les abus des chefs de juridiction. Par le biais de ce système, les transferts et l'avancement dans la carrière ne dépendent pas du point de vue d'un individu et des différentes raisons qui peuvent influencer son choix. Au contraire, les critères

objectifs établis par le législateur diminuent considérablement la subjectivé de la décision et contribuent à la prévisibilité et donc à la sécurité juridique de tous les intéressés.

Enfin, le propre Constituant a décidé d'élaborer des normes constitutionnelles et des critères objectifs pour orienter le transfert et l'avancement dans la carrière des juges, toujours dans l'observance des principes de légalité et de non-discrimination (« impessoalidade ») de l'activité administrative, en indiquant l'adéquation des normes actuellement en vigueur non seulement aux principes constitutionnels les plus importants, mais également à la réalité brésilienne.

B. - L'adéquation des normes d'organisation juridictionnelle à la réalité brésilienne

338. La question qui reste pertinente est la suivante : le système actuel d'organisation juridictionnelle brésilien, avec ses règles complexes et ses voies de contrôle, est-il effectif et plus adapté à la réalité brésilienne? La réponse n'est pas simple. En premier lieu, il faut reconnaître que, malgré l'ample règlementation concernant l'organisation juridictionnelle, des violations sont encore commises et les procédures de contrôle administratif devant le Conseil national de justice et les actions en justice témoignent de ces manquements[1121]. Si des erreurs – des fautes non intentionnelles – peuvent être à l'origine de ces transgressions, nous ne pouvons pas nier que des violations volontaires aux normes en vigueur sont pratiquées et que la corruption, le corporatisme et le népotisme sont les causes de ces transgressions, comme le reconnaît la doctrine :

> *« Il n'est pas opportun d'entrer dans le détail, mais il est connu du grand public, spécialement chez les professionnels du droit, que le corporatisme et le népotisme prospèrent dans l'appareillage administratif du Pouvoir judiciaire. Les punitions sont rares, mais les situations de persécution ou de favoritisme ne sont pas tellement rares car la présence et l'évolution fonctionnelle des parents des juges est relativement importante. Pour éviter des injustices, il faut savoir qu'il ne s'agit pas de la règle générale, mais aucun doute, cela existe et ne devrait pas exister. Et cela existe par le manque d'un système de contrôle*

[1121] V. *supra,* nº 323 s.

administratif régulier, impersonnel, transparent et publique afin d'éviter les pressions et les contraintes » (traduction libre)[1122].

La prévision des voies de contrôle peut empêcher ces pratiques illégales et, d'une manière générale, le contrôle s'avère effectif et permet le respect des normes en vigueur. Pourtant, il faut aussi constater que certaines faiblesses persistent car la multitude de voies de contrôle peut également rendre le système complexe. Malgré cela, face à la réalité brésilienne – avec son récent passé dictatorial[1123] et la persistance d'un certain corporatisme et népotisme dans la magistrature –, le système actuel semble assez adapté.

Si les règles en vigueur ne tiennent pas compte des aptitudes des juges pour déterminer leur affectation et la distribution des affaires, elles apportent de la transparence et de la prévisibilité et donnent à tous les intéressés le contrôle *a posteriori* des actes pris. Elles garantissent également l'observance d'égalité, de la non-discrimination (« impessoalidade ») et de la moralité administrative, principes prévus expressément par le Constituant de 1988.

Le Brésil dispose ainsi d'outils – règles et voies de contrôle – pour assurer que l'organisation juridictionnelle soit adéquate à sa réalité et ses besoins. Le problème brésilien réside pourtant dans l'effectivité de ce système complexe. Les voies de contrôle peuvent toujours être utilisées pour garantir le respect des normes établies et le développement continu de systèmes informatiques de distribution des affaires peut également restreindre les abus.

CONCLUSION DE LA SECTION 2

339. Malgré l'ample règlementation concernant l'organisation juridictionnelle, des violations – volontaires ou non – des règles de répartition des juges dans les différents services des juridictions et de distribution des procès sont encore commises. Les

[1122] DALLARI Adilson Abreu, « Controle compartilhado da administração da justiça », préc., p. 11.
[1123] Le 31 mars 1964, le Brésil a subi un coup d'Etat militaire, le procès pour la redémocratisation s'est complété par l'élaboration de la Constitution actuelle, promulguée le 5 octobre 1988 : V. *supra,* note nº 933.

procédures de contrôle administratif devant le Conseil national de justice et les actions en justice témoignent de ces manquements.

340. Pourtant, le système de contrôle établi par le droit positif s'avère effectif et permet le respect des normes en vigueur, en indiquant l'adéquation des normes non seulement aux principes constitutionnels les plus importants, mais également à la réalité brésilienne avec son passé dictatorial et la persistance d'un certain corporatisme et népotisme dans la magistrature.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

341. Au Brésil, la Constitution de la République et la législation infraconstitutionnelle prévoient un ensemble de principes et règles qui traitent de l'affectation des juges dans les différents services des juridictions et de la distribution des affaires entre les juges de compétence égale. Le système brésilien d'organisation juridictionnelle est assez réglementé et vise à apporter transparence, objectivité et contrôle du *processus* décisionnel.

342. L'établissement de critères objectifs et transparents d'affectation des juges vise à assurer l´égalité de traitement des juges et l'observance des principes de légalité, de non-discrimination (« impessoalidade ») et de moralité, prévus à l'article 37 de la Constitution.

343. Afin d'assurer les principes d'impartialité des juges, d'égalité des justiciables et du juge naturel, l'ordonnancement juridique brésilien prévoit également un ensemble de normes pour la distribution des affaires entre les juges d'égale compétence. En règle générale, la distribution doit être aléatoire, en observance des principes de publicité, d'alternance et du tirage au sort (articles 285 et 930 CPC). Cependant, la loi détermine les hypothèses où l'affaire doit être distribuée *par dépendance* (article 286 CPC). Dans tous les cas, l'attribution des affaires fixe *in concreto* la compétence de l'organe juridictionnel pour trancher le litige et peut alors être contrôlée par les parties, leurs avocats, le Ministère public, le Défenseur public et le juge (articles 288 et 289 CPC).

344. L'importance du principe du juge naturel dans l'ordonnancement juridique brésilien a même exigé la réglementation du régime « de garde », dans la mesure où la divulgation préalable des noms des juges qui assurent le service permanent peut permettre, en théorie, un choix par la partie du magistrat qui analysera la demande urgente.

345. Nonobstant les règles établies, des violations intentionnelles ou involontaires des règles sont encore observées dans la pratique et exigent une réponse des organes de contrôle. Dans cette perspective, le Conseil national de justice est appelé à exercer la vérification de la légalité des transferts des juges et des avancements dans la carrière des magistrats, comme l'attestent les procédures de contrôle administratif soumises à son appréciation. De plus, l'acte administratif de répartition des juges dans les différents services des juridictions peut aussi faire l'objet de l'action constitutionnelle du « mandado de segurança ».

346. De même, les normes relatives à la distribution des affaires peuvent, dans des cas marginaux, être violées, soit involontairement – en raison des faiblesses des outils informatiques utilisés ou des erreurs commises par les opérateurs des systèmes –, soit de manière intentionnelle – en raison des abus délibérément pratiqués par les responsables pour la distribution des procès. Les voies de contrôle sont pourtant en mesure de garantir l'observance des normes en vigueur.

347. Le système actuel d'organisation juridictionnelle brésilien soulève cependant la question de savoir si l'adoption de critères objectifs et transparents n'entraînerait pas une perte d'efficience dans la prestation de la fonction juridictionnelle. Le récent passé dictatorial et la persistance d'un certain corporatisme et népotisme au sein de la magistrature justifient néanmoins ce choix législatif délibéré en faveur d'un système rigide d'organisation juridictionnelle. L'objectif d'efficience du système judiciaire ne se justifie que dans le *« respect des principes sans lesquels il n'y a pas de procès digne de ce nom »*[1124]. Ainsi, les normes en vigueur semblent adéquates à la réalité brésilienne et, plus que cela, être conformes aux principes majeurs qui gouvernent le procès et la justice.

[1124] CADIET Loïc, « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure », préc., p. 139.

CONCLUSION DU TITRE 1

348. Les actes d'organisation juridictionnelle sont des activités de grande importance pour les membres des juridictions et pour les justiciables. L'étude comparative de la matière sous la perspective du droit judiciaire privé français et du droit judiciaire privé brésilien a pourtant révélé l'adoption par chaque ordre juridique de règles assez différentes.

349. L'affectation des juges au sein des juridictions judiciaires françaises s'avère toujours encore souple aujourd'hui. Les chefs de juridiction ont des pouvoirs importants dans ce domaine. Le fait que le décret nº 2014-1458 du 8 décembre 2014 n'ait pas instauré la nécessité d'un avis conforme peut être interprété comme le résultat de l'influence des chefs de juridiction qui se sont opposés à une rigidification de leur pouvoir d'affectation par la soumission de l'ordonnance de roulement à l'avis conforme de l'assemblée générale des magistrats du siège. Une telle rigidification signifierait une limitation importante de leurs pouvoirs relatifs à une gestion considérée comme efficiente des ressources humaines. Elle serait opposable à la situation actuelle, dans laquelle les chefs de juridiction ont une marge de manœuvre qui leur permet de régler des situations difficiles, de changer l'affectation d'un juge qui ne donne pas satisfaction et de faire des remplacements.

350. Au Brésil, de manière différente, l'affectation des juges est soumise à un ensemble de règles assez complet et détaillé. Ces normes déterminent la procédure publique et transparente destinée à organiser la mobilité des juges dans les services de la juridiction. Le choix doit être réalisé selon des critères quantitatif et qualificatif établis par l'ordonnancement juridique. Les chefs de juridiction n'ont donc pas de pouvoirs majeurs dans ce domaine. Ces normes brésiliennes visent, en réalité, à l'application des principes de légalité, de non-discrimination (« impessoalidade ») et d'indépendance des juges, en garantissant que leur mobilité au sein des juridictions ne soit pas déterminée par la volonté individuelle de quiconque, mais par des critères prédéfinis et transparents. De plus, les intéressés peuvent contester les décisions prises.

351. Le système français d'affectation des juges est ainsi fondé sur la souplesse et le pouvoir de la hiérarchie afin de placer le bon juge au bon endroit et de garantir, prétendument, l'efficience de la juridiction. Le droit brésilien, quant à lui, adopte une approche systématique, objective et transparente, visant à l'obtention de la sécurité juridique et du contrôle des décisions. Or, les principes d'indépendance des juges et d'efficience sont prévus dans les deux ordres juridiques, ce qui témoigne que les raisons de ces différences profondes peuvent ne pas être liées à des questions strictement juridiques, mais tenir à des raisons politiques ou sociologiques.

En fait, le récent passé dictatorial du Brésil[1125] et la peur des abus dans ce domaine peuvent expliquer le choix du législateur brésilien de privilégier la sécurité juridique et le contrôle. Dans la pratique, le système d'affectation des juges au Brésil apparaît effectif pour garantir l'indépendance des juges et n'est donc pas combattu par les magistrats. De son côté, la souplesse du système français d'affectation des juges est la conséquence de la tradition selon laquelle il appartient au chef de juridiction d'organiser la juridiction pour la rendre plus efficiente, en plaçant le bon juge au bon endroit. Si cette tradition est encore défendue par certains qui s'opposent à l'obtention d'une plus grande démocratie interne au sein des juridictions, des voix indiquent déjà la nécessité de modification – *a minima* de façon graduelle – du système français d'affectation des juges[1126] afin de garantir le droit au procès équitable et la légitimité du *processus* décisionnel. Le système brésilien peut donc offrir quelques pistes de réflexion quant aux changements envisageables.

352. La divergence dans l'organisation juridictionnelle englobe aussi la manière selon laquelle la distribution des affaires entre les juges d'égale compétence est faite dans les deux ordres juridiques. En France, l'attribution des affaires constitue un simple acte d'administration judiciaire soumis à la discrétion du chef de juridiction sans que les plaideurs ne soient en mesure d'exercer de voie de recours contre ces décisions. De plus,

[1125] La dictature militaire au Brésil, instaurée en 1964 par un coup d'Etat, a duré jusqu'en 1985.
[1126] MARSHALL Didier (dir.), *Les juridictions du XXI^e siècle : Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, préc., p. 14.

les pouvoirs exorbitants des chefs de juridiction (articles R. 212-6 et R. 121-2 COJ) liés à la possibilité de choix du juge par les parties, dans des cas marginaux, indiquent que le système français d'attribution des affaires ne protège pas suffisamment les principes fondamentaux d'impartialité du juge, d'égalité des justiciables devant la justice, du droit au procès équitable et du juge naturel.

353. Au Brésil, la distribution des affaires est amplement réglementée par le droit positif qui traite de manière objective le rapport entre l'affaire et le juge pour éviter tout choix des dossiers par les magistrats et du juge par les parties. En fait, la mise en avant du principe du juge naturel comme principe autonome explique le traitement donné à la matière par le droit brésilien. Le souvenir d'un pouvoir dictatorial et la peur des abus peuvent également expliquer le choix de l'application dudit principe.

354. Il est alors possible d'affirmer que, selon les règles actuelles, il est plus difficile au Brésil de manipuler les dossiers pour les affecter à un juge donné. Les règles de distribution devant les juridictions brésiliennes garantissent donc, plus qu'en France, le respect du juge naturel. Le système brésilien peut alors orienter la modification envisageable des normes françaises en la matière. La souplesse et la hiérarchie du système français de distribution des procès doivent alors être remplacées par l'objectivité et la transparence en vue de garantir l'observance des principes d'impartialité du juge, d'égalité des justiciables devant la justice, du procès équitable et du juge naturel. Si cette réglementation n'empêche pas que des abus soient commis, la transparence liée à la prévision des voies de contrôle – qui, dans ce cas, pourraient être exercées par la Cour de cassation dès lors qu'une procédure juridictionnelle soit déjà en cours – constituent des moyens suffisants pour garantir l'observance de ces principes majeurs.

Pourtant, si les différences sont profondes dans le domaine de l'organisation juridictionnelle, l'analyse des actes de gestion procédurale en droits judiciaires privés français et brésilien identifie des similitudes dans le traitement juridique de la matière.

TITRE 2

LES ACTES DE GESTION PROCEDURALE EN DROITS JUDICIAIRES PRIVES FRANÇAIS ET BRESILIEN

355. Afin de garantir l'avancement de la procédure, le juge prend, pendant l'instance, plusieurs actes de gestion procédurale. Néanmoins, la qualification de ces actes n'est pas toujours évidente, l'application du régime juridique qui y est attaché dépendant de leur correcte identification. L'étude comparative des deux systèmes – français (chapitre 1) et brésilien (chapitre 2) – permettra alors une analyse plus profonde de la matière afin d'identifier leurs faiblesses et les modifications souhaitables pour garantir le respect des principes fondamentaux de la procédure.

CHAPITRE 1

LES ACTES DE GESTION PROCEDURALE EN DROIT JUDICIAIRE PRIVE FRANÇAIS : DU RISQUE DE « DEJURIDICTIONNALISATION » A LA RECHERCHE DU REGIME JURIDIQUE APPROPRIE

356. La procédure peut être définie comme *« l´enchaînement des actes et des formalités devant conduire à la prise d´une décision »*[1127], notamment d'un acte juridictionnel. Toutefois, les actes du juge n´ont pas tous une même nature. En vue d'assurer le bon déroulement de l'instance, et de lui permettre de rendre son jugement dans un délai raisonnable, le juge prend des actes de gestion procédurale. Cependant, la frontière entre les fonctions juridictionnelle et administrative du juge demeure, dans certains cas, difficile à trouver, une partie de la doctrine affirmant que des actes juridictionnels sont qualifiés à tort d'actes d'administration judiciaire, ce qui provoquerait la « déjuridictionnalisation » de ces décisions[1128]. L'identification des actes de gestion procédurale selon leur nature juridique spécifique (section 1), aussi bien que l'identification de leur régime juridique approprié (section 2) pourront apporter un éclairage à ce sujet peu étudié en droit judiciaire privé français.

Section 1 : L'identification des actes de gestion procédurale en droit judiciaire privé français

357. Si l'on ne discute pas l'appartenance de certains actes judiciaires à l'administration procédurale, la qualification de quelques-uns reste discutable (§ 1). Ainsi, visant à apporter un éclairage à ce domaine, une partie de la doctrine française a proposé un nouveau critère pour identifier les actes de gestion procédurale, de manière à éviter la « déjuridictionnalisation » des actes juridictionnels. Ce nouveau critère reste pourtant lui-même insuffisant et sujet à critiques (§ 2).

[1127] NORMAND Jacques, *V°* Procédure, in *Dictionnaire de la justice*, préc., p. 1053.
[1128] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2247.

§ 1 : Les actes de gestion procédurale en droit judiciaire privé français

358. La doctrine et la jurisprudence françaises sont d'accord pour identifier certains actes comme appartenant à la gestion procédurale (A). La qualification d'autres actes judiciaires reste, cependant, plus délicate, la doctrine divergeant sur leur nature juridique (B).

A. - Des exemples d'actes de gestion procédurale : la convergence de qualification

359. Conformément à l'article 3 du Code de procédure civile français, le juge veille au bon déroulement de l'instance, ayant le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires. Actuellement, le juge n'est plus un simple spectateur passif des plaideurs. Au contraire, son rôle a été modifié et il a assumé la direction du procès, en raison de l'augmentation du recours à la justice, de la fonction sociale du procès et de la nécessité de juger les affaires dans un délai raisonnable[1129]. Les actes de gestion procédurale s'insèrent alors dans l'arsenal mis à la disposition du juge pour veiller au bon déroulement de l'instance dans un délai raisonnable, plusieurs actes de gestion procédurale étant expressément qualifiés de « décision » par le droit positif français[1130], dès lors que la gestion de l'instance par le juge implique un contenu décisionnel d'importance fondamentale pour les parties et pour tous les justiciables.

[1129] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., pp. 455-456. – Voir les principes UNIDROIT de procédure civile transnationale (principalement le n° 14 sur l'office du juge dans la conduite de l'instance) : ALI/UNIDROIT, *Principles of transnational civil procedure,* Cambridge, Cambridge University Press, 2006. – V. *supra,* nº 121 s.

[1130] Le droit positif français expressément qualifie de « décision » plusieurs actes de gestion procédurale, comme c'est le cas pour la décision concernant la connexité entre diverses formations d´une même juridiction (article 107 CPC) ; les décisions de jonction ou disjonction d´instances (article 368 CPC) ; le renvoi du dossier par le juge de proximité au juge d´instance en cas de difficulté juridique sérieuse portant sur l´application d´une règle de droit ou sur l´interprétation d´un contrat liant les parties (article 847-4 CPC) ; la décision du président de la formation de jugement qui autorise que les audiences se déroulent dans plusieurs salles d´audience reliées directement par un moyen de télécommunication audiovisuelle (article R. 111-7 et article L. 111-12 COJ) ; la décision par laquelle il y a le renvoi de l´affaire en l´état du juge unique à la formation collégiale du tribunal de grande instance (article R. 212-8 COJ) ; la décision prise par le président du tribunal de grande instance ou son délégué de renvoyer à la formation collégiale l´affaire antérieurement attribuée à un juge unique (article R. 212-9 COJ) ; les décisions relatives au renvoie à la formation collégiale (article R. 213-12 COJ).

360. Les injonctions de conclure[1131], éventuellement sous astreinte, la fixation des délais[1132] et les dates de comparution[1133] sont des moyens accordés au juge par le droit positif pour garantir le bon déroulement de l'instance et le respect du droit au procès équitable[1134]. Pour les mêmes motifs, le juge ordonne la clôture de l'instruction, lorsque l'affaire est en état d'être jugée[1135] ou à titre de sanction si l'une des parties n'a pas accompli les actes de procédure dans le délai imparti[1136]. Il peut refuser une demande même conjointe de révocation de l'ordonnance de clôture[1137] ou de renvoi à une audience ultérieure[1138], dans la mesure où c'est la gestion du rôle qui est en cause[1139].

De même, la radiation et le retrait du rôle, explicitement qualifiés d'actes d'administration judiciaire par l'article 383 du Code de procédure civile français, sont des décisions de gestion procédurale. Conformément aux articles 381 et 781 du même code, la radiation constitue la sanction pour défaut de diligence, différemment du retrait du rôle, demandé conjointement par les parties pour éviter ou différer une solution judiciaire[1140]. L'instance étant simplement suspendue, l'affaire peut être rétablie, soit sur la justification de l'accomplissement des diligences dont le défaut avait entraîné la radiation, soit à la demande d'une des parties[1141].

[1131] V. l'article 76 du Code de procédure civile français.
[1132] V., par exemple, les articles 3, 84, 90, 764 et 1009 du Code de procédure civile français.
[1133] Cass. 2e civ., 22 juin 1988, *Bull. civ.* II, n° 150.
[1134] Comme l'explique le conseiller Perdriau, *in verbis : « (...) la Cour de cassation, après avoir rappelé que "l'office du juge est de veiller au bon déroulement de l'instance" (article 3 du N.C.P.C.), ajoute, pour satisfaire aux exigences de ladite Convention, "... dans un délai raisonnable" (Cass. Ass. plén., 6 juillet 2001) »* : PERDRIAU André, « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », préc., p. 14.
[1135] V. les articles 760, 761 et 779 du Code de procédure civile français.
[1136] V. l'article 780 du Code de procédure civile français.
[1137] V. l'article 784 du Code de procédure civile français et Cass. 3e civ., 28 octobre 1985 : *Gaz. Pal.* 1986, somm. 245, obs. Guinchard et Moussa ; *D.* 1987, 534, note Fenaux ; *RTD civ.* 1986, 417, obs. Perrot. – Cass. 3e civ., 15 février 2000 : *Juris-Data* n° 000639.
[1138] Cass. ass. plén., 24 novembre 1989 : *D.* 1990, 25, concl. Cabannes et 425, note Julien ; *JCP* 1990, II, 21407, note Cadiet ; *RTD civ.* 1990, 145, obs. Perrot.
[1139] Toutefois, l'ordonnance de clôture ne peut être rendue avant l'expiration du délai légal de comparution et l'inobservation de cette règle rend possible un recours pour méconnaissance des droits de la défense et la nullité de la procédure ultérieure : Cass 2e civ., 28 mai 1970 : *D.* 1970, 547 ; *RTD civ.,* 1970, p. 821, obs. Raynaud ; *RTD civ.* 1970, p. 624, obs. Raynaud. – Cass. 1re civ., 28 novembre 1978 : *JCP* 1979, IV, 47 ; *Bull. civ.* I, n 364, pour le respect du délai de comparution fixé dans l'assignation délivrée à un intervenant forcé.
[1140] V. l'article 382 du Code de procédure civile français.
[1141] Pourtant, l'instance n'étant que suspendue, le délai de péremption continue à s'écouler, conformément à l'article 392 du Code de procédure civile français.

Or, par la radiation, le juge fait pression sur la partie défaillante pour qu'elle accomplisse l'acte de procédure requis, de manière à assurer le bon déroulement de l'instance. Par le retrait du rôle – même si en principe c'est l'intérêt des parties qui l'oriente, d'où la nécessité d'une demande conjointe des parties –, la suspension de l'instance est ordonnée visant à l'obtention d'une possible solution amiable du litige, contribuant, par conséquent, à désengorger la juridiction.

361. Si la gestion du rôle et l'observance du délai raisonnable constituent des finalités visées par certains actes de gestion procédurale, d'autres assurent la bonne administration de la justice. En effet, lorsqu'il s'élève sur la connexité des difficultés entre diverses formations d'une même juridiction, elles sont réglées, sans formalité, par le président agissant avec le souci d'éviter que des décisions contradictoires soient rendues alors qu'elles ne pourraient pas être exécutées simultanément et qui conduiraient donc à un déni de justice. Sa décision est expressément qualifiée d'acte d'administration judiciaire par l'article 107 du Code de procédure civile français. Pourtant, l'exception de procédure soulevée par une partie – qui ne peut pas être relevée d'office par le juge[1142] – en cas de connexité entre des affaires portées devant deux juridictions distinctes (article 101 CPC) est appréciée souverainement par le juge du fond[1143] qui statue par jugement (article 480 CPC) susceptible de recours[1144]. Dans cette hypothèse, l'exception de connexité constitue un incident de compétence, au même titre que l'exception d'incompétence et l'exception de litispendance[1145], d'où son caractère juridictionnel[1146].

[1142] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 242.

[1143] Cass. 1re civ., 19 avril 1983, *Bull. civ.,* n° 123. – Cass. 2e civ., 17 avril 2008, n° 06-19.253. – Comme l'explique la doctrine : *« (...) le juge saisi de l'exception de connexité peut rendre une décision de dessaisissement ou une décision rejetant l'exception. Dans ce cas, il peut : ou bien surseoir à statuer sur le fond en attendant que sa décision sur la connexité devienne définitive, ou bien statuer immédiatement sur le fond par une disposition distincte du jugement. Sour réserve des adaptations nécessitées par la spécificité de la connexité, les règles applicables à ces décisions ainsi qu'aux recours dont elles peuvent être l'objet sont les mêmes qu'en matière d'incompétence et de litispendance »* : CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 242.

[1144] Les recours contre les décisions rendues sur la connexité par les juridictions du premier degré sont formés comme en matière d'exception d'incompétence (article 104 CPC). Il peut s'agir d'un appel (articles 78 et 79 CPC) ou d'un contredit (articles 80 à 91 CPC) selon les circonstances établies pour les jugements sur la compétence : V. CADIET Loïc, *V°* Connexité, in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, décembre 2010, p. 9.

[1145] V. CADIET Loïc, *V°* Connexité, in *Répertoire de procédure civile*, préc., p. 7.

Il y a connexité lorsqu'il existe entre des affaires – portées soit devant une même juridiction, soit devant deux juridictions – un lien tel qu'il est de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble[1147]. C'est le cas lorsque *« les instances présentent entre elles une corrélation telle que la solution de l'une doive nécessairement influer sur la solution de l'autre, de telle sorte que si elles étaient jugées séparément, il risquerait d'en résulter une contrariété de décisions »*[1148]. La connexité entre des affaires reste donc caractérisée quand deux conditions sont remplies : l'existence d'un lien entre des affaires et la nécessité de les instruire et juger ensemble pour éviter des décisions contradictoires ou peu cohérentes entre elles[1149].

362. De la même manière, si plusieurs instances connexes sont pendantes devant le même juge, il peut, *ex officio*[1150] ou à la demande des parties, ordonner leur jonction, le juge pouvant également ordonner la disjonction d'une instance en plusieurs[1151]. Les décisions de jonctions ou de disjonction d'instances constituent des actes de gestion

---

[1146] Cass. 1re civ., 4 mars 1986, *Bull. civ*. I, n° 53 ; *Gaz. Pal.* 1987. 1. Somm. 53, obs. Guinchard et Moussa. – Cass. com., 20 décembre 1988, *Bull. civ*. IV, n° 353, à propos de deux chambres d'une cour d'appel. – M. Cadiet, en traitant du sujet, ajoute, *in verbis : « La situation, à dire le vrai, peut être plus subtile lorsque les litiges connexes sont portés devant "diverses formations d'une même juridiction" selon la formule de l'article 107 du Code de procédure civile. À proprement parler, cet article étant situé dans la série relative aux exceptions de litispendance et de connexité, la disposition devrait être interprétée comme faisant référence aux quelques hypothèses dans lesquelles plusieurs formations juridictionnelles, investies d'un pouvoir propre de juger (constituant, en quelque sorte, des juridictions fonctionnellement différentes), siègent au sein d'une même juridiction au sens organique du terme : ainsi, les différentes sections du conseil de prud'hommes (C. trav., art. L. 1421-1. – V. du reste art. R. 1423-6 et 1423-7 c. trav.) ou du tribunal paritaire des baux ruraux (C. rur., art. L. 491-1). L'hypothèse relève bien de l'exception de connexité conçue comme un incident de compétence, mais son règlement fait alors l'objet d'un régime particulier, plus simple que le régime ordinaire (V. infra, n° 51). Cette situation doit être distinguée des hypothèses dans lesquelles des instances distinctes sont pendantes devant des chambres différentes de la même juridiction sans que ces chambres soient investies d'un pouvoir juridictionnel spécifique : il y a alors matière à jonction d'instances (V. supra, n° 29). Mais la distinction n'est pas toujours clairement faite, l'article 107 du Code de procédure civile étant déclaré applicable que les formations de la juridiction soient ou non investies d'un pouvoir autonome de juger. (...) Il est vrai qu'en pratique les formes de la décision ne diffèrent guère puisqu'il s'agit, dans les deux cas, d'une mesure d'administration judiciaire »* : CADIET Loïc, *V°* Connexité, in *Répertoire de procédure civile*, préc., p. 7.

[1147] Conformément aux articles 101 et 367 du Code de procédure civile français.

[1148] Paris, 30 mars 1994, *Juris-Data* n° 021986 ; rappr. Grenoble, 29 avr. 1999, *JCP* 2001. IV. 1466. – CADIET Loïc*, V° Connexité*, in *Répertoire de procédure civile,* préc., p. 2.

[1149] TIRVAUDEY-BOURDIN Catherine, « Compétence : exception de litispendance et de connexité », *JCl. Proc. civ.,* Fasc. 213-2, 5 juin 2009, n° 34.

[1150] Le juge n'est pas tenu d'ordonner d'office la jonction qui ne lui a pas été demandée : Cass. soc., 20 mars 1990, n° 87-41.992, *Bull. civ.* V, n° 128 ; *JCP* 1990. IV. 194.

[1151] V. l'article 367 du Code de procédure civile français.

procédurale, comme l'affirme expressément l'article 368 du Code de procédure civile français. Elles peuvent alors être ordonnés par le président de la juridiction – en cas d'instances connexes devant des formation différentes de la juridiction[1152]–, par le juge de la mise en état devant le tribunal de grande instance[1153], par le juge rapporteur devant le tribunal de commerce[1154] ou par le conseiller chargé d'instruire l'affaire en l'absence de représentation obligatoire devant la cour d'appel[1155].

La jonction d'instances vise à mieux informer le juge des données du problème, ce qui permet d'éviter le prononcé de décisions contradictoires. Elle ne crée pas une procédure unique[1156], mais le juge peut statuer sur les deux instances par un seul et même jugement. La disjonction d'une instance en plusieurs vise, elle aussi, à la bonne administration de la justice, dans la mesure où le juge ordonne sa scission s'il considère qu'il est de bonne justice de les instruire ou de les juger séparément, en raison, par exemple, du nombre des parties au litige, hypothèse qui peut rendre difficiles ou tumultueux l'instruction et le jugement de l'affaire.

363. Il ne faut pas oublier que la contractualisation de la procédure se présente comme une *« une technique complémentaire de gestion de la procédure civile »*[1157], le principe

[1152] Conformément à l'article 107 du Code de procédure civile français.
[1153] Selon l'article 766 du Code de procédure civile français.
[1154] D'après l'article 864 du Code de procédure civile français.
[1155] Conformément à l'article 942 du Code de procédure civile français.
[1156] Cass. 3e civ., 26 septembre 2007, n° 06-16.538, inédit – Cass. com., 3 juillet 2007, n°05-16.360, inédit. – Cass. 3e civ., 26 février 2003, *JCP* 2003. IV. 1736. D'où la nécessité de prendre en compte l'ensemble des conclusions déposées dans chacune des instances jointes.
[1157] CADIET Loïc, « Les conventions relatives au procès en droit français : sur la contractualisation du règlement des litiges », préc., p. 71. – Comme l'explique la doctrine, *« Le souci de coller au plus près de la réalité du contentieux a même conduit à développer les techniques contractuelles de gestion de l'instance, comme en témoignent, outre la pratique qui vient d'être évoquée du dépôt de dossier, la consécration de la mesure du retrait du rôle d'un commun accord des parties à la recherche d'une solution amiable et, surtout, la consécration de la technique dite du calendrier de mise en état, devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel, ce calendrier, fixé avec l'accord des avocats, comportant "le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de clôture, celle des débats et (...) celle du prononcé de la décision". La contractualisation du procès est dans la logique du principe de coopération du juge et des parties, qui est au cœur des principes directeurs du procès selon le droit français. La contractualisation déborde même le règlement des litiges individuels pour donner lieu à des conventions collectives de procédure civile, conclues entre la juridiction et ses partenaires, quand la convention ne devient pas un instrument de politique publique, qu'il s'agisse de promouvoir la communication électronique des actes du procès, l'accès au droit, les contrats locaux de sécurité ou d'améliorer les performances des juridictions avec les contrats d'objectifs, conclus entre les juridictions et l'administration*

de coopération ayant autorisé des accords des parties relativement au déroulement de l'instance. Pourtant, considérant qu'il incombe au juge de veiller au bon déroulement de l'instance, selon l'article 3 du Code de procédure civile français, son accord supplémentaire est considéré nécessaire si la convention des parties sur l'instance porte atteinte aux prérogatives du magistrat, ainsi que cela est prévu dans le cas d'un accord pour que les débats aient lieu ou se poursuivent en chambre de conseil – et non pas en audience publique –, à la demande conjointe de révocation de l'ordonnance de clôture ou à la demande conjointe de renvoi à une audience ultérieure, conformément à la doctrine sur la matière[1158].

364. A l'identique, le calendrier de procédure établi conjointement par les parties et le juge – qui comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et du prononcé de la décision, permettant alors aux parties de prévoir à l'avance le temps de la procédure, conformément à l'article 764 du Code de procédure civile français – est également un acte de gestion procédurale, son caractère conventionnel déterminant l'application d'un régime juridique spécifique. Pourtant, si la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour identifier certains actes comme d'administration procédurale, la qualification d'autres actes reste plus délicate.

B. – La divergence sur la qualification des actes du juge : la radiation d'une affaire du rôle pour défaut d'exécution et la liquidation judiciaire simplifiée

365. Si certains actes du juge sont expressément qualifiés d'acte d'administration judiciaire par le droit positif, la nature juridique d'autres actes judiciaires n'est pas toujours énoncée par le législateur, laissant, par conséquent, à la jurisprudence et à la doctrine le soin d'identifier leur nature juridique. Néanmoins, la frontière entre les actes juridictionnels et les actes de gestion procédurale apparaît, dans certains cas, imprécise, la jurisprudence et la doctrine divergeant sur la qualification de quelques-uns.

---

centrale du ministère de la justice en vue d'assurer une meilleure maîtrise des dépenses et des délais de la justice » : CADIET Loïc, « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure », préc., p. 141.

[1158] V. *supra,* nº 127.

366. En exerçant son contrôle sur la qualification des actes judiciaires, la Cour de cassation qualifie d'actes d'administration judiciaire les décisions de radiation de l'affaire du rôle pour défaut d´exécution de la décision frappée d´appel ou de pourvoi en cassation[1159]. Conformément à l´article 1009-1 du Code de procédure civile français, hors les matières où le pourvoi empêche l'exécution de la décision attaquée, le premier président ou son délégué décide, à la demande du défendeur et après avoir recueilli l'avis du Procureur Général et les observations des parties, la radiation d'une affaire lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée de pourvoi, à moins qu'il ne lui apparaisse que l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que le demandeur est dans l'impossibilité d'exécuter la décision. Le premier président ou son délégué autorise, sauf s'il constate la péremption, la réinscription de l'affaire au rôle de la cour sur justification de l'exécution de la décision attaquée[1160].

367. Directement inspiré du mécanisme de radiation en vigueur devant la Cour de cassation[1161], le législateur a prévu la radiation pour défaut d´exécution de la décision frappée d´appel. Ainsi, l´article 526 du Code de procédure civile français, modifié par le décret nº 2005-1678 du 28 décembre 2005, offre la possibilité, en cas d´appel, lorsque l'exécution provisoire est de droit ou a été ordonnée, au premier président ou, dès qu'il est saisi, au Conseiller de la mise en état, de décider, à la demande de l'intimé et après avoir recueilli les observations des parties, la radiation du rôle de l'affaire lorsque l'appelant ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée d'appel ou avoir procédé à la consignation autorisée dans les conditions prévues à l'article 521 CPC, à moins qu'il lui apparaisse que

[1159] Cass. 2e civ., 10 février 2011, n° 09-72.947, inédit. – Cass. soc., 30 novembre 2010, n° 09-67.130, inédit. – Cass. 2e civ., 22 octobre 2009, n° 08-19.635, inédit. – Cass. 2e civ., 18 juin 2009, n° 08-15.424, *Bull.* II, n° 167. – Cass. ord. 1er prés., 21 mai 1996, nº 92-19.629, *Bull.* ord., n° 7, p. 6. – Cass. ord. 1er prés., 17 mai 1995, nº 91-21.860, *Bull.* ord., n° 20, p. 16.

[1160] Conformément à l'article 1009-3 du Code de procédure civile français. – La Cour de cassation a déjà affirmé qu'en cas de radiation prononcée en application de l'article 526 en raison de la non-exécution de la décision frappée d'appel, le dépôt de conclusions au fond, non assorti d'une demande de rétablissement de l'affaire, ne constitue pas une diligence de nature à interrompre le délai de péremption, dès lors que cette décision n'a pas été exécutée : V. Cass. 2e civ., 1er septembre 2016, n° 15-14.551, *Dalloz actualité*, 20 septembre 2016, obs. F. Mélin. – HERMAN Harold, « Péremption d'instance et radiation pour défaut d'exécution de la décision frappée d'appel », *La Gazette du Palais,* 29 novembre 2016, nº 42, pp. 72-73.

[1161] NORGUIN Vanessa, « Nature et régime de la radiation du rôle en appel », *Recueil Dalloz* 2009, p. 2532.

l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que l'appelant est dans l'impossibilité d'exécuter la décision. Le premier président ou le conseiller chargé de la mise en état autorise, sauf s'il constate la péremption, la réinscription de l'affaire au rôle de la cour sur justification de l'exécution de la décision attaquée.

