

RESUME

INTRODUCTION

I-LA DISPONIBILITE DES DROITS DES PARTIES A L'INSTANCE CIVILE

- A- La disponibilité des droits substantiels
 - 1- La disponibilité hypothéquée des droits substantiels fondamentaux
 - 2- La disponibilité nuancée des droits substantiels subjectifs
- B- La disponibilité des droits processuels
 - 1- Les droits préalables à la discussion de la matière litigieuse
 - 2- Les droits nécessaires à la discussion de la matière litigieuse

II - L'intangibilité des pouvoirs du juge

- A- L'intangibilité absolue de certains pouvoirs du juge
 - 1- L'intangibilité du pouvoir d'instruction
 - 2- L'intangibilité du pouvoir d'examen
- A- L'intangibilité relative des pouvoirs détachés de l'imperium
 - 1- Les accords sur la compétence du juge
 - 2- Les accords sur la régularité de la saisine du juge

CONCLUSION

RESUME

La contractualisation dans la justice ne résout pas que des problèmes : elle en crée. Phénomène né du regain d'intérêt en faveur des doctrines du droit naturel, la foi en la volonté individuelle avait gagné des espaces longtemps réputés relever de la puissance publique. Or, voici que la justice se laisse conduire par les parties au procès civil, de sorte que l'instance civile est censée devenir une activité convenue.

Mais, en dépit de la fascination qu'elle exerce et l'efficacité attendue de l'adhésion des parties, la contractualisation de l'instance met en cause l'équilibre entre la satisfaction des intérêts particuliers et la protection des droits fondamentaux ainsi que la réalisation des objectifs majeurs de la justice. Dans le modèle étatiste, qu'elle soit rendue par les émanations de l'Etat ou un arbitre désigné par les parties, les fins de la justice excèdent les perspectives individuelles et, par suite, ne sauraient être réalisées par l'exclusive souveraineté partisane, dans la conduite de l'instance.

Finalement, la disponibilité relative des droits substantiels subjectifs ainsi que l'indisponibilité naturelle des droits substantiels fondamentaux assurent au pouvoir judiciaire une intangibilité dont les fissures limitées permettent de contenir la poussée contractualiste dans le cadre de l'instance.

ABSTRACT

Contractualization in justice does not only solve problems: it creates them. Phenomenon born of renewed interest in the doctrines of natural law, the faith in the individual will had won long-held areas relevant of public authority. Now, the justice is allowed to be led by the parties to the civil trial, so that the civil court becomes an agreed activity.

However, despite the fascination it exerts and the expected efficiency of the parties' accession, the contractualization of the proceeding calls into question the balance between the satisfaction of special interests and the protection of fundamental rights as well as the achievement of the major objectives of justice. In the statist model, whether rendered by the emanations of the State or an arbitrator appointed by the parties, the ends of justice exceed the individual perspectives and, consequently, cannot be realized by the exclusive partisan sovereignty, in the conduct of the proceeding.

Finally, the relative availability of substantive subjective rights and the natural unavailability of fundamental subjective rights provide the judiciary with an intangibility whose limited cracks can contain the contractualist thrust in the context of the proceedings.

INTRODUCTION

La contractualisation éclot, sur les territoires de la justice, dans l'instance civile. Phénomène induit de la conquête par la volonté individuelle des espaces existentiels et sociaux, la contractualisation fait l'objet d'une exaltation qui va de pair avec le retour en considération des doctrines du droit naturel, dans un contexte et à une époque où l'égalitarisme essentiel prônés par les droits fondamentaux de la personne et le libéralisme

économique sont placés au frontispice de la pensée juridique. Pour autant, la greffe du contrat à l'instance est-elle toujours sans répulsion ? L'instance, dont on dit qu'elle est la phase principale du procès, se laisse-t-elle aller aux noces contractuelles sans que l'équilibre structurel entre puissance publique incarnée par le juge ou l'arbitre et puissance privée mue par les parties soit rompu et atteigne dans leur fondation, les objectifs et les finalités de la justice ?

Effet de l'impérialisme contractuel, la contractualisation ne laisse pas que des réponses dans son rapport à l'instance civile où son incursion apparaît comme une oscillation continue, sans raison et encore moins de cohérence¹ entre conquête de la volonté individuelle et affirmation de pouvoir du juge. Il est vrai que la « contractualisation » jouit d'une cure de jouvence auprès de la doctrine processualiste², que l'« instance » dont on peut dire qu'elle en est le parent pauvre³, connaît très peu. Or, elles paraissent, ensemble, soutenir la rampe contemporaine de conduite du droit processuel dont elles caractérisent le renouveau.