La radiation de l´affaire pour défaut d´exécution en appel tend alors à renforcer l´effectivité des décisions de première instance et à éviter les appels dilatoires[1162]. D'une manière similaire, la radiation pour défaut d´exécution de la décision frappée de pourvoi est destinée à garantir au bénéficiaire d´une décision exécutoire la pleine effectivité des prérogatives qui lui sont reconnues par le juge du fond[1163] et *« à assurer l´autorité des jugements et des arrêts rendus en dernier ressort ; elle a, en quelque sorte, une vertu disciplinaire et contribue à assurer la police, et la morale, des voies de recours »*[1164]. Par conséquent, la Cour de cassation qualifie les décisions de radiation des affaires du rôle prévues aux articles 526 et 1009-1 du Code de procédure civile français d'actes d´administration judiciaire, comme le démontre sa jurisprudence, *in verbis :*

> *« Mais attendu qu'ayant exactement relevé que la demande de radiation présentée sur le fondement de l'article 526 du code de procédure civile donnait lieu au prononcé d'une mesure d'administration judiciaire, la cour d'appel en a exactement déduit, sans violer les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qu'elle n'était pas susceptible de recours et ne pouvait être déférée à la cour d'appel »*[1165].

[1162] Circ. CIV/04/06 du 8 févr. 2006, relative à l´entrée en vigueur le 1er mars 2006 du décret nº 2005-1678 du 28 déc. 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d´exécution et à la procédure de changement de nom, p. 8.

[1163] Cass. ord. 1er prés., 23 mai 2001 : *Bull. civ.* ord. nº 15.

[1164] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., p. 842. – V. Cass. ord. 1er prés., 14 mars 1995 : *Bull.,* ord. nº 11.

[1165] Cass. 2e civ., 18 juin 2009, 08-15.424, *Bull.* II, n° 167. – Cass. 2e civ., 10 février 2011, 09-72.947, inédit. – Cass. soc., 30 novembre 2010, 09-67.130, inédit. – Cass. 2e civ., 22 octobre 2009, 08-19.635, inédit. – Cass. ord. 1er prés., 17 mai 1995, nº 91-21.860, *Bull.* ord. n° 20, p. 16, *in verbis :« Attendu qu'en vertu des dispositions de l'article 1009-1 du nouveau Code de procédure civile, le Premier Président de la Cour de Cassation a seul le pouvoir, d'une part, de décider le retrait du rôle d'une affaire lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée de pourvoi, d'autre part, d'autoriser, en vue de la poursuite de l'instance, la réinscription de l'affaire au rôle de la Cour, sur justification de l'exécution de la décision attaquée ; (...) Attendu qu'en faisant application de l'article 1009-1 du nouveau Code de procédure civile, le Premier Président se borne à ordonner une mesure d'administration judiciaire (...) ».* – V. aussi : Cass. ord. 1er prés., 21 mai 1996, nº 92-19.629, *Bull.* ord., n° 7, p. 6, *in verbis : « Attendu qu'en vertu des dispositions de l'article 1009-1 du nouveau Code de procédure civile, le Premier président de la*

Selon la cour régulatrice, la radiation pour défaut d´exécution ne cause que la suspension de l´instance jusqu´à l´exécution de la décision frappée d´appel ou de pourvoi, sans affecter la recevabilité du recours. Elle n´a, *a priori,* aucune incidence sur le fond. L´appelant ou le demandeur au pourvoi en cassation conserve le bénéfice de sa voie de recours, mais aucun acte de procédure ne pourra être accompli tant qu´elle n´aura pas été rétablie :

> *« Attendu que la mesure de "retrait du rôle", prescrite par ce texte à l'encontre du débiteur condamné qui se pourvoit en cassation, ne constitue ni la sanction d'un défaut de diligences ni celle d'une irrecevabilité quelconque ; qu'elle est la mesure d'administration et de régulation destinée à rappeler le caractère extraordinaire du recours en cassation et à faire assurer au bénéficiaire d'une décision de justice exécutoire la pleine effectivité des prérogatives qui lui ont été reconnues par les juges du fond, le tout conformément aux règles fondamentales de l'organisation judiciaire ; Attendu que cette mesure, simplement provisoire dans ses effets et conservatoire de tous droits, voies et moyens, peut être sollicitée dès que la déclaration de pourvoi, saisissant la Cour de Cassation, a été déposée au greffe de la juridiction et sans avoir à attendre l'expiration des délais de production des mémoires en demande ou en défense »*[1166].

368. Saisie de cette jurisprudence, la Cour européenne des droits de l´homme a analysé les buts poursuivis par la décision prévue à l´article 1009-1 du Code de procédure civile français, identifiant qu'elle vise à assurer la protection du créancier, à éviter les pourvoirs

---

Cour de Cassation a seul le pouvoir, d'une part, de décider le retrait du rôle d'une affaire lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée de pourvoi, d'autre part, d'autoriser, en vue de la poursuite de l'instance, la réinscription de l'affaire au rôle de la Cour, sur justification de l'exécution de la décision attaquée ; Attendu qu'en conséquence, lorsqu'il a décidé le retrait du rôle d'une affaire et tant qu'il n'a pas autorisé sa réinscription, faute de justification de l'exécution de la décision attaquée, le Premier président de la Cour de Cassation, qui, par ailleurs, a le pouvoir de constater le désistement ou la déchéance du demandeur, a également le pouvoir de régler les incidents qui peuvent surgir au cours de cette phase de la procédure et d'en tirer, le cas échéant, les conséquences sur une éventuelle poursuite de l'instance ; Attendu que l'ordonnance de retrait du rôle a été rendue le 9 novembre 1993 ; Que cette décision n'a pas empêché le délai de péremption de courir ; Attendu qu'aucun acte interruptif du délai de péremption n'a été accompli pendant le délai de 2 ans ; Que, dans ces conditions, il y a lieu de constater la péremption de l'instance ; Attendu qu'en faisant application de l'article 1009-1 du nouveau Code de procédure civile, le Premier président se borne à ordonner une mesure d'administration judiciaire et ne peut en conséquence prononcer une condamnation au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ». – En appliquant la théorie du parallélisme des formes, la Cour de cassation a affirmé que la décision de réinscription d'une affaire radiée pour inexécution du jugement est un acte d'administration judiciaire. La qualification ainsi donnée par la haute juridiction judiciaire française a cependant provoqué des réactions divergentes de la doctrine, ce qui montre l'actualité récurrente de la question et les difficultés qu'elle suscite : V. Cass. 2e civ., 22 septembre 2016, n° 15-19.662, *Dalloz actualité*, 12 octobre 2016, obs. Mélin ; *JCP* 2016, 1385, note Reverchon-Billot.

[1166] Cass. ord. 1er prés., 17 décembre 1993, nº 93-41.600, *Bull.* ord., n° 21, p. 18.

dilatoires, à renforcer l'autorité des juges du fond et à désengorger le rôle de la Cour de cassation. Pourtant, la Cour de Strasbourg vérifie si ces mesures de retrait du rôle, telles qu'elles ont été appliquées aux cas litigieux, constituent des entraves disproportionnées au droit d'accès des requérants à la haute juridiction[1167].

L´analyse de la décision concernant la radiation de l´affaire pour défaut d´exécution démontre ainsi qu´elle présente des caractéristiques particulières. Elle ne peut pas être ordonnée *ex officio,* puisque l´intimé ou le défendeur au pourvoi doivent en faire la demande. Il y a ensuite un débat contradictoire entre les parties et le juge qui doit analyser la réalité matérielle et objective de l'exécution ou de l'inexécution de la décision frappée de recours. Il ne peut prononcer la radiation si l'exécution est de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives. La radiation n´est pas prononcée, en outre, si l'appelant ou le demandeur au pourvoi en cassation sont dans l'impossibilité d'exécuter la décision frappée de recours, ce qui exige, par conséquent, la motivation de la décision.

369. En analysant la matière, Julien Théron défend le caractère juridictionnel de la décision concernant la radiation de l'affaire pour défaut d'exécution. Selon l'auteur, dans

[1167] V. CEDH, 14 novembre 2000*, Annoni di Gussola et autres c/ France*, nº 31819/96 et 33293/96, §§ 50, 51 et 53, *in verbis : « (...) notamment assurer la protection du créancier, éviter les pourvois dilatoires, renforcer l'autorité des juges du fond, désengorger le rôle de la Cour de cassation. La Cour note en effet qu'un tel système peut permettre, provisoirement, de réduire l'encombrement du rôle de la haute juridiction, en attendant que les pourvois en cassation soient examinés dans des délais conformes à l'exigence du "délai raisonnable" garanti par l'article 6 § 1 de la Convention. (...) A cet égard, la Commission a estimé que le système prévu à l'article 1009-1 visait une bonne administration de la justice en relevant qu'il "tend à assurer le respect du principe selon lequel le pourvoi en cassation, qui se limite à un examen en droit, est considéré, en matière civile, comme un recours extraordinaire qui, par principe, n'a pas d'effet suspensif. Son application n'est au demeurant pas automatique : saisi d'une requête, le premier président de la Cour de cassation se prononce à l'issue d'une procédure contradictoire et ne prononcera le retrait du pourvoi que pour autant qu'il ne lui apparaît pas qu'une telle mesure risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives. La Commission relève enfin que la mesure de retrait a pour seul effet de suspendre l'instance, jusqu'à l'exécution de l'arrêt de condamnation (M. c. France précitée). La tâche de la Cour consiste dès lors à examiner si, en l'espèce, les mesures de radiation prononcées en application de l'article 1009-1 du nouveau code de procédure civile n'ont pas restreint l'accès ouvert aux requérants "d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même", si celles-ci poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (arrêt Ashingdane précité, pp. 24-25, § 57). En d'autres termes, à la lumière des "conséquences manifestement excessives" appréciées par le premier président de la Cour de cassation, il importe pour la Cour de déterminer si les mesures de retrait, telles qu'elles ont été appliquées aux cas litigieux, s'analysent en une entrave disproportionnée au droit d'accès des requérants à la haute juridiction ».*

ce cas, le juge statue sur des intérêts concurrents : le droit au recours de l´appelant ou du demandeur au pourvoi et le droit à l´exécution du jugement de l´intimé ou du défendeur au pourvoi. Il y a, selon le même auteur, une opposition des intérêts et des prétentions qui doit être tranchée par le magistrat. Pour décider, il prendra en considération la réalité financière de l´appelant ou du demandeur au pourvoi et décidera donc, parmi les intérêts en conflit, celui qui doit l´emporter[1168].

370. Pourtant, même si la radiation *« est prise après observations des parties et non plus un simple avis, ce qui semble aller dans le sens d'une plus grande prise en considération des intérêts de celles-ci »,* comme le reconnaît la Cour de Strasbourg[1169], la radiation ne cause que la suspension de l´instance jusqu´à l´exécution de la décision frappée d´appel ou de pourvoi, les actes d'administration judiciaire pouvant provoquer, comme nous avons déjà indiqué, la modification de la situation juridique des parties à l'instance, raison par laquelle il faut permettre, dans certaines circonstances, la contestation des actes judiciaires administratifs préjudiciables.

371. Il en va de même à propos de la décision d´appliquer les règles de la liquidation judiciaire simplifiée. Conformément à l´article L. 644-2 du Code de commerce, lorsque la procédure simplifiée est décidée en application de l'article L. 641-2, le liquidateur procède à la vente des biens mobiliers de gré à gré ou aux enchères publiques dans les trois mois suivant le jugement de liquidation judiciaire. Cette décision est un acte d´administration judiciaire non susceptible de recours par qualification expresse de l´article R. 644-1, al. 2, du Code de commerce.

En effet, la liquidation judiciaire simplifiée est destinée à s´appliquer aux entreprises ayant peu d´actifs. Elle promeut la suppression des contrôles sur la vente des biens du débiteur, visant à diminuer la durée de la procédure et, par conséquent, réduire les frais de justice, évitant que ces derniers n´absorbent tout l´actif. A tout moment, le tribunal peut décider, par un jugement spécialement motivé, de ne plus faire application

[1168] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2252.
[1169] CEDH, 14 novembre 2000, *Annoni di Gussola et autres c/ France,* nº 31819/96 et 33293/96, § 57.

de la procédure simplifiée (art. L. 644-6 du Code de commerce), cette décision n'étant pas susceptible de recours, conformément à l´article R. 644-4 du Code de commerce.

Pourtant, nonobstant la qualification expresse de l'article R. 644-1 du Code de commerce, une partie de la doctrine affirme que la décision d'appliquer les règles de la liquidation judiciaire simplifiée constitue un acte juridictionnel faussement qualifié d'administration judiciaire, dans la mesure où elle est prise dans le seul intérêt des parties[1170]. Ainsi, apparemment évidente, la distinction entre les actes juridictionnels et les actes d'administration judiciaire est difficile à opérer en pratique, comme le reconnaît Julien Théron[1171], ce qui conduit la doctrine à proposer un critère différent de celui indiqué par la haute juridiction judiciaire française pour identifier les actes de gestion procédurale.

§ 2 : La proposition par la doctrine d'un nouveau critère d'identification des actes de gestion procédurale

372. S'il appartient à la Cour de cassation de donner la qualification juridique des actes, la doctrine n'est pas toujours d'accord avec les solutions retenues par la haute juridiction judiciaire, la divergence permettant l'approfondissement du débat et la construction des concepts. Conscient de l'importance du sujet et de l'insuffisance de la qualification et définition établies par la jurisprudence[1172], une partie de la doctrine française a proposé l'adoption d'un critère différent pour identifier les actes d'administration judiciaire (A). Ce nouveau critère reste pourtant insuffisant dans la mesure où il subit lui-même des critiques (B).

[1170]THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2252.
[1171]THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2247.
[1172] Cass. soc., 24 mai 1995 : *RTD civ.* 1995, obs. R. Perrot, p. 958 ; *Bull. civ.* V, nº 168, p. 122. – V. *supra,* nº 97 s.

A. – La poursuite de l'intérêt du service public de la justice : un critère valable d'identification des actes de gestion procédurale ?

373. La Cour de cassation a décidé qu´*« une cour d'appel qui déclare son arrêt opposable à une partie appelée en cause rend une décision susceptible d'en affecter les droits et les obligations. Par suite, cette décision ne constitue pas une mesure d'administration judiciaire »*[1173]. La cour régulatrice a ainsi présenté une définition *a contrario* des actes d´administration judiciaire, comme étant des actes judiciaires insusceptibles d´affecter les droits et les obligations des parties.

Critiquant le critère retenu par la Cour de cassation, Julien Théron défend que l'existence ou l'absence de grief ne constitue pas un critère de qualification pertinent des actes d'administration judiciaire. Pour l'auteur, ce critère permet qu'un acte change de qualification en raison de la seule intensité de ses effets, sans tenir compte du fait que le juge exerce des fonctions différentes, de manière que la seule vérification de la mission remplie par le juge devrait conduire à la qualification de son acte comme juridictionnel ou d'administration judiciaire[1174]. De plus, il rappelle que des actes faisant griefs aux droits des parties sont qualifiés comme appartenant à l'administration de la justice, comme cela existe dans le cadre de la radiation de l'affaire du rôle pour défaut d'exécution, la liquidation judiciaire simplifiée et l'autorisation d'assigner à jour fixe en appel[1175].

[1173] Cass. soc., 24 mai 1995 : *Bull. civ.* V, nº 168, p. 122 ; *RTD civ.* 1995, obs. R. Perrot, p. 958, *in verbis : « (...) à partir du moment où la décision d´un juge affecte l´existence ou le contenu des droits et obligations des parties, cette décision échappe à la pure administration judiciaire, pour verser dans le juridictionnel avec possibilité de recours ».*

[1174] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2249.

[1175] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2248, *in verbis : « Ainsi, la mesure de radiation prononcée en appel pour défaut d'exécution, bien que susceptible d'atteindre les droits substantiels des parties, est qualifiée de mesure d'administration judiciaire. La radiation n'emporte certes que suspension d'instance et n'a a priori aucune incidence sur le fond. Cependant, fréquemment, l'affaire n'est pas enrôlée à nouveau. Par conséquent, l'instance s'éteint à titre principal par l'effet de la péremption. Or, en cause d'appel, la péremption confère au jugement critiqué force de chose jugée. Aussi, indirectement, ce sont les droits substantiels des parties qui sont irrévocablement fixés par le jugement de première instance. L'atteinte à des droits substantiels des parties est encore plus flagrante à propos de la décision d'appliquer les règles de la liquidation judiciaire simplifiée. En l'ordonnant, le président du tribunal ou le tribunal arrête les modalités de réalisation du patrimoine du débiteur. Il détermine la modalité la plus à même de désintéresser les créanciers. Parce que les contrôles imposés dans le cadre d'une liquidation classique risquent d'alourdir les frais de procédure et*

Par conséquent, Julien Théron propose un nouveau critère pour l'identification des actes judiciaires administratifs. Etant révélateurs de la fonction administrative du juge, les actes judiciaires d'administration prendraient toujours en considération l'intérêt du service public, *in verbis :*

> *« (...) les mesures d'administration judiciaire sont les actes pris par le juge dans le cadre de l'administration du service public de la justice. Aussi, dans le processus de délibération précédant la prise de décision de ces actes, le juge ne prend pas en considération le seul intérêt des personnes en cause. Il agit dans l'intérêt du service qu'il administre. Il peut être amené à prendre des décisions portant atteinte aux droits des parties dans le but d'administrer correctement le service public dont il a la charge. A l'inverse des jugements, la décision n'est pas rendue pour la satisfaction d'un des intérêts dont l'atteinte a suscité sa saisine. (...) Les actes d'administration poursuivent l'intérêt du service public »*[1176].

Ainsi, selon cette doctrine, tout acte judiciaire qui n'est pas pris dans l'intérêt du service public de la justice, mais dans le seul intérêt des parties, doit être exclu de la catégorie des actes d'administration judiciaire, sous peine de « déjuridictionnaliser » de vrais actes juridictionnels[1177]. Suivant ce raisonnement, l'auteur donne des exemples des décisions qui seraient qualifiées à tort d'actes d'administration judiciaires : la radiation d'une affaire du rôle pour défaut d'exécution (prévue aux articles 526 et 1009-1 du Code de procédure civile) et la liquidation judiciaire simplifiée (prévu à l'article R. 644-1 du Code de commerce), *in verbis :*

> *« Cela est tout manifeste à propos de la décision de radier une affaire du rôle en appel pour défaut d'exécution. Cette mesure est prononcée lorsque l'appelant*

---

de diminuer la part revenant aux créanciers, le liquidateur est autorisé dans la procédure simplifiée à céder librement de gré à gré les biens du débiteur. Cette décision touche donc substantiellement les droits du débiteur. Il est impossible de considérer que ce ne sont que les rapports procéduraux des parties qui sont affectés. Enfin, la décision rendue dans le cadre d'une demande d'autorisation d'assigner à jour fixe en appel est également susceptible de faire grief aux droits substantiels du demandeur. Par hypothèse, ce dernier la sollicite lorsque ses droits sont en péril. Tout refus peut donc avoir une grave incidence sur ses droits ».

[1176] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2250.

[1177] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2252, *in verbis : « (...) la frontière entre mesures d'administration judiciaire et actes juridictionnels est floue. Il est pourtant impérieux de la dessiner avec précision. A défaut, de véritables jugements peuvent être assimilés par erreur à des mesures d'administration judiciaire, et ainsi être "déjuridictionnalisés", c'est-à-dire privés à tort de leurs attributs juridictionnels ».*

n'a pas exécuté le jugement de première instance assorti de l'exécution provisoire. Son but est de faire respecter l'exécution provisoire lorsqu'elle existe. Elle protège le seul intérêt de l'intimé, à l'exclusion du service administré par le juge. Le défaut d'exécution par l'appelant n'a aucune incidence sur la bonne marche de l'instance. Elle ne la ralentit nullement. A la différence de l'hypothèse de la radiation pour défaut de diligence, le juge en tant qu'administrateur de l'instance n'a aucun intérêt à écarter cette affaire du rôle. Son régime en témoigne, elle ne peut être décidée qu'à la demande de l'intimé et non d'office par le juge. (...) Il en va pareillement à propos de la décision de prononcer une liquidation judiciaire simplifiée dont l'unique dessein est de permettre au mieux la satisfaction de l'intérêt des créanciers et du débiteur. La suppression des contrôles permet de diminuer la durée de la procédure, et par conséquent de réduire les frais de justice. Destinée à s'appliquer aux entreprises ayant peu d'actifs, elle évite que ces derniers n'absorbent tout l'actif. A ce titre, cette décision ne constitue pas une mesure d'administration judiciaire. Si elle allège la tâche des tribunaux en éludant tout contrôle judiciaire, ce n'est pas le but premier. A défaut, il faudrait considérer qu'il y a là un moyen pour les tribunaux d'expédier une affaire considérée comme secondaire pour se concentrer sur des dossiers plus importants... »[1178].

En effet, la radiation de l´affaire du rôle pour défaut d´exécution peut se transformer en une cause d´extinction de l´instance, puisque, conformément aux articles 526, al. 2, et 1009-3 du Code de procédure civile français, la réinscription de l´affaire au rôle sera exclue si le juge constate, sur demande de l´intimé[1179], la péremption biennale. Dans cette hypothèse, l´affaire n´est pas enrôlée à nouveau. Par conséquent, *« l´instance s´éteint à titre principal par l´effet de la péremption. Or, en cause d´appel, la péremption confère au jugement critiqué force de chose jugée. Aussi, indirectement, ce sont les droits substantiels des parties qui sont irrévocablement fixés par le jugement de première instance »*[1180].

[1178] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2252.

[1179] Conformément à l´article 388 du Code de procédure civile qui établit, *in verbis :* « *La péremption doit, à peine d'irrecevabilité, être demandée ou opposée avant tout autre moyen ; elle est de droit. Elle ne peut être relevée d'office par le juge ».* Cependant, à la suite de la réforme de l'article 1009-2 du Code de procédure civile, opérée par l'article 12 du décret nº 2008-484 du 22 mai 2008 relatif à la procédure devant la Cour de cassation, le premier président de la Cour de cassation ou son délégué peut, même d'office, après avoir invité les parties à présenter leurs observations, constater la péremption.

[1180] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2248. – Vanessa Norguin suit le même raisonnement quand elle analyse l´étendue du grief provoqué par la décision de radiation de l´affaire par défaut d´exécution, *in verbis : « En effet, cette qualification suppose "une incidence, sinon forcément directe, du moins nécessaire sur les droits et obligations des parties, c´est-à-dire leurs droits substantiels". N´est-ce pas indirectement le cas de la décision de radiation du rôle en appel dans la mesure où, à défaut d´exécution pendant deux ans, la péremption sera acquise et les droits des parties irrévocablement fixés par le jugement de première instance ? »* : NORGUIN Vanessa, « Nature et régime de la radiation du rôle en appel », préc., p. 2533. –

374. De même, pour M. Théron, ce sont les intérêts des parties qui orientent la prise de décision d'appliquer la liquidation judiciaire simplifiée pour empêcher que les contrôles imposés dans le cadre d'une liquidation classique compromettent la part revenant aux créanciers. Ainsi, pour lui, la liquidation judiciaire simplifiée ne pourrait pas être qualifiée d'acte judiciaire d´administration, dans la mesure où la possibilité de vendre les biens du débiteur de gré à gré, sans un contrôle rigide, peut causer des préjudices au débiteur[1181].

Selon l'auteur, si le juge tranche entre des prétentions concurrentes, il y a bien là une fonction juridictionnelle et non un simple acte d´administration judiciaire. Cette décision, véritable jugement, serait donc privée à tort de voies de recours[1182]. Pourtant, le critère proposé est passible de critiques, étant insuffisant pour distinguer les actes de gestion procédurale des actes juridictionnels.

B. - L'insuffisance du critère attaché à la poursuite de l'intérêt du service public de la justice

375. Le critère proposé par M. Théron appelle des critiques, dans la mesure où il n'est pas toujours facile de savoir si une mesure est prise dans l'intérêt public ou dans l'intérêt privé. S'il est certain que les actes de pure gestion administrative restent intimement liés

---

En analysant le sujet, Roger Perrot pondère, *in verbis : « La question sur laquelle le présent arrêt eût à se prononcer était la suivante : contre la décision de radiation du rôle prononcée par le conseiller de la mise en état, est-il possible de former un recours en déférant cette décision à la formation collégiale ? La réponse a été non : aucun recours n'est possible au motif que la décision de radiation est une mesure administration judiciaire. Il fallait s'y attendre. Pris à la lettre, l'examen des textes conduit à cette solution. L'article 383 du Code de procédure civile décide en effet que la radiation est une mesure d'administration judiciaire et, de son côté, l'article 537 du même code enchaîne pour nous dire que la mesure d'administration judiciaire échappe à tout recours. La Cour de cassation ne pouvait guère décider autrement. Reste à savoir – mais le problème se pose alors sur un autre plan – s'il est raisonnable de considérer comme une mesure d'administration judiciaire une décision qui, à la demande de l'intimé, statue sur des intérêts concurrents, après un débat contradictoire sur le point de savoir si l'exécution du jugement était possible et si elle n'était pas de nature à entrainer des conséquences manifestement excessives. Tout cela mérite réflexion. Il y a d'ailleurs tout lieu de penser que la jurisprudence nous offrira l'occasion d'en reparler »* : PERROT Roger, « Radiation du rôle : pas de recours », *Procédures* n° 8, Août 2009, comm. 265.

[1181] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., pp. 2252.

[1182] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., pp. 2252-2253.

au service public de la justice et ne sont pas en relation directe avec les intérêts des parties à l'occasion d'un litige, pour les actes d'organisation juridictionnelle et pour les actes de gestion procédurale, c'est beaucoup plus difficile de dire s'ils sont dictés dans l'intérêt du service public de la justice ou dans l'intérêt privé des parties parce que ces intérêts peuvent se rejoindre, ne s'opposant pas nécessairement. Cette difficulté à déterminer l'intérêt qui a commandé l'adoption de l'acte – public ou privé – est du reste reconnu par M. Théron lui-même qui écrit, *in verbis :*

> *« Si elle (la décision de radier une affaire du rôle pour défaut d'exécution) contribue au désengorgement des cours d'appel et au renforcement de l'autorité des juges du fond, il s'agit là de politique judiciaire globale. Le juge administrant une instance ne poursuit pas de tels objectifs. (...) Si elle (la décision de prononcer une liquidation judiciaire simplifiée) allège la tâche des tribunaux en éludant tout contrôle judiciaire, ce n'est pas le but premier (...) »*[1183].

Nous constatons qu'il y a nombre de mesures qui sont prises à la fois dans l'intérêt privé et dans l'intérêt public. Lorsqu'il est avancé qu'il faut que la procédure ne s'éternise pas et que le jugement soit rendu dans un délai raisonnable, il s'agit de promouvoir une bonne administration de la justice dans l'intérêt du service public de la justice, mais aussi dans l'intérêt des parties.

Ainsi, la distinction entre l'intérêt du service public de la justice et l'intérêt des parties peut être une distinction descriptive ou pédagogique, une directive, mais il ne faut absolument pas en faire un critère absolu de distinction. Il convient donc de nuancer le critère proposé par M. Théron et reconnaître que nous sommes dans une démarche qui reste impressionniste. La question sera de savoir à chaque fois si, effectivement, l'acte d'administration judiciaire qui a été pris fait grief aux parties ou pas. S'il fait grief aux parties, il faut considérer qu'un recours doit être ouvert contre cet acte judiciaire administratif sans pour autant qu'il soit nécessaire de le « juridictionnaliser », ce qui conduit à s'interroger sur le régime juridique approprié aux actes de gestion procédurale.

[1183] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., pp. 2252.

CONCLUSION DE LA SECTION 1

376. La frontière entre les actes juridictionnels et les actes de gestion procédurale apparaît, dans certains cas, imprécise, la jurisprudence et la doctrine divergeant sur la qualification de quelques-uns. En fait, la distinction entre les actes juridictionnels et les actes d'administration judiciaire est difficile à opérer en pratique, ce qui conduit la doctrine à proposer un critère différent pour identifier les actes de gestion procédurale : étant révélateurs de la fonction administrative du juge, les actes judiciaires d'administration prendraient toujours en considération l'intérêt du service public de la justice.

377. Cependant, ce nouveau critère subit lui-même des critiques dans la mesure où l'intérêt du service public de la justice et l'intérêt privé des parties peuvent se rejoindre et ne pas s'opposer nécessairement. La constatation des effets préjudiciables de certains actes judiciaires d'administration exige alors que des voies de contrôle soient établies dans le domaine sans pour autant qu'il soit nécessaire de les « juridictionnaliser ».

Section 2 : Le régime juridique approprié aux actes de gestion procédurale en droit judiciaire privé français : à la recherche du contrôle effectif des actes faisant grief

378. La règle de l'article 499 du Code de procédure civile français peut apparaître évidente. N'étant pas des jugements, les dispositions du titre concernant l'acte juridictionnel ne sont pas applicables aux actes d'administration judiciaire. Pour autant, les actes de gestion procédurale sont des actes judiciaires et, plus précisément, des actes judiciaires à caractère administratif pris par le juge pour assurer le bon déroulement de l'instance[1184] qui provoquent des effets juridiques, plus ou moins importants, dans la sphère juridique des parties.

[1184] Il faut pourtant souligner que, même si nous défendons le caractère administratif des actes d'administration judiciaire, ils ne constituent pourtant pas des actes administratifs de droit commun qui relèveraient de la juridiction administrative : V. *supra,* nº 123 s.

La constatation des effets préjudiciables de certains actes judiciaires d'administration suscite alors le questionnement sur les voies de contrôle qui peuvent être établies dans le domaine. Il faut alors se demander si l'imposition de motivation obligatoire des actes de gestion procédurale est en mesure de garantir la légitimité du *processus* décisionnel (§ 1) et s'il faut ouvrir les voies de recours pour contester ces actes quand ils font griefs aux parties (§ 2).

§ 1 : La motivation obligatoire des actes de gestion procédurale préjudiciables: une voie non effective de contrôle

379. L'absence de référence expresse à la nécessité de motivation de certains actes de gestion procédurale est interprétée par la Cour de cassation comme signifiant la dispense légale de justification pour la prise de ces décisions qui sont alors considérées comme faisant partie du pouvoir discrétionnaire des juges.

380. En fait, les actes de gestion procédurale sont des décisions prises par le juge afin d'assurer le bon déroulement de l'instance, gérant le service judiciaire. Ces décisions ne touchent les plaideurs qu'à titre d'usagers de la justice[1185]. Pourtant, même si ces actes ne constituent pas des jugements, ils sont des décisions judiciaires, c'est-à-dire des actes juridiques[1186] avec force obligatoire, opposables aux parties au procès, dans la mesure où ils provoquent des effets juridiques sur la situation des parties[1187].

Ces effets peuvent varier en intensité et forme, mais ils sont toujours vérifiables. Par exemple, la fixation d'une date d'audience très éloignée est susceptible de causer un dommage important et irrémédiable aux droits des parties, comme le souligne la doctrine[1188], surtout lorsque l'on retient l'important constat que le droit au procès

[1185] WIEDERKEHR Georges, « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires », préc., p. 890.
[1186] V. *supra,* nº 17.
[1187] DEBBASCH Charles et RICCI Jean-Claude, *Contentieux administratif*, préc., p.743.
[1188] V. PERDRIAU André, « Les mesures d'administration judiciaire au regard du juge de cassation », préc., p. 12. – V. également : MAYER Lucie, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique,* préc., pp. 269-271, *in verbis : « De même, lorsque la procédure est orale, la fixation d'une date d'audience est dotée d'un effet juridique : en pareille hypothèse, les parties doivent comparaître à la date prévue, faute de quoi le*

équitable confère aux plaideurs le droit au traitement de l'affaire dans un délai raisonnable. De plus, la fixation d'une date d'audience très éloignée peut contribuer, par exemple, à l'impossibilité de l'exécution forcée en nature de l'obligation par le débiteur, l'indemnisation devant être faite par équivalent, conformément aux articles 1217 et suivants du Code civil. De même, la jonction et la disjonction d'instances provoquent des effets juridiques également importants, le champ du débat étant élargi ou réduit, selon le cas[1189].

Tous les actes d'administration judiciaire constituent des manifestations de volonté pris par le magistrat pour garantir le bon déroulement de l'instance et le bon fonctionnement de la juridiction et qui provoquent des effets plus ou moins importants sur la situation juridique des parties à l'instance. L'organe juridictionnel qui prend un acte judiciaire d'administration décide que l'effet déclenché par la mesure adoptée est bien l'effet conforme aux impératifs liés au bon fonctionnement du service public de la justice. Le juge manifeste une volonté de créer un effet de droit lorsqu'il a dû procéder au préalable à une appréciation de la réunion des conditions de déclenchement de cet effet[1190]. Ainsi, en ordonnant la jonction ou disjonction d'instance, la radiation de l'affaire du rôle ou fixant la date d'une audience, le juge gère son service, il prend des décisions, des manifestations de volonté qui provoquent des effets juridiques.

381. Il faut alors analyser spécifiquement la nature juridique des actes de gestion procédurale. Quand le juge prend un acte d'administration judiciaire, il n'agit pas dans la condition d'autorité juridictionnelle, dans l'exercice de la fonction de dire le droit et de trancher les litiges. Au contraire, il agit comme l'autorité chargée d'administrer le service public de la justice, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique. Les actes administratifs judiciaires sont pris par le magistrat et ils peuvent provoquer, comme nous l'avons affirmé, la modification de la situation juridique des parties à l'instance.

---

juge constatera leur défaillance et sera contraint, soit de rejeter la demande en l'absence de prétention émise par celui-ci, soit de prononcer un jugement par défaut en cas d'absence du défendeur ».

[1189] MAYER Lucie, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique,* préc., pp. 269-271. – Sur les effets juridiques des actes d'administration judiciaire : V. *supra,* nº 17.

[1190] MAYER Lucie, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique,* préc., p. 297.

382. On pourrait alors défendre la motivation obligatoire de tous actes administratifs judiciaires. En les motivant, la propre transparence de l'activité judicaire serait ainsi garantie. Si l'activité du juge doit toujours être réalisée pour accomplir le droit, la motivation de ces actes constituerait une étape nécessaire pour assurer, non seulement la légalité, mais aussi la légitimité du *processus* décisionnel[1191]. Comme le défend une partie de la doctrine, *« quel magistrat oserait présenter aux plaideurs une solution que l'explication ne viendrait pas soutenir ? »*[1192].

Pourtant, si, en principe, la motivation obligatoire de ces actes constituerait un moyen pour renforcer la transparence et la légitimité envisagée, l'imposition d'une telle obligation pourrait provoquer, dans la pratique, l'effet contraire, par l'utilisation des clauses de style. La motivation systématique pour l'ensemble des actes se présente, en outre, irréaliste ou peu pragmatique, considérant le nombre des actes judiciaires administratifs qui sont pris par les juges. Il faut alors trouver un équilibre entre l'exigence de transparence et les dangers de l'excès de formalisme.

383. Si l'imposition systématique de la motivation pour tous les actes judiciaires d'administration apparaît irréaliste, considérant l'univers de ces mesures et la nécessité d'efficience de l'activité judiciaire, on pourrait défendre alors la motivation obligatoire des actes d'administration judiciaire susceptibles de causer des griefs aux parties. En fait, le législateur français exige déjà que le juge se justifie pour prendre certains actes d'administration judiciaire, conformément aux articles 90, 780, 781 et 784 du Code de procédure civile[1193]. En principe, la motivation de ces actes permettrait, non seulement

[1191] GABARDA Olivier, « Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs ? Enjeux et perspectives d'évolutions autour du principe de la motivation facultative », *Revue française de droit administratif* 2012 nº 1, janvier-février 2012, pp. 61-71.

[1192] BARTHOUIL Tanguy, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », préc., p. 386, note nº 219.

[1193] V. *supra,* n° 104. – L'identification des actes d'administration judiciaires qui doivent être motivés indique donc la possibilité de motiver les actes administratifs judiciaires préjudiciables. – La Cour de cassation a, par exemple, cassé et annulé un arrêt rendu le 2 novembre 2000 par la cour d'appel de Paris qui a refusé d'accueillir la demande de révocation de l'ordonnance de clôture en raison de l'obtention du bénéfice de l'aide juridictionnelle la veille de cette ordonnance. Pour la Cour de cassation, *« Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si les circonstances dans lesquelles l'aide juridictionnelle avait été accordée, ce qui ne permettait pas à l'avocat tardivement désigné d'intervenir utilement, ne constituaient pas une cause grave de nature à entraîner la révocation de cette ordonnance et le renvoi de l'affaire à la mise en état, la*

l'obtention de transparence et légitimité de l'activité judiciaire – par la compréhension des raisons qui ont conduit le juge à déterminer dans ce sens –, mais surtout l'exposition des raisons permettrait le contrôle des actes qui causent des griefs aux parties.

Cependant, il est difficile de déterminer, *a priori,* si l'acte va causer un grief. Au moment où le juge prend l'acte d'administration judiciaire, il ne sait pas nécessairement si cette mesure provoquera un grief ou pas, seule la partie à laquelle l'acte va être posé étant en mesure de dire les conséquences pratiques de l'acte pris. C'est alors délicat d'imposer la motivation des actes judiciaires administratifs préjudiciables, parce que c'est préjuger que l'acte causera un grief. Pourtant, s'il n'est pas envisageable ou raisonnable d'imposer la motivation obligatoire de tous les actes d'administration judiciaire ou de ceux préjudiciables, il faut permettre la contestation de ceux qui provoquent des griefs.

§ 2 : Pour la contestation des actes de gestion procédurale préjudiciables en droit judiciaire privé français

384. La nécessité de contrôle de ces actes se présente ainsi comme une question essentielle, surtout après le renforcement des pouvoirs des juges dans la conduite de l'instance[1194]. Nous analyserons alors si l'existence de voies de recours devant la Cour européenne des droits de l'homme est suffisante pour contrôler les actes de gestion procédurale faisant grief (A) ou s'il faut développer les voies de contrôle internes dans le domaine (B).

---

cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » : Cass. 2e civ., 6 mai 2004 : *Bull. civ.* 2004, II, nº 216. – V. aussi Cass. 2e civ., 8 juillet 2004 : *Bull. civ.* 2004, II nº 378 ; *Procédures* 2004, nº 201, obs. Perrot, *in verbis : « Attendu que pour rejeter la demande de révocation de l'ordonnance de clôture, l'arrêt retient que le changement d'avocat ne peut, en soi, constituer une cause grave, et que l'appelant n'a communiqué aucun élément permettant de déterminer à quelle date son avocat avait été omis du tableau ; Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si les circonstances dans lesquelles l'avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle avait été omis du tableau de l'Ordre des avocats, ce qui ne permettait pas à l'appelant de bénéficier de son assistance, ne constituaient pas une cause grave de nature à entraîner la révocation de cette ordonnance et le renvoi de l'affaire à la mise en état, la cour d'appel n'a pa donné de base légale à sa décision ».* – Dans ce même sens : V. Cass. 1e civ., 10 mai 2000 : *JurisData* nº 2000-001916, *in verbis : « Qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser l'existence d'une cause grave révélée depuis la date de ces ordonnances de clôture, la cour d'appel n'a pas donnée de base légale à sa décision au regard des textes susvisés ».*

[1194] V. *supra,* n° 121 s.

A. - Le contrôle des actes de gestion procédurale par la Cour européenne des droits de l'homme

385. Conformément aux articles 34 et 35 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles. Sa saisine, toutefois, est conditionnée à l'épuisement des voies de recours internes et au respect du délai de six mois à compter de la date de la décision interne définitive.

Le principe de subsidiarité oriente le système européen de protection des droits de l'homme, signifiant que la fonction d'assurer le respect des droits consacrés par la Convention est la responsabilité, en premier lieu, des Etats membres à la Convention. Ce n'est qu'en cas de défaillance des autorités nationales que la Cour peut et doit intervenir[1195]. Epuisées toutes voies de recours internes, le justiciable peut saisir alors la Cour européenne en cas de violation des droits prévus à la Convention. Par conséquent, si l'acte de gestion procédurale pris par le juge viole le droit du justiciable au procès équitable, il pourra, après le prononcé de la décision interne définitive et dans le délai de six mois, saisir la juridiction européenne.

Toutefois, si la jurisprudence de la Cour européenne doit orienter les Etats membres dans l'adéquation constante de leur législation à l'interprétation du droit européen donnée par elle, la Cour de Strasbourg ne constitue pas un degré supplémentaire

[1195] V. CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, série A, n° 6, § 10. – Le principe de subsidiarité est réaffirmé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *in verbis : « la Cour ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention ; les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention ; le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité des mesures prises par les autorités nationales avec les exigences de la Convention »*. – V. aussi : CEDH, 15 juillet 1982, *Eckle*, série A, nº 51, § 66, al. 2, *in verbis : « le caractère subsidiaire du mécanisme de sauvegarde, institué par une Convention EDH qui confie d'abord à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre, acquiert encore plus de relief quand il s'agit d'États qui ont incorporé la Convention EDH à leur ordre juridique et qui en considèrent les normes comme directement applicables »*.

de juridiction capable de déterminer l'annulation de toute décision prise[1196]. Si la condamnation d'un Etat devant la juridiction européenne crée l'obligation pour celui-ci d'effacer les conséquences provenant de la violation reprochée, conformément à l'article 41 de la Convention, dans certaines hypothèses cela ne sera pas possible, comme l'explique un auteur, *in verbis :*

> *« L'État devra donc corriger la violation relevée par l'arrêt, en principe par une "restitutio in integrum" ; dès lors que celle-ci est possible, c'est une obligation juridique issue de l'article 46 de la Convention EDH (CEDH, gr. ch., 23 janv. 2001, Brumarescu, JCP 2001. I. 342, no 24, obs. Sudre). Souvent, ce ne sera pas possible directement, notamment quand la transgression consiste dans la durée excessive d'une instance : le temps écoulé ne s'efface pas et on ne peut pas faire que ce qui a été (un délai déraisonnable) ne soit pas! L'obligation de réparation à la charge de l'État sera alors une réparation par équivalent, sous la forme, généralement, d'une indemnité »*[1197].

Ainsi, même si le recours devant la Cour européenne peut accorder au justiciable une réparation pécuniaire pour la violation des droits européens provoquée par un acte de gestion procédurale, la violation n'est pas effacée. Par conséquent, seul un recours effectif devant les juridictions nationales est en mesure d'assurer pleinement le droit au procès équitable, comme nous verrons subséquemment.

B. - Le contrôle des actes de gestion procédurale en droit interne

386. Etant démontré que les actes de gestion procédurale constituent des manifestations de volonté prises par le juge et qui modifient la situation juridique des parties à l'instance, il faut maintenant analyser la possibilité de contester ces décisions judiciaires. Si, en principe, le Code de procédure civile français empêche toute contestation contre les actes de gestion procédurale (I), une partie de la doctrine française

[1196] Cependant, il faut indiquer la possibilité de réexamen aussi en matière civile d'état des personnes, prévue par l'article 42 de la loi nº 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle. – Sur le sujet : V. également la Recommandation n° R (2000) 2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme adoptée le 19 janvier 2000, lors de la 694e réunion des Délégués des Ministres.

[1197] GUINCHARD Serge, *Vº* Convention européenne des droits de l'homme et procédure civile, in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, décembre 2010, nº 114.

défend l'utilisation du recours-nullité autonome contre ces actes en cas de violation des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (II).

I - Le droit positif interne et l'absence de contrôle des actes de gestion procédurale

387. L'irrecevabilité de tout recours contre les actes d'administration judiciaire a été originalement conçue pour ne pas allonger et compliquer les procédures juridictionnelles, de manière à laisser le soin aux juridictions de s'organiser librement dans le sens d'une bonne administration de la justice[1198]. Dans ce sens, l'article 537 du Code de procédure civile français dispose que les actes d'administration judiciaire ne sont sujets à aucun recours. Pourtant, le législateur n'avait probablement pas envisagé l'importance du développement des actes judiciaires d'administration ni le fait qu'ils sont susceptibles de porter atteinte aux droits des parties. L'incidence de l'augmentation du rôle du juge au sein de l'instance n'avait vraisemblablement pas été mesurée[1199].

En adoptant l'interprétation littérale de l'article 537 du Code de procédure civile, la Cour de cassation exclut toutes les voies de recours contre les actes d'administration judiciaire[1200]. La majorité de la doctrine suit le même raisonnement, constatant,

---

[1198] DEGOFFE Michel et JEULAND Emmanuel, « Les mesures d´administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », préc., p. 153.

[1199] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2246.

[1200] Cass. 2e civ., 17 mai 1993, n° 91-20.849, *Bull.* II, n° 176, p. 94, *in verbis : « Vu les articles 368 et 537 du nouveau Code procédure civile ; Attendu que la disjonction d'instance est une mesure d'administration judiciaire qui ne peut faire l'objet d'aucune voie de recours ; Attendu que le moyen unique du pourvoi de la société Aquatique show international est dirigé contre le chef du dispositif de l'arrêt attaqué qui a décidé de disjoindre de l'action principale engagée contre cette société par la société International trading company (ITC), l'appel en garantie formé contre M. Jean X..., Les Mutuelles du Mans et la société Doracol ; Qu'il s'ensuit que le pourvoi principal n'est pas recevable ».* – V. dans le même sens : Cass. 2e civ., 22 octobre 2009, 08-19.635, inédit, *in verbis : « Mais attendu qu'une décision de radiation du rôle, mesure d'administration judiciaire dépourvue de caractère juridictionnel, et qui n'a pas d'incidence sur le lien juridique d'instance, n'est pas susceptible de recours et ne peut être déférée à la cour d'appel ».* – Cass. 2e civ., 7 juin 2012, 11-19.118, inédit*, in verbis : « Mais attendu que la décision statuant sur une demande de renvoi de l'audience est une mesure d'administration judiciaire relevant du seul pouvoir discrétionnaire du juge et qui n'est pas susceptible de recours ».* – Cass. soc., 2 février 1966, *JCP* 1966. IV. 38. – Cass. 1er civ., 16 juin 1981, *Bull. civ*. I, n° 219. – Cass. 2e civ., 16 février 1984, *Bull. civ*. II, n° 31 ; *Gaz. Pal*. 1985. 1. 209, note du Rusquec. – Cass. 1er civ., 19 novembre 1991, n° 90-16.415, *Bull. civ*. I, n° 319. – Cass 2e

conformément au droit positif, l'irrecevabilité de tout recours contre les actes judiciaires d'administration, *in verbis :*

> *« La troisième condition (pour pouvoir interjeter appel) est plus objective car elle tient à la nature de la décision rendue. En principe, seules les décisions qui jugent au fond ou au principal sont susceptibles d´appel. A contrario, il n´en est pas ainsi des mesures d´administration judiciaire, insusceptibles de tout recours »*[1201].

388. Toutefois, une partie de la doctrine donne une interprétation différente de l'article 537 du Code de procédure civile. Etant inséré dans le titre du code concernant les voies de recours ayant lieu contre les jugements, l'article n'interdirait pas toute contestation contre les actes d'administration judiciaire, mais seulement celles qui sont ouvertes contre les jugements, ce qui est naturel puisque, par définition, les actes d'administration judiciaire n'en sont pas. Par conséquent, une partie de la doctrine défend l'idée que les actes de gestion procédurale peuvent être contestés par un pourvoi en annulation pour excès de pouvoir exercé sur l'ordre du garde des Sceaux[1202], conformément à l'article 18 de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967[1203]. Pourtant, ce pourvoi se présente comme une voie de recours extrêmement restrictive, dans la mesure où seul le ministre de la Justice a, en thèse, la compétence pour l'utiliser, donnant l'ordre au parquet de faire un recours en

---

civ., 17 mai 1993, n° 91-20.849, *Bull. civ*. II, n° 176 ; Rappr. Cass. 2e civ., 18 décembre 2008, n° 07-21.164, inédit.

[1201] CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, préc., p. 926.

[1202] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2249. – En traitant du pourvoi pour excès de pouvoir formé par le procureur général près la Cour de cassation, la doctrine souligne, *in verbis : « Le procureur général près la Cour de cassation interjette le pourvoi sur ordre du ministre de la Justice, dans l'hypothèse où un acte de procédure quelconque (pas uniquement un jugement) révèle un excès de pouvoir, c'est-à-dire l'empiétement d'un juge sur le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif, une violation des règles d'organisation juridictionnelle ou encore de principes fondamentaux de procédure. (...) désormais (depuis le décret du 6 novembre 2014) ce pourvoi peut être exercé dans un délai de cinq ans à compter de l'établissement de l'acte entaché d'excès de pouvoir, C. pr. civ., art. 639-3. (...) Pour la Cour EDH, une telle procédure semble contestable : "l'annulation, à la demande du Procureur général, d'une décision judiciaire irrévocable et exécutée, a méconnu le droit au procès équitable" issu de l'article 6 § 1 Conv. EDH (CEDH 28 oct. 1999, Brumarescu c/ Roumanie, D. 2000. Somm. 187, obs. N. Fricero »* : GUINCHARD Serge, FERRAND Frédérique et CHAINAIS Cécile, *Procédure civile,* Dalloz, 4e éd., 2015, pp. 643-644.

[1203] V. *supra,* nº 117.

annulation pour excès de pouvoir devant la Cour de cassation. Cependant, cette voie de recours n'a pas été exercée depuis un siècle[1204].

389. Il semble donc que, dans l'état actuel du droit positif, les parties ne disposent d'aucun moyen de contester un acte de gestion procédurale. Imposer la qualification de jugement à tous les actes judiciaires faisant grief pour ouvrir les voies de recours n'est pas une solution techniquement adéquate et ne peut plus être admis[1205]. Il faut alors militer pour l'ouverture de voies de recours adéquates à l'encontre des actes d'administration judiciaire faisant grief, lorsqu'il n'est pas envisageable de laisser sans aucun recours des actes d'administration judiciaire préjudiciables et qui manqueraient gravement à une règle fondamentale[1206].

II - La contestation des actes de gestion procédurale préjudiciables aux parties en cas de violation manifeste d'un principe fondamental de la procédure

390. N'étant pas des actes juridictionnels, les actes d'administration judiciaire ne sont pas contestables par les voies de recours ouvertes contre les jugements, comme l'édicte l'article 537 du Code de procédure civile français. Cela ne doit cependant pas être interprété comme la fermeture de toute voie de contestation contre ces décisions judiciaires, dans la mesure où les actes de gestion procédurale qui provoquent des griefs aux parties doivent pouvoir être critiqués, comme le défend une partie de la doctrine :

> *« Il est cependant difficilement envisageable de laisser sans aucun recours des actes d'administration judiciaire qui manqueraient gravement à une règle fondamentale. Une solution intermédiaire pourrait donc être, en l'absence de disposition spéciale prévoyant un recours, d'admettre qu'une mesure d'administration judiciaire puisse faire l'objet d'un pourvoi minimum en nullité,*

[1204] CHOLET Didier, « Le contrôle de l'activité non juridictionnelle des juridictions », préc., p. 11. – CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* », préc., p. 98.
[1205] V. *supra,* nº 99 s.
[1206] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* », préc., p. 99.

susceptible d'être formé par une partie aussi bien que par le ministère public (en cas d'atteinte à l'ordre public) »[1207].

En effet, le cas principal d'ouverture du pourvoi en cassation est la violation de la loi et la loi doit être entendue ici au sens du droit. La légalité ne peut plus être comprise comme la simple violation du droit positif interne. L'article 55 de la Constitution française établit que les traités ou les accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. La légalité et la légalité procédurale[1208] ne se limitent donc pas à l'observance des normes nationales, exigeant le respect des principes et règles prévus dans les traités internationaux, comme rappelle des auteurs, *in verbis :*

« Outre la loi stricto sensu, il peut s'agir d'une norme réglementaire, coutumière, voire d'usages ayant un caractère obligatoire ou de principes généraux du droit. Cette norme juridique peut avoir une source nationale, communautaire (en vertu de l'effet direct) ou internationale (en vertu de l'article 55 de la Constitution), mais il ne pourra pas s'agir d'une règle de droit étrangère. Quant à son objet, la règle de droit violée peut être, bien sûr, une règle de fond, mais aussi une règle de procédure ou une règle de compétence »[1209].

« Dès lors que ce contrôle de conventionalité était écarté par le Conseil constitutionnel, il devait inévitablement incomber aux juridictions ordinaires sur le fondement de l'article 55 de la Constitution, ce qu'ont admis, successivement,

[1207] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* », préc., p. 99.

[1208] La notion de légalité procédurale est ainsi présentée par un auteur, *in verbis : « Appliqué à la procédure, le principe de légalité renvoie alors au respect des normes procédurales et, a priori, cette légalité procédurale a pour destinataires tous ceux qui, à un titre ou à un autre, participent à la procédure de décision, les parties, certes, mais aussi l'auteur de la décision, le juge singulièrement, et leurs auxiliaires respectifs. Cette définition liminaire sous-entend que la légalité procédurale n'est pas seulement une exigence applicable au procès civil et, de fait, c'est de la légalité procédurale en matière civile qu'il s'agit : à l'instar de la matière pénale, qui est plus large que le procès pénal, l'exigence de légalité rayonne au-delà du procès civil vers toute les procédures de droit civil au terme desquelles est prise une décision susceptible d'affecter un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son auteur. S'il n'y a pas de procès sans procédure, il y a des procédures sans procès et, que la procédure donne lieu ou non à une décision juridictionnelle, c'est en toute hypothèse que la qualité de cette décision doit d'apprécier, non seulement au regard des règles de fond dont il a été fait application (la légalité matérielle), mais aussi au regard de la régularité de la procédure qui y a conduit (la légalité procédurale). Il est notable, à cet égard, que, au nombre des quelques rares auteurs employant expressément l'expression "légalité procédurale", figure Hervé Croze dans son article aux Etudes offertes à Jacques Normand où il dessine les fondations, au-delà du droit processuel, d'une théorie juridique de la décision, inspirée des exigences du procès équitable »* : V. CADIET Loïc, « La légalité procédurale en matière civile », préc., n° 636.

[1209] CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé,* préc., pp. 716-717.

la Cour de cassation, puis le Conseil d'Etat. Le juge interne a ainsi acquis le pouvoir de contrôler l'activité législative au regard des normes internationales et, plus particulièrement pour ce qui nous intéresse, au regard du droit au procès équitable tel qu'il est défini par l'article 6.1 Conv. EDH et l'interprétation qu'en donne la Cour européenne des droits de l'homme. Dans le cadre de contrôle, il a le pouvoir d'écarter l'application de la norme interne inconventionnelle au cas dont il est saisi : le juge fait échec à la loi »[1210].

391. Le droit au procès équitable, prévu à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, et tous les droits prévus à la Convention doivent alors être respectés par les juges nationaux. Les décisions de jonction et disjonction d'instance, la clôture de l'instruction, la fixation d'une date d'audience, la radiation ou le retrait du rôle ont une influence sur la durée du procès et aussi sur la propre appréciation de la solution au fond, étant susceptibles d'affecter les droits des parties[1211]. Un acte de gestion procédurale peut ainsi violer le droit au procès équitable. La violation du droit européen par le juge dans la gestion de l'instance constitue une illégalité qui doit être passible de contestation par l'utilisation d'un recours effectif devant une instance nationale, comme l'impose l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme[1212].

Ce droit est plus large que le droit au juge, dans la mesure où celui-ci ne constitue pas un droit absolu, pouvant être limité par les Etats membres dans la poursuite d'un but légitime et à la condition qui ne soit pas porté atteinte à la substance même du droit[1213]. Le droit au recours effectif englobe toute atteinte à un droit garanti par la Convention, sans être limité aux matières civiles et pénales, différemment du droit au juge prévu à l'article 6 de la Convention. Chaque Etat a donc l'obligation d'organiser un tel recours

[1210] CADIET Loïc, « La légalité procédurale en matière civile », préc., n° 24.
[1211] CHOLET Didier, « Le contrôle de l´activité non juridictionnelle des juridictions », préc., p. 9.
[1212] Conformément à l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, *« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».*
[1213] CEDH, 21 novembre 2001, *Fogarty*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme,* 4e éd., PUF, 2007, n° 27, p. 274, note F. Sudre. – Comme l'explique la doctrine, *in verbis : « La Cour européenne des droits de l'homme décide en effet que le droit au juge n'est ni général ni absolu et qu'il peut être limité par les États pourvu que cette limitation poursuive un but légitime et qu'il ne soit pas porté atteinte à sa substance même. Limiter le droit au juge pour des mesures non juridictionnelles a priori peu importantes afin de favoriser le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est une limitation qui semble acceptable car elle permet la conciliation entre deux droits garantis par la Convention. Le droit au juge n'est donc pas le fondement adapté »* : CHOLET Didier, « Le contrôle de l´activité non juridictionnelle des juridictions », préc., p. 13.

devant une instance indépendante et impartiale présentant des garanties de procédure conformes aux exigences de la Convention[1214].

392. Si, en théorie, l'ordre juridique français n'a pas prévu une voie de recours pour contester les actes de gestion procédurale faisant grief, le recours-nullité autonome peut assurer le respect du droit européen au recours effectif[1215]. Toutefois, après avoir admis largement l'appel-nullité en cas d'excès de pouvoir et de violation de principes fondamentaux de la procédure, telles que la contradiction ou les règles de composition des juridictions, la haute juridiction judiciaire française a restreint la recevabilité de ces recours au seul cas d'excès de pouvoir apprécié strictement[1216], permettant, en outre, leur utilisation seulement pour faire face à la fermeture de recours juridictionnels. La Cour de cassation a expressément empêché l'utilisation de ce recours pour contester les actes de gestion procédurale[1217], adoptant une conception étroite de la notion d'excès de pouvoir, entendue comme la seule méconnaissance par le juge de son pouvoir de juger, critère qui ne peut être mis en œuvre pour un acte d'administration judiciaire[1218]. L'objectif visé

[1214] CHOLET Didier, « Le contrôle de l´activité non juridictionnelle des juridictions », préc., p. 14.

[1215] BOLARD Georges, « L'appel nullité », *D.* 1988, chron. p. 177. – BOLARD Georges, « Les recours nullités en procédure civile », Justices 1996/4, p. 119.

[1216] Cass. ch. mixte, 28 janvier 2005, *BICC*, 15 avril 2005, n° 617, concl. C. Charruault, avis M. Domingo, *Procédures* 2005, n° 87, obs. R. Perrot, *Dr. et procédures 2005*, p. 224, note M. Douchy, *D.* 2006, p. 548, obs. P. Julien et N. Fricéro. – De même il a été jugé qu'un excès de pouvoir ne peut résulter ni de la violation des règles de procédure (Cass. 2e civ., 29 janvier 2004, n° 02-13.439, *Bull. civ*. II, n° 31 ; Dr. fam. 2004, n° 76, note Strickler. – Cass. 2e civ., 18 décembre 2008, n° 07-20.662, *Bull. civ*. II, n° 270, pour la règle relative à la présentation des prétentions dans une procédure orale, ni de la violation des règles relatives à la composition des juridictions (Cass. 2e civ., 17 novembre 2005, n° 03-20.815, préc., pour la règle relative à l'imparité), ni d'une erreur de droit (Cass. 2e civ., 6 décembre 2007, n° 06-15.178 et 07-13.964, *Bull. civ*. II, n° 263. – Cass. 2e civ., 18 décembre 2008, n° 07-20.662, ni de la méconnaissance de l'objet du litige (Cass. 2e civ., 6 décembre 2007, n° 06-15.178 et 07-13.964), ni de la méconnaissance du principe de loyauté des débats (Cass. com., 12 juillet 2011, n° 09-71.764). Seul un excès de pouvoir consistant pour le juge à méconnaître l'étendue de son pouvoir de juger pourrait justifier l'ouverture d'un « recours-nullité » (Cass. 1re civ., 20 février 2007, n° 06-13.134, *Bull. civ*. I, n° 61 ; *RTD civ*. 2007. 386, obs. R. Perrot). Le juge commet un excès de pouvoir chaque fois qu'il statue en marge de ses attributions juridictionnelles en s'arrogeant des prérogatives que la loi ne lui confère pas. Inversement, des décisions ont admis que le juge pourrait commettre un « excès de pouvoir négatif » dans l'hypothèse où il n'exercerait pas les pouvoirs qui lui ont été conférés par la loi (Cass. soc., 24 mai 2006, n° 04-45.877, *Bull. civ. V*, n° 189) : EUDIER Frédérique, *V° Jugement*, in *Répertoire de procédure civile,* préc., n° 384).

[1217] Cass. 1re civ., 16 novembre 2004, n° 02-14.528, *D.* 2006. Pan. 226, obs. P. Julien et Fricero ; *JCP* 2005. I. 125, n 7, obs. Jeuland, *in verbis : « Et attendu, d'autre part, qu'une décision de radiation du rôle, mesure d'administration judiciaire qui n'a pas de caractère juridictionnel, et n'a pas d'incidence sur le lien juridique d'instance, ne peut être déférée à la Cour de Cassation, fût-ce pour excès de pouvoir ».*

[1218] Cass. 2e civ., 17 novembre 2005, n° 03-20.815, *Procédures* 2006. Comm. 12, note Junillon, *in verbis : « Mais attendu qu'il n'est dérogé à toute règle interdisant un recours qu'en cas d'excès de pouvoir ; que ne constituent un excès de pouvoir ni la violation des règles relatives à la composition des juridictions ni la*

était justement de limiter les recours dans le souci d'une bonne administration de la justice ou de gestion des flux judiciaires[1219].

Pourtant, comme le propose Didier Cholet, les difficultés pour une telle application – concernant à l'interprétation restrictive de l'excès de pouvoir et son utilisation restreinte pour contester des actes juridictionnels non susceptibles de recours – ne s'appliqueraient pas[1220]. La solution est logique et assure le respect du droit au recours effectif, comme le défend Julien Théron, *in verbis :*

> *« Pour réparer cet oubli, il faut prendre en considération le caractère administratif des mesures en cause et ouvrir à leur encontre un système de recours identique à celui existant en matière administrative, à savoir un recours hiérarchique ou/et un véritable recours pour excès de pouvoir »*[1221].

A partir de ce raisonnement, une partie de la doctrine défend l'utilisation du recours-nullité autonome pour contester les actes d'administration judiciaire en cas de violation manifeste de la Convention européenne des droits de l'homme[1222]. Cependant, cette proposition reste très large, permettant la contestation systématique des actes de gestion procédurale.

---

violation du principe de la contradiction ». – Cass. 1re civ., 20 février 2007, n° 06-13.134, *RTD civ.* 2007. 386, obs. R. Perrot.

[1219] CHOLET Didier, « Le contrôle de l´activité non juridictionnelle des juridictions », préc., p. 14.

[1220] CHOLET Didier, « Le contrôle de l´activité non juridictionnelle des juridictions », préc., pp. 14-15, *in verbis : « Visant à contester un acte administratif du juge, ou en tout cas un acte non juridictionnel, il est plus logiquement soumis aux règles du droit administratif qu`à celles du droit judiciaire privé. C'est un recours pour excès de pouvoir au sens du droit administratif, un recours fait à un acte qui vise à son annulation. La conception restrictive de cette notion que retient la Cour de cassation à propos des actes juridictionnels n'a plus lieu d'être tant que celle-ci n'est pas retenue par le juge administratif qui admet de nombreux moyens d'illégalité (interne et externe) au titre de l'excès de pouvoir ».*

[1221] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2249.

[1222] V. CHOLET Didier, « Le contrôle de l´activité non juridictionnelle des juridictions », préc., p. 15, *in verbis* : *« Dès lors qu'un acte non juridictionnel pris par une juridiction porte atteinte à un droit consacré par la Convention, il doit pouvoir être annulé par la voie d'un tel recours. Cette solution permettrait de prévenir des violations de la Convention plutôt que de les réprimer "a posteriori". L'interprétation actuelle de l'article 13 par la Cour européenne semble d'ailleurs obliger les États à adopter de telles mesures et à ne pas se contenter de sanctionner la violation des droits garantis. Le droit administratif évolue aussi en ce sens en permettant de plus en plus le contrôle de l'activité interne de l'administration grâce à la limitation de la notion de mesure d'ordre intérieur et à l'ouverture des recours contre les dispositions impératives des circulaires. Les modalités d'exercice d'un tel recours devraient toutefois être précisées. Afin d'éviter un afflux du contentieux, peut-être faudrait-il estimer que seul un contrôle restreint serait exercé, la violation manifeste de la Convention étant posée en condition d'exercice des recours ».*

393. S'il faut ouvrir des voies de contestation contre les actes de gestion procédurale faisant grief aux parties, il faut aussi éviter un afflux du contentieux et garantir la bonne administration de la justice. Ainsi, des limites plus encadrées à la contestation de ces actes doivent être posées. La contestation de toute décision judiciaire, y compris les actes de gestion procédurale, peut empêcher le déroulement régulier de l'instance et, par conséquent, le droit même au procès équitable. L'utilisation du recours-nullité autonome contre les actes de gestion procédurale faisant grief aux parties doit être réservée aux cas de violation manifeste d'un principe fondamental de la procédure qui provoque un grief avéré à la partie, la juridiction judiciaire supérieure à celle qui a statué devant être compétente pour juger un tel recours[1223].

L'utilisation du recours-nullité autonome devant la juridiction judiciaire supérieure à celle qui a pris l'acte d'administration judiciaire[1224] – avec des limitations qui garantissent la bonne administration de la justice – se présente comme le moyen adéquat de contester les actes de gestion procédurale qui causent des griefs aux parties sans que la modification de la nature juridique de ces actes soit nécessaire, sans qu'il soit nécessaire de les « juridictionnaliser »[1225].

394. Nous pouvons imaginer aussi que le Code de procédure civile français soit modifié, permettant la contestation des actes d'administration judiciaire en cas de violation manifeste d'un principe fondamental de la procédure susceptible de causer un grief aux parties. Il faudrait cependant que le manquement au principe fondamental de la procédure soit avéré, incombant alors à l'intéressé la charge de prouver le préjudice qui lui cause l'acte de gestion procédurale.

[1223] M. Cholet propose la création d'une juridiction spécialisée dans les contentieux concernant le service public de la justice : CHOLET Didier, « Responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle : la réforme nécessaire », *Dalloz,* 2005, p. 2541. – CHOLET Didier, « Le contrôle de l´activité non juridictionnelle des juridictions », préc., p. 15. – Toutefois, nous pensons que les juridictions judiciaires déjà constituées et organisées sont tout à fait en mesure de juger les recours-nullité autonomes utilisés pour contester les actes de gestion procédurale qui causent des griefs aux parties.

[1224] Lorsque l'acte contesté émane de la Cour de cassation, le recours pourrait être dirigé devant son premier président qui a des compétences administratives : V. CHOLET Didier, « Le contrôle de l´activité non juridictionnelle des juridictions », préc., p. 15.

[1225] V. *supra,* nº 375.

Une première solution possible consisterait à permettre l'exercice d'un recours immédiat contre les actes de gestion procédurale préjudiciables, l'instance devant alors être suspendue dans ce cas-là. L'autre solution consisterait à différer l'exercice du recours à l'hypothèse dans laquelle le jugement sera lui-même frappé de recours, le recours étant différé avec le recours sur le fond de l'affaire[1226]. Pourtant, si la deuxième solution permettrait d'éviter que la procédure soit suspendue, elle présente néanmoins l'inconvénient de provoquer l'éventuelle remise en cause de la procédure dans son ensemble si l'acte d'administration judiciaire est finalement considéré irrégulier. Les deux solutions présentent alors des inconvénients.

Ainsi, il semble que la modification envisageable consisterait en modifier l'article 537 du Code de procédure civile français afin de préciser que les actes judiciaires d'administration ne sont susceptibles d'aucun recours, sauf en cas de violation manifeste d'un droit fondamental de la procédure susceptible de causer un grief à une partie, en ajoutant une précision pour indiquer que ce recours doit être prévu par des dispositions particulières selon les différentes hypothèses. Par cette proposition, l'article 537 du *codex* constituerait une disposition générale, le régime du recours pouvant ainsi être laissé à des dispositions complémentaires selon les différentes hypothèses[1227]. Par ces modifications, les justiciables ne seraient pas obligés à s'adresser à la Cour de Strasbourg en cas de violation du droit au procès équitable par des actes d'administration judiciaire, une voie de recours effectif étant alors prévue par le droit positif français en observance de ce qui est établi dans la Convention de sauvegarde.

[1226] Adoptant alors une solution similaire à celle prévue pour les mesures d'instruction prévue à l'article 150 du Code de procédure civile français, *in verbis : « La décision qui ordonne ou modifie une mesure d'instruction n'est pas susceptible d'opposition ; elle ne peut être frappée d'appel ou de pourvoi en cassation indépendamment du jugement sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi. Il en est de même de la décision qui refuse d'ordonner ou de modifier une mesure ».*

[1227] Comme nous avons déjà indiqué pour ce qui concerne la distribution des affaires et l'affectation des juges, la possibilité de recours étant également possible pour les actes de gestion procédurale préjudiciables, l'article 537 du Code de procédure civile français pouvant ainsi être modifié pour établir, *in verbis : « Les actes d'administration judiciaire ne sont en principe susceptibles d'aucun recours, sauf en cas de violation manifeste d'un principe fondamental de la procédure susceptible de causer un grief à une partie, à laquelle incombe la charge d'en établir l'existence».*

CONCLUSION DE LA SECTION 2

395. Si, en principe, la motivation obligatoire des actes de gestion procédurale constituerait un moyen pour renforcer la transparence et la légitimité du *processus* décisionnel, il n'est pas raisonnable d'imposer la motivation obligatoire de tous les actes d'administration judiciaire ou de ceux qui pourraient être préjudiciables. Pourtant, il n'est pas envisageable de laisser sans aucun recours des actes de gestion procédurale qui font grief aux parties et qui manqueraient gravement à une règle fondamentale.

396. L'utilisation du recours-nullité autonome devant la juridiction judiciaire supérieure à celle qui a pris l'acte de gestion procédurale préjudiciable peut donc assurer le respect du droit au recours effectif. Une autre solution possible serait la modification du Code de procédure civile français, afin de permettre la contestation des actes de gestion procédurale en cas de violation manifeste d'un principe fondamental de la procédure susceptible de causer un grief aux parties, à charge pour l'intéressé de prouver le préjudice qui lui cause l'acte.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

397. Selon l'article 3 du Code de procédure civile français, il appartient au juge de veiller au bon déroulement de l'instance. Il dispose alors du pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires afin d'assurer que la fonction juridictionnelle soit exercée de manière adéquate. Le juge assume donc la direction du procès et prend divers actes de gestion procédurale qui visent au bon déroulement de l'instance.

398. Toutefois, la frontière entre les actes de gestion procédurale et les actes juridictionnels n'est pas toujours précise et la jurisprudence et la doctrine françaises divergent sur la qualification juridique de certains actes judiciaires. Julien Théron propose ainsi un critère différent d'identification des actes administratifs judiciaires, à savoir la poursuite de l'intérêt du service public de la justice. Pour l'auteur, tout acte judiciaire qui est pris dans le seul intérêt des parties doit être exclu de la catégorie des actes judiciaires[1228]. Cependant, le critère proposé par M. Théron est également susceptible de critiques dans la mesure où l'intérêt du service public de la justice et l'intérêt privé des parties peuvent se rejoindre et ne pas s'opposer nécessairement. Les observations de l'auteur nous aident pourtant à comprendre l'insuffisance du critère attaché au grief. L'existence des actes d'administration judiciaire préjudiciables démontre, en outre, l'inadéquation du régime juridique des actes de gestion procédurale et indique alors la nécessité de le modifier.

399. S'il n'est pas envisageable ou raisonnable d'imposer la motivation obligatoire de tous les actes de gestion procédurale ou de ceux qui sont préjudiciables, il faut permettre au moins le contrôle *a posteriori* des actes d'administration judiciaire qui font grief. Dans cette perspective, la Cour européenne des droits de l'homme peut être saisie quand la prise d'un acte de gestion procédurale viole le droit au procès équitable prévu à l'article 6 § 1 de la Convention (articles 34 et 35 CEDH).

[1228] THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », préc., p. 2252.

400. La violation du droit européen par le juge national dans la gestion de l'instance constitue cependant une illégalité qui doit être passible de contestation par le moyen d'un recours effectif devant une instance nationale (article 13 CEDH). Néanmoins, la cour régulatrice française considère que toute voie de contestation contre les actes de gestion procédurale doit se heurter, en principe, à une fin de non-recevoir d'ordre public, irrecevable sans examen du fond. De plus, le pourvoi en annulation pour excès de pouvoir exercé sur l'ordre du garde des Sceaux, en application de l'article 18 de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967, est une voie de contestation extrêmement restrictive car seul le ministre de la justice peut l'utiliser en théorie.

Face à l'inexistence d'une prévision expresse de recours, l'utilisation du recours-nullité autonome peut assurer le respect du droit européen au recours effectif. Le caractère intolérable du maintien dans l'ordre juridique d'une décision affectée d'un vice grave constituerait le fondement de l'ouverture *contra legem* de cette voie de recours. Pour cela, il est cependant nécessaire d'écarter l'interprétation restrictive adoptée par la Cour de cassation qui limite l'usage dudit recours pour la contestation des actes juridictionnels.

401. Néanmoins, des limites à cette voie de recours doivent être établies afin de garantir la bonne administration de la justice et éviter un afflux du contentieux. Nous défendons ainsi que le recours-nullité autonome soit utilisé contre les actes de gestion procédurale faisant grief aux parties en cas de violation manifeste d'un principe fondamental de la procédure qui provoque un grief avéré à la partie. C'est la juridiction judiciaire supérieure à celle qui a statué qui doit être compétente pour juger un tel recours. Une autre possibilité serait la modification même de l'article 537 du Code de procédure civile français afin de permettre le recours contre les actes d'administration judiciaire en cas de violation manifeste d'un principe fondamental de la procédure, à charge pour la partie qui l'invoque de démontrer le préjudice que lui cause l'acte de gestion procédurale. Par cette modification, il ne serait plus nécessaire de « juridictionnaliser » l'acte administratif judiciaire afin de permettre sa contestation, manœuvre identifiée également en droit judiciaire privé brésilien.

CHAPITRE 2

LES ACTES DE GESTION PROCEDURALE EN DROIT JUDICIAIRE PRIVE BRESILIEN : LA CONTESTATION DES ACTES PREJUDICIABLES D'IMPULSION DE L'INSTANCE

402. Selon la majorité de la doctrine et de la jurisprudence brésiliennes, la différence entre les « despachos » et les décisions interlocutoires consistait en l´aptitude des « decisões interlocutórias » à provoquer des griefs aux parties en raison de leur contenu décisoire. Par conséquent, si un acte de gestion procédurale provoquait des griefs aux parties, il était qualifié de décision interlocutoire, afin de permettre sa contestation par l'utilisation du recours d'« agravo ».

Pourtant, l'établissement d'une liste exhaustive des décisions interlocutoires passibles d'être immédiatement remises en cause par l'utilisation de l'« agravo de instrumento »[1229] enlève la propre finalité pratique visée par la thèse qui défendait la modification de la nature juridique de l'acte selon les effets préjudiciables y attachés. Ainsi, il n'est plus suffisant d'établir une définition négative de « despacho », surtout quand nous constatons l'existence de contenu décisoire dudit acte d'impulsion processuelle et les effets préjudiciables qu'il peut provoquer[1230].

Le critère du grief n'étant pas suffisant pour identifier les différents « pronunciamentos » du juge, il faut alors établir une définition positive de « despacho », selon le contenu et la finalité de l'acte judiciaire, afin de permettre la qualification de ceux qui sont situés dans des zones grises et sur lesquels la doctrine et la jurisprudence divergent sur leur nature juridique (section 1). Dans ce contexte, si l'acte de gestion procédurale provoque des préjudices, mieux que défendre la modification de la nature juridique de l'acte, il faut trouver, dans l'ordre juridique, des moyens processuels disponibles pour contester le « pronunciamento » judiciaire préjudiciable (section 2).

[1229] Conformément à l'article 1.015 du Code de procédure civile de 2015 : V. *supra,* nº 73 s.
[1230] V. *supra,* nº 147.

Section 1 : Pour l'abandon du critère relatif à l'absence de grief dans la qualification des « despachos » en droit judiciaire privé brésilien

403. La différence entre les « despachos » et les décisions interlocutoires est établie en raison de l´aptitude de celles-ci à provoquer des griefs aux parties en raison de leur contenu décisoire. Par conséquent, les « pronunciamentos » judiciaires qui visent au bon déroulement de l'instance peuvent être qualifiés soit de « despacho », soit de décision interlocutoire, d'après leur aptitude ou non de causer des préjudices. Les actes de gestion procédurale englobent, en droit judiciaire privé brésilien, ces deux types de « pronunciamentos »[1231].