Au reste, la contractualisation semble avoir une double signification. D'une part, il s'agirait de la généralisation du recours au modèle contractuel. Elle caractériserait ainsi, de manière marquée, « l'intrusion »⁴, « l'expansion »⁵ ou la « conquête »⁶ contractuelle dans les domaines dans lesquels la volonté prenait la forme d'une puissance imposée, et « traditionnellement regardée comme échappant au libre jeu des volontés privées pour être soumise à des règles impératives, et/ou pour relever de décisions unilatérales de la puissance publique ne supposant pas l'accord des personnes intéressées ».⁷ Il est vrai que le contrat, quoique « complexe »⁸ est une notion⁹ dont la flexibilité conduit l'*homo economicus* à y recourir au quotidien. La vie serait ainsi « tissée de contrats »¹⁰, un instrument en plein renouveau¹¹. Le contrat connaît, pour ainsi dire, une crise de croissance et risque d'éclater, à force d'enfler comme la grenouille de la fable¹².

« Acte de prévision »¹³ en vue de s'approprier le futur, le modèle contractuel investirait le droit administratif¹⁴, notamment les services et les marchés publics¹⁵, la gestion de l'administration publique, centrale ou décentralisée¹⁶. Il aurait saisi la famille¹⁷, depuis longtemps, notamment dans le choix des régimes

¹ P-G. POUGOUE, « Les quatre piliers cardinaux de la sagesse du droit OHADA », in Mélanges F. M. SAWADOGO, Les horizons du droit OHADA, CREDIJ, Cotonou, 2018, p. 392. L'auteur affirme, non sans raison, que la règle et la science du droit ne peuvent être perceptibles ni efficaces sans la double « exigence de la raison et de la cohérence ».

² L. CADIET, Leçons béninoises de théorie générale du procès, R.B.S.J.A., numéro spécial, année 2014, p.111, n°4 et s. J.-P. BONAFE-SCHMIDT, « La part et le rôle joué par les modes informels de règlement des différends », Paris, Economica, 2001, E. SERVERIN, P. LASCOUMES et A. LAMBERT, Transactions et pratiques transactionnelles, Paris, Economica, 1987 et les nombreuses contributions de M. Loïc CADIET sur le sujet dont « Libertés des conventions et clauses relatives au règlement de litiges », LPA, 5 mai 2000 pp. 30-39

³ Quelques travaux ont tout de même été consacrés à la notion sans que cela éblouisse la doctrine processualiste. On peut à cet égard relever sans être exhaustif les contributions de J. L. J. CARRE, Les lois de la procédure civile, 1^{ère} éd., Paris, BECHET, 1927, t. 2, p. 2 ; M.-P. VINH-DALMAIS, La notion d'instance, th., Université Panthéon-Assas, 2000.

⁴ P. ANCEL, « Contractualisation », in L. CADIET (Dir.), Dictionnaire de la justice (ci-après « Dictionnaire ») PUF, Paris, 2004, p. 231.

⁵ Ph. REMY, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in L. CADIET (Coord.), Le droit contemporain des contrats, ECONOMICA, Paris, 1987, p. 276.

⁶ L. CADIET, op. cit. p.111, n°4.

⁷ Ibid.

⁸ Plusieurs auteurs ont déjà souligné la complexe réalité du contrat. Pour une analyse d'ordre général sur la difficulté à définir le contrat, notamment : Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Fr. CHENEDE, Droit civil. Les obligations, 12^e éd., Montchrestien, Paris, n° 78, p. 88 et s. ; C. ATIAS, « Qu'est-ce qu'un contrat ? », in Droit et économie des contrats, Ch. JAMIN (dir.), Paris, LGDJ, coll. Droit & économie, 2008, p. 3 et s. ; A. CAILLE, « De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », in La nouvelle crise du contrat, C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Paris, Dalloz, coll : Thèmes & commentaires, 2003, p. 27 et s. - Sur la nature du contrat comme une norme, G. ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, R. RODIERE (dir.), Thèse Paris I, 1965, p. 636 et s. ; H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », in *Le problème du contrat*, Arch. Phil. Dr., 1940, p. 33 et s. - Sur la nature individuelle ou collective du contrat, L. JOSSERAND, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD. Civ., op.cit.*, p. 7 ; M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale des contrats et les créations récentes de la pratique commerciale », in Mélanges dédiés à G. MARTY, préf. J. MAURY, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235 et s. - Sur la nature du contrat considéré à la fois comme un lien et un bien, J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in L'évolution contemporaine du Droit des Contrats, Journées René Savatier, Poitiers, 24-25 octobre 1985, *op.cit.*, p. 41 et s.