Si l'adoption du critère du grief dans la qualification des actes judiciaires vise à concrétiser la norme établie dans l'article 5, XXXV, de la Constitution de la République, permettant la contestation judiciaire des actes de gestion procédurale qui causaient des préjudices, elle subit des critiques, dans la mesure où la qualification de l'acte est réalisée en raison des effets juridiques produits, ce qui permet la modification de la nature juridique d'un même acte selon les conséquences vérifiées dans chaque cas d'espèce. Pourtant, la qualification des actes judiciaires doit être faite selon le contenu de l'acte pris, indépendamment de ses effets. Il faut alors abandonner le critère attaché aux griefs parce qu'il est inadéquat et insuffisant, l'acte judiciaire de gestion procédurale devant alors être identifié par son contenu d'impulsion de l'instance par le juge.

404. Si la doctrine et la jurisprudence convergent sur la qualification juridique de certains « pronunciamentos » du juge relatifs au bon déroulement de l'instance – comme c'est le cas de l'acte de gestion procédurale par lequel le juge invite les parties à exercer le contradictoire et à indiquer les preuves qu'elles veulent produire pour soutenir leurs

[1231] Comme l'affirme expressément Nelson Nery Junior et Rosa Maria de Andrade Nery, *in verbis : « En cas de préjudice, l'acte se caractérise comme une décision interlocutoire, susceptible d'être contesté par le recours d'"agravo", car le "despacho", pour n'avoir pas l'aptitude de causer des griefs, n'est pas susceptible de recours (CPC, art. 504). L'acte peut avoir, formellement, des caractéristiques d'un "despacho", mais, parce qu'il a causé des griefs, il a analysé une question incidente, en étant transformé dans une décision interlocutoire, dans la mesure où seulement celles-ci peuvent provoquer des préjudices à la partie ou à l'intéressé »* (traduction libre) : NERY JUNIOR Nelson e NERY Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante,* préc., p. 452.

prétentions[1232] ; demande la régularisation de la représentation *ad litem*[1233] ; détermine la jonction ou la disjonction d´instances[1234] ; fixe les délais et la date d´audience[1235], conduisant l´instance selon la procédure établie par la loi[1236] –, il y en a d´autres dont l'identification demeure plus difficile, l'utilisation du critère proposé pouvant orienter la reconnaissance de la nature juridique des actes situés dans des zones grises, comme ceux qui déterminent l´amendement de la demande initiale de l'instance (§ 1) et ceux qui ordonnent la citation du défendeur (§ 2).

§ 1 : Le « pronunciamento » du juge qui ordonne l´amendement de l'acte introductif de l´instance

405. Selon l'article 319 du Code de procédure civile brésilien de 2015[1237], la demande introductive de l´instance doit contenir l'indication de la juridiction devant laquelle elle est portée ; les noms, prénoms, état civil, l'existence ou non d'un partenariat (« união estável »), la profession, le numéro du CPF (registre de personnes physiques) ou CNPJ (registre national de personnes juridiques) ; l'adresse électronique, domicile et résidence de l´auteur et du défendeur ; l'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit ; les prétentions de l´auteur avec ses spécifications ; la valeur du litige ; les moyens de preuve avec lesquels le demandeur veut démontrer la véracité des faits soutenus et l'option de l'auteur pour la réalisation ou non de l'audience de conciliation ou

[1232] Cour supérieure de justice, Deuxième chambre, « Agravo Regimental no Recurso Especial » nº 1406234/PR, Ministre rapporteur : Mauro Campbell Marques, date du jugement : 10/11/2015, date de la publication : 19/11/2015.
[1233] Cour supérieure de justice, Troisième chambre, « Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial » nº 684704/MS, Ministre rapporteur : Marco Aurélio Bellizze, date du jugement : 23/06/2015, date de la publication : 30/06/2015.
[1234] Cour supérieure de justice, Deuxième chambre, « Agravo Regimental no Agravo de Instrumento » nº 239377/SP, Ministre rapporteur : Nancy Andrighi, date du jugement : 6/04/2000, date de la publication : 15/05/2000.
[1235] Cour supérieure de justice, Troisième chambre, « Recurso Especial » nº 828373/SP, Ministre rapporteur : Castro Filho, date du jugement : 17/08/2006, date de la publication : 11/09/2006.
[1236] V. *supra,* note nº 539.
[1237] Dans le Code de procédure civile de 1973, l'article 282 prévoyait les informations qui devaient être indiquées dans la demande introductive de l'instance.

de médiation. La demande initiale doit également être accompagnée des documents indispensables à la demande en justice[1238].

Si l´acte introductif de l´instance ne remplit pas ces conditions ou s´il présente des défauts ou des irrégularités capables de rendre plus difficile le jugement sur le fond, le juge, en raison du principe de coopération prévu à l'article 6º du nouveau code[1239], ordonnera son amendement, dans le délai de quinze jours, sous peine de « refuser » la demande initiale et d´éteindre l´instance sans examen au fond[1240]. Il appartient alors au juge de réaliser, dès le déclenchement de l´instance, le contrôle de la régularité formelle du procès. Ainsi, si l´organe juridictionnel constate des irrégularités dans la demande introductive de l´instance qui peuvent être couvertes par leur régularisation, il doit déterminer son amendement.

[1238] Conformément à l´article 283 du Code de procédure civile de 1973 et à l'article 320 du Code de procédure civile de 2015. – Il faut indiquer que l'article 329 du *codex* de 2015 établit, *in verbis* : *« L'auteur pourra : I – jusqu'à la citation, insérer ou modifier la demande ou la causa petenti, indépendamment du consentement du défendeur ; II – jusqu'à la décision d'assainissement et d'organisation de la procédure (« saneamento », prévu à l'article 357), insérer ou modifier la demande ou la causa petenti, assuré le contradictoire par la possibilité de manifestation dans le délai de quinze jours, faculté la demande de preuve supplémentaire »* (traduction libre). – Ainsi, *« la nouvelle loi procédurale permet la modification des prétentions et de la causa petenti, indépendamment du consentement du défendeur, si avant la citation. Après la citation, jusqu'au "saneamento" de la procédure (art. 357 du CPC/15), la modification dépendra du consentement du défendeur (v. art. 329 du CPC/15). La mutation libelli, dans cette hypothèse, découlera du negotium juridique processuel entre les parties. (...) Rien empêche qui, dans le cas, ait negotium juridique processuel parmi les parties et l'organe juridictionnel, afin qu'il ait modification de la demande ou de la causa petenti après la décision de "saneamento". C'est l'application de l'article 190 do CPC/2015 »* (traduction libre) : MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 545. – L'organisation de la procédure, réalisée par le « saneamento », englobe deux dimensions, comme l'explique la doctrine, *in verbis : « L'organisation du procès a un double sens. Le premier est rétrospectif et a comme objet les éventuels obstacles processuels capables d'empêcher l'examen au fond (...). Le second est prospectif et son objet est la délimitation du thema probandum (art. 357, II), la spécification des moyens de preuve (art. 357, II), la définition de la charge de la preuve (art. 357, III), la délimitation du thema decidendum ("questions de droit importantes pour l'examen au fond de l'affaire", art. 357, IV) et la désignation de l'audience d'instruction et de jugement, si elle est pertinente (art. 357, V) »* (traduction libre): MARINONI Luiz Guilherme, ARENHART Sérgio Cruz e MITIDIERO Daniel, *Novo curso de processo civil : tutela dos direitos mediante procedimento comum,* v. 2, préc., p. 240.

[1239] DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, préc., p. 558.

[1240] Conformément à l´article 321 du Code de procédure civile de 2015. L'article 284 du Code de procédure civile de 1973 prévoyait un délai de dix jours pour la réalisation de l'amendement de l'acte introductif de l'instance.

406. Sous l'empire du Code de procédure civile de 1973, une partie de la doctrine défendait que l'acte qui ordonne l´amendement de l´acte introductif de l´instance avait du contenu décisoire et pouvait provoquer des préjudices au demandeur. Dans cette perspective, Bernardo Pimentel Souza donnait l´exemple de l´acte du juge qui détermine la modification de la valeur du litige indiquée par le demandeur[1241]. Selon l´auteur, cet acte devait être qualifié de décision interlocutoire, dans la mesure où la modification de la valeur du litige peut provoquer le changement de la procédure à suivre[1242], la fermeture des voies de recours contre le jugement (taux du ressort)[1243] et, en outre, modifier l´organe juridictionnel compétent pour en connaître[1244].

La jurisprudence, de son côté, soutient que l´acte du juge qui détermine l´amendement de la demande introductive de l´instance est, en règle, un simple « despacho » sans contenu décisoire et insusceptible de recours, dans la mesure où il vise à assurer le déroulement normal de la procédure, sans provoquer des préjudices aux parties[1245]. Néanmoins, quand l´acte ordonne la modification de la valeur du litige, la jurisprudence de la Cour supérieure de justice admettait, lorsqu'était en vigueur le code de 1973, le recours d´« agravo » pour contester l´acte, en raison du préjudice que la détermination pouvait provoquer, comme l'indiquait la Cour, *in verbis* :

> *« Les actes pris par le juge sont, parmi d´autres, des jugements, des décisions interlocutoires et des "despachos". Les "despachos de simples expediente" seulement impulsent la marche procédurale, sans provoquer des griefs ou favoriser les parties, étant insusceptibles de recours. La décision du juge unique qui a déterminé la modification de la valeur du litige a alors dépassé les limites de la simple impulsion officielle, démontrant du potentiel pour provoquer des*

[1241] SOUZA Bernardo Pimentel, *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, préc., pp. 363-365.
[1242] V. l´article 275, I, du Code de procédure civile de 1973 (avec la rédaction donnée par la loi nº 10.444 de 2002) qui établit l´observance d´une procédure abrégée en raison du montant de la demande (montant égal ou inférieur à soixante fois la valeur du salaire minimum). – Selon l'article 1.046 du Code de procédure civile de 2015, les normes relatives à la procédure abrégée prévues dans le *codex* antérieur s'appliquent aux demandes en cours et non jugées jusqu'à l'entrée en vigueur du Code de procédure civile de 2015.
[1243] V. l´article 34 de la loi nº 6.830 de 1980 qui empêche certaines voies de recours contre les jugements qui ont condamné le trésor public à payer des sommes inférieures à une valeur déterminée.
[1244] V. les articles 2 et 3 de la loi nº 10.259 de 2001, concernant la compétence des « juizados especiais » de la Justice fédérale, les juridictions compétentes pour juger les « crimes de petit potentiel offensif » et pour trancher les litiges dont la valeur n´excède pas soixante fois la valeur du salaire minimum.
[1245] Cour supérieure de justice, Sixième chambre, « Recurso Especial » n° 257.613/SP, Ministre rapporteur : Fernando Gonçalves, date du jugement : 6/12/2001, date de la publication : 18/02/2002.

> *griefs à la partie, étant, par conséquent, susceptible d´être contestée par l´"agravo de instrumento" (précédents : REsp nº 891.671/ES, rapporteur Ministre Castro Meira, DJU de 15/03/2007; et REsp nº 907.303/ES, rapporteur Ministre José Delgado, DJU de 13/08/2007). Mutatis mutandis, la situation ressemble à celle du REsp 302.266-SC, dans lequel: "le 'despacho' qui détermine l´amendement de la demande introductive de l´instance n´est pas susceptible de recours. Toutefois, dans le cas sub judice, le refus d´analyser l´'agravo de instrumento' qui a contesté la décision qui a déterminé l´amendement de l´acte introductif de l´instance (...) a avancé la limite de la simple impulsion processuelle et la fermeture de voie de recours viole l´article 162, § 2º, du CPC (de 1973) »* (traduction libre)[1246].

407. En analysant le sujet, maintenant sous la perspective du nouveau Code de procédure civile de 2015, José Miguel Garcia Medina affirme que l'acte du juge qui détermine l'amendement de l'acte introductif de l'instance n'est pas un simple « despacho », mais une décision interlocutoire en raison de son contenu décisoire et des griefs qu'il peut provoquer, *in verbis :*

> *« Le Code de procédure civile de 2015 établit, expressément, que, en déterminant l'amendement de la demande introductive de l'instance, le juge doit indiquer "avec précision ce qui doit être corrigé ou complété" (art. 321 CPC/2015). Considérant que ce "pronunciamento" judiciaire porte du contenu décisoire et peut provoquer des griefs (par exemple, dans les hypothèses où il n'y a pas irrégularité à corriger, l'absence d'amendement de la demande introductive de l'instance provoquera le rejet liminaire et indu de l´acte introductif de l´instance, voir art. 321, paragraphe unique, du CPC/2015), il n'est pas un simple*

[1246] Cour supérieure de justice, Première chambre, « Recurso Especial » n° 884794/RJ, Ministre rapporteur : Luiz Fux, date du jugement : 4/11/2008, date de la publication : 27/11/2008. – V. aussi : Cour supérieure de justice, Deuxième chambre, « Recurso Especial » n° 1204850/RS, Ministre rapporteur : Mauro Campbell Marques, date du jugement : 21/09/2010, date de la publication : 8/10/2010, *in verbis : « Cette cour défend la thèse selon laquelle le "despacho" qui ordonne l´amendement de l´acte introductif de l´instance est insusceptible de recours. Toutefois, on admet l´utilisation de l´"agravo de instrumento", prévu à l´article 522 du CPC, quand ledit "despacho" provoque des griefs à la partie. Dans le cas sub judice, l´organe juridictionnel a déterminé l´amendement pour la modification de la valeur du litige. Dans cette hypothèse, la modification de la valeur du litige provoquera des griefs à la partie, dans la mesure où cette valeur détermine les frais qui sont à la charge des plaideurs »* (traduction libre). – Cour supérieure de justice, Deuxième chambre, « Recurso Especial » n° 891671/ES, Ministre rapporteur : Castro Meira, date du jugement : 6/03/2007, date de la publication : 15/03/2007, *in verbis : « Dans certaines hypothèses, la règle selon laquelle le "despacho" qui ordonne l´amendement de l´acte introductif de l´instance n´est pas susceptible de recours doit être relativisée, exigeant alors la vérification si l´acte contesté renverse ou non la législation procédurale de sorte à provoquer des griefs à la partie »* (traduction libre). – Cour supérieure de justice, Deuxième chambre, « Recurso Especial » n° 1248474/PR, Ministre rapporteur : Mauro Campbell Marques, date du jugement : 24/05/2011, date de la publication : 31/05/2011, *in verbis : « (...) l´acte qui ordonne l´amendement de l´acte introductif de l´instance (...) est une décision qui peut être frappée d´"agravo de instrumento"»* (traduction libre).

"despacho", mais une décision interlocutoire (v. art. 203, § 2º, du CPC/2015) » (traduction libre)[1247].

408. Pourtant, en déterminant l´amendement de la demande introductive de l'instance, le juge prend une décision concernant la conformité de l´acte aux règles procédurales. L´invitation au demandeur pour procéder à l´amendement de la demande introductive de l´instance constitue un simple acte de gestion procédurale destinée à ajuster la demande initiale aux conditions établies par la loi, permettant, par conséquent, le déroulement régulier de l´instance et, finalement, la résolution du litige[1248]. Ledit « pronunciamento » judiciaire est ainsi un simple « despacho », dont les griefs qui y sont éventuellement attachés ne peuvent pas être en mesure de transformer la nature juridique de l'acte qui vise au bon déroulement de l'instance. Les mêmes finalités sont identifiées dans l'acte du juge qui désigne la date d'audience de conciliation ou de médiation et, à défaut, ordonne la citation du défendeur.

§ 2 : L´acte du juge qui ordonne la citation du défendeur

409. Le juge réalise, dès le déclenchement de l´instance, le contrôle de la régularité formelle du procès. Ainsi, il vérifie, avant d´ordonner la citation du défendeur, si la demande introductive de l´instance contient les conditions établies par le législateur[1249] et si les prétentions de l´auteur sont recevables[1250]. Dans l'affirmative, à savoir, s´il estime

[1247] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 535.

[1248] Cour supérieure de justice, Deuxième chambre, « Agravo Regimental no Agravo de Instrumento » n° 795153/MG, Ministre rapporteur : Herman Benjamin, date du jugement: 22/05/2007, date de la publication: 23/10/2008 qui établit, *in verbis: « Le "despacho" qui détermine l´amendement de l´acte introductif de l´instance n´est pas susceptible de recours en raison de l´absence de contenu décisoire »* (traduction libre). – Cour supérieure de justice, Sixième chambre, « Recurso Especial » n° 257613/SP, Ministre rapporteur : Fernando Gonçalves, date du jugement : 6/12/2001, date de la publication : 18/02/2002. – Cour supérieure de justice, Cinquième chambre, « Recurso Especial » n° 66123/RJ, Ministre rapporteur : Edson Vidigal, date du jugement : 13/10/1998, date de la publication : 16/11/1998, *in verbis : « La détermination d´amendement de l´acte introductif de l´instance est un "despacho de simples expediente",* n´étant pas susceptible d´être frappé d´"agravo de instrumento" » (traduction libre). – V. aussi : ROCHA José de Moura, « A sentença liminar e o princípio da economia processual », *Revista Forense*, ano 72, v. 254, p. 74.

[1249] Conformément aux articles 282 et 283 du Code de procédure civile de 1973 et aux articles 319 et 320 du Code de procédure civile de 2015.

[1250] L´article 295 du Code de procédure civile de 1973 prévoyait, *in verbis : « L´acte introductif de l´instance sera refusé : I – quand il est inepte ; II – pour défaut de qualité ; III – pour défaut d´intérêt ; IV –*

que la demande initiale est en conformité avec les déterminations légales, ou après l´amendement de l´acte par l´auteur, le juge prend un « despacho » préliminaire/introductif de contenu positif, appelé « despacho *in limine* », par lequel il ordonne la citation du défendeur et désigne une audience de conciliation ou de médiation, conformément à l'article 334 du Code de procédure civile de 2015[1251].

410. L´acte du juge qui ordonne la citation du défendeur était explicitement qualifié par le *codex* de 1973 de « despacho »[1252]. Pourtant, certains auteurs n'étaient pas d´accord avec cette qualification. Rita Gianesini, par exemple, analysant la matière dans la perspective du Code de procédure civile précédent, a soutenu la thèse selon laquelle l´acte du juge qui ordonne la citation du défendeur contient une décision implicite concernant la régularité de la demande introductive de l´instance. Selon l'auteur, dans ce cas, la demande initiale a été l´objet, même superficiel, de l´appréciation du magistrat sur la conformité de l'acte introductif de l'instance avec la législation. De plus, cette décision provoquerait des préjudices au défendeur qui serait alors conduit à supporter les droits et les obligations de sa nouvelle condition de partie à l´instance. Pour ces motifs, Rita Gianesini a défendu que ledit acte devrait être qualifié de décision interlocutoire susceptible d´être frappée d´« agravo de instrumento », dans la mesure où la décision provoquait des griefs graves, dont la réparation restait difficile[1253].

---

quand le juge constate la déchéance ou la prescription ; V – quand la procédure choisie par l´auteur n'est pas adéquate à la nature de la prétention ou à la valeur du litige, quand il ne sera pas refusé s´il peut s´adapter à la procédure adéquate ; VI – quand les déterminations de l´article 39, paragraphe unique, première partie, et de l´article 284 ne sont pas observées » (traduction libre). – L'article 330 du Code de procédure civile de 2015 prescrit, *in verbis : « L'acte introductif de l'instance sera refusé quand : I – il est inepte ; II – la partie n'a pas qualité pour agir ; III – le demandeur n'a pas intérêt processuel ; IV – la prescription des articles 106 e 321 ne sont pas remplies »* (traduction libre).

[1251] Selon l'article 334 du Code de procédure civile de 2015, si la demande introductive de l´instance contient les conditions essentielles établies par le législateur et n'étant pas le cas de refuser la demande *in limine*, le juge doit désigner une audience de conciliation ou de médiation avec un préavis *minimum* de trente jours, le défendeur devant présenter sa contestation en cas de non composition par les parties.

[1252] Selon l'article 285 du Code de procédure civile brésilien de 1973, *in verbis : « Étant régulière la demande introductive de l´instance, le juge prendra un "despacho", ordonnant la citation du défendeur pour qu´il réponde (...) »* (Rédaction donnée par la loi nº 5.925 de 1973 ; traduction libre).

[1253] GIANESINI Rita, « Da recorribilidade do "cite-se" », *in* NERY JÚNIOR Nelson e WAMBIER Teresa Arruda Alvim (dir.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, v. 4, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 936-943.

En traitant du sujet lorsqu'était en vigueur le Code de procédure civile de 1973, José Carlos Barbosa Moreira a soutenu, également, que l'acte qui détermine la citation du défendeur présuppose l´analyse préalable par l´organe juridictionnel des questions concernant la régularité de la demande initiale de l'instance et les conditions de l´action[1254]. Ainsi, selon l´auteur, l´acte ne serait pas un simple acte d´impulsion processuelle, mais, au contraire, il résoudrait des questions incidentes, étant alors *« plus proche d´une décision interlocutoire que d´un "despacho de simples expediente" »* (traduction libre)[1255].

411. Cette thèse juridique n´est pourtant pas confortée par toute la doctrine[1256] et la jurisprudence[1257] brésiliennes, surtout quand nous considérons qu'il n´y a pas de

[1254] Il n'est pas désintéressant de rappeler que le Code de procédure civile brésilien de 2015 n'utilise plus la catégorie « conditions de l'action » prévue dans le *codex* précédent qui englobait la possibilité juridique de la demanda, la qualité pour agir et l'intérêt pour agir, comme l'explique Fredie Didier Junior, *in verbis : « Dans le chapitre sur la théorie de l'action nous avons vu que le CPC actuel n'utilise plus de la catégorie "conditions de l'action" comme genre duquel la qualité pour agir et l'intérêt pour agir sont les espèces. Le CPC continue à régler ces espèces d'exigences de recevabilité du procès, mais pas sous la rubrique "condition de l'action" »* (traduction libre) : DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. 1, préc., p. 342. – V. aussi : MARINONI Luiz Guilherme, ARENHART Sérgio Cruz e MITIDIERO Daniel, *Novo curso de processo civil : tutela dos direitos mediante procedimento comum,* v. 2, préc., p. 173, *in verbis : « Bien que le Code ait aboli la catégorie des conditions de l'action, le jugement qui considère que la partie n'a pas qualité pour agir en justice ou que l'auteur n'a pas intérêt pour agir, détermine l'extinction du procès sans examen au fond de l'affaire (art. 330, II et III). Le Code a considéré que la qualité et l'intérêt sont des exigences pour l'analyse du meritum causæ, même s'ils ne conditionnent pas l'exercice de l'action – qui existe et garantit l'activité juridictionnelle, indépendamment que l'auteur ait qualité pour agir ou ait de l'intérêt »* (traduction libre).

[1255] MOREIRA José Carlos Barbosa, *O novo processo civil brasileiro : exposição sistemátia do procedimento*, préc., p. 24, *in verbis : « Malgré la dénomination traditionnelle, adoptée par le Code (v. art. 285, verbe "despachará"), le "despacho" liminaire ne s'harmonise pas, por sa nature, avec le concept de simple "despacho". La loi clairement le donne du contenu décisoire, déterminant ou permettant qui diverses questions soient résolues dans lui. L'acceptation de la demande de citation du défendeur présuppose, en effet, que l'organe juridictionnel ait apprécié (et résolu dans le sens affirmatif) toutes les questions avant énumérées, malgré cela ne signifie pas qu'il ait forclusion. Ce n'est pas un pur acte d'impulsion procédurale. (...) Cela implique la solution, dans le cours de l'instance, des questions incidentes (art. 162, § 2º) »* (traduction libre). – V. aussi : SOUZA Bernardo Pimentel, *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, préc., pp. 365-367.

[1256] THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil,* préc., p. 315. – WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro,* préc., pp. 132-133. – WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença,* préc., pp. 38-39. – WAMBIER Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO Maria Lúcia Lins, RIBEIRO Leonardo Ferres da Silva e MELLO Rogério Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo,* préc., p. 419. – Marcus Vinicius Rios Gonçalves affirme que le juge, en déterminant la citation du défendeur, considère implicitement que la demande initiale de l'instance est régulière. Pourtant, il qualifie de « despacho » ledit « pronunciamento » judiciaire : GONÇALVES Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*, v. 1, préc., pp. 270-271.

décisions implicites en droit brésilien, toute décision devant être explicite, motivée et publique, conformément à l´article 93, IX, de la Constitution[1258]. En outre, cet acte vise à informer une personne qu´un procès lui est fait, en l'avertissant que s´il ne comparaît pas, il s´expose à ce qu´un jugement soit rendu contre lui à partir de seuls éléments fournis par son adversaire. L´acte du juge est ainsi un acte de gestion procédurale, un « despacho » qui promeut le déroulement de l´instance, convoquant le défendeur à comparaître à l'audience de conciliation ou de médiation et à composer le lien juridique d´instance.

En outre, la citation du défendeur pour détermination du juge n´empêche pas que le magistrat vérifie postérieurement l´existence des irrégularités dans la demande introductive de l´instance ou même l'irrecevabilité de l'acte, de manière à ce que le « pronunciamento » du juge qui ordonne la citation du défendeur ne signifie pas la forclusion de la matière, comme l'avertit José Miguel Garcia Medina en traitant de l'article 334 du Code de procédure civile de 2015, dès lors que « *l'admission de la demande introductive de l'instance par le juge, avec la citation du défendeur qui suit, ne*

[1257] Cour supérieure de justice, Troisième chambre, « Agravo Regimental no Agravo de Instrumento » n° 1267544/CE, Ministre rapporteur convoqué : Vasco Della Giustina, date du jugement : 26/04/2011, date de la publication : 6/05/2011, *in verbis : « L´acte de la juridiction de première instance qui ordonne la citation du débiteur pour satisfaire l´obligation à laquelle il a été condamné n´est pas un acte qui, pendant l´instance, résout une question incidente. Ainsi, il n´est pas une décision interlocutoire, conformément à l´article 162, § 2º, du Code de procédure civile, étant, alors, insusceptible d´être frappé d´"agravo de instrumento"* (traduction libre). – Cour supérieure de justice, Cinquième chambre, « Recurso Especial » n° 638870/SC, Ministre rapporteur : Arnaldo Esteves Lima, date du jugement : 16/05/2006, date de la publication : 19/06/2006, *in verbis* : *« (...) Le "despacho" qui ordonne la citation de l´"executado" – le débiteur dont les biens sont saisis pour satisfaire la prétention de la partie gagnante – n´est pas une décision, constituant un "despacho de simples expediente", insusceptible de recours, selon l´article 504 du CPC »* (traduction libre). – Cour supérieure de justice, Deuxième chambre, « Agravo Regimental no Recurso Especial » n° 781952/MG, Ministre rapporteur : Herman Benjamin, date du jugement : 18/12/2008, date de la publication : 13/03/2009, *in verbis* : *« L´acte du juge qui ordonne l´assignation du défendeur dans le procès d´exécution est un "despacho" insusceptible de recours ("agravo de instrumento") en raison de l´absence de contenu décisoire »* (traduction libre). – Cour supérieure de justice, Quatrième chambre, « Recurso Especial » n° 9031/MG, Ministre rapporteur : Salvio De Figueiredo Teixeira, date du jugement : 18/02/1992, date de la publication : 30/03/1992, *in verbis: « Le juge qui s´est limité à ordonner l´assignation du défendeur en première instance ne peut pas être récusé en appel (art. 134, III, CPC), dans la mesure où l´acte pris en première instance ne constitue pas une décision (art. 162, CPC) »* (traduction libre). – Cour supérieure de justice, Troisième chambre, « Agravo Regimental no Agravo de Instrumento » nº 1.267.544, Ministre rapporteur : Vasco Della Giustina, date du jugement : 26/04/2011, date de la publication : 6/05/2011.

[1258] V. *supra,* note nº 244.

signifie pas qu'il y ait décision "implicite". Le juge peut, postérieurement, se manifester sur l'absence des exigences de l'action » (traduction libre)[1259].

Si, pourtant, l'acte de gestion procédurale n'est pas susceptible de recours, il faut chercher dans les systèmes juridiques brésilien et interaméricain d'autres voies de contestation.

CONCLUSION DE LA SECTION 1

412. Le critère du grief n'est pas suffisant pour identifier les différents « pronunciamentos » du juge. La qualification des actes judiciaires doit être faite selon le contenu de l'acte pris, indépendamment de ses effets. Le « despacho » doit alors être identifié de manière positive au regard de son contenu d'impulsion de l'instance par le juge. Dans ce contexte, si l'acte de gestion procédurale provoque des préjudices, mieux que de défendre la modification de la nature juridique de l'acte, il faut trouver des moyens processuels disponibles pour contester le « pronunciamento » judiciaire préjudiciable.

Section 2 : Pour l'utilisation des moyens disponibles dans les systèmes juridiques brésilien et interaméricain contre les actes préjudiciables de gestion procédurale

413. Selon ce qui est expressément établi dans l'article 504 du Code de procédure civile de 1973 et dans l'article 1.001 du *codex* de 2015, les « despachos » ne sont pas susceptibles de recours. Pourtant, même s´ils n´ont pas la même densité décisoire que les jugements ou les décisions interlocutoires, les « despachos » sont des décisions *lato sensu* concernant le déroulement de la procédure et qui peuvent affecter – et affectent plusieurs fois – les droits (substantiels et procéduraux) des parties. Comment défendre l´absence de grief d´un acte qui fixe une date d´audience éloignée, de celui qui détermine le

[1259] Pourtant, comme l'explique José Miguel Garcia Medina, *« il peut arriver, dans le régime du CPC/2015, de n'être pas désignée l'audience de conciliation, si l'une des parties, ou les deux, manifeste l'absence d'intérêt dans la composition amicale du litige ou, encore, quand l'autocomposition n'est pas admise »* (traduction libre) : MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 559.

déroulement de l´instance en désaccord avec la procédure établie par la loi ou même de l´acte du juge qui reçoit les conclusions en défense et ne donne pas à l'autre partie l´opportunité de se manifester sur son contenu ?

Même étant lié au déroulement de l´instance, même ayant un contenu décisoire moins dense, le « despacho » peut causer des griefs aux parties, ce qui a amené les praticiens du droit à chercher différents outils processuels aptes à contester les « despachos » préjudiciables. En fait, la thèse défendue par la majorité de la doctrine et de la jurisprudence brésilienne qui défend la modification de la nature juridique des actes – les « despachos » se transfigurant en décisions interlocutoires – visait justement à permettre l'utilisation du recours d'« agravo » contre ces actes de gestion procédurale préjudiciables, certains auteurs défendant même l'utilisation dudit recours *contra legem* (§ 1). Pourtant, l'établissement par le législateur de 2015 d'une liste exhaustive de décisions interlocutoires susceptibles d'être immédiatement remises en cause a retiré partiellement l'utilité pratique de défendre la modification de la nature juridique de l'acte de gestion procédurale, exigeant alors la vérification de la pertinence et de l'efficacité de l'utilisation de la « correição parcial » (§ 2), du « mandado de segurança » (§ 3), de la « representação por excesso de prazo » (§ 4) et des pétitions et dénonciations devant la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l´Homme (§ 5) pour attaquer les actes de gestion procédurale préjudiciables.

§ 1 : L´utilisation de l´« agravo »

414. Comme nous avons précédemment étudié[1260], la rédaction originale de l´article 504 du Code de procédure civile de 1973 établissait que les « despachos de simples expediente » n´étaient pas susceptibles de recours. La nomenclature utilisée spécifiquement dans l'article – « despachos de simples expediente » – et la pluralité de termes employés dans le code pour traiter des « despachos » ont provoqué l'émergence d´une thèse selon laquelle il existaient deux types de « despachos »[1261] : les « despachos » tout simplement et les « despachos de simples expediente » ou « despachos de

[1260] V. *supra,* nº 148.
[1261] V. *supra,* nº 148 s.

expediente ». Si ceux-ci étaient insusceptibles de recours, en raison de la rédaction originale de l´article 504 du CPC de 1973, ceux-là pouvaient être frappés de recours[1262].

La loi nº 11.276 de 2006 a donné une nouvelle rédaction à l´article 504 du *codex* de 1973, établissant que les « despachos » – et non plus les « despachos de simples expediente » – n'étaient pas susceptibles de recours. Le législateur réformateur a ainsi voulu établir, définitivement, l´impossibilité de recours contre les « despachos », empêchant qu'une thèse juridique fondée sur la pluralité de nomenclatures fût utilisée pour ouvrir des voies de recours contre ces actes. Par conséquent, la majorité de la doctrine[1263] et de la jurisprudence[1264] brésiliennes défendait, en adoptant une interprétation littérale de l´article 504 du Code de procédure civile brésilien de 1973, que les « despachos » étaient insusceptibles de recours[1265].

[1262] ARAGÃO Egas Dirceu Moniz de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, préc., p. 39.

[1263] DINAMARCO Cândido Rangel, préc., pp. 498-499. – DIDIER JUNIOR Fredie, CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Curso de direito processual civil,* v. 3, préc., p. 32. – SOUZA Bernardo Pimentel, *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, préc., pp. 53-54. – THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil,* préc., p. 202.

[1264] Cour supérieure de justice, Première chambre, « Agravo Regimental no Recurso Especial » n° 1009082/MG, Ministre rapporteur : Denise Arruda, date du jugement : 24/06/2008, date de la publication : 4/08/2008, *in verbis : « Dans le système processuel en vigueur, les "despachos de simples expediente" ne sont pas susceptibles de recours (CPC, article 504) »* (traduction libre). – Cour supérieure de justice, Troisième chambre, « Agravo Regimental no Agravo de Instrumento » n° 619872/PR, Ministre rapporteur convoqué : Vasco Della Giustina, date du jugement : 19/03/2009, date de la publication : 31/03/2009, *in verbis : « Le "despacho" qui ordonne une nouvelle distribution de l´affaire n´est pas susceptible de recours, dans la mesure où il est un simple acte "ordinatório" qui ne provoque pas de griefs aux parties »* (traduction libre). – Cour supérieure de justice, Deuxième chambre, « Recurso Especial » n° 961541/MG, Ministre rapporteur : Castro Meira, date du jugement : 27/11/2007, date de la publication : 10/12/2007, *in verbis* : *« Le "despacho" par lequel le juge envoie le dossier au expert-comptable est de "simples expediente" et, par conséquent, insusceptible de recours »* (traduction libre).

[1265] Il faut finalement remarquer qu'une partie de la doctrine défend la possibilité d'utiliser le recours d'« embargos de declaração » contre les « despachos », malgré la règle de l´article 504 du Code de procédure civile de 1973. V. dans ce sens la décision prise par le Ministre Marco Aurélio de la Cour fédérale suprême dans les « Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento » nº 260.674/ES, publié le 26/06/2001 dans le Journal Officiel, p. 84, cité par DIDIER JUNIOR Fredie, CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Cours de droit processuel civil,* v. 3, préc., p. 189, *in verbis : « les "embargos de declaração" visent à la complétude/intégration du "pronunciamento" judiciaire attaqué. Ils peuvent être utilisés en tous les procès et toutes les procédures pour contester des actes pris par le juge unique ou par la formation collégiale de jugement, étant, en outre, résistants à la règle qui empêche les voies de recours »* (traduction libre). – Jose Carlos Barbosa Moreira suit cette thèse juridique, affirmant que *« même si la loi, expressis verbis, qualifie l´acte comme insusceptible de recours, il faut interpréter la norme comme s´elle avait une réserve implicite concernant les "embargos de declaração" »* (traduction libre) : MOREIRA José Carlos Barbosa, *Comentários ao código de processo civil,* préc., n° 298, pp. 548-549. – DIDIER JUNIOR Fredie e CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Curso de direito processual civil*, v. 3, préc., p. 187. – Sur la matière : V. WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Omissão judicial e embargos de declaração,* préc., pp. 56-60.

415. Pourtant, une grande partie de la doctrine brésilienne[1266], suivie par la jurisprudence, a soutenu la thèse – défendue depuis le Code de procédure civile de 1973 – selon laquelle l´acte qui provoquait des griefs aux parties, même s´il promouvait le déroulement de l´instance, devrait être qualifié de décision interlocutoire susceptible d'être immédiatement attaqué par le recours d'« agravo ». D´après ces auteurs, dans cette hypothèse, le « despacho » changerait de nature juridique, devenant une décision interlocutoire en raison du préjudice provoqué, comme l'a affirmé Humberto Theodoro Júnior, *in verbis :*

> *« Il est important de distinguer les "despachos" des décisions interlocutoires, dans la mesure où ceux-là ne sont pas susceptibles de recours, tandis que celles-ci peuvent être frappées d´"agravo" (article 522, CPC). Pour cela, il faut considérer comme "despacho de simples expediente" les actes qui visent uniquement la promotion de l´impulsion processuelle, ne provoquant pas de préjudices à un droit ou à un intérêt des parties. "Si, pourtant, ces actes dépassent cette limite et causent des charges ou lèsent des droits, provoquant ainsi des griefs (surtout si le dommage est irréparable), ils ne seront plus des actes de 'simples expediente' et pourront être frappés de recours". Ils ne seront pas des "despachos", mais, en réalité, des décisions interlocutoires »* (traduction libre)[1267].

Avec cette théorie, la règle qui empêche les recours contre les « despachos » restait respectée, une fois qu´on n´était plus en présence d´un « despacho », mais d´une décision interlocutoire susceptible d´« agravo » selon la règle du Code de procédure civile de 1973[1268]. Pourtant, si une telle théorie concrétisait la norme de l´article 5, XXXV, de la Constitution de la République, permettant le contrôle immédiat par le Pouvoir judiciaire de toute lésion ou menace d´atteinte à un droit, elle était discutable dans la mesure où elle admettait la modification de la nature juridique d´un acte en raison de ses effets. Or, les effets d´un acte lui sont postérieurs, la qualification juridique d´un acte ne devant pas être dépendante de ses conséquences juridiques, mais de son essence.

[1266] V. ARAGÃO Moniz de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, préc., p. 45. – MARQUES José Frederico, *Manual de direito processual civil,* v. 3, préc., p. 72. – DIDIER JUNIOR Fredie e CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Curso de direito processual civil*, v. 3, préc., p. 34. – MARINONI Luiz Guilherme, ARENHART Sérgio Cruz e MITIDIERO Daniel, *Novo curso de processo civil : tutela dos direitos mediante procedimento comum,* v. 2, préc., p. 119. – SILVA Ovídio A. Baptista da, *Curso de processo civil,* v. 1, préc., pp. 201-202.

[1267] THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil,* préc., p. 234

[1268] Conformément à l'article 522 du Code de procédure civile brésilien de 1973.

416. En traitant de la matière lorsqu'était en vigueur le code précédent, Teresa Arruda Alvim Wambier a affirmé que, en règle générale, les « despachos » ne sont pas susceptibles de recours dû à leur contenu décisoire moins important, représentant la concrétisation presque automatique de la loi et n´exigeant pas, en général, une activité de nature interprétative. Selon l´auteur, l´article 504 du *codex* de 1973 contenait justement cette idée selon laquelle les « despachos » sont des actes incapables de provoquer des griefs, ne créant pas de préjudices et n´étant pas susceptibles de recours. Toutefois, l´auteur a reconnu que les « despachos » peuvent provoquer, quelques fois, des griefs en cas des erreurs flagrantes, *in verbis :*

> *« Pourtant, ils (les "despachos") peuvent provoquer, quelques fois, des griefs. Les "despachos" capables de causer des préjudices aux parties sont le résultat des erreurs flagrantes commises par les auxiliaires de la juridiction et confirmés par le juge ou réalisés directement par le magistrat. Dans ces hypothèses, selon nous, ils sont susceptibles de recours et le recours à utiliser est l´"agravo" »* (traduction libre)[1269].

Par conséquent, dans ces hypothèses et traitant du sujet dans la perspective du Code de procédure civile de 1973, une partie de la doctrine brésilienne a défendu que le contexte de l´acte pourrait ouvrir les voies de recours pour le contester, sans, pourtant, modifier sa nature juridique. L´ouverture de voies de recours constituerait ainsi une solution adéquate pour résoudre le problème du « despacho » erroné qui provoquait des préjudices, *in verbis :*

> *« (...) il ne serait pas admissible de laisser le problème sans solution. Il ne serait pas désirable, non plus, de chercher une solution plus complexe au lieu d´une autre plus simple. De cette façon, nous préférons défendre que les "despachos" erronés sont susceptibles de recours au lieu d´imposer l´utilisation du "mandado de segurança", qui ne serait pas, dans certaines hypothèses, la voie adéquate. Il ne serait pas, en outre, approprié d´utiliser la "correição parcial", remède inconstitutionnel devant les cours d'appel des Etats-membres »* (traduction libre)[1270].

[1269] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença,* préc., p.42
[1270] PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », préc., p. 59.

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro a suivi la thèse indiquée ci-dessus, en affirmant qu´il n´y aurait pas *« une autre solution compatible avec le système procédural et avec la Constitution de la République que le détachement de l´interprétation littérale, de sorte à permettre l´utilisation de l´"agravo" pour contester les "despachos" erronés »* (traduction libre)[1271]. De même, la jurisprudence admettait, lorsqu'était en vigueur le Code de procédure civile de 1973, l´utilisation de l´« agravo » pour contester les « despachos » qui provoquent des griefs[1272], visant à la contestation des actes de gestion procédurale préjudiciables.

417. Pourtant, le nouveau Code de procédure civile brésilien établit une liste exhaustive des décisions interlocutoires susceptibles d'être immédiatement remises en cause, conformément à l'article 1.015 du *codex* de 2015[1273], enlevant, par conséquent, l'effet pratique immédiat visé par la thèse qui défendait la modification de la nature juridique du « despacho » en décision interlocutoire afin de permettre la contestation immédiate de l'acte judiciaire d'impulsion de l'instance préjudiciable. Plus que jamais, il faut alors chercher dans le système juridique brésilien d´autres outils pour contester les « despachos » qui font grief, la « correição parcial » étant indiquée par certains auteurs comme le moyen adéquat pour attaquer l'acte.

§ 2 : L´utilisation de la « correição parcial »

418. Selon Araken de Assis[1274], la « correição parcial » a sa racine dans les Ordonnances Philippines (Livre 3, Titre 18, nº 5)[1275] et a été prévue dans l´article 669, § 15, du Règlement nº 737 de 1850. Des lois des Etats-membres et des règlements intérieurs des cours ont prévu, même avant l´ancien Code de procédure civile de 1939, l´utilisation de la « correição parcial » – aussi appelée « reclamação correicional » –

[1271] RIBEIRO Leonardo Ferres da Silva, « A definição dos pronunciamentos judiciais (sentenças, decisões interlocutórias e despachos) após as últimas alterações legislativas : impacto e efeitos no plano recursal », préc., pp. 382-383.
[1272] V. *supra,* nº 145 s.
[1273] Cela indiquant aussi qu'il n´y a pas un principe qui impose la possibilité de recours immédiat contre toute décision du juge, comme l'indique la doctrine : V. PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », préc., p. 47.
[1274] ASSIS Araken de, *Manual dos recursos,* préc., p. 88.
[1275] Droit portugais.

comme remède contre les actes du juge insusceptibles de recours et qui provoquaient des griefs aux parties en raison de l´inversion tumultueuse des actes du procès[1276], de la paralysie injustifiée de l´instance ou des délais déraisonnables[1277].

419. Après la promulgation du Code de procédure civile brésilien de 1973, une grande partie de la doctrine brésilienne a défendu l´extinction de la « correição parcial » dans l´ordre juridique, due à l'inscription dans le *codex* de 1973 des voies de recours contre toutes les décisions interlocutoires, ce qui aurait vidé l´intérêt dans son usage[1278], comme l'a affirmé Teresa Arruda Alvim, *in verbis :*

> *« Même si l´argument de l´inconstitutionnalité n´est pas retenu par certains (argument qui ne peut pas être utilisé dans le domaine de la Justice fédérale), la "correição parcial" est un remède qui, actuellement, reste sans objet et qui s'approche de son extinction. Selon nous, les décisions interlocutoires et les "despachos" sont susceptibles d´être frappés d´ "agravo" s´ils sont pris de manière erronée, provoquant des griefs. Ainsi, dans la pratique, la place pour la "correição parcial" a disparu ou, au moins, est devenue assez restreinte »* (traduction libre)[1279].

420. En outre, étant prévue dans les lois d´organisation judiciaire des Etats et dans les règlements intérieurs des cours d'appel, la « correição parcial » est considérée inconstitutionnelle par une partie de la doctrine brésilienne, considérant que seule l´Union fédérale a la compétence pour légiférer sur le droit processuel, conformément à l´article 22, I, de la Constitution de la République[1280]. Comme l'a affirmé Sérgio Bermudes, *« le fait d´être utilisée par l´intéressé, de provoquer le réexamen de l´acte contesté par un organe différent et d´empêcher la forclusion sont des attributs suffisants pour*

[1276] Le tumulte processuel doit être compris comme tout *error in procedendo* pratiqué par le juge pendant l´instance. Ainsi, si le juge, par exemple, ne suit pas la procédure établie par le Code de procédure civile ou s´il détermine la réalisation d´un acte avant ou après le moment prévu par le législateur ou sans observance des déterminations légales, son acte, bien qu´insusceptible de recours, pourra être contesté par la voie de la « correição parcial » s´il cause des griefs aux parties.
[1277] ASSIS Araken de, *Manual dos recursos,* préc., p. 881.
[1278] ASSIS Araken de, *Manual dos recursos,* préc., p. 884.
[1279] PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », préc., pp. 52-53.
[1280] L´article 22, I, de la Constitution de la République établit, *in verbis : « Il appartient exclusivement à l'Union de légiférer sur : I - le Droit civil, commercial, pénal, procédural, électoral, agraire, maritime, aéronautique, de l'espace et du travail »* (traduction libre).

caractériser la mesure comme une voie de recours » (traduction libre)[1281], ce qui conduit à la thèse selon laquelle la « correição parcial » peut uniquement être utilisée devant les juridictions fédérales, en raison de la prévision de son emploi par la loi fédérale nº 5.010 de 1966[1282], et non devant les cours d'appel des Etats[1283]. De plus, une partie de la doctrine a réfuté l'utilisation de la « correição parcial » pour attaquer des actes du juge sous peine d'admettre qu'une simple mesure administrative puisse interférer avec l´activité juridictionnelle des magistrats, violant alors les principes d´indépendance des juges et du respect à la procédure légale (« devido processo legal »)[1284].

421. Cependant, malgré les critiques contraires à la « correição parcial », certains auteurs continuent à défendre sa permanence dans le système juridique brésilien, soutenant sa nature juridique de mesure administrative-disciplinaire qui vise, justement, à la contestation des actes du juge qui ne sont pas susceptibles de recours, mais qui provoquent des griefs aux parties en raison de l´inversion tumultueuse des actes processuels[1285]. La thèse est soutenue par la Cour fédérale suprême, selon laquelle la « correição parcial » est une mesure administrative, la décision prise dans ladite procédure n'étant pas juridictionnelle, même quand elle est émise par l'organe collégial

[1281] BERMUDES Sérgio, *Comentários ao CPC,* préc., p. 394, note nº 39, *apud :* PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », préc., p. 52.
[1282] Selon les articles 6º, I, et 9º de la loi fédérale nº 5.010 de 1966.
[1283] La prévision pour l'utilisation de la « correição parcial » devant les juridictions des Etats est établie dans certains règlements intérieurs des Cours d'appel, n'ayant pas une loi fédérale qui prévoit son emploi devant ces juridictions. – V. ASSIS Araken de, *Manual dos recursos,* préc., p. 884.
[1284] AGUILAR Ana Patrícia, « Reclamação e correição parcial : recursos atípicos ? », *Revista Jus Navegandi*, Teresina, ano 9, nº 490, 9 novembre 2004, disponible sur https://jus.com.br/artigos/5914/reclamacao-e-correicao-parcial, consulté le 25 juillet 2014.
[1285] MEDINA José Miguel Garcia Medina, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 1.400, *in verbis : « La "correição parcial" n'est pas un recours, mais une "mesure administrative qui vise à déterminer une activité tumultueuse du juge qui n'est pas susceptible de recours", étant un "moyen de contestation contre les omission de l'organe juridictionnel ou contre les 'despachos' insusceptibles de recours qui modifient l'ordre naturel du procès, gérant du 'tumulte processuel'. (...) Par conséquent, même si elle est une mesure administrative disciplinaire, la "correição parcial" peut être utilisée comme un substitut du recours ("sucedâneo recursal"). Pourtant, elle n'est pas une mesure adéquate à l'attaque des décisions judiciaires, à cela servant seulement indirectement »* (traduction libre).

du Pouvoir judiciaire, d'où l'impossibilité d'utilisation des recours juridictionnels pour la contester[1286].

422. En fait, la « correição parcial » est encore utilisée contre les actes du juge non susceptibles de recours et qui provoquent du tumulte processuel (« tumulto processual »), étant employée pour contester les omissions des magistrats ou les « despachos » qui provoquent l´inversion tumultueuse des actes, la paralysie injustifiée de l´instance ou l´imposition de délais abusifs, justement quand les voies de recours ne sont pas ouvertes pour y faire face[1287]. En abordant le sujet, Humberto Theodoro Júnior rappelle les présupposés de la « reclamação correicional », à savoir, l´existence d´une décision ou d´un « despacho » qui contient une erreur ou un abus capable de causer un trouble dans le déroulement normal de l´instance (*error in procedendo*) ; la présence de préjudice ou la possibilité de provoquer des dommages irréparables aux parties ; l´inexistence de voies de recours pour contester l´*error in procedendo*[1288].

La procédure de la « correição parcial » est prévue dans les règlements intérieurs de plusieurs cours d´appel, devant, en règle générale, être portée devant le Conseil de la magistrature[1289] de chaque cour d'appel dans les dix jours à compter de l´acte ou omission contesté[1290]. Ses effets peuvent être la reprise de l´instance (si antérieurement paralysée), l´application de mesures disciplinaires à l'encontre du juge et le prononcé

[1286] Cour fédérale suprême, Première chambre, « Agravo Regimental no Agravo de Instrumento » nº 758557/SP, Ministre rapporteur : Dias Toffoli, date de la décision : 30/09/2014, date de la publication : 13/11/2014.

[1287] Edson Ribas Malachini, pourtant, défend que la « correição parcial » ne peut pas être utilisée pour contester les « despachos », vu qu´ils ne causent pas de griefs aux parties : MALACHINI Edson Ribas, *Correição parcial*, nº 10, p. 273, *apud* : ASSIS Araken de, *Manual dos recursos,* préc., p. 885.

[1288] THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil,* préc., p. 550.

[1289] Le Conseil de la magistrature est l´organe de la cour d´appel avec des compétences disciplinaires, d´organisation et d´administration judiciaire de la cour d´appel et des juridictions inférieurs. Il est composé de magistrats. Il ne faut pas confondre celui-ci avec le Conseil national de justice crée en 2004 et qui vise, à travers la planification des actions, la coordination, le contrôle administratif et d'amélioration du service public dans l'administration de la justice dans le territoire entier.

[1290] Voir, par exemple, l´article 40, VII, du règlement intérieur de la cour d´appel de Minas Gerais (Résolution nº 3 de 2012), *in verbis : « Article 40 : Il appartient au Conseil de la magistrature : (...) VII – la réalisation de la "correição parcial" »* (traduction libre). L'article 290 du règlement intérieur de la cour d'appel de Minas Gerais établit, en outre : *« La "correição parcial" dans les dossiers pour la correction des erreurs ou des abus, quand les voies de recours ordinaires ne sont pas ouvertes, sera réalisée sans préjudice au déroulement de l'instance et à la demande des parties ou du ministère public, dans le respect de la procédure de l'"agravo de instrumento" »* (traduction libre).

d´une décision favorable à la partie[1291]. Si, pourtant, la partie conteste la paralysie de l´instance ou l´omission du juge, la reprise de l´instance et l´émission de la décision par le juge, respectivement, provoquent la perte de l´objet de la « correição parcial », conformément à la jurisprudence majoritaire sur la matière[1292].

423. Pourtant, il est important d'indiquer que, même si la « correição parcial » peut être utilisée comme un substitut du recours (« sucedâneo recursal »), elle est une mesure disciplinaire-administrative, n'étant pas une voie processuelle pour contester des décisions judiciaires[1293], l'utilisation de l'action constitutionnelle du « mandado de segurança » étant possible dans ces hypothèses.

§ 3 : L´utilisation du « mandado de segurança »

424. Le « mandado de segurança » a son origine dans le droit anglo-saxon et dans le « juicio de amparo » mexicain qui permettent la protection des citoyens contre les actes d´autorité[1294]. Prévu par la première fois dans l´ordre juridique brésilien par la Constitution de 1934, le *writ of mandamus* est une action constitutionnelle qui suit une procédure sommaire et spéciale qui a pour but la protection des citoyens contre les actes d´autorité.

[1291] V. ASSIS Araken, *Manual dos recursos,* préc., p. 885.

[1292] V., par exemple, cour d'appel de Minas Gerais, « Correição parcial » nº 1.0000.15.077694-6/000, « Desembargador » rapporteur : Saldanha da Fonseca, date du jugement : 2/05/2016, date de la publication : 20/05/2016 . – Cour d'appel de Minas Gerais, « Correição parcial » nº 1.0000.15.077644-1/000, « Desembargador » rapporteur : Saldanha da Fonseca, date du jugement : 7/03/2016, date de la publication : 18/03/2016.

[1293] MEDINA José Miguel Garcia Medina, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 1.400.

[1294] V. MEIRELLES Hely Lopes, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, acão direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro,* 26ª ed, São Paulo : Malheiros, 2003, p. 22. L´auteur explique que, initialement, le « juicio de amparo » mexicain a été prévu pour faire le contrôle de la constitutionnalité des lois et actes du pouvoir public. Toutefois, à partir de la Constitution mexicaine de 1857, sa finalité a été amplifiée pour protéger les citoyens contre tous les actes d´autorité, y compris les actes du Pouvoir judiciaire. – V. aussi : PACHECO José da Silva, *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas,* 6ª ed. revista, atualizada e ampliada de acordo com a Lei 12.016/2009, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012, pp. 115-116.

Selon l´article 5, LXIX, de la Constitution de la République, le « mandado de segurança » est rendu pour protéger « *le droit liquide et certain, non garanti par habeas corpus*[1295] *ou par habeas data*[1296]*, lorsque le responsable de l'illégalité ou de l'abus de pouvoir est une autorité publique ou un agent d'une personne juridique exerçant une prérogative de la puissance publique »* (traduction libre). Le « droit liquide et certain » est qualifié par la doctrine comme le droit *« dont la démonstration ne dépend pas d´être prouvée par des mesures d´instruction »*[1297], exigeant alors du demandeur qu´il présente, avec sa demande introductive de l´instance, les documents qui permettent d´établir la preuve des faits qu´il allègue à l´appui de ses prétentions, sans que soit nécessaire la réalisation des preuves subsidiaires.

Valter Vechiato Júnior critique l´expression, en affirmant, correctement, que tout droit est liquide et certain dans la mesure où le juge doit le connaître (*iura novit curia*). En réalité, le demandeur doit prouver, dès le déclenchement de l´instance, les faits qu´il allègue à l´appui de ses prétentions. Des faits controversés, non prouvés par des documents dès la demande initiale, empêchent l´analyse du *writ* qui doit alors être jugé irrecevable[1298].

425. Après l´introduction du *mandamus* dans l'ordre juridique brésilien, la doctrine s´est penchée sur le sujet, essayant de comprendre le concept d´autorité publique pour identifier, par conséquent, les actes illégaux susceptibles d´être contestés par le « mandado de segurança ». La discussion principale concernait l´utilisation du *writ of mandamus* contre les actes judiciaires, c'est-à-dire, si le juge constituait ou non une autorité publique dont les actes étaient susceptibles d´être contestés par ladite action constitutionnelle. La doctrine a suivi des points de vue différents, défendant, soit

[1295] V. *supra,* note nº 1058.
[1296] V. *supra,* note nº 1059.
[1297] WATANABE Kazuo, *Controle jurisdicional – Mandado de segurança contra atos judiciais*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980, p. 103, *apud :* PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Reflexões a respeito do mandado de segurança contra ato judicial », *Revista de processo*, ano 12, nº 48, outubro-dezembro de 1987, p. 65. – PACHECHO José da Silva, *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas,* préc., pp. 218-219.
[1298] VECHIATO JÚNIOR Walter, *Tratado dos recursos cíveis,* São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 99.

l´impossibilité absolue d´utiliser le *mandamus* contre les actes judiciaires, soit la possibilité d´en utiliser pour contester même la *res iudicata*[1299].

En 1951, la loi nº 1.533 a réglementé la matière, empêchant, dans son article 5, II, l´utilisation du « mandado de segurança » pour contester les « despachos » ou les décisions interlocutoires dans les hypothèses où les lois processuelles ont prévu des voies de recours pour les contester ou en cas de modification possible par l'utilisation de la « correição ». Ainsi, en principe, le législateur a permis l´emploi du *mandamus* pour contester les « pronunciamentos » judiciaires, actes d'autorité publique, insusceptibles d'être contestés par des moyens processuels effectifs. Selon la réglementation établie, le « mandado de segurança » doit être utilisé dans le délai de cent-vingt jours à compter de la connaissance par l´intéressé de l´acte illégal contesté[1300].

426. Il faut alors indiquer que l´utilisation du *writ* – dans un délai de cent-vingt jours – au détriment des voies de recours ordinaires – qui sont soumises à des délais de dix à quinze jours environ – signifierait renverser toute la systématique concernant les voies de recours, de sorte à permettre la contestation des actes judiciaires avec des délais privilégiés. Conséquemment, le législateur a établi un domaine restreint pour l´utilisation du *mandamus* contre les actes judiciaires, dans la mesure où les recours sont les voies adéquates pour les contester. L´emploi du « mandado de segurança » contre les actes du juge doit alors être restreint aux hypothèses dans lesquelles les outils processuels ordinaires ne sont pas capables d´assurer le respect du droit du demandeur[1301], raison par laquelle le *mandamus* est appelé « remède héroïque » et exceptionnel.

En 1963, la Cour fédérale suprême a approuvé la « súmula »[1302] nº 267 de sa jurisprudence dominante, répétant, *ipsis litteris,* la norme de l´article 5, II, de la loi nº

[1299] PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Reflexões a respeito do mandado de segurança contra ato judicial », préc., p. 65.
[1300] Conformément à l´article 18 de l´ancienne loi nº 1.533 de 1951 qui a été remplacée par l´article 23 de la loi nº 12.016 de 2009, actuellement en vigueur.
[1301] BASTOS Celso Ribeiro, *Do mandado de segurança*, São Paulo : Saraiva, 1982, p. 51, *apud :* MIRANDA Gilson Delgado e PIZZOL Patricia Miranda, *Recursos no processo civil*, 5ª ed. 2 reimp., São Paulo : Atlas, 2006, p. 48.
[1302] V. *supra,* note nº 241.

1.533 de 1951, affirmant ainsi que le « mandado de segurança » ne peut pas être utilisé pour contester les actes judiciaires susceptibles de recours ou de « correição ». Toutefois, en 1973, la haute juridiction a modifié sa jurisprudence, en admettant l´utilisation du *mandamus* contre les actes du juge susceptibles de recours, quand le recours disponible est dépourvu de l´effet suspensif et quand l´acte judiciaire provoque un préjudice irréparable ou de réparation difficile[1303].

Les recours constituent le moyen ordinaire de contester les actes du juge. Ainsi, si le juge prend un acte illégal qui viole le droit liquide et certain d´une partie à l´instance, elle doit contester l´acte par la voie de recours disponible. Il faut alors que la violation ait une qualité spécifique pour permettre sa contestation exceptionnelle par le *writ*, à savoir, l´existence d´un dommage irréparable ou de réparation difficile[1304]. Selon la doctrine, le concept vague de « préjudice irréparable ou de réparation difficile » doit être compris comme le dommage qui n´est pas corrigible ou qui est seulement partiellement ou difficilement réparable par les voies de recours[1305].

Ainsi, selon la doctrine et la jurisprudence actuelles, l´utilisation du *mandamus* contre un acte judiciaire est permise seulement quand trois conditions sont remplies : a) en face d'un acte illégal pris par un juge ; b) quand l'acte provoque la violation d´un « droit liquide et certain » ; c) quand l'acte produit un dommage irréparable ou de réparation difficile[1306]. Or, la prévision légale d´une voie de recours avec effet suspensif empêche les conséquences de l´acte contesté, de sorte qu'il n´est pas capable de produire des griefs aux parties.

427. En 2009, le législateur a révoqué la loi nº 1.533 de 1951, promulguant une nouvelle réglementation sur le « mandado de segurança » : la loi nº 12.016 qui a absorbé la jurisprudence développée dans les dernières décennies sur la matière. Suivant la

[1303] Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Recurso Extraordinário » nº 76.909/RS, Ministre rapporteur : Xavier de Albuquerque, date du jugement : 5/12/1973, date de la publication : 17/05/1974.
[1304] PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Reflexões a respeito do mandado de segurança contra ato judicial », préc., p. 70.
[1305] *Ibidem*.
[1306] MIRANDA Gilson Delgado e PIZZOL Patricia Miranda, *Recursos no processo civil*, préc., p. 49.

jurisprudence de la Cour fédérale suprême, l´article 5, II, de la loi nº 12.016 détermine que *« le mandamus ne peut pas être utilisé pour contester la décision judiciaire susceptible de recours avec effet suspensif »* (traduction libre). La norme ne mentionne pas l´utilisation du *writ* pour contester spécifiquement les « despachos », mais utilise l´expression « décision judiciaire ». En outre, à la différence de de la réglementation précédente, la norme n´empêche pas l'utilisation du *mandamus* quand l´acte judiciaire peut être contesté par le biais de la « correição ».

On pourrait, en principe, affirmer que les modifications apportées par l´article 5, II, de la loi nº 12.016 de 2009 indiqueraient l´impossibilité d´utilisation du « mandado de segurança » pour contester les « despachos » du juge. Le *writ* pourrait, par conséquent, être utilisé seulement pour attaquer les décisions interlocutoires insusceptibles de recours avec effet suspensif, conformément au concept de décision adopté par la majorité de la doctrine et de la jurisprudence brésiliennes[1307], considérant comme nécessaire dans ce cas-là de démontrer que l'examen de l'acte du juge au moment de l'analyse du recours d'« apelação », conformément à l'article 1.009, §§ 1º et 2º, ne serait pas utile à la partie[1308].

428. Toutefois, l´élaboration d´un « despacho » exige du juge la compréhension préalable de l´utilité, de l´opportunité et de la nécessité de l´acte d´impulsion processuelle. Il y a alors en tous ces actes une activité mentale de choix, caractérisant l´existence d´une décision, même si elle a un *« contenu décisionnel minimum »* (traduction libre)[1309]. Ces actes, même s´ils n´ont pas la même densité décisoire que les jugements ou des décisions interlocutoires, sont des décisions *lato sensu* concernant le déroulement de la procédure et qui peuvent affecter – et affectent plusieurs fois – les droits (substantiels et procéduraux) des parties. Les « despachos » illégaux, qui violent les droits « liquides et certains » des demandeurs et qui provoquent des dommages

[1307] V. *supra,* nº 145 s.
[1308] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 1.400.
[1309] BERMUDES Sérgio, *Comentários ao CPC,* préc., p. 90, *apud :* PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », préc., p. 47. – MONTEIRO João Baptista, « O conceito de decisão », préc., p. 79. – V. *supra,* nº 147 s.

irréparables ou de réparation difficile, peuvent alors être contestés par le « mandado de segurança ». Toutefois, la jurisprudence n´admet pas, en règle générale, l´utilisation du *mandamus* pour contester les « despachos »[1310]. Il faut pourtant analyser cette jurisprudence attentivement, considérant le concept de « despacho » en adopté.

Les juridictions brésiliennes identifient les « despachos » comme les actes du juge concernant le déroulement de l´instance qui ne provoquent pas des préjudices aux parties. Le concept adopté présuppose alors l´absence de grief. Ainsi, il est évident que le *writ* ne pourra pas être utilisé pour contester l´acte, dans la mesure où le *mandamus* est seulement recevable quand l´acte illégal provoque des dommages irréparables ou de réparation difficile. Il faut, en outre, souligner que, quand un acte de gestion procédurale entraîne des préjudices aux parties, la jurisprudence qualifie l´acte comme une décision interlocutoire, l'utilisation du « mandado de segurança » étant seulement admissible si la partie démontre que l'examen de l'acte du juge au moment de l'analyse du recours d'« apelação », conformément à l'article 1.009, §§ 1º et 2º, ne présenterait aucun résultat utile à la partie[1311].

Cependant, nous ne pouvons pas admettre la modification de la nature juridique d´un acte en raison de ses effets juridiques. Ainsi, si l'acte de gestion procédurale pris par

[1310] Cour supérieure de justice, Troisième chambre, « Recurso em Mandado de Segurança » nº 9235/SE, Ministre rapporteur : Carlos Alberto Menezes Direito, date du jugement : 17/11/1998, date de la publication : 8/03/1999, *in verbis : « Quand le "despacho" du juge a un contenu décisoire, surtout quand il provoque des griefs aux parties, il peut être contesté par le recours d'"agravo de instrumento". A partir de la loi nº 9.139/1995, le juge rapporteur peut donner l´effet suspensif à l´"agravo de instrumento" pour éviter des dommages irréparables. Dans cette hypothèse, l´utilisation du "mandado de segurança" n´est pas permise, de sorte que la partie doit utiliser la voie de recours prévue par la législation processuelle »* (traduction libre). – Cour d´appel de Minas Gerais, Septième chambre civile, « Mandado de segurança » nº 0261221-17.2010.8.13.0000, « Desembargador » rapporteur : Belizário de Lacerda, date du jugement : 31/08/2010, date de la publication : 1/10/2010, *in verbis : « la décision qui désigne l´audience de conciliation et qui n´ordonne pas la prison de l´exécuté en raison de sa défaillance en payer l´obligation alimentaire peut être contestée par la voie de recours appropriée, n´étant pas le mandamus la voie adéquate pour défendre les intérêts du demandeur »* (traduction libre). – Cour supérieure de justice, Première chambre, « Recurso em Mandado de Segurança » nº 7646/MG, Ministre rapporteur : Demócrito Reinaldo, date du jugement : 9/10/1997, date de la publication : 10/11/1997, *in verbis* : *« Les "despacho de simples expediente" pris pour exécuter le jugement sont dépouvus de force exécutoire, n´étant passibles d´être contestés par le "mandado de segurança". Les actes du juge pratiqués pour exécuter les jugements ne sont pas contestables en raison de l´absence d´illégalité ou d´abus de pouvoir »* (traduction libre).

[1311] MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* préc., p. 1.400.

le magistrat (autorité publique) enfreint la loi (acte illégal), provoquant des préjudices irréparables ou de réparation difficile, la voie du *mandamus* doit être ouverte pour le contester, dans la mesure où on sera en face d´une décision judiciaire non susceptible de recours (article 5, II, de la loi nº 12.016 de 2009). Ainsi, l´utilisation du *mandamus* contre les « despachos » permet la concrétisation du principe inscrit dans l´article 5, XXXV, de la Constitution, selon lequel « *la loi ne peut soustraire à l'appréciation du Pouvoir judiciaire aucune lésion ou menace d'atteinte à un droit* » (traduction libre). De cette façon, si le « despacho » est illégal et provoque des dommages irréparables ou de réparation difficile, le « mandado de segurança » peut être utilisé pour contester l´acte. Il appartient au demandeur de prouver, avec l´acte introductif de l´instance, son « droit liquide et certain »[1312].

429. Il est important d'ajouter que la jurisprudence brésilienne admet, surtout pour ce qui concernent les procédures pénales et administratives[1313], la possibilité de fixation par le Pouvoir judiciaire de délai pour la conclusion des procédures excessivement longues, en raison de la violation du délai raisonnable. Une partie de la doctrine défend alors que le non-respect du délai raisonnable dans les procédures civiles est un acte illégal du juge en tant qu'autorité publique, dont la contestation peut être réalisée par l'utilisation de la voie du *mandamus* en raison de l'absence des voies de recours, comme l'affirme Antonio do Passo Cabral, *in verbis :*

> *« Nous pensons que la conception moderne des délais admet qu'il y ait des conséquences juridiques découlant du non-respect du délai raisonnable du procès par l'organe juridictionnel. Si, d'une part, comme cela se passe avec les parties, il n'y a pas forclusion pour le juge (l'acte processuel pouvant être pratiqué), l'effet du non-respect du délai raisonnable du procès constitue un retard juridictionnel, assujettissant le juge à la position d'autorité publique qui pratique un acte illégal, passible de correction par la voie mandamentale. Il est évident que, quand l'autorité est un organe administratif ou un organe*

[1312] Toutefois, il faut remarquer que, dans la pratique, l´opérateur du droit doit être attentif à la jurisprudence majoritaire qui considère que l´ « agravo de instrumento » est la voie adéquate pour contester les actes illégaux du juge qui provoquent des griefs, sous peine d´irrecevabilité du *mandamus* utilisé. On ne peut pourtant pas admettre la modification de la nature juridique d´un acte en raison de ses effets.

[1313] Cour supérieure de justice, Première chambre, « Recurso em Mandado de Segurança » nº 48536/ES, Ministre rapporteur : Olindo Menezes, date du jugement : 16/02/2016, date de la publication : 22/02/2016. – Cour supérieure de justice, Première Section, « Mandado de Segurança » nº 21989/DF, Ministre rapporteur : Humberto Martins, date du jugement : 25/11/2015, date de la publication : 4/12/2015.

juridictionnel, le "mandado de segurança" pourra être utilisé. Face à l'absence de recours prévu contre les omissions du juge en décider, le writ peut être utilisé pour contester l'acte judiciaire » (traduction libre)[1314].

L'omission du juge de rendre la prestation juridictionnelle ou de promouvoir l'impulsion de l'instance dans le délai raisonnable est sans aucun doute préjudiciable[1315], conduisant la législation brésilienne à prévoir également des moyens disciplinaires pour y faire face.

§ 4 : La requête pour excès de délai contre le juge : la « representação por excesso de prazo »

430. La procédure étant *« l´enchaînement des actes et des formalités devant conduire à la prise d´une décision »*[1316], la fixation de délais pour la réalisation de différents actes est, en principe, un moyen efficace de garantir la marche progressive de l´instance. S´attachant à cette idée, le Code de procédure civile brésilien a prévu plusieurs délais pour la réalisation des actes. Si la majorité de ces délais touchent les actes des parties et de leurs représentants (délai pour contester, délais pour utiliser les voies de recours, etc.), le législateur a également fixé des délais pour la réalisation des actes par les auxiliaires de la justice (greffiers)[1317] et par le juge.

Concernant les actes du juge, l´article 226 du Code de procédure civile de 2015 fixe le délai de 5 (cinq) jours pour l´émission des « despachos » et de 10 (dix) et 30 (trente) jours, respectivement, par la prise de « decisões interlocutórias » et « sentenças »

[1314] CABRAL Antonio do Passo, « A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto do novo Código de Processo Civil », préc., p. 84.
[1315] V. DALLARI Adilson Abreu, « Controle compartilhado da administração da justiça », préc., p. 12, *in verbis : « Un fait incontestable est l'inefficience connue de la délivrance de l'acte juridictionnel. Il y a un proverbe populaire selon lequel la justice tarde à venir, mais elle est faite. Pourtant, la réponse tardive de la justice est nécessairement le défaut de justice. La délivrance de l'acte juridictionnel, quand réalisée après un délai excessif, profite aux violateurs de l'ordre juridique. La nécessité de sécurité pour le prononcé des décisions juridictionnelles a toujours exigé du temps, mais, actuellement au Brésil, cela a, étonnement, débordé les limites du raisonnable, provocant la propre négation de la justice »* (traduction libre).
[1316] NORMAND Jacques, *V°* Procédure, in *Dictionnaire de la justice,* préc., p. 1053.
[1317] L´article 190 du Code de procédure civile brésilien de 1973 établissait des délais devant être observés par les greffiers : le délai de 24 (vingt-quatre) heures pour envoyer le dossier au juge (conclusion) et le délai de 48 (quarante-huit) heures pour l´exécution des actes de la procédure. L'article 228 du *codex* de 2015 prescrit le délai d'un jour pour envoyer le dossier au juge et cinq jours pour exécuter l'acte.

par le juge[1318]. Pourtant, le législateur a anticipé la survenance de motifs légitimes qui pourraient provoquer du retard dans la réalisation des actes par le juge[1319], permettant au magistrat d´excéder les délais par un temps égal à celui initialement établi[1320]. Ainsi, en raison d´un motif justifié, la loi permet que le prononcé de ces actes prenne le double du temps fixé dans le code, les parties aux procès ayant, cependant, la possibilité de se plaindre auprès des organes disciplinaires des cours (A) ou du Conseil national de justice (B), organes compétents pour exercer le contrôle administratif-disciplinaire des juges[1321], si les délais légaux ne sont pas observés.

A. - La requête pour excès de délai portée devant les organes disciplinaires des cours

431. Etant établis par la loi, les délais doivent être observés par tous les sujets présents à l'instance. Ainsi, non seulement les parties doivent les respecter[1322], mais aussi le juge. Pourtant, les conséquences attachées au non-respect des délais varient en fonction des responsables d'une telle violation. La non observance par les parties des délais établis provoque l'extinction du droit à la pratique de l'acte (forclusion)[1323]. De cette façon, si le défendeur, par exemple, présente sa réponse à l´acte introductif de l´instance après le

[1318] Dans le Code de procédure civile de 1973, il était prévu un délai de 2 (deux) jours pour l'émission des « despachos », fixant le *codex* précédent le délai de 10 (dix) jours pour le prononcé des décisions, conformément à l'article 189 dudit code.

[1319] Comme, par exemple, l´augmentation du nombre des procès, l´encombrement des juridictions, la manque de personnel, etc.

[1320] Comme le permettait l´article 187 du Code de procédure civile de 1973 et l'autorise actuellement l'article 227 du *codex* de 2015.

[1321] En traitant de l'omission des autorités juridictionnelles et de la possibilité de contrôle administratif et correctionnel desdites omissions, Antonio do Passo Cabral explique, *in verbis : « En fait, nous pouvons visualiser dans cette forme de sanction aux autorités publiques un autre mécanisme de contrôle et effectivation du principe du délai raisonnable du procès : le contrôle administratif-disciplinaire (correctionnel). Le propre CPC de 1973 admettait, dans son article 198, la "representação" à la Cour contre le juge qui ne respecte pas les délais »* (traduction libre) : CABRAL Antonio do Passo, « A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto do novo Código de Processo Civil », préc., p. 86.

[1322] Selon l´article 177 du Code de procédure civile brésilien de 1973 et l'article 218 du *codex* de 2015, les actes processuels doivent être réalisés dans les délais établis par la loi. Lorsque la loi est muette, le juge fixera les délais, considérant la complexité de l´affaire.

[1323] Sauf si la partie prouve qu´elle ne l´a pas pratiqué en raison d´une juste cause soumise à l´appréciation du juge, conformément à l´article 183 du Code de procédure civile de 1973 et à l'article 223 du *codex* de 2015.

délai de quinze jours[1324], la procédure sera par défaut, sauf s´il prouve l´occurrence d´un motif légitime qui l'a empêché d´accomplir l´acte dans le délai fixé.

Le juge, de son côté, a le devoir/pouvoir de conduire l´instance afin d'appliquer le droit au cas *sub judice*[1325]. Il émet alors des « despachos », des décisions interlocutoires et des jugements, le législateur établissant les délais pour la réalisation de ces actes[1326]. Les règlements intérieurs des cours d´appel déterminent aussi d´autres délais pour la pratique des actes par le juge. Néanmoins, le non-respect des délais par le juge ne peut pas provoquer la même conséquence applicable au retard attribué aux parties – à savoir, l´extinction du droit à la pratique de l´acte – sous peine de prolonger dans le temps l´illégalité. Dans cette hypothèse, le législateur brésilien permet que les parties et d'autres intéressés se plaignent contre l´excès de délai attribué au juge[1327], comme l'affirme la doctrine, *in verbis :*

> *« L'offense au délai raisonnable du procès, qui cause un procès indûment retardé, crée pour les parties et pour tous les intéressés une prétention autonome, différente de celle débattue dans la procédure juridictionnelle ou administrative, qui peut être exercée avec le but de demander une décision immédiate pour les procès qui s'étendent indéfiniment. (...) La distinction entre les délais qui doivent être respectés par les parties ("prazos próprios") et les délais qui doivent être observés par les juges ("prazos impróprios") peut être actuellement seulement admise pour affirmer que ceux-là, mais non ceux-ci, causent la forclusion. La classification ne peut pas, néanmoins, être invoquée pour exclure la responsabilité des juges dans la conduite du procès ou les empêcher, en cas de manque du respect du commandement constitutionnel,*

[1324] Délai qui était établi par l´article 297 du Code de procédure civile brésilien de 1973 et est répété par l'article 335 du *codex* de 2015.

[1325] Le juge saisi d´un litige a le pouvoir/devoir de conduire la procédure de façon à trancher la contestation. C´est justement en raison de son devoir de trancher le litige ou d´appliquer le droit au cas concret *sub judice* qu´il reçoit des pouvoirs.

[1326] Prévus à l'article 226 du *codex* de 2015.

[1327] V. les articles 198 e 199 du Code de procédure civile de 1973, *in verbis : « Article 198 : Toutes les parties ou l'organe du ministère public peuvent se plaindre ("representar") auprès du Président de la cour d'appel contre le juge qui a dépassé les délais légaux. Une fois portée devant l'organe compétent, la procédure visera à établir la responsabilité. Le rapporteur, selon les circonstances, pourra évoquer l'affaire dans laquelle l'excès de délai a été vérifié, désignant un autre juge pour trancher l'affaire. Article 199 : La disposition de l'article précédent s'applique aux juridictions supérieures conformément à leurs règlements intérieurs »* (traduction libre). – L'article 235 du Code de procédure civile de 2015 indique, *in verbis : « N'importe quelle partie, le Ministère public ou la Défense publique pourra se plaindre ("representar") auprès du "corregedor" de la cour ou auprès du Conseil national de justice contre le juge ou le rapporteur qui a dépassé indûment les délais prévus dans la loi, dans le règlement ou dans le règlement intérieur »* (traduction libre).

d'être soumis à la répression de l'illégalité par les juridictions supérieures » (traduction libre)[1328].

La requête pour excès de délai – « representação por excesso de prazo » – est une procédure portée devant un organe administratif de la cour d´appel[1329] – Conseil de la magistrature – ou devant l'organe compétent pour exercer le contrôle disciplinaire devant les cours fédérales pour déterminer la responsabilité du juge qui a excédé le délai fixé par la loi. Elle n´est pas un moyen de contester le contenu d´un acte judiciaire, mais, au contraire, un outil pour combattre l´omission du juge qui n´émet pas un « despacho » nécessaire au déroulement régulier de l´instance ou qui ne prend pas une décision interlocutoire ou même un jugement, quand le litige est déjà mûr pour être tranché[1330]. Elle est alors une procédure qui protège le droit des parties au délai raisonnable, le procès étant renvoyé au substitut légal du juge ou du rapporteur de l'affaire afin que l'acte judiciaire soit réalisé[1331].

[1328] CABRAL Antonio do Passo, « A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto do novo Código de Processo Civil », préc., pp. 83-84.

[1329] Dans la cour d´appel de Minas Gerais, la compétence du Conseil de la magistrature pour analyser la « representação por excesso de prazo » est déterminée par l´article 40, X, de son règlement intérieur, selon lequel, *in verbis : « Article 40 : Il appartient au Conseil de la magistrature : (...) X – d'analyser les "representações por excesso de prazo" »* (traduction libre). Avant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile de 2015, qui a réglementé de manière détaillé la « representação por excesso de prazo », les articles 294 et suivants du règlement intérieur de la cour d´appel de Minas Gerais traitaient de la procédure utilisée contre l'excès de délai – légal ou réglementaire –, déterminant qu'elle devait être adressée au président de la cour d´appel et devait être distribuée au « desembargador » rapporteur du Conseil de la magistrature de la cour. En prenant connaissance de la procédure, le « desembargador » rapporteur devait envoyer une copie de la « representação » au juge concerné afin qu´il offrît ses moyens de défense dans les cinq jours suivants. Le « desembargador » rapporteur pouvait proposer au président de la cour d´appel l´interpellation du juge pour qu´il promût le déroulement de l´instance ou pour qu'il émette la décision en quarante-huit heures. Si, pourtant, une telle mesure se montrait insuffisante pour résoudre l´excès de délai, le dossier pouvait être ensuite envoyé à l'organe spécial de la cour d´appel pour examen de la responsabilité du magistrat.

[1330] Cependant, la doctrine avertit, *in verbis : « D'autre part, il est important de rappeler que le non-respect d'un seul délai procédural n'indique nécessairement pas qu'il y ait offense au principe du délai raisonnable. (...) La prolongation indue doit être mesurée dans l'ensemble des actes processuels, non quand seulement un acte isolé mais le procès tout entier ne respecte pas le délai raisonnable de la procédure »* (traduction libre) : CABRAL Antonio do Passo, « A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto do novo Código de Processo Civil », préc., pp. 93-94.

[1331] Conformément à l´article 198 du Code de procédure civile de 1973 et à l'article 235, § 3º, du *codex* de 2015. – V. WAMBIER Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO Maria Lúcia Lins, RIBEIRO Leonardo Ferres da Silva e MELLO Rogério Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo,* préc., p. 454.

Selon l'article 235 du Code de procédure civile de 2015, hormis l'hypothèse de classement *in limine*, après la transmission du recours à l'organe compétent et entendu le juge concerné, une procédure pour déterminer la responsabilité du juge sera instaurée avec l'intimation par voie électronique du mis en cause pour présenter sa justification dans un délai de 15 (quinze) jours. Sans préjudice des sanctions administratives pertinentes, dans les 48 (quarante-huit) heures suivants la présentation ou non de la justification, le « corregedor » déterminera l'intimation du mis en cause par voie électronique pour qu'il pratique l'acte en 10 (dix) jours. Dans le cas de la persistance de l'inertie, le procès sera renvoyé au substitut légal du juge ou du rapporteur contre lequel la « representação » a été fait pour la prise de la décision en 10 (dix) jours.

432. Il faut, cependant, indiquer que dans la pratique établie antérieurement au Code de procédure civile de 2015 – qui a réglementé de manière détaillée la « representação » pour excès de délai –, si le juge mis en cause prouvait, dans ses moyens de défense, qu´il avait promu le déroulement de l´instance ou qu'il avait déjà émis la décision requise – même si ces actes ont été réalisés après le dépôt de la « representação » –, la procédure était terminée par perte de son objet. En outre, dans plusieurs « representações » pour excès de délai, le Conseil de la magistrature a écarté la responsabilité du juge lorsqu'il a considéré que le délai excessif était le résultat de l´excès de service et de l´encombrement de la juridiction. Ainsi, appliquant le principe de proportionnalité, le Conseil de la magistrature tempère le principe prévu à l´article 5, LXXVIII, de la Constitution de la République, déterminant que la durée raisonnable de la procédure doit être mesurée aussi d'après les conditions de travail des juges[1332].

La réticence des Conseils de la magistrature à reconnaître la responsabilité des juges peut être expliquée par la crainte de leurs membres d´être eux aussi mis en cause en raison du délai déraisonnable de leurs procédures. A cause de cela et visant à surmonter

[1332] Le Conseil de la magistrature de la cour d´appel de Minas Gerais, par exemple, a considéré raisonnable le délai de deux ans pour rendre un jugement – l´affaire était déjà mûre pour être tranchée et le juge est resté inerte pendant 2 ans –, considérant que l´encombrement de la juridiction et, par conséquent, l´excès de service sous la responsabilité du juge étaient les causes d´un tel retard : V. « Representação por Excesso de Prazo » nº 1.0000.08.487608-5/000, Rapporteur : Maria Elza, date du jugement : 8/06/2009, date de la publication : 28/08/2009.

cette difficulté, une procédure pour excès de délais peut aussi être portée devant le Conseil national de justice.

B. – La requête pour excès de délai porté devant le Conseil national de justice

433. D´après sa compétence constitutionnelle prévue à l´article 103-B, § 4º, III, de la Constitution de la République[1333], il appartient au Conseil national de justice, par sa « Corregedoria nacional de justiça », entre autres fonctions, de procéder à la surveillance des devoirs fonctionnels des juges, recevant et jugeant les réclamations contre les membres ou les organes du Pouvoir judiciaire, sans l´exclusion de la compétence disciplinaire et correctionnelle des cours d´appel[1334].

[1333] V. *supra,* note n° 1119.

[1334] Cela veut dire que les contrôles disciplinaire et correctionnel de l´activité judiciaire peuvent être faits concurremment par la « Corregedoria nacional de justiça » – organe disciplinaire du Conseil national de justice – et par les cours – d´appel, régionales et supérieures – conformément à l´article 103-B, § 4º, III, de la Constitution de la République, inséré par l´amendement constitutionnel nº 45 de 2004. Dès sa création en 2004, la « Corregedoria nacional de justiça » a pris un rôle majeur dans le domaine disciplinaire des juges, déterminant l´ouverture *ex officio* de plusieurs procédures pour analyser la responsabilité des magistrats. Son activité effective a, pourtant, provoqué le mécontentement chez certains juges. Une association des magistrats a même contesté, devant la Cour fédérale suprême, la constitutionnalité du contrôle disciplinaire concurrent réalisé par la « Corregedoria nacional de justiça », attaquant la Résolution nº 135/2011 du CNJ qui règlemente la procédure disciplinaire suivie devant l´organe. Selon l´association des juges, la résolution aurait violé le principe constitutionnel de l´autonomie des juridictions, prévu aux articles 96, I, « a », et 99 de la Constitution de la République. L´ « ação direta de inconstitucionalidade » nº 4638 discute, en réalité, les pouvoirs et les compétences du Conseil national de justice. Pourtant, la Cour fédérale suprême a récemment déclaré, en analysant la matière *in limine,* la constitutionnalité du contrôle concurrent exercé par la « Corregedoria nacional de justiça ». Selon sa décision, l´amendement constitutionnel nº 45 de 2004 a donné une position de proéminence au CNJ, de sorte que les compétences données par le Constituant dérivé au CNJ ne se restreignent pas à un contrôle disciplinaire subsidiaire. La « Corregedoria nacional de justiça » est, au contraire, l´organe disciplinaire supérieur du Pouvoir judiciaire, pouvant, évoquer des procédures disciplinaires en cours devant les cours d´appel, régionales et supérieures et initier *ex officio* des procédures d´investigation pour vérifier la responsabilité des juges, indépendamment de l´activité disciplinaire réalisée par les juridictions. V. dans le même sens : Cour fédérale suprême, Cour plénière, « Agravo Regimental na Medida Cautelar em Mandado de Segurança » nº 28891/DF, Ministre rapporteur : Celso de Mello, date du jugement: 13/06/2012, date de la publication : 26/11/2012, *in verbis: « La compétence originaire du Conseil national de justice résulte du texte constitutionnel et est indépendante de la motivation de l'organe ou de la satisfaction des conditions spécifiques. La compétence du Conseil national de justice n'est pas subsidiaire »* (traduction libre).

De janvier à novembre 2016, 5.622 procédures ont été portées devant la « Corregedoria national de justiça »[1335], organe disciplinaire du Conseil national de justice dont l´objectif principal est d'atteindre la meilleure effectivité de la prestation juridictionnelle, selon les principes de légalité, de non-discrimination (« impessoalidade »), de moralité, de publicité et d´efficience[1336]. En 2013, la principale procédure portée devant la « Corregedoria » a été justement la « representação » pour excès de délai, comme le montre le bilan de son activité indiqué dans le tableau ci-dessous :

Bilan de l´activité de la « Corregedoria national de justiça » en 2013[1337]		
Procédures	Engagées	Jugées ou Clôturées
« Representação por Excesso de Prazo »[1338]	2.572	2.498
« Reclamação Disciplinar »[1339]	866	919
« Pedido de Providências »[1340]	1.793	2.072
« Petição Avulsa »[1341]	388	530

434. La « representação por excesso de prazo » est la procédure portée devant le Conseil national de justice contre le juge en raison de l´excès injustifié de délai pour la

[1335] V. le bilan publié par le Conseil national de justice brésilien disponible sur http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/7d8fa9ae6f181c5625e73f8184f10509.pdf, consulté le 25 février 2017.

[1336] Les principes de l´Administration publique de chacun des Pouvoirs, selon l´article 37 de la Constitution de la République : V. *supra,* note n° 935.

[1337] Bilan publié par le Conseil national de justice brésilien disponible sur http://www.cnj.jus.br/images/dge/relatorio-anual-CNJ-2013_30-01-2014.pdf, consulté le 16/04/2014. – Il est important d'indiquer que les rapports annuels de 2014, de 2015 et de 2016 du Conseil national de justice contiennent la quantité des procédures reçues, analysées et jugées par la « Corregedoria nacional de justiça », mais ne présentent pas des donnés par type de procédure. Le rapport de 2015 révèle pourtant l'augmentation de la productivité de la « Corregedoria » en 17,38% par rapport à l'activité de l'organe l'année précédente : V. les bilans disponibles sur http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/relatorio-anual-de-atividades, consulté le 25 février 2017.

[1338] V. *infra,* nº 434 s.

[1339] Requête disciplinaire.

[1340] Le « Pedido de Providências » englobe, selon l´article 98 du règlement intérieur du Conseil national de justice (« Resolução nº 67 de 2009), toutes les propositions reçues par le Conseil national de justice concernant le développement de l´efficience et de l´efficacité du Pouvoir judiciaire ou toutes demandes qui ne peuvent pas être classées dans une catégorie spécifique.

[1341] La « Petição Avulsa » englobe les demandes portées devant le Conseil national de justice qui n´ont pas une indication précise de leur contenu et qui ont alors besoin d´être analysées d´abord par la « Corregedoria » afin qu´elle identifie leur contenu et leur classification parmi les différentes demandes de la compétence du Conseil.

réalisation d´un acte de sa compétence juridictionnelle ou administrative. Etant une procédure préalable à la responsabilisation disciplinaire des juges, elle a été créée pour renforcer la nécessité de respecter le délai raisonnable de la procédure, droit prévu expressément dans la Constitution de la République à partir de 2004[1342]. Elle évite, en outre, les dépôts indus et précipités des procédures disciplinaires contre les juges[1343].

La « representação por excesso de prazo » est fondée sur les devoirs des juges prévus à l´article 35, II et III, de la loi complémentaire nº 35 de 1979, selon lesquels le juge ne peut pas excéder, sans motif justifié, les délais établis pour prendre des décisions ou pour émettre des « despachos », devant déterminer les mesures nécessaires pour que les actes processuels soient réalisés dans les délais légaux.

Selon l'article 78 du règlement intérieur du Conseil national de justice, la « representação » pouvait être utilisée par toute personne ayant un intérêt légitime, par le parquet, par les Présidents de cours d´appel ou même, *ex office,* par les conseillers du Conseil national de justice, la procédure devant être présentée en double exemplaire et devant être accompagnée des documents nécessaires pour la démonstration de l´excès injustifié de délai[1344], le juge mis en cause ayant quinze jours pour se défendre. Après le délai de défense, le « Corregedor » – l'inspecteur – proposera au Conseil national de justice le classement du dossier ou l´ouverture d´une procédure disciplinaire contre le magistrat concerné. Néanmoins, il faut indiquer que la matière a été réglementée par le nouveau Code de procédure civile dans son article 235, la « representação por excesso de prazo » devant le Conseil national de justice appliquant maintenant la même procédure que celle suivie devant les cours d'appel[1345].

Il faut remarquer que, indépendamment de la constatation d´une infraction disciplinaire, si les preuves démontrent l´existence d´un délai excessif ou d´une

[1342] V. l´article 5, LXXVIII, de la Constitution de la République, inclus par l´amendement constitutionnel nº 45 de 2004.
[1343] FREITAS Vladimir Passos de e FREITAS Dario Almeida Passos de (dir.), *Direito e administração da justiça*, Curitiba : Juruá editora, 2009, p. 88.
[1344] SAMPAIO José Adércio Leite, *O conselho nacional de justiça e a independência do Judiciário,* Belo Horizonte : Del Rey, 2007, p. 299.
[1345] V. *supra,* nº 431 s.

importante accumulation des dossiers, le « Corregedor » soumettra la procédure au Conseil national de justice avec une proposition d´action pour y faire face. De plus, constatant des retards généralisés ou l´accumulation de procédures par deux ou plusieurs juges d´une même juridiction, la « Corregedoria nationale de justiça » peut initier une procédure spéciale pour les apprécier ensemble[1346].

435. Nous concluons alors que la « representação por excesso de prazo » peut être portée devant les cours d´appel[1347] ou devant le Conseil national de justice, le législateur n´établissant pas un ordre de préférence ou une règle d´exclusion. Les intéressés peuvent donc, à présent, choisir l´organe de contrôle auprès duquel la procédure sera portée. Une telle liberté, pourtant, commence à provoquer l´encombrement du Conseil national de justice qui est, de plus en plus, appelé à donner une réponse effective au problème de l´encombrement des juridictions et du délai déraisonnable des procédures.

Si le Conseil se sert actuellement de son pouvoir réglementaire pour atteindre son but constitutionnel d´améliorer le service public de la justice[1348], ses décisions dans les « representações por excesso de prazo » ne diffèrent pas beaucoup de celles prises par les cours d´appel, jugeant que l´accumulation de service non imputé au juge peut justifier le retard contesté[1349].

De manière à faire face au nombre chaque fois plus grand de procédures portées devant lui, garantissant alors le délai raisonnable de ses propres procédures, le Conseil national de justice recommande que l´intéressé recherche d´abord devant les juridictions et les cours d´appel l´observance du délai raisonnable des procédures, afin que son rôle soit restreint à la révision ou à l´évocation de ces procédures, comme le permet l´article 103-B, § 4º, III, de la Constitution de la République.

[1346] Selon l´article 78, § 6º, du règlement intérieur du Conseil national de justice.
[1347] V. *supra,* nº 431 s.
[1348] Pouvoir réglementaire du Conseil national de justice prévu à l´article 103-B, § 4º, I, de la Constitution de la République, inséré par l´amendement constitutionnel nº 45 de 2004.
[1349] Voir, par exemple, la « Representação » nº 284, Rapporteur: Antônio de Pádua Ribeiro, date de publication : 23/03/2007.

Pourtant, la non-observance par les juridictions du délai raisonnable des procédures peut provoquer, non seulement la responsabilité des juges, mais également celle de l'Etat devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

§ 5 : Le contrôle du délai raisonnable par le système interaméricain des droits de l´homme

436. En novembre 1969, les membres de l´Organisation des Etats américains (OEA) ont tenu, à San José/Costa Rica, la Conférence interaméricaine des droits de l´homme, rédigeant à ce moment-là la Convention interaméricaine des droits de l´homme, également connue comme le « Pacto de San José ». L´article 33 de la Convention établit deux organes de protection des droits humains : la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l`homme. Si la Commission a été créée en 1959 et a débuté ses fonctions en 1960, après l´approbation de son statut par l´OEA, la Cour a été instaurée seulement en 1979, suite à l'entrée en vigueur de la Convention[1350].

Parmi ses fonctions contentieuses, la Cour est compétente pour juger la responsabilité des Etats membres en fonction des violations des droits consacrés par la Convention et par d'autres traités de droits de l'homme applicables au système interaméricain, supervisant l'exécution des mesures ordonnées dans ses résolutions. Toute personne ou tout groupe de personnes, toute entité non gouvernementale et légalement reconnue par un ou plusieurs Etats membres de l'OEA peuvent soumettre à la Commission des pétitions contenant des dénonciations ou plaintes relatives à une violation de la Convention commise par un Etat partie[1351]. Toutefois, seulement les Etats parties à la

[1350] Histoire de la Cour interaméricaine des droits de l´homme disponible sur http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/about-us/historia-de-la-corteidh, consulté le 20 novembre 2015.

[1351] V. l´article 44 de la Convention interaméricaine des droits de l´homme. – Il est intéressant d'indiquer que, originairement, le système de contrôle européen des droits de l'homme comptait aussi avec la participation de la Commission européenne des droits de l'homme qui était compétent pour analyser la recevabilité des requêtes provenant des Etats membres, individus et organisations, essayer d'établir un règlement à l'amiable du litige et transmettre la requête à la Cour à défaut. Cependant, le nombre croissant de plaintes déposées devant la Commission et l'adhésion de nouveaux Etats a provoqué la réforme du système. Ainsi, le protocole n° 11, entrée en vigueur le 1er novembre 1998, a ainsi réalisé la restructuration envisagée, fusionnant Commission et Cour. A partir de son entrée en vigueur, toutes les allégations de violation des droits de l'homme sont directement soumises à nouvelle Cour unique et permanente, le Comité des Ministres conservant son rôle de contrôle de l'application des arrêts de la Cour. Par conséquent, le protocole *« émancipe totalement la Cour européenne : celle-ci devient une cour permanente,*

Convention et la Commission peuvent saisir la Cour, conformément à l´article 61.1 du « Pacto de San José »[1352].

Pourtant, si la Commission juge que l´Etat concerné n'a pas appliqué les recommandations formulées dans son rapport – approuvé conformément aux dispositions de l'article 50 de la Convention[1353] –, elle peut soumettre l´affaire à la connaissance de la Cour, si l'Etat a accepté sa compétence[1354], en raison de la position du pétitionnaire, de la nature et de la gravité de la violation, de la nécessité de développer ou d'éclaircir la jurisprudence du système et de l'effet éventuel de la décision sur les ordonnancements juridiques des Etats membres[1355].

Néanmoins, il faut remarquer que le contrôle interaméricain a seulement lieu quand toutes les voies de recours dans les ordres juridiques internes des Etats membres ont été dûment utilisées et épuisées[1356]. De plus, la pétition ou la communication doivent être introduites dans les six mois à compter de la date à laquelle l'individu présumé lésé dans ses droits a pris connaissance de la décision définitive et il est nécessaire que l'objet de la pétition ne soit pas en cours d'examen devant une autre instance internationale. La pétition doit, en outre, indiquer le nom, la nationalité, la profession, le domicile et porter la signature de la personne ou des personnes dont elle émane[1357].

---

professionnalisée, investie d'une compétence juridictionnelle monopolistique » : FLAUSS Jean-François, *V°* Cour européenne des droits de l'homme, *in* CADIET Loïc (dir.), *Dictionnaire de la justice*, préc., p. 271.

[1352] Différemment alors du système européen de droits de l'homme où toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles peuvent saisir la Cour d'une requête, selon l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme.

[1353] L´article 50 de la Convention interaméricaine des droits de l´homme établit, *in verbis : « Article 50.1 : Si une solution n'est pas trouvée dans le délai fixé par le statut de la Commission, celle-ci rédigera un rapport exposant les faits de la cause et ses conclusions. Si le rapport ne reflète pas, en tout ou en partie, l'opinion unanime des membres de la Commission, chacun de ceux-ci peut y joindre séparément son opinion individuelle. Seront également ajoutés au rapport le compte rendu des dépositions orales et les déclarations écrites faites par les parties, conformément au paragraphe 1 e) de l'article 48. Article 50.2. Le rapport sera transmis aux Etats intéressés, lesquels n'auront pas la faculté de la publier. Article 50.3. En soumettant le rapport, la Commission pourra formuler les propositions et recommandations qu'elle aura jugées appropriées ».*

[1354] Conformément à l´article 62 de la Convention interaméricaine des droits de l´homme.

[1355] V. l´article 45 du règlement de la Commission interaméricaine des droits de l´homme.

[1356] Selon l´article 46.1 de la Convention interaméricaine des droits de l´homme.

[1357] Conformément à l´article 46 de la Convention interaméricaine des droits de l´homme.

Lorsque la Cour reconnaît qu'un droit protégé par la Convention a été violé, elle ordonne que soit garantie à la partie lésée la jouissance du droit enfreint ou, le cas échéant, la réparation de l'acte par le paiement d'une indemnité juste[1358]. La violation par les juridictions brésiliennes du délai raisonnable des procédures peut donc donner lieu à la condamnation du Brésil par la juridiction interaméricaine, conformément aux articles 8.1[1359] et 25.1[1360] du « Pacto de San José ».

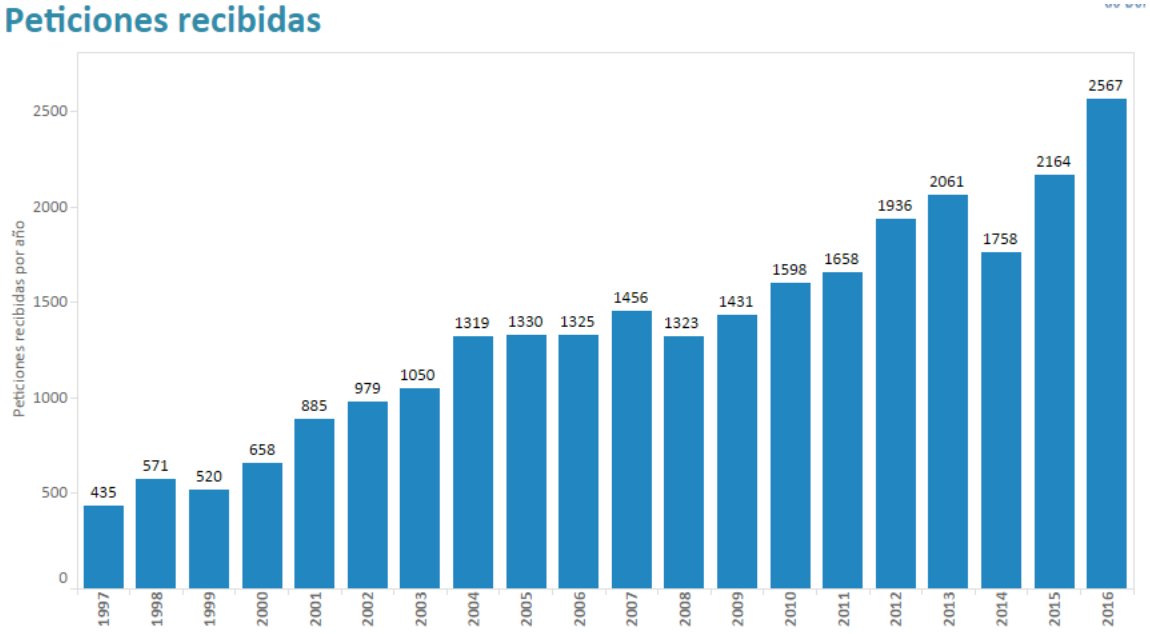
437. Conformément aux critères consacrés par sa jurisprudence, la Cour interaméricaine des droits de l'homme apprécie le caractère raisonnable de la durée d´une procédure à la lumière des circonstances de la cause, en particulier de la complexité de l'affaire, du comportement du requérant et des autorités compétentes. Elle apprécie le caractère raisonnable d´une procédure entière, et non de chaque acte isolé[1361]. Ainsi, la pétition contre un acte isolé d´une procédure encore en cours n´est pas admise ; par ailleurs, n'est pas possible la contestation d´un acte de gestion procédurale qui provoque des griefs aux parties. Pourtant, après l´épuisement des voies de recours internes – et dans le respect des conditions établies par la Convention –, la Cour sera compétente pour analyser la responsabilité de l´Etat pour le délai déraisonnable de la procédure entière.

La possibilité pour toute personne de saisir la Commission en raison des violations aux droits humains se présente alors comme une voie supplémentaire ouverte aux justiciables en vue d'assurer leur droit au procès équitable. La Commission pourra

[1358] V. l´article 63.1 de la Convention interaméricaine des droits de l´homme.
[1359] Selon l'article 8.1 de la Convention interaméricaine des droits de l´homme, *in verbis : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues, dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi, qui décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre elle en matière pénale ou déterminera ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité, ou dans tout autre domaine ».*
[1360] V. l'article 25.1 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme, *in verbis : « Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à la protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention, alors même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles ».*
[1361] Cour interaméricaine des droits de l´homme, affaire *Ximenes Lopes c/ Brésil*, arrêt du 4 juillet 2006, nº 196 et nº 174. Ainsi, l´appréciation du délai raisonnable par la Cour interaméricaine est faite selon les mêmes critères adoptés par la Cour européenne des droits de l´Homme : V. CEDH, 26 octobre 2000, *Kudla*, req. nº 30210/96, *RTDH* 2002, p. 179, note J.-F. Flauss, *RTD civ.* 2001, p. 442, obs. J.-P. Marguénaud, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l´homme, préc., n° 26, p. 262, note A. Gouttenoire.

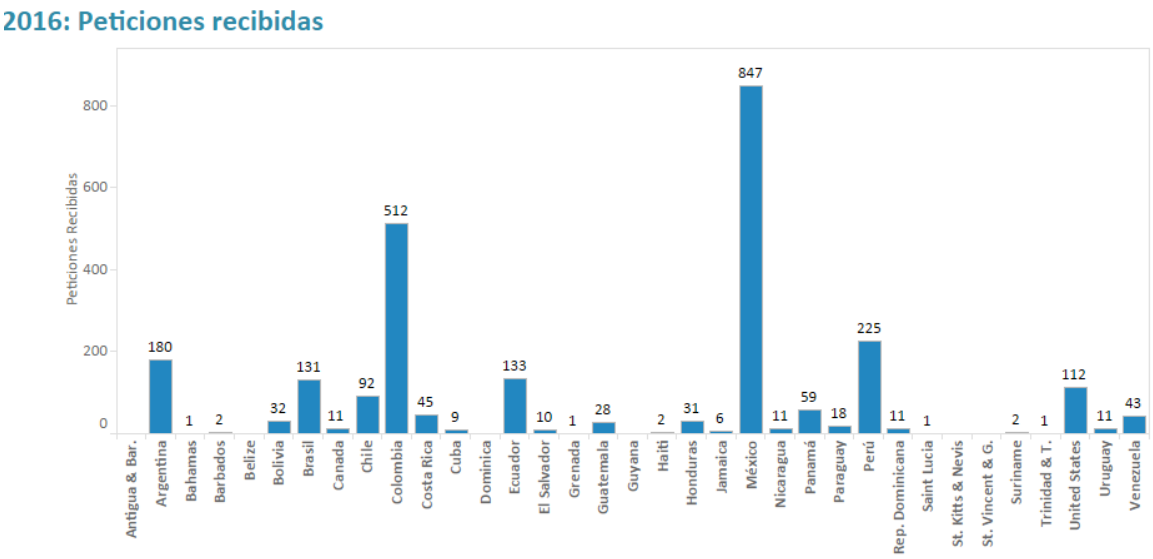
ainsi demander à l´Etat la preuve de l´observance des garanties judiciaires prévues à l´article 8 de la Convention, pouvant, ensuite, saisir la Cour, conformément à l´article 45 de son règlement.

438. Chaque année, la Commission reçoit un nombre important de plaintes, comme le montrent les tableaux ci-dessous[1362] :



Nombre de pétitions reçues par la Commission interaméricaine par année.

[1362] Données disponibles sur http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html, consulté le 23 mai 2017.



Nombre de pétitions devant la Commission interaméricaine par pays en 2016.

En outre, si le nombre de plaintes et pétitions reçues chaque année par la Commission est important, la quantité des affaires soumises à la Cour reste assez réduite. Pour l'année 2015, la Cour a été saisie de quatorze nouvelles affaires contentieuses et elle a rendu au total dix-sept arrêts. Au terme de l´année 2015, la Cour comptait vingt-cinq affaires pendantes[1363].

Pourtant, il faut diffuser auprès des Etats membres de l'OEA, y compris le Brésil, la possibilité d'accéder la Commission et la Cour interaméricaines en cas de violation des droits de l'homme prévus à la Convention interaméricaine des droits de l'homme. Une meilleure diffusion auprès des citoyens et des avocats des Etats membres de l´OEA des procédures à suivre devant les organes de protection contribuera au développement du système interaméricain, permettant un contrôle effectif supranational des systèmes judiciaires du continent.

[1363] V. le rapport annuel 2015 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme disponible sur http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/FRE/fre_2015.pdf, consulté le 11 septembre 2016.

CONCLUSION DE LA SECTION 2

439. Même étant lié au déroulement de l´instance, même ayant un contenu décisoire moins dense, le « despacho » peut causer des griefs aux parties. Si, en principe, le « despacho » n'est pas susceptible de recours, conformément à l'article 1.001 du Code de procédure civile de 2015, le système juridique brésilien comporte des outils processuels aptes à contester l'acte de gestion procédurale préjudiciable et à protéger le droit au procès équitable.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

440. L'accomplissement de la fonction juridictionnelle par les juridictions brésiliennes est également dépendant d'actes judiciaires de gestion procédurale par lesquels le juge donne de l'impulsion à l'instance afin de garantir son bon déroulement. Les « pronunciamentos » judiciaires qui visent au bon déroulement de l'instance sont qualifiés par la majorité de la doctrine et de la jurisprudence brésiliennes soit de « despachos », soit de décisions interlocutoires, selon leur aptitude ou non à causer des préjudices. Cependant, les critiques envers ledit critère de qualification – lié au préjudice – sont considérables car celui-ci permet la modification de la nature juridique d'un acte selon les circonstances du cas d'espèce.

441. De plus, il n'est pas possible de nier le contenu décisionnel des « despachos ». Les « despachos » sont des décisions *lato sensu*, concernant le déroulement de la procédure, qui peuvent affecter les droits des parties. Il faut donc abandonner les critères du grief et du contenu décisionnel de l'acte, insuffisants pour qualifier correctement les actes de gestion procédurale.

442. En outre, l'établissement d'une liste exhaustive des décisions interlocutoires susceptibles d'être immédiatement attaquées par le recours d'« agravo » (article 1.015 CPC) prive partiellement de la propre finalité pratique visée par la thèse juridique qui défend la modification de la nature juridique de l'acte d'impulsion processuelle en décision interlocutoire afin de permettre l'utilisation du recours d'« agravo » pour le contester immédiatement. De plus, si le « despacho » provoque des griefs et si le droit positif brésilien empêche l'utilisation des voies de recours pour contester l'acte judiciaire (article 1.001 CPC), le système juridique brésilien prévoit des outils pour remettre en cause les actes de gestion procédurale préjudiciables.

443. En effet, si l'acte de gestion procédurale pris par le magistrat (autorité publique) enfreint la loi (acte illégal) et provoque des préjudices irréparables ou de réparation difficile, la voie du « mandado de segurança » doit être ouverte aux parties pour le

contester dans la mesure où nous serions en face d´une décision judiciaire non susceptible de recours (article 5, II, de la loi nº 12.016 de 2009). Dans ce cas, il incombera au demandeur de présenter, avec l´acte introductif d´instance, les documents qui permettent d´établir la preuve des faits qu´il allègue à l´appui de ses prétentions.

444. La législation prévoit également l'utilisation de la « correição parcial », mesure administrative disciplinaire, pour faire face aux omissions des magistrats ou pour attaquer la conduite du juge qui provoque l´inversion tumultueuse des actes de la procédure, la paralysie injustifiée de l´instance ou l´imposition de délais abusifs. En outre, en cas d'omission du juge de rendre la prestation juridictionnelle dans un délai raisonnable, les parties peuvent saisir les organes disciplinaires des cours ou le Conseil national de justice par le moyen d'une requête pour excès de délai.

445. Finalement, le système supranational permet la responsabilisation du Brésil devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme en raison du délai déraisonnable de ses procédures (article 8 § 1 du « Pacto de San José »). Mais l´épuisement des voies de recours internes est nécessaire pour saisir cette Cour[1364] et il est également nécessaire d'assurer une meilleure diffusion des conditions d'accès à la juridiction supranationale auprès des pays membres de l'OEA.

446. Nous considérons donc que, même si le droit positif brésilien ferme les voies de recours pour contester les actes de gestion qui causent des griefs et même si le système interaméricain des droits de l'homme n'est pas en mesure d'empêcher, dans l'état actuel des normes en vigueur, la violation du droit au procès équitable par la prise d'un acte de gestion procédurale préjudiciable, l'utilisation du « mandado de segurança » peut être un moyen processuel effectif pour protéger les principes fondamentaux du procès et de la justice en association avec les procédures disciplinaires prévues par la législation.

[1364] Selon l´article 46.1 de la Convention interaméricaine des droits de l´homme.

CONCLUSION DU TITRE 2

447. La frontière entre les actes de gestion procédurale et les décisions juridictionnelles n'est pas toujours précise. Elle se montre même poreuse au niveau des ordres juridiques français et brésilien car les effets juridiques de l'acte sont considérés déterminants pour leur qualification juridique. Tant la doctrine française que la doctrine brésilienne affirment la nature juridictionnelle des actes judiciaires préjudiciables et défendent ainsi la modification de la nature juridique d'un acte en raison des effets qui y sont attachés. Il y a dès lors un vice de raisonnement dans la qualification des actes juridiques dans les deux ordres dans la mesure où les effets juridiques d'un acte lui sont postérieurs et ne peuvent être le facteur déterminant de sa qualification.

Si le critère du grief poursuit un but à première vue légitime, visant à ouvrir une voie de recours pour contester l'acte préjudiciable, il ne distingue pas les actes judiciaires en raison de la différence de fonction exercée par le juge et ne prend en considération que l'intensité des effets produits. De plus, le critère lié à l'absence de grief de l'acte de gestion procédurale n'est pas non plus suffisant, surtout lorsque nous constatons l'existence d'actes judiciaires préjudiciables expressément qualifiés d'acte de gestion procédurale par le droit positif, par la doctrine et par la jurisprudence.

448. Il faut alors identifier les actes de gestion procédurale selon leur essence et leur finalité car ces actes judiciaires sont pris pour assurer le bon déroulement de l'instance. Le traitement de la matière en droit judiciaire privé français, les discussions et les propositions faites par la doctrine française sont alors en mesure d'aider à la compréhension du sujet par rapport au droit brésilien. Tout d'abord, l'étude de la matière dans la perspective du droit français nous signale que le juge exerce, par le biais des actes juridictionnels et des actes de gestion procédurale, des fonctions distinctes, la mission remplie par le magistrat devant alors conduire à la qualification de l'acte judiciaire.

De plus, la reconnaissance expresse du contenu décisionnel des actes de gestion procédurale par le droit positif français et l'identification des actes de gestion procédurale préjudiciables par la doctrine nous conduisent à conclure à l'insuffisance et l'inadéquation de la définition négative de « despacho » établie par l'article 203 du Code de procédure civile brésilien de 2015 et réaffirmée par la majorité de la doctrine brésilienne. En effet, l'acte du juge qui vise à l'impulsion de l'instance a du contenu décisionnel car l'élaboration du « despacho » exige du juge la compréhension préalable de l´utilité, de l´opportunité et de la nécessité de l´acte d´impulsion processuelle en vue d'assurer le bon déroulement de l'instance, ce qui est susceptible de provoquer des griefs aux parties.

449. Pourtant, le droit positif français ferme les voies de recours pour contester les actes de gestion procédurale préjudiciables. De même, le droit judiciaire privé brésilien établit que les « despachos » ne sont pas susceptibles de recours. De plus, la thèse juridique qui défend la modification de la nature juridique d'un « despacho » en décision interlocutoire afin d'ouvrir la voie du recours d'« agravo » a perdu une grande partie de son utilité pratique en raison de la prévision d'une liste exhaustive des décisions interlocutoires susceptibles d'être immédiatement remises en cause (article 1.015 CPC).

450. Cependant, dans les deux systèmes, la saisine des juridictions supranationales n'est pas en mesure de protéger effectivement le droit au procès équitable car l'accès à la Cour européenne des droits de l'homme et à la Cour interaméricaine des droits de l'homme n'est possible qu'après le prononcé d'une décision définitive par les juridictions nationales. La protection donnée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme apparaît encore plus réduite dans la mesure où les parties à l'instance ne peuvent pas saisir directement ladite juridiction.

451. Face à l'insuffisance de la protection donnée par les systèmes supranationaux et à l'impossibilité de voies de recours pour contester l'acte de gestion procédurale, il faut identifier d'autres moyens processuels disponibles dans les ordres juridiques français et

brésilien pour contester les actes de gestion procédurale préjudiciables, sans pour autant qu'il soit nécessaire de passer par la modification de la nature juridique de l'acte.

Nous défendons donc l'usage, en droit judiciaire privé français, du recours-nullité autonome contre les actes de gestion procédurale en cas de violation manifeste d'un principe fondamental de la procédure qui provoque un grief avéré à la partie, la juridiction judiciaire supérieure à celle qui a statué devant être compétente pour juger un tel recours. Une autre solution possible serait la modification de l'article 537 du Code de procédure civile français afin de permettre le recours contre les actes d'administration judiciaire dans ces hypothèses. Il appartiendrait à la partie de démontrer le préjudice que lui cause l'acte de gestion procédurale.

452. Il nous semble, d'autre part, que le droit positif brésilien comporte déjà différents instruments qui peuvent être utilisés pour l'exercice du contrôle des actes de gestion procédurale préjudiciables, ce qui révèle une attitude plutôt défensive par rapport à l'activité développée par les juges. Tout d'abord, en cas d'inversion tumultueuse des actes du procès, de paralysie injustifiée de l´instance ou de délais déraisonnables, il est possible à la partie d'utiliser la mesure administrative-disciplinaire de la « correição parcial ». En outre, si le juge n'assure pas le déroulement régulier de l'instance ou ne respecte pas les délais établis pour la prise des actes judiciaires, il est également possible aux parties de se plaindre devant les organes disciplinaires des cours ou du Conseil national de justice, pour mettre en cause le juge pour excès de délais, par l'utilisation de la « representação por excesso de prazo », conformément à l'article 235 du Code de procédure civile brésilien de 2015.

453. Il est également possible d'utiliser le « mandado de segurança » lorsque l'acte de gestion procédurale pris par le juge enfreint la loi et provoque des préjudices irréparables ou de réparation difficile (article 5, II, de la loi nº 12.016 de 2009). Dans l'espèce, l'admission de l'utilisation du *writ* contre les « despachos » préjudiciables est suffisante pour permettre la contestation des actes de gestion procédurale qui font grief, ce qui évite de modifier la nature juridique de l'acte pour cette raison.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

454. L'étude détaillée des actes d'administration judiciaire en droits judiciaires privés français et brésilien a démontré des divergences profondes en ce qui concerne les actes d'organisation juridictionnelle et des similitudes de traitement pour les actes de gestion procédurale.

455. En France, l'adoption d'un système d'organisation juridictionnelle assez souple et fortement orienté par la hiérarchie vise finalement à l'obtention de l'efficience afin que le bon juge soit placé au bon endroit par le chef de juridiction et que les dossiers soient traités par les juges qui sont censés avoir les compétences nécessaires. Cependant, la flexibilité actuelle du système d'organisation juridictionnelle français présente des risques d'arbitraire. De manière différente, au Brésil, l'affectation de juges suit des règles détaillées qui déterminent l'adoption des procédures transparentes destinées à pourvoir toute mobilité des juges dans les services des juridictions et à permettre la contestation des décisions prises.

456. Le modèle brésilien peut alors orienter la modification du système français d'affectation des juges afin de garantir le renforcement de la démocratie au sein des juridictions et le respect des principes d'indépendance et d'impartialité des juges. Dès lors, le droit au procès équitable et la légitimité du *processus* décisionnel peuvent être renforcés par l'exigence d'un avis conforme de l'assemblée générale des magistrats du siège pour ce qui concerne le projet d'ordonnance d'affectation des juges. L'adoption de règles prédéterminées, objectives et transparentes peut être l'étape suivante de la modification nécessaire du système français d'organisation juridictionnelle. Dans ce nouveau système, le Conseil supérieur de la magistrature pourrait exercer le contrôle sur les décisions de l'assemblée générale et garantirait alors l'indépendance des magistrats.

457. De plus, en France, l'attribution d'une affaire à un juge donné et la modification de la formation de jugement sans le respect des règles objectives (articles R. 2122-6 et R.

121-2 COJ) soulèvent des questions sur l'observance du droit au procès équitable. En outre, les parties sont également en mesure de choisir leurs juges dans des cas marginaux. Le problème se présente de façon plus délicate encore car ces décisions sont des actes d'administration judiciaire insusceptibles de tout recours. Par conséquent, les principes fondamentaux d'impartialité du juge, d'égalité des justiciables devant la justice, du droit au procès équitable et du juge naturel ne sont pas protégés de façon adéquate par les règles françaises actuelles de distribution des affaires et la légitimité du *processus* décisionnel s'en trouve affaiblie.

458. A l'inverse, la matière est l'objet d'une large réglementation dans l'ordre juridique brésilien qui détermine, de manière objective, le rapport entre l'affaire et le juge qui la tranchera. De plus, la distribution fixe *in concreto* la compétence de l'organe juridictionnel pour analyser le procès, compétence susceptible de contrôle. Par conséquent, nous considérons que l'ensemble des normes brésiliennes sur la distribution des affaires est en mesure de garantir, mieux qu'en France, le respect du juge naturel. Le système brésilien peut alors orienter la modification envisageable des normes françaises sur la matière. L'objectivité des règles et la transparence liée à la prévision des voies de contrôle exercées par la Cour de cassation constitueraient des moyens suffisants pour garantir le respect de ces principes majeurs.

459. Dans le cadre des actes de gestion procédurale, l'étude a révélé que des objectifs identiques sont atteints par des moyens équivalents. En effet, dans les deux systèmes, la frontière entre les actes de gestion procédurale et les actes juridictionnels n'est pas toujours précise et elle est même poreuse.

460. L'analyse de la matière dans la perspective du droit judiciaire privé français nous aide à la compréhension de ce que les actes de gestion procédurale sont révélateurs de la fonction administrative du juge dans la conduite de l'instance et que les critères du grief et du contenu décisionnel ne sont pas suffisants pour différencier les actes juridictionnels des actes de gestion procédurale. Nous considérons alors que la définition négative de « despacho », établie par le droit positif et réaffirmée par la majorité de la doctrine

brésilienne, est insuffisante et inadéquate car le « despacho » a un contenu décisionnel et peut provoquer des griefs aux parties.

461. Au lieu de défendre la modification de la nature juridique d'un acte pour ouvrir des voies de recours, il est donc préférable d'identifier, au sein des ordres juridiques, des moyens disponibles pour y faire face.

En raison du principe de subsidiarité, la saisine des juridictions supranationales n'est pas en mesure de protéger effectivement le droit au procès équitable. Dans ce cas, nous considérons que le recours-nullité autonome devant les juridictions judiciaires françaises pourrait être utilisé pour attaquer les actes de gestion procédurale en cas de violation manifeste d'un principe fondamental de la procédure qui provoque un grief avéré à la partie et c'est la juridiction judiciaire supérieure à celle qui a statué qui devrait alors être compétente pour juger ledit recours. Une autre solution possible serait la modification du droit positif afin de permettre le recours contre les actes d'administration judiciaire dans ces hypothèses.

L'ordre juridique brésilien présente, quant à lui, des moyens suffisants pour attaquer les actes de gestion procédurale qui font grief, car les procédures disciplinaires – « correição parcial » et « representação por excesso de prazo » – et l'action constitutionnelle du « mandado de segurança » sont en mesure de contester l'acte de gestion procédurale préjudiciable.

462. L'analyse comparative nous a donc permis de contrôler la conformité des règles en vigueur dans chaque système juridique au regard des principes majeurs qui gouvernent le procès et la justice. Elle nous a également indiqué que les différences identifiées ne découlent pas nécessairement de raisons strictement juridiques. Les causes peuvent être historiques ou sociologiques et la tradition comme la peur d'éventuels abus sont importantes dans ce cadre. Nous espérons ainsi que ce travail ait pu contribuer au débat.

CONCLUSION GÉNÉRALE

463. L'étude des actes d'administration judiciaire a recherché l'identification d'un critère positif des actes d'administration judiciaire, concept français qui englobe les actes organisation juridictionnelle et les actes de gestion procédurale. Nous voulions analyser la matière sous la perspective du droit comparé, considérant que l'examen comparatif pourrait contribuer à l'analyse critique du sujet, permettant alors de tourner le regard vers l'autre ordre juridique chaque fois que les réponses trouvées se présentaient comme insuffisantes. Les différences et les ressemblances éventuelles identifiées contribueraient au but visé.

464. Premièrement, nous avons fait une brève analyse de la notion de l'acte juridictionnel devant les deux ordres juridiques, en raison de l'opposition faite entre les actes d'administration judiciaire et la fonction juridictionnelle mise en œuvre par le juge. Après, nous nous sommes concentrés spécifiquement sur les actes d'organisation juridictionnelle et les actes de gestion procédurale, actes judiciaires qui visent, respectivement, au bon fonctionnement de la juridiction et au bon déroulement de l'instance, mettant en évidence les réponses actuelles de la doctrine et de la jurisprudence en la matière. Nous voulions vérifier, en fait, si les réponses actuelles de la doctrine et de la jurisprudence étaient en mesure d'identifier avec certitude les actes d'administration judiciaire. Cependant, les critères négatifs présentés par les jurisprudences françaises et brésiliennes ont indiqué alors la nécessité d'approfondissement de l'analyse des normes relatives à l'organisation juridictionnelle et à la gestion procédurale devant les deux ordres juridiques.

465. L'étude comparative a mis en évidence des différences profondes pour ce qui concerne les actes d'organisation juridictionnelle, la souplesse et la hiérarchie du système français s'opposant aux règles objectives et prédéterminées d'affectation des juges et de distribution des affaires dans l'ordre juridique brésilien. Ces constatations ont alors suscité des questionnements sur les raisons de ces divergences assez substantielles mais,

surtout, elles ont conduit à l'analyse de la conformité des normes françaises en vigueur aux principes majeurs de la justice et du procès.

466. De plus, l'étude des actes d'administration judiciaire en droit judiciaire privé français et brésilien a démontré des ressemblances du traitement jurisprudentiel dans les ordres juridiques français et brésilien pour ce qui concerne les actes de gestion procédurale, lorsque les effets juridiques des actes du juge sont pris en considération dans les deux systèmes pour la distinction des différents actes judiciaires. Pourtant, pour ce qui concerne l'élaboration théorique, la doctrine française s'est montrée plus avancée dans le domaine, critiquant la validité du critère attaché au grief et reconnaissant que le juge exerce à travers ces actes d'administration judiciaire une fonction de nature administrative qui reste, cependant, intimement liée à la fonction de juger. Il fallait alors analyser la pertinence du critère proposé par la doctrine française pour l'identification précise des actes judiciaires administratifs ; c'est-à-dire, qu'il convenait d'examiner si la poursuite de l'intérêt public de la justice se présentait comme un critère capable d'orienter, dans la pratique, l'exacte qualification des actes judiciaires administratifs.

467. L'analyse détaillée des règles pertinentes à l'organisation juridictionnelle nous a conduit à la conclusion de l'importance de la figure du chef de juridiction dans le domaine. Le droit français attribue à ce dernier des pouvoirs majeurs pour ce qui concerne l'affectation des juges et la distribution des affaires, cela visant à l'obtention de l'efficience du système. Il était alors indispensable de vérifier si ces pouvoirs exorbitants étaient conformes aux principes d'indépendance, d'impartialité, d'égalité des justiciables devant la justice, du procès équitable et du juge naturel. La réponse négative à laquelle nous sommes parvenus nous a amené à proposer des modifications dans les règles actuelles d'organisation juridictionnelle, considérant que l'efficience visée était contraire aux instruments internationaux en la matière. Nous proposons alors l'établissement des critères objectifs et transparents d'affectation des juges dans les différents services et la distribution, ces règles devant être accompagnées des voies de contestation.

468. Nous sommes parvenus à une difficulté pour identifier les actes de gestion procédurale et les distinguer des actes juridictionnels, surtout en raison des jurisprudences française et brésilienne qui admettent la modification de la nature juridique de l'acte selon les effets préjudiciables qui y sont identifiés. Si la finalité visée par ces jurisprudences était justement de permettre la contestation des actes faisant grief, protégeant alors les parties, le raisonnement suivi s'est montré critiquable et vicié. Nous avons conclu qu'au lieu de défendre la modification de nature juridique d'un acte en raison de ses effets, il fallait chercher dans le système juridique tout entier les moyens disponibles pour attaquer l'acte de gestion procédurale préjudiciable. La modification du droit positif s'est montré adéquate quand les instruments déjà disponibles ne sont pas suffisants pour garantir aux parties leur droit au recours effectif.

Dans ce contexte, nous avons proposé l'utilisation du recours-nullité autonome pour attaquer les actes de gestion procédurale préjuciables devant les juridictions judiciaires françaises et la propre altération de l'article 537 du Code de procédure civile français. Pour le côté du droit brésilien, il nous a apparu qu'il y a déjà des voies processuelles et disciplinaires disponibles pour contester la gestion procédurale irrégulière, la considération du contenu décisionnel des actes judiciaires d'administration permettant l'utilisation de l'action constitutionnelle du « mandado de segurança », ainsi que l'usage des procédures administratives-disciplinaires de la « correição parcial » et de la « representação por excesso de prazo » devant les organes disciplinaires des cours ou devant le Conseil national de justice.

469. Après avoir analysé les règles prévues dans les deux systèmes, nous sommes parvenu à la conclusion qu'en fait, le critère attaché au grief était insuffisant pour qualifier les actes judiciaires administratifs, dans la mesure où les conséquences juridiques d'un acte lui sont postérieures, ne pouvant pas être, par conséquent, le critère déterminant pour l'identification de sa nature juridique. Il fallait alors vérifier la pertinence du critère proposé par M. Théron pour l'identification de l'acte d'administration judiciaire. Cependant, lui aussi a subi des critiques, car il n'est pas toujours facile de savoir si un acte judiciaire est pris dans l'intérêt public ou dans l'intérêt

privé des parties, dans la mesure où ces intérêts peuvent se rejoindre, ne s'opposant pas nécessairement. Par conséquent, si ledit critère s'est révélé en tant que directive, il n'a pas été possible de le retenir comme un critère absolu de distinction.

470. Au bout de ce travail, nous avons conclu qu'en fait, les actes d'administration judiciaire englobent des actes de nature administrative pris par le juge, qui visent au bon fonctionnement de la juridiction et au bon déroulement de l'instance. Si nous avons indiqué que la fonction de l'acte doit orienter sa qualification juridique, nous ne pouvons pas nier que l'identification précise peut s'avérer difficile dans la pratique. Nous sommes alors dans une démarche qui reste impressionniste.

Nous considérons, cependant, que le refus de la thèse qui défend la modification de la nature juridique d'un même acte selon les effets identifiés dans l'espèce s'impose et que les « despachos » sont des décisions *lato sensu* concernant le déroulement de la procédure et qui peuvent affecter – et affectent plusieurs fois – les droits (substantiels et procéduraux) des parties. La question sera de savoir à chaque fois si, effectivement, l'acte d'administration judiciaire qui a été pris fait grief aux parties ou pas, la réponse positive à une telle question devant garantir à la partie l'utilisation d'un moyen de contrôle contre acte judiciaire administratif préjudiciable, sans pour autant qu'il soit nécessaire de le « juridictionnaliser ».

BIBLIOGRAPHIE

BIBLIOGRAPHIE CONCERNANT LE DROIT FRANÇAIS

1. OUVRAGES GENERAUX

CADIET Loïc, *Code de procédure civile,* LexisNexis, 27e éd., 2014.

CADIET Loïc (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.

CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9e éd., 2016.

CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, PUF, 2e éd., 2013.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15e éd, 2001.

CHAPUS René, *Droit du contentieux administratif,* Montchrestien, 12e éd., 2006.

CORNU Gérard et FOYER Jean, *Procédure civile*, PUF, 3e éd., 1996.

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10e éd., 2014.

CROZE Hervé, MOREL Christian et FRADIN Olivier, *Procédure civile : manuel pédagogique et pratique*, LexisNexis, 4e éd., 2008.

DEBBASCH Charles et RICCI Jean-Claude, *Contentieux administratif*, 7e éd., Dalloz, 2001.

DESPORTES Frédéric et LAZERGES-COUSQUER Laurence, *Traité de procédure pénale,* Economica, 3e éd., 2013.

GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile et FERRAND Frédérique, *Procédure civile : droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 32e éd., 2014.

HÉRON Jacques et LE BARS Thierry, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 4e éd., 2010.

JEULAND Emmanuel, *Droit processuel, une science de la reconstruction des liens de droit,* LGDJ, 2007.

JEULAND Emmanuel, *Droit processuel général,* LGDJ, 3e éd., 2014.

Journal des droits de l'homme, *Institut des droits de l'homme des avocats européens,* FAVREAU Bertrand (dir.), Supplément 10/2010, pp. 3-4, disponible sur http://www.idhae.org/pdf/previouslast.pdf, consulté le 3 octobre 2016.

LEBRETON Giles, *Droit administratif général*, Dalloz, 8e éd., 2015.
MONTESQUIEU Charles-Louis de Secondat, *L'esprit des Lois,* Garnier Frères, Libraires-Éditeurs, Paris, 1869, Livre XI.
GUINCHARD Serge, FERRAND Frédérique et CHAINAIS Cécile, *Procédure civile,* Dalloz, 4e éd., 2015.

2. OUVRAGES SPECIAUX

ALI/UNIDROIT, *Principles of transnational civil procedure,* Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
AMBRA Dominique d´, *L´objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994, préface G. Wiederkehr.
CADIET Loïc (dir.), *Pour une administration au service de la justice*, Paris, Club des juristes – Commission « Gouvernance de la justice », juin 2012.
CALLEIA Elizabeth, *Une catégorie juridique méconnue : les mesures d'administration judiciaire,* Mémoire pour le D.E.A en droit, 1996, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.
MAYER Lucie, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique,* Thèse pour le doctorat en droit, 2007, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

3. ARTICLES

AMRANI-MEKKI Soraya, « Analyse économique et temps du procès », *in* COHEN Dany (dir.), *Droit et économie du procès civil,* LGDJ, 2010, pp. 249-268.
AMRANI-MEKKI Soraya, JEULAND Emmanuel, SERINET Yves-Marie et CADIET Loïc, « Le procès civil français à son point de déséquilibre ? », *JCP G,* 2006, I, 146, disponible sur http://www.lexisnexis.com/fr/droit/results/docview/docview.do?docLinkInd=true&risb=21_T23718728993&format=GNBFULL&sort=DATE-PUBLICATION,D,H,$PSEUDOXAB,A,H,TYPE-ARTICLE,A,H&startDocNo=1&resultsUrlKey=29_T23718728997&cisb=22_T23718728996&treeMax=true&treeWidth=0&csi=268085&docNo=11, consulté le 21 mars 2016.

AUBY Jean-Marie, « La compétence juridictionnelle dans le contentieux des actes d'administration judiciaire », *Revue de droit public,* 1995, 246, pp. 1062-1072.

BACHELLIER Xavier*,* « Le pouvoir souverain des juges du fond », *BICC* du 15 mai 2009, nº 702.

BANDRAC Monique, « De l´acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », in *Le juge entre deux millénaires – Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 171-183.

BARTHOUIL Tanguy, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », *Revue de la recherche juridique* 1992 nº 1*,* Presses universitaires d´Aix-Marseille, pp. 343-395.

BARTHOUIL Tanguy, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », *Revue de la recherche juridique* 1992 nº 3, Presses universitaires d´Aix-Marseille*,* pp. 619-651.

BERNABE Boris et CADIET Loïc, « Le procès équitable avant la Convention européenne des droits de l'homme », *in* CADIET Loïc, DAUCHY Serge et HALPERIN Jean-Louis (dir.), *Itinéraires d'histoire de la procédure civile. 1. Regards français,* Institut de recherche juridique de la Sorbonne Editions, 2014, pp. 139-176.

BETOULLE Jérôme, *Vº* Magistrat, in *Répertoire de procédure civile,* Dalloz, septembre 2011, nº 248.

BOLARD Georges, « L'appel nullité », *D.* 1988, chron. p. 177.

BOLARD Georges, « Les recours nullités en procédure civile », *Justices* 1996/4, pp. 119-126.

BORÉ Jacques et BORÉ Louis, *Vº* Pourvoi en cassation, in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, septembre 2008.

BRENNER Claude, « Les décisions dépourvues d´autorité de chose jugée », *Procédures* nº 8, Août 2007, étude 13, pp. 13-17.

BRENNER Claude, *V°* Acte, in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, septembre 2006, n° 10.

BRICARD Pierre, « Indépendance et impartialité des magistrats : ce qui change dans le recrutement, la nomination, l'avancement et la déontologie (première partie) », *Lexbase Hebdo – Edition professions,* 15 septembre 2016, nº 223, pp. 20-31, disponible sur

http://www.lexbase-academie.fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/search/index/68fc5526afdcc9b23c48805e820840b0, consulté le 14 février 2017.

CADIET Loïc, « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure », *Revue française d'administration publique* 2008/1, n° 125, pp 133-150.

CADIET Loïc, *V°* Connexité, in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, décembre 2010.

CADIET Loïc, « D´un code à l´autre : de fondations en réfondations », *in* CADIET Loïc et CANIVET Guy (dir.), *1806-1976-2006 : De la commmémoration d´un code à l´autre : 200 ans de procédure civile en France,* Litec, 2006, pp. 3-17.

CADIET Loïc, « Efficience versus équité », *Mélanges Jacques van Compernolle,* Bruyant, 2004, pp. 25-46.

CADIET Loïc, « La légalité procédurale en matière civile », *BICC*, 15 mars 2006, n° 636.

CADIET Loïc, « La qualification juridique des accords processuels », *in* CABRAL Antonio do Passo e NOGUEIRA Pedro Henrique (coord.), *Coleção grandes temas do novo CPC – Negócios processuais,* DIDIER JUNIOR Fredie (coord. geral), v. 1, Salvador : Juspodivm, 2015, pp. 93-103.

CADIET Loïc, « La qualité de la norme juridictionnelle », *in* STEFANINI Marthe Fatin-Rouge, GAY Laurence et PINI Joseph (dir), *Autour de la qualité des normes : actes du colloque d'Aix-en-Provence des 24 et 25 octobre 2008,* Bruyant, 2010, pp. 233-259.

CADIET Loïc, « La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédure », *in* JEULAND Emmanuel et FRYDMAN Benoit (dir.), *Le nouveau management de la justice et l´indépendance des juges*, Dalloz, 2011, pp. 111-129.

CADIET Loïc, « Les accords sur la juridiction dans le procès », *in* ANCEL Pascal et RIVIER Marie-Claire (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends,* Economica, 2001, pp. 34-55.

CADIET Loïc, « Les conventions relatives au procès en droit français : sur la contractualisation du règlement des litiges », *Revista de processo*, ano 33, junho de 2008, nº 160, pp. 61-82.

CADIET Loïc, « Ordre concurrentiel et justice », *L'ordre concurrentiel : Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano,* Frison-Roche, 2003, pp. 109-143.

CADIET Loïc, « Propos introductif : “faire lien” », *in* CHASSAGNARD-PINET Sandrine et HIEZ David, *La contractualisation de la production normative,* Dalloz, 2008, p. 179.

CHOLET Didier, « Le contrôle de l´activité non juridictionnelle des juridictions *», La Gazette du Palais*, 13 octobre 2007, n° 286, pp. 8-15.

CHOLET Didier, « Responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle : la réforme nécessaire », *Dalloz,* 2005, pp. 2540-2541.

Commission européenne pour l'efficacité de la Justice - CEPEJ, *Un nouvel objectif pour les systèmes judiciaires : le traitement de chaque affaire dans un délai optimal et prévisible,* Strasbourg, 13 septembre 2005, CEPEJ (2004) 19 Rev 2, disponible sur https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1031201&Site=COE&direct=true, consulté le 23 mars 2016.

CORNU Gérard, « Les principes directeurs du procès civil par eux-même (fragments d´un état des questions) », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, pp. 83-100.

DALLE Hubert, « Administration de la justice et acte juridictionnel », *in* GABORIAU Simone et PAULIAT Hélène, *L'éthique des gens de justice – Actes du colloque des 19-20 octobre 2000*, PULIM, 2001, pp. 93-110.

DUGUIT Léon, « L´acte administratif et l´acte juridictionnel », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l´étranger,* 1906, pp. 413-470.

EUDIER Frédérique*, V°* Jugement, in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, septembre 2011.

FABRI Marco and LANGBROEK Philip M., *Is there a right judge for each case ? A comparative study of case assignment in six European countries*, disponible sur http://www.ejls.eu/2/31UK.htm, consulté le 5 avril 2014.

FERRAND Frédérique, « Vers des règles transnationales de procédure civile ? Le projet de l'American Law Institute et d'UNIDROIT », *Droit et procédures – La revue des Huissiers de Justice,* n° 1, 55e année, janv.-févr. 2002, pp. 4-13.

FERRAND Frédérique et MOUSSA Tony, « Le projet de l'*Americain Law Institute* et d'UNIDROIT de Principes et Règles de procédure civile transnationale : vers une procédure civile mondiale modélisée ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Buffet : la procédure en tous ses états,* Paris, Petites affiches, 2004, pp. 199-228.

FRICERO Natalie, *Vº* Tribunaux de grande instance, in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, septembre 2009, nº 46.

FROGER Charles, « Incompétence de la juridiction administrative pour contrôler les ordonnances de roulement prises par les juridictions judiciaires », *Droit administratif* n° 11, novembre 2010, comm. 148.

GABARDA Olivier, « Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs ? Enjeux et perspectives d'évolutions autour du principe de la motivation facultative », *Revue française de droit administratif* 2012 n° 1, janvier-février 2012, pp. 61-71.

GRANDJEAN Jean-Pierre et FOUCHARD Clément, « Le choix de l'arbitre : de la théorie à la pratique », in *Cahiers de droit de l'entreprise* nº 4, juillet-août 2012, LexisNexis, pp. 33-39.

GROULIER Cédric, « Remarques sur la notion de mesure d´administration de la justice », *Revue du droit public*, 20 novembre 2011 nº 2, pp. 405- 429.

GUINCHARD Serge, *Vº* Convention européenne des droits de l'homme et procédure civile, in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, décembre 2010.

HERMAN Harold, « Péremption d'instance et radiation pour défaut d'exécution de la décision frappée d'appel », *La Gazette du Palais,* 29 novembre 2016, nº 42, pp. 72-73.

JEULAND Emmanuel, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », *Revue française d'administration publique* 2008/1, nº 125, pp. 33-42.

JULIEN Pierre et FRICERO Natalie, « 2004 : l´année des changements », *Recueil Dalloz* 2005, p. 332.

KRIEGK Jean-François, « Les conseils supérieurs de justice, clef de voûte de l'indépendance judiciaire ? », *Recueil Dalloz* 2004, p. 2166.

LEBORGNE Anne, *Vº* Actes de procédure, in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, septembre 2005.

LIET-VEAUX Georges et VEAUX Daniel, « De la compétence des juridictions administratives pour connaître de la validité des actes se rattachant au service de la justice judiciaire », *RDP*, 1945, pp. 421-458.

MARSHALL Didier (dir.), *Les juridictions du XXIe siècle : Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adadpte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la*

justice, Rapport remis à Mme. la garde de Sceaux, ministre de la Justice, le 16 décembre 2013, disponible sur http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_Marshall_2013.pdf, consulté le 2 février 2015.

MARSHALL Didier, GUYOMAR Mattias, CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, « Case assignment in French courts », *in* LANGBROEK Philip M. and FABRI Marco, *The right judge for each case, a study of case assignment and impartiality in six European judiciaries,* Intersentia, Metro, Anvers, Oxford, 2007, pp. 189-213.

MCKEE Jean-Yves, « Le Conseil supérieur de la magistrature, siégeant comme conseil de discipline des magistrats du siège, et l'article 6, conv. EDH », in *Le juge entre deux millénaires : Mélanges offerts à Pierre Drai,* Dalloz, 2000, pp. 89-98.

MOREAU Jacques, *V°* Séparation des autorités, in *Répertoire de contentieux administratif,* Dalloz, septembre 2005.

MOURY Jacques, « De quelques aspects de l´évolution de la jurisdictio (en droit judiciaire privé) », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l´honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, pp. 299-311.

NORGUIN Vanessa, « Nature et régime de la radiation du rôle en appel », *Recueil Dalloz* 2009, pp. 2532- 2535.

PAULIAT Hélène, « L'administration de la justice dans les institutions françaises », *in* GABORIAU Simone et PAULIAT Hélène, *L'éthique des gens de justice – Actes du colloque des 19-20 octobre 2000*, PULIM, 2001, pp. 75-92.

PAULIAT Hélène, « Chronique de jurisprudence administrative 2010 », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 1er mars 2011, n° 2, pp. 555-562.

PAULIAT Hélène, « Processus, procédure : à la recherche de la qualité de la justice », *in* HOAREAU-DODINAU Jacqueline, MÉTAIRIE Guillaume et TEXIER Pascal, *Procéder : pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action ?*, PULIM, 2006, Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique n° 13, pp. 305-325.

PERDRIAU André, « Les mesures d´administration judiciaire au regard du juge de cassation », *La Gazette du Palais,* 7 mars 2002, n° 66, pp. 2- 12.

PERDRIAU André, « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », *Petites affiches,* 15 novembre 2001, nº 228, pp. 8-15.

PERROT Roger, « Mesures d'administration judiciaire », *RTD* civ. 1995, pp. 958- 959.

PERROT Roger, « Radiation du rôle : pas de recours », *Procédures* n° 8, Août 2009, comm. 265.

PISSALOUX Jean-Luc et MINOT Lilian, « L'évolution des mesures d'ordre intérieur en milieu carcéral », *La Gazette du Palais*, 9 août 2008, n° 222, pp. 24-33.

PUTMAN Emmanuel et QUIN Annabel, *V°* Cour d'appel, in *Répertoire de procédure civile,* Dalloz, novembre 2001.

RENOUX Thierry Serge, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTD civ.* 1993, pp. 33-58.

RENOUX Thierry Serge et ROUX André, « Administration et fonctionnement de la justice en France », in *Annuaire européen d'administration publique,* Éditions du centre national de la recherche juridique, 1991, XIV, pp. 91-139.

SEILLER Bertrand, *V°* Acte administratif, in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, janvier 2010.

THÉRON Julien, « Mesure d´administration judiciaire, proposition d´un critère de qualification », *Recueil Dalloz* 2010, pp. 2246- 2253.

THÉRON Julien, « Le constat de bonne exécution du plan exclu de la catégorie des mesures d'administration judiciaire », *La semaine juridique – Edition générale,* nº 41, 5 octobre 2015, p. 1804.

TIRVAUDEY-BOURDIN Catherine, « Compétence : exception de litispendance et de connexité », *JCl. Proc. civ.,* Fasc. 213-2, 5 juin 2009.

VUITTON Xavier, « Tribunal de grande instance », *JCl Proc. civ.,* Fasc. 218, 30 septembre 2008.

WIEDERKEHR Georges, « Le rôle de la volonté dans les actes judiciaires », *Mélanges Alfred Rieg,* Bruylant, 2000, pp. 883-898.

WIEDERKEHR Georges, « Qu´est-ce qu´un juge ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l´honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, pp. 575-586.

BIBLIOGRAPHIE CONCERNANT LE DROIT BRESILIEN

1. OUVRAGES GENERAUX

ALVIM NETO José Manoel de Arruda, *Manual de direito processual civil,* 13ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010.

ARAGÃO Egas Dirceu Moniz de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, 9ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1998.

ASSIS Araken de, *Manual dos recursos*, 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.

CARNEIRO Athos Gusmão, *Jurisdição e competência,* 14ª ed., São Paulo : Saraiva, 2005.

CARVALHO FILHO José dos Santos, *Manual de direito administrativo,* 25ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo : Atlas, 2012.

CHIOVENDA Giuseppe, *Instituições de direito processual civil : os conceitos fundamentais – A doutrina das ações,* Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale acompanhado de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman, v. 1, Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia : São Paulo, 1942.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Justiça em números 2015 : ano-base 2014,* Brasília, 2015, disponible sur http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros, consulté le 21 avril 2016.

CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Jurisdição e competência,* Coleção Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 62, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS Ronaldo Brêtas de Carvalho, *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional,* Belo Horizonte : Del Rey, 2004.

DIDIER JUNIOR Fredie, BRAGA Paula Sarno e OLIVEIRA Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil : Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória,* v. 2, 10ª ed., Salvador : JusPodium, 2015.

DIDIER JUNIOR Fredie e CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Curso de direito processual civil*, v. 1, 11ª ed., Salvador : JusPodivm, 2009.

DIDIER JUNIOR Fredie e CUNHA Leonardo José Carneiro da, *Curso de direito processual civil*, v. 3, 7ª ed., Salvador : JusPodivm, 2009.

DIDIER JUNIOR Fredie, *Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento,* v. 1, 17ª ed, Salvador : JusPodium, 2015.

DINAMARCO Cândido Rangel, *A reforma da reforma,* 6ª ed., rev. atual., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

DINAMARCO Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno,* v. 1, 6ª ed., São Paulo : Malheiros, 2010.

DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil,* v. 1, 8ª ed., São Paulo : Malheiros, 2016.

DINAMARCO Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. II, 5ª ed., São Paulo : Malheiros, 2005.

DINIZ Maria Helena, *Dicionário jurídico,* v. 1 e 2, São Paulo : Saraiva, 1998.

DI PIETRO Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo,* 27ª ed., São Paulo : Atlas, 2014.

FREITAS Vladimir Passos de e FREITAS Dario Almeida Passos de (dir.), *Direito e administração da justiça*, Curitiba : Juruá editora, 2009.

GONÇALVES Marcus Vinicius Rios, *Novo curso de direito processual civil*, volume 1 : teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte), 10ª ed., São Paulo : Saraiva, 2013.

GRECO FILHO Vicente, *Direito processual civil brasileiro,* v. 1, 22ª ed., São Paulo : Saraiva, 2010.

GRECO FILHO Vicente, *Direito processual civil brasileiro,* v. 2, 21ª ed., São Paulo : Saraiva, 2012.

GRECO FILHO Vicente, *Direito processual civil brasileiro,* v. 3, 21ª ed., São Paulo : Saraiva, 2012.

JORGE Flávio Cheim, DIDIER JUNIOR Fredie e RODRIGUES Marcelo Abelha, *A terceira etapa da reforma processual civil : comentários às Leis nº 11.187 e 11.232, de 2005 ; 11.276, 11.277 e 11.280, de 2006,* São Paulo : Saraiva, 2006.

LIMA Edilson Soares de Lima, *A correição parcial,* São Paulo : LTR, 2000.

MARINONI Luiz Guilherme, ARENHART Sérgio Cruz e MITIDIERO Daniel, *Novo curso de processo civil : tutela dos direitos mediante procedimento comum,* v. 2, 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES José Frederico, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária,* Campinas : Millenium, 2000.

MARQUES José Frederico, *Instituições de direito pocessual civil,* v. 1, 1ª edição revista, atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, Campinas : Millennium Editora, 2000.

MARQUES José Frederico, *Instituições de direito processual civil,* v. 2, 1ª edição atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, Campinas : Millennium Editora, 2000.

MARQUES José Frederico, *Manual de direito processual civil,* v. 3, 2ª edição atualizada por Vilson Rodrigues Alves, Campinas : Millennium Editora, 2001.

MEDINA José Miguel Garcia, *Novo código de processo civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,* 3ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA José Miguel Garcia e WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Processo civil moderno*, v. 1, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES Hely Lopes, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, acão direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro,* 26ª ed., São Paulo : Malheiros, 2003.

MELLO Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, 29ª ed., São Paulo : Malheiros, 2011.

MELLO Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico – Plano da existência,* 20ª ed., São Paulo : Saraiva, 2014.

MELLO Oswaldo Aranha Bandeira de, *Princípios gerais de direito administrativo,* v. 1, 2ª ed., Belo Horizonte : Forense, 1979.

MIRANDA Francisco Cavalcanti Pontes de, *Comentários ao Código de Processo Civil. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes,* t. 3., 4ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1997.

MIRANDA Gilson Delgado e PIZZOL Patricia Miranda, *Recursos no processo civil*, 5ª ed., reimpr., São Paulo : Atlas, 2007.

MITIDIERO Daniel, *A colaboração no processo civil : pressupostos sociais, lógicos e éticos, in* MARINONI Luiz Guilherme e BEDAQUE José Roberto dos Santos (Coord.), *Coleção Temas atuais de direito processual civil*, v. 14, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO Daniel Francisco, *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro,* Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005.

MONTENEGRO FILHO Misael, *Código de processo civil comentado e interpretado*, São Paulo : Atlas, 2008.

MOREIRA José Carlos Barbosa, *Comentários ao código de processo civil,* v. 5, 12ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 2005.

MOREIRA José Carlos Barbosa, *O novo processo civil brasileiro : exposição sistemática do procedimento*, 29ª ed. revista e atualiza, Rio de Janeiro : Forense, 2012.

NERY JUNIOR Nelson e NERY Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante,* 11ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JÚNIOR Nelson, *Teoria geral dos recursos*, 6ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES Daniel Amorim Assumpção, RAMOS Glauco Gumerato, FREIRE Rodrigo da Cunha Lima e MAZZEI Rodrigo, *Reforma do CPC : Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006,* São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

OLIANI José Alexandre Manzano, *O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração,* São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

PACHECO José da Silva, *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas,* 6ª ed. revista, atualizada e ampliada de acordo com a Lei 12.016/2009, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA Caio Mário da Silva*, Instituições de direito civil : Introdução ao direito civil – Teoria geral do direito civil,* v. 1, 23ª ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro : Forense, 2010.

SAMPAIO José Adércio Leite, *O conselho nacional de justiça e a independência do Judiciário,* Belo Horizonte : Del Rey, 2007.

SILVA De Plácido e, *Vocabulário Jurídico,* 12ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1997.

SILVA José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo,* 17ª ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2000.

SILVA Ovídio A. Baptista da, *Curso de processo civil,* v. 1, 6ª éd. revista e atualizada de acordo com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA Bernardo Pimentel, *Introdução aos recuros cíveis e à ação rescisória*, 9ª ed., São Paulo : Saraiva, 2013.

TEIXEIRA José Horácio Meirelles, *Curso de direito constitucional,* org. e atual. por GARCIA Maria, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991.

THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil,* v. I, 49ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR Humberto, *Curso de direito processual civil : Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum,* v. 1, 57ª ed. revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro : Forense, 2016.

TORNAGHI Hélio, *Comentários ao código de processo civil,* v. 1, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1975.

VECHIATO JÚNIOR Walter, *Tratado dos recursos cíveis,* São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2000.

WAMBIER Luiz Rodrigues e TALAMINI Eduardo, *Curso avançado de processo civil,* v. 1, 11ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER Luiz Rodrigues, WAMBIER Teresa Arruda Alvim e MEDINA José Miguel Garcia, *Breves comentários à nova sistemática processual civil,* 3ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER Luiz Rodrigues, WAMBIER Teresa Arruda Alvim e MEDINA José Miguel Garcia, *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença,* 6ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Omissão judicial e embargos de declaração,* São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro,* 4ª ed. revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
WAMBIER Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO Maria Lúcia Lins, RIBEIRO Leonardo Ferres da Silva e MELLO Rogério Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo,* 2ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016.

2. ARTICLES

AGUILAR Ana Patrícia, « Reclamação e correição parcial : recursos atípicos ? », *Revista Jus Navegandi*, Teresina, ano 9, nº 490, 9 novembre 2004, disponible sur https://jus.com.br/artigos/5914/reclamacao-e-correicao-parcial, consulté le 25 juillet 2014.
ALMEIDA Diogo Assumpção Rezende de, « As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC », *in* CABRAL Antonio do Passo e NOGUEIRA Pedro Henrique (coord.), *Coleção grandes temas do novo CPC – Negócios processuais,* DIDIER JUNIOR Fredie (coord. geral), v. 1, Salvador : Juspodivm, 2015*,* pp. 245-268.
ALVIM Arruda, « Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro », *Revista de processo*, ano 12, nº 48, outubro-dezembro de 1987, pp. 7-26.
ALVIM Arruda, « Notas sobre o projeto de novo código de processo civil », *Revista de informação legislativa,* v. 48, nº 190, pp. 35-48, abril-junho de 2011, disponible sur http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242902, consulté le 28 février 2015.
ARAGÃO Egas Moniz de, « Considerações práticas sobre o agravo », *Revista forense,* ano 70, nº 246, abril-maio-junho de 1974, pp. 63-67.
ARAÚJO Fábio Caldas de, « Breves considerações sobre o agravo (instrumento e retido) », *in* MEDINA José Miguel Garcia e *alii* (dir.), *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008, pp. 664-694.
BRANCO NETO Ney Castelo, « Primeiras impressões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC », in *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, nº

88, maio 2011, disponible sur http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9463, consulté le 3 mars 2016.

CABRAL Antonio do Passo, « A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto do novo Código de Processo Civil », *in* FREIRE Alexandre, DANTAS Dierle, DIDIER JUNIOR Fredie, MEDINA José Miguel Garcia, FUX Luiz, CAMARGO Luiz Henrique Volpe e OLIVEIRA Pedro Miranda de (org.), *Novas tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil,* Salvador : JusPodium, 2013, pp. 73-97.

CABRAL Antonio do Passo, « Imparcialidade e Impartialidade : por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal », *Revista de processo,* nº 149, julho de 2007, pp. 339-364.

CORRÊA Fábio Peixinho Gomes, « Negócios jurídicos processuais : uma nova fronteira ? », *Revista do advogado,* Ano XXXV, nº 126, maio de 2015, pp. 76-82.

COSTA Eduardo José da Fonseca, « Calendarização processual », *in* CABRAL Antonio do Passo e NOGUEIRA Pedro Henrique (coord.), *Coleção grandes temas do novo CPC – Negócios processuais,* DIDIER JUNIOR Fredie (coord. geral), v. 1, Salvador : Juspodivm, 2015*,* pp. 353-369.

CUNHA Leonardo Carneiro da, « Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro », *in* CABRAL Antonio do Passo et NOGUEIRA Pedro Henrique (coord.), *Coleção grandes temas do novo CPC – Negócios processuais,* DIDIER JUNIOR Fredie (coord. geral), v. 1, Salvador : Juspodivm, 2015*,* pp. 27-62.

CUNHA Leonardo José Carneiro da, « Anotações sobre a desistência da ação », *Revista de processo,* ano 30, nº 120, fevereiro de 2005, pp. 42-64.

DALLARI Adilson Abreu, « Controle compartilhado da administração da justiça », *Revista jurídica,* Brasília, v. 7, n° 73, junho/julho de 2005, pp. 1-17, disponible aussi sur http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_73/artigos/Adilson_rev73.htm, consulté le 6 mai 2014.

DIDIER JUNIOR Fredie, « Os três modelos de direito processual : inquisitivo, dispositivo e cooperativo », *Revista de processo,* ano 36, nº 198, agosto 2011, pp. 213-225.

GIANESINI Rita, « Da recorribilidade do “cite-se” », *in* NERY JÚNIOR Nelson e WAMBIER Teresa Arruda Alvim (dir.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, v. 4, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, pp. 936-943.

GREGER Reinhard, « Cooperação como princípio processual », Ronaldo Kochen (trad.), *Revista de processo,* ano 37, nº 206, abril de 2012, pp. 123-133.

JORGE Éder, « Os critérios para promoção e remoção por merecimento », *Revista Consultor jurídico*, 25 de janeiro de 2010, disponible sur http://www.conjur.com.br/2010-jan-25/criterios-promocao-remocao-merecimento-magistrados, consulté le 13 mai 2014.

JORGE Flávio Cheim e RODRIGUES Marcelo Abelha, « A sentença, a interlocutória e os recursos », *in* MEDINA José Miguel Garcia e *alii* (dir.), *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008, pp. 708-712.

LIMA George Marmelstein, « Desrespeitos à regra da livre distribuição », *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, nº 54, 1º de fevereiro de 2002, disponible sur http://jus.com.br/revista/texto/2623, consulté le 7 novembre 2014.

MARTINS Camilla Santos, AMORIM JÚNIOR Divino Feitosa, ARAÚJO Estela Palhares e OLIVEIRA Ludimila Lacerda, « Alterações processuais sofridas pelo art. 253, II, do CPC : distribuição por dependência como medida de coibição à má-fé », disponible sur www. Lfg.com.br/artigos/Blog/Alteracoes_processuais_sofridas_pelo_arti_253_II_do_CPC.pdf, consulté le 8 novembre 2011.

MENEZES Iure Pedroza, « A recorribilidade dos despachos », *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, nº 1498, 8 de agosto de 2007, disponible sur http://jus.com.br/artigos/10252/a-recorribilidade-dos-despachos, consulté le 18 juillet 2015.

MITIDIERO Daniel, « A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro », *Revista do advogado,* Ano XXXV, nº 126, maio de 2015, pp. 47-51.

MONTEIRO João Baptista, « O conceito de decisão », *Revista de processo*, ano VI, nº 23, julho-setembro de 1981, pp. 61-83.

MOREIRA José Carlos Barbosa, « O processo civil contemporâneo : um enfoque comparativo », in *Temas de direito processual,* 9ª série, São Paulo : Saraiva, 2007, pp. 39-54.

NERY JUNIOR Nelson e NERY Rosa, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante,* 11ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010.

NOGUEIRA Pedro Henrique Pedrosa, « A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo CPC », *in* FREIRE Alexandre, DANTAS Dierle, DIDIER JUNIOR Fredie, MEDINA José Miguel Garcia, FUX Luiz, CAMARGO Luiz Henrique Volpe e OLIVEIRA Pedro Miranda de (org.), *Novas tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil,* Salvador : JusPodium, 2013, pp. 13-24.

OLIVEIRA Vallisney de Souza, « Delegação de atos do Poder Judiciário democrático », disponible sur http://vallisneyoliveira.com/artigos/delegacao-de-atos-no-poder-judiciario-democratico-2/, consulté le 15 juillet 2014.

PARÁ FILHO Tomás, « A recorribilidade das decisões interlocutórias no novo código de processo civil », *Revista de processo,* ano II, nº 5, janeiro-março de 1977, pp. 23-42.

PAULA Adriano de Perácio de, « Mandado de segurança contra ato judicial à luz do código de processo civil reformado », *in* MEDINA José Miguel Garcia e *alii* (dir.), *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008, pp. 561-568.

PINTO Teresa Celina Arruda Alvim, « Despachos, pronunciamentos recorríveis ? », *Revista de processo*, ano 15, nº 58, abril-junho de 1990, pp. 45-61.

PINTO Teresa Celina Arruda de Alvim, « Reflexões a respeito do mandado de segurança contra ato judicial », *Revista de processo*, ano 12, nº 48, outubro-dezembro de 1987, pp. 64-95.

RIBEIRO Leonardo Ferres da Silva, « A definição dos pronunciamentos judiciais (sentenças, decisões interlocutórias e despachos) após as últimas alterações legislativas : impacto e efeitos no plano recursal », *in* MEDINA José Miguel Garcia e *alii* (dir.), *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008, pp. 376-385.

ROCHA José de Moura, « A sentença liminar e o princípio da economia processual », *Revista Forense*, ano 72, v. 254, abril–maio–junho de 1976, pp. 63-75.

THEODORO JUNIOR Humberto, « O problema da recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro », *Revista síntese direito civil e processo civil*, nº 27, janeiro-fevereiro de 2004, disponible sur http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo47.htm, consulté le 12 avril 2014.

VINCENZI Brunela Vieira de, « Competência funcional : distorções », *Revista de processo,* ano 27, nº 105, janeiro a março de 2002, pp. 265-282.

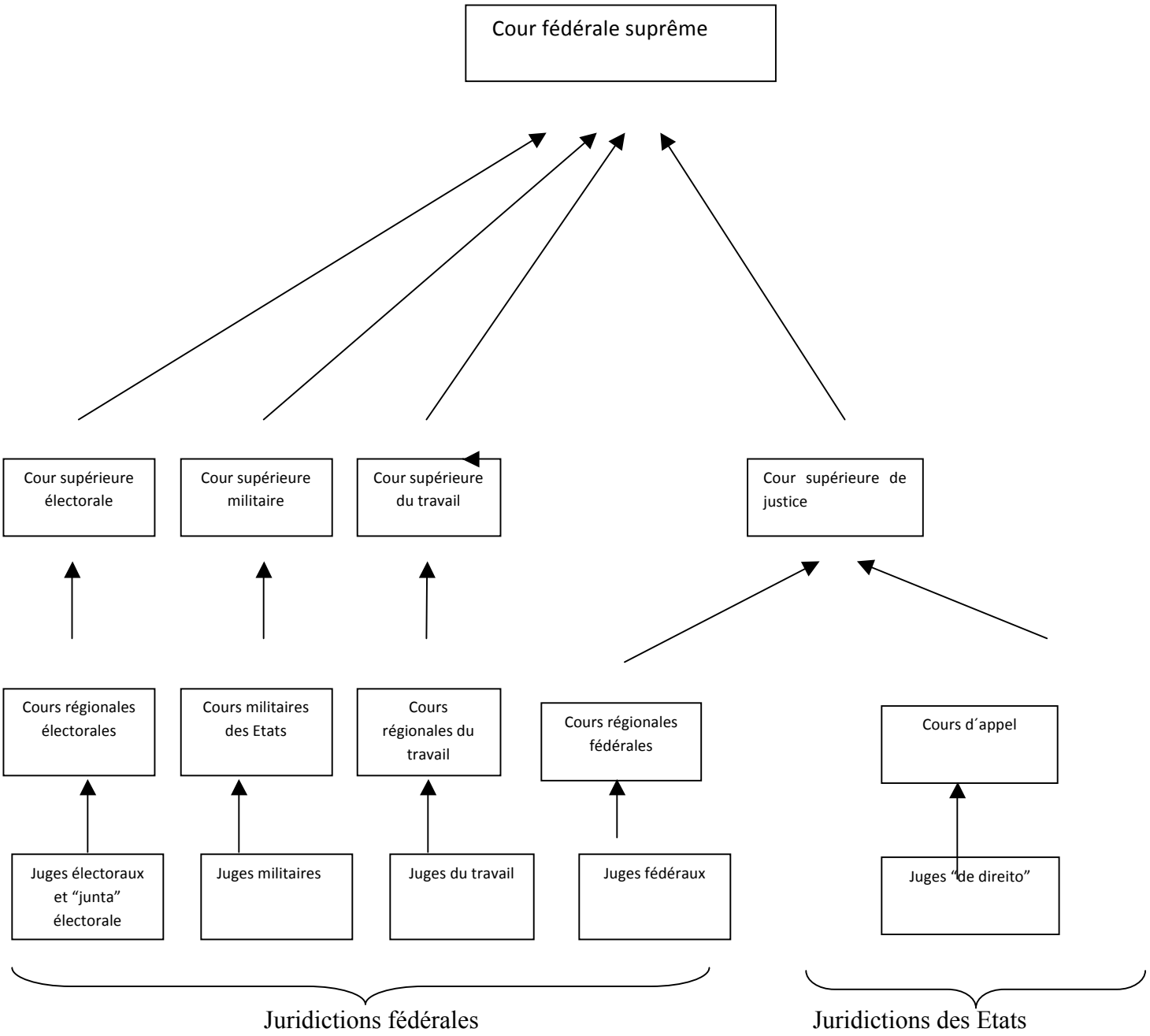
ZUFELATO Camilo, « Análise comparativa da cooperação e colaboração entre os sujeitos processuais nos projetos de novo CPC », *in* FREIRE Alexandre, DANTAS Dierle, DIDIER JUNIOR Fredie, MEDINA José Miguel Garcia, FUX Luiz, CAMARGO Luiz Henrique Volpe e OLIVEIRA Pedro Miranda de (org.), *Novas tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil,* Salvador : JusPodium, 2013, pp. 99-121.

YARSHELL Flávio Luiz, « Convenção das partes em matéria processual no Novo CPC », *Revista do advogado,* Ano XXXV, nº 126, maio de 2015, pp. 89-94.

WAMBIER Teresa Arruda Alvim, « O que se espera do Novo CPC ? », *Revista do advogado,* Ano XXXV, nº 126, maio de 2015, pp. 198-203.

ANNEXE

L´ORGANISATION DU POUVOIR JUDICIAIRE AU BRÉSIL



INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux pages)

A

Acte
  administratif complexe, 340
  d'administration judiciaire, 128, 134, 160, 161, 168, 177, 191, 290
  d'organisation juridictionnelle, 236, 242, 246, 310, 381, 389
  de gestion procédurale, 196, 230, 405, 422
  de procédure, 30
  de pure gestion administrative, **15**
  introductif de l'instance, 444
  juridictionnel, **54**, **66**, **71**, **79**, **92**
  juridictionnel, 67, 100
  juridique, **34**, **38**
  juridique, 423
  matériellement administratif, 238
  meramente ordinatório, 231, 233
  processuel, 30, 88, 240
  processuel conventionnel, 181
Affectation des juges, 238, 276, 301, 336, 345, 382
Agravo, 111, 455
  de instrumento, 116
ALI/UNIDROIT, 325
Appel, 97, 105, 116, 118, 119
Assemblée général des magistrats du siège, 274
Assemblée générale des magistrats du siège, 269, 277, 297
Autonomie des cours, 333
Autorisation d'assigner à jour fixe, 155
Autorité judiciaire, 22

C

Calendrier de procédure, 184, 221, 410
Case management judiciaire, 16, 177, 213, 214
Chose jugée, 64, 75
Citation, 449
Clause générale de convention procédurale, 217
Clôture de l´instruction, 158
Commission restreinte, 301
Compétence, 278, 367
  absolue, 355, 358, 363, 373
  fonctionnelle, 373
  relative, 355
Connexité, 355, 376, 407
  par affinité, 225
Conseil constitutionnel, 315
Conseil de l'Europe, 295, 310, 321
Conseil de la magistrature, 471
Conseil national de justice, 18, 245, 343, 346, 378, 382, 388, 473
Conseil supérieur de la magistrature, 294, 302, 309
Contestation, **61**
Continência, 356
Contractualisation de la procédure, 181, 217, 223, 409
Convention d'administration processuelle, 184
Convention de disposition processuelle, 183
Correição parcial, 457
Cour
  supérieure de justice, 45
Cour européenne des droits de l'homme, 427
Cour européenne des droits de l'homme, 319
Cour interaméricaines des droits de l`homme, 477

D

Décision, 33
  interlocutoire, 107, 108, 114
  interlocutoire au fond, 103
  interlocutoire de *meritum causae*, 96
  partielle, 103
  provisoire, **77**
Déjuridictionnalisation, 47, 418
Délai, 468
Démocratie, 273, 298
Despacho, 197, 209, 452
  de simples expediente, 204
  in limine, 449
Direction du procès, 173
Distribution
  des procès, 239, 278, 317, 326, 348, 376, 384
  par dépendance, 354, 368, 380
Droit
  au procès équitable, 286, 290, 295, 313, 433
  au recours, **78**, **80**
  au recours, 433
Droit judiciaire privé, **18**

E

Ecole normativiste de Vienne, 55
Embargos de declaração, 99, 105, 113
Excès de pouvoir, 431, 434
Exécution, **93**

F

Flexibilisation de la procédure, 214
Fonction
  de dire le droit, **67**
Fonction administrative, 179
Fonctionnement du service judiciaire, 187, 310
Forclusion, 469
Formation collégiale, 285
Fraude processuelle, 369, 387

I

Incidente de assunção de competência, 228
Incidente de resolução de demandas repetitivas, 224
Instance, 78

J

Jonction d'instance, 408
Juge de garde, 378
Jugement
  contentieux, 62
  d'équité, **62**, **67**
  définitif, 73
  gracieux, 62, 63
  sur le fond, 73
Juridiction, **69**, **84**
  gracieuse, **85**
Juridictionnalisation, 165

L

Légalité procédurale, 296, 432
Liquidation judiciaire simplifiée, 155, 415, 420
Litige, **61**, **62**

M

Mandado de segurança, 367, 382, 461
Mesure, **32**
  d'ordre intérieur, 161
Modèle
  accusatoire, 212
  inquisitoire, 213
Monisme juridictionnel, 243
Motivation, 139, 141, 143, 147, 158, 160, 423

O

Ordonnance de clôture, 406
Ordonnance de roulement, 268, 280
Organisation du service judiciaire, 187

P

Pouvoir
  discrétionnaire, 140, 143, 147, 157
  souverain, 140
Prevenção, 357, 360
Principe
  d'autonomie de la juridiction judiciaire, 187
  d'efficience, 283, 390
  d'égalité, 227, 315, 367, 377
  d'égalité devant la justice, 318
  d'impartialité, 284, 286, 319
  d'indépendance, 277, 284, 294, 310
  de continuité du service public, 378
  de coopération, 174, 211
  de correspondance, 97, 118, 119
  de freins et contrepoids, 237, 341
  de l'autonomie, 22
  de légalité, 346
  de moralité, 346
  de non-discrimination, 346
  de primauté de décision au fond, 101
  de publicité, 361
  de sécurité juridique, 224, 227
  de séparation des pouvoirs, 236
  de séparation entre les autorités administrive et judiciaire, 186
  de subsidiarité, 427, 478
  du dessaisissement, **74**
  du juge naturel, 313, 349, 379
Procédure, 404
  accusatoire, 173
  inquisitoire, 175
Procès, 45, **87**, 286, 297
Pronunciamento, 90
Prorogation de la compétence, 357

R

Radiation, 406
  pour défaut d'exécution, 154, 411, 419
  pour défaut de constitution d'avocat, 158
  pour défaut de diligence, 159
Rapport Marshall, 273
Recours-nullité autonome, 434, 438
Récusation, 285
Redistribution des affaires, 286

Representação por excesso de prazo, 468
Retrait du rôle, 406

S

Service public de la justice, 36, 50
Súmula, 95

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE **7**

PRINCIPALES ABREVIATIONS **10**

INTRODUCTION **15**

PREMIERE PARTIE **43**

LES ACTES D´ADMINISTRATION JUDICIAIRE : DES ACTES DE GESTION NON DETACHABLES DE LA FONCTION DE JUGER **43**

Titre 1 ..... **49**

L'ANALYSE DE LA NOTION D'ACTE JURIDICTIONNEL, ETAPE PREALABLE A L'IDENTIFICATION CORRECTE DES ACTES D'ADMINISTRATION JUDICIAIRE **49**

Chapitre 1 ..... **54**

L'étude de l'acte juridictionnel en France : l'étape préalable à la compréhension de la notion d'acte d'administration judiciaire en droit judiciaire privé français **54**

Section 1 - Les différents critères d´identification de l´acte juridictionnel en France 55

§ 1 : De la négation de l'autonomie de la fonction juridictionnelle à la proposition des critères organique et procédural d'identification de l'acte juridictionnel 55

§ 2 : Les critères matériels d'identification de l'acte juridictionnel 58

A. - La structure spécifique de l´acte juridictionnel 58

B. – L'objet de la fonction juridictionnelle : trancher les litiges ? 60

C. - L´objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit 63

§ 3 : La combinaison de critères différents pour l'identification de l'acte juridictionnel 68

Conclusion de la Section 1 ..... **70**

Section 2 : Le régime juridique des actes juridictionnels en France 71

§ 1 : Les conditions de forme et de publicité de l'acte juridictionnel 71

§ 2 : Les effets extinctifs du jugement à l´égard du juge et des parties 74

A. - L´effet du jugement à l´égard du juge : le principe du dessaisissement du juge 74

B. - L´effet du jugement à l´égard des parties : l´autorité de chose jugée de l´acte juridictionnel 75

§ 3 : La remise en cause de l´acte juridictionnel 78

Conclusion de la Section 2 ..... **79**

Conclusion du chapitre 1 ..... **81**

Chapitre 2 ..... **84**

Les décisions concernant le *meritum causæ* : l'examen préliminaire à l'identification des actes d'administration judiciaire en droit judiciaire privé brésilien **84**

Section 1 : Les jugements en droit judiciaire privé brésilien 92

§ 1 : Le concept de « sentença » et l'adoption du principe de correspondance dans le Code de procédure civile brésilien de 1973 92

A. – Le concept de jugement dans le *codex* de 1973 : la notion légale et les critiques de la doctrine 92
B. – La remise en cause de la « sentença » dans le Code de procédure civile de 1973 97
§ 2 : La notion de « sentença » dans le Code de procédure civile de 2015 100
A. – L'adoption des critères matériels et formels pour l'identification de « sentença » dans le *codex* de 2015 100
B. – La remise en cause des jugements dans le *codex* de 2015 105
Conclusion de la Section 1 106
Section 2 : Les décisions interlocutoires en droit judiciaire privé brésilien 107
§ 1 : La « decisão interlocutória » dans le Code de procédure civile de 1973 107
A. – L'acte du juge sur une question incidente 108
B. – L'utilisation du recours d'« agravo » contre les décisions interlocutoires dans le Code de procédure civile de 1973 111
§ 2 : Le concept de « decisão interlocutória » dans le Code de procédure civile brésilien de 2015 114
A. – Le concept extensif de décision interlocutoire 114
B. – Les voies de recours contre les décisions interlocutoires dans le Code de procédure civile de 2015 116
Conclusion de la Section 2 119
Conclusion du chapitre 2 120
Conclusion du titre 1 123

TITRE 2 127

A LA RECHERCHE D'UNE DEFINITION POSITIVE DES ACTES D'ADMINISTRATION JUDICIAIRE EN DROITS JUDICIAIRES PRIVES FRANÇAIS ET BRESILIEN 127
Chapitre 1 132
La définition de l'acte d'administration judiciaire en droit judiciaire privé français 132
Section 1 : L'analyse de la notion d'acte d'administration judiciaire retenue par la Cour de cassation française 132
§ 1 : La définition *a contrario* des actes d´administration judiciaire retenue par la Cour de cassation 133
A. - Le raisonnement binaire de la Cour de cassation 133
B. - La différence des régimes juridiques 136
§ 2 : Les actes d´administration judiciaire et le pouvoir discrétionnaire des juges 140
A. - La différence entre le pouvoir souverain et le pouvoir discrétionnaire du juge : la dispense de motivation des décisions discrétionnaires 140
B. - La jurisprudence de la Cour de cassation sur les actes d´administration judiciaire : des actes discrétionnaires des juges 147
§ 3 : Les critiques de la notion d'acte d'administration judiciaire retenue par la Cour de cassation française 149
A. - Les critiques à l'égard du critère concernant l´absence de grief des actes d´administration judiciaire 149
I - La qualification d´un acte selon ses effets juridiques 150
II - L´existence des actes d´administration judiciaire préjudiciables 153

B. - Les critiques adressées à l´identification des actes d´administration judiciaire au pouvoir discrétionnaire du juge 156
I - Le pouvoir discrétionnaire du juge au-delà de l´administration de la justice 157
II - L´exigence expresse de motivation de certains actes d´administration judiciaire ... 158
Conclusion de la Section 1 160
Section 2 : A la recherche de la nature juridique des actes d'administration judiciaire : les réponses de la doctrine française 160
§ 1 : Les actes d´administration judiciaire : des mesures d´ordre intérieur ? 161
A. - Les similitudes entre les actes d´administration judiciaire et les mesures d´ordre intérieur 161
I - Des mesures d´administration interne du service 161
II - Des décisions non susceptibles de recours 163
§ 2 : La spécificité de la notion d'acte d´administration judiciaire 168
A. - La notion conceptuelle de l'acte d´administration judiciaire 169
B. - Les recours contre les actes d´administration judiciaire : le contrôle différé et la possibilité théorique d'usage du pourvoi pour excès de pouvoir sur l´ordre du garde des Sceaux 169
Conclusion de la Section 2 172
Section 3 : Les actes d'administration judiciaire : des actes judiciaires de gestion non détachables de la fonction de juger 173
§ 1 : Les actes d´administration judiciaire et la gestion du service public de la justice 173
§ 2 : Les actes d´administration judiciaire : des actes non détachables de la fonction de juger 180
A. - Des actes pris par les autorités juridictionnelles 180
B. - L'exclusion du contrôle exercé par les juridictions administratives 186
Conclusion de la section 3 191
Conclusion du chapitre 1 192
Chapitre 2 195
Les actes d'administration judiciaire en droit judiciaire privé brésilien 195
Section 1 : Les actes de gestion procédurale en droit judiciaire privé brésilien 196
§ 1 : Les actes de gestion procédurale pris par le juge seul ou conjointement avec les parties : du traitement prévu dans le Code de procédure civile de 1973 aux règles établies dans le *codex* de 2015 196
A. – Les actes de gestion procédurale pris par le juge dans le Code de procédure civile brésilien de 1973 197
B. – Le Code de procédure civile de 2015 et les nouvelles techniques de gestion procédurale et de gestion du contentieux 209
§ 2 : Les actes « meramente ordinatórios » pris par les greffiers des juridictions 229
A. - La délégation des actes de gestion procédurale aux greffiers 230
B. - L´absence de recours contre les actes de gestion procédurale pratiqués par les greffiers 233
Conclusion de la section 1 235
Section 2 : Les actes d'organisation juridictionnelle au Brésil : des actes administratifs soumis au contrôle du Pouvoir judiciaire 236
§ 1 : Les actes d'organisation juridictionnelle : des actes administratifs pris par les juges 236

§ 2 : L'existence d'un ordre juridictionnel unique au Brésil : le contrôle par le Pouvoir judiciaire des actes d'organisation juridictionnelle 242
Conclusion de la section 2 246
Conclusion du chapitre 2 248
Conclusion du titre 2 251
Conclusion de la prémière partie 255

SECONDE PARTIE 259

LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU PROCES ET LE REGIME JURIDIQUE APPROPRIE AUX ACTES D'ADMINISTRATION JUDICIAIRE 259

TITRE 1 264

L'INCIDENCE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU PROCES ET LA REFORME NECESSAIRE DES REGLES D'ORGANISATION JURIDICTIONNELLE 264
Chapitre 1 267
Les règles françaises de fixation du service des juges et d'attribution des affaires à l'épreuve des risques d'arbitraire 267
Section 1 : Les règles françaises actuelles d'organisation juridictionnelle et le rôle majeur du chef de juridiction 267
§ 1 : La fixation du service des juges 267
A. – Le système original d'affectation des juges : le rôle majeur des chefs des juridictions et les risques d'arbitraire 267
I – L'ordonnance de roulement pris librement par les chefs de juridiction : les règles d'affectation des juges originairement adoptées devant les juridictions judiciaires françaises 268
II - L'organisation du travail des juridictions judiciaires françaises et les risques d'arbitraire 271
B. – Les modifications apportées par le décret nº 2014-1458 du 8 décembre 2014 concernant l'affectation des juges dans les services des juridictions : pour la transparence et le dialogue interne 276
§ 2 : L'attribution des affaires devant les juridictions judiciaires françaises 278
A. - Les objectifs généraux poursuivis par les règles françaises d'attribution des affaires 279
I - Le partage égalitaire du travail entre les juges 280
II - Le bon juge au bon endroit : la souplesse et la hiérarchie dans le système français de distribution des affaires 282
B. - Les critiques adressées au système d'attribution des affaires adopté par les juridictions judiciaires françaises 283
I - L'absence de règles fixes et uniformes sur l'ensemble du territoire français 284
II - Le pouvoir exorbitant du chef de juridiction et les risques d'arbitraire 285
III - Le choix du juge par les parties dans les cas marginaux 288
IV - L'impossibilité de contrôle sur les décisions concernant l'attribution des affaires 290
Conclusion de la section 1 292
Section 2 : Pour l'adoption en France de critères transparents, objectifs et prédéterminés d'organisation judiciaire 293
§ 1 : L'incidence du droit au procès équitable dans l'organisation juridictionnelle : pour la modification du système français d'affectation des juges 293

A. – Pour l'objectivité dans l'affectation des juges 293
B. - Pour le contrôle des décisions concernant la fixation du service des juges 300
I. - Le contrôle de l'affectation des juges par la commission restreinte de la juridiction 300
II. - Le contrôle par le Conseil supérieur de la magistrature 302
a) Bref historique et attributions actuelles du Conseil supérieur de la magistrature français 302
b) Un Conseil supérieur de la magistrature avec des fonctions renouvelées : pour le contrôle de la fixation du service des juges 309
§ 2 : L'incidence des principes fondamentaux du procès sur l'organisation juridictionnelle : pour le renforcement de l'objectivité et de la transparence dans la distribution des affaires devant les juridictions judiciaires françaises 312
A. - Le rencontre entre les principes fondamentaux et l'attribution des affaires : l'objection au choix du juge par les parties et le choix des dossiers par les juges 312
B. - Pour l'adoption de règles objectives, prédéterminées et transparentes de distribution des affaires. 324
Conclusion de la section 2 328
Conclusion du chapitre 1 329
Chapitre 2 332
L'ample réglementation sur l'organisation juridictionnelle au Brésil : l'analyse de l'effectivite et de l'adéquation des normes en vigueur 332
Section 1 : Les normes d'organisation juridictionnelle en droit judiciaire privé brésilien 332
§ 1 : L'affectation des juges devant les juridictions brésiliennes 332
A. - Les normes d'attribution des organes internes des juridictions brésiliennes 333
B. - La répartition des juges dans les différents services des juridictions brésiliennes : les normes constitutionnelles et infraconstitutionnelles 336
C. - Le contentieux au Brésil concernant les actes administratifs de répartition des juges dans les différents services 345
§ 2 : La distribution des affaires devant les juridictions brésiliennes 348
A. – Les règles générales de distribution des affaires au Brésil 348
B. - La distribution des affaires *par dépendance* 354
I - La distribution *par dépendance* des affaires connexes ou liées par « continência » 355
II - La distribution *par dépendance* et la lutte contre la fraude à la libre distribution des affaires 368
III – Le jugement conjoint des affaires en absence de connexité 376
C. – Les juges « de garde » : le choix du juge par les parties dans des cas marginaux ? 378
Conclusion de la section 1 380
Section 2 : L'observance des règles sur l'organisation juridictionnelle au Brésil 381
§ 1 : La violation – intentionnelle ou involontaire – des règles d'organisation juridictionnelle au Brésil 381
A. – La violation des règles concernant la répartition des juges dans les différents services des juridictions 381
B. – Le non-respect des normes de distribution des affaires 384
I – La violation involontaire des règles de distribution des affaires : les faiblesses des outils informatiques et les erreurs des opérateurs des systèmes 384

II – La violation intentionnelle des règles de distribution des affaires : la fraude processuelle pratiquée par des fonctionnaires et des juges 386
§ 2 : L'adéquation des normes d'organisation juridictionnelle en vigueur à la réalité brésilienne 389
A. - Les critiques au système brésilien d'organisation juridictionnelle : le bon juge au bon endroit ? 389
B. - L'adéquation des normes d'organisation juridictionnelle à la réalité brésilienne 391
Conclusion de la section 2 392
Conclusion du chapitre 2 394

TITRE 2 401

LES ACTES DE GESTION PROCEDURALE EN DROITS JUDICIAIRES PRIVES FRANÇAIS ET BRESILIEN 401
Chapitre 1 404
Les actes de gestion procédurale en droit judiciaire privé français : du risque de « déjuridictionnalisation » à la recherche du régime juridique approprié 404
Section 1 : L'identification des actes de gestion procédurale en droit judiciaire privé français 404
§ 1 : Les actes de gestion procédurale en droit judiciaire privé français 405
A. - Des exemples d'actes de gestion procédurale : la convergence de qualification 405
B. – La divergence sur la qualification des actes du juge : la radiation d'une affaire du rôle pour défaut d'exécution et la liquidation judiciaire simplifiée 410
§ 2 : La proposition par la doctrine d'un nouveau critère d'identification des actes de gestion procédurale 416
A. – La poursuite de l'intérêt du service public de la justice : un critère valable d'identification des actes de gestion procédurale ? 417
B. - L'insuffisance du critère attaché à la poursuite de l'intérêt du service public de la justice 420
Conclusion de la section 1 422
Section 2 : Le régime juridique approprié aux actes de gestion procédurale en droit judiciaire privé français : à la recherche du contrôle effectif des actes faisant grief 422
§ 1 : La motivation obligatoire des actes de gestion procédurale préjudiciables: une voie non effective de contrôle 423
§ 2 : Pour la contestation des actes de gestion procédurale préjudiciables en droit judiciaire privé français 426
A. - Le contrôle des actes de gestion procédurale par la Cour européenne des droits de l'homme 427
B. - Le contrôle des actes de gestion procédurale en droit interne 428
I - Le droit positif interne et l'absence de contrôle des actes de gestion procédurale ... 429
II - La contestation des actes de gestion procédurale préjudiciables aux parties en cas de violation manifeste d'un principe fondamental de la procédure 431
Conclusion de la section 2 438
Conclusion du chapitre 1 439
Chapitre 2 442
Les actes de gestion procédurale en droit judiciaire privé brésilien : la contestation des actes préjudiciables d'impulsion de l'instance 442

Section 1 : Pour l'abandon du critère relatif à l'absence de grief dans la qualification des « despachos » en droit judiciaire privé brésilien ... 443
§ 1 : Le « pronunciamento » du juge qui ordonne l´amendement de l'acte introductif de l´instance ... 444
§ 2 : L´acte du juge qui ordonne la citation du défendeur ... 448
Conclusion de la section 1 ... 452
Section 2 : Pour l'utilisation des moyens disponibles dans les systèmes juridiques brésilien et interaméricain contre les actes préjudiciables de gestion procédurale ... 452
§ 1 : L´utilisation de l´« agravo » ... 453
§ 2 : L´utilisation de la « correição parcial » ... 457
§ 3 : L´utilisation du « mandado de segurança » ... 461
§ 4 : La requête pour excès de délai contre le juge : la « representação por excesso de prazo » ... 468
A. - La requête pour excès de délai portée devant les organes disciplinaires des cours ... 469
B. – La requête pour excès de délai porté devant le Conseil national de justice ... 473
§ 5 : Le contrôle du délai raisonnable par le système interaméricain des droits de l´homme ... 477
Conclusion de la section 2 ... 482
Conclusion du chapitre 2 ... 483
Conclusion du titre 2 ... 486
Conclusion de la seconde partie ... 490
Conclusion générale ... 494
BIBLIOGRAPHIE ... 498
Bibliographie concernant le droit français ... 498
Bibliographie concernant le droit bresilien ... 506
ANNEXE ... 517
INDEX ALPHABETIQUE ... 518