⁹ Selon M. GHESTIN, le terme « contrat vient du latin contractus lui-même dérivé de *contrahere* qui signifie rassembler, réunir, conclure ». J. GHESTIN, « La notion de contrat », D. 1990, chron., p. 147.

¹⁰ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Fr. CHENEDE, Droit civil. Les obligations, 12^e éd., *op.cit.*, n° 17, p. 29.

¹¹ Sur cette thématique, voir, *La renaissance du phénomène contractuel*, Séminaire organisé à Liège les 22, 23 et 24 octobre 1970, Liège, Ed. Faculté de droit de Liège, 1971. Pour une étude plus récente, *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, J. Mestre (dir.), Aix-en-Provence, PUAM, Coll : Institut de Droit des Affaires, 2009.

¹² P. JESTAZ, « Quel contrat pour demain », in *Autour du droit civil*, Ecrits dispersés, idées divergentes, Dalloz, 2005, p. 377

¹³ H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré*, *op.cit.*, p. 643 et s.

¹⁴ H. ZWALEN, « Le contrat de droit administratif », RIDC, 11-4, pp. 852 et s.

¹⁵ G. KALFLECHE, « Des marchés publics à la commande publique », HAL, Archives ouvertes, 2004.

¹⁶ J.-B. BOUET, L'administration décentralisée du territoire : choix et perspectives ouverts sous la Cinquième République. Droit. Université d'Angers, 2006.

¹⁷ Voir F. J. PANSIER, « De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier », 2000.

matrimoniaux, dans la gestion de la famille, l'entretien des enfants ainsi que leur garde, dans le règlement de la séparation des corps ou de la dissolution des liens. On pourrait y ajouter, sans prétendre à l'exhaustivité, la matière répressive¹⁸, notamment, la médiation pénale. La contractualisation s'entendrait de la vie accomplie « de plus en plus contractuellement »¹⁹. Les phénomènes de « l'éclatement du contrat »²⁰ ainsi que de « la diaspora du contrat »²¹ évoqués par la doctrine française paraissent essorés.

D'autre part, il se produirait par la contractualisation une systématisation de la méthode contractuelle. Le modèle devenant une technique, la contractualisation s'analyserait comme le recours à la technique contractuelle dans son aspect concours de volontés entraînant des obligations. Comme il a été à juste titre rappelé, la contractualisation n'est en effet pas « réductible à l'utilisation des contrats du droit civil »²². Elle est surtout une appropriation et un recours systématique à la méthode contractuelle c'est-à-dire à « l'emploi d'une certaine procédure d'élaboration des normes, règles et décisions, qui est de type contractuel »²³. La contractualisation n'y est alors pas l'imposition du contrat comme un modèle, prêt à porter, au besoin avec quelques ajustements. Elle est plutôt une technique ou un procédé qui inspire la réalisation de fins spécifiques. Dans le cadre de l'instance, la contractualisation apparaît, comme Janus, avec cette double face.

Parent pauvre de la théorie du procès²⁴, l'instance attire moins les suffrages de la pensée juridique processuelle, que l'action et la juridiction avec lesquelles elle en constitue les trois piliers. Ce manque d'intérêt de la doctrine à l'égard de l'instance se manifeste quand on recherche la définition d'une notion qui semble se heurter à tout effort d'abstraction. On décrit plus ce que constitue l'instance qu'on la définit. C'est d'abord le législateur qui renonce à un tel effort. Sous la section annonciatrice qui lui est pourtant consacrée « de l'instance », les articles 2 et 3 du Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes (ci-après « Code des procédures ») énoncent plutôt, à la suite du législateur français, le principe d'initiative ou dispositif²⁵. Ce scepticisme conceptuel a gagné les auteurs qui voient en l'instance, non ce qu'elle est, mais ce qu'elle représente ou traduit. Sous cette vue, elle traduit d'abord une procédure, celle engagée devant une juridiction. C'est le premier sens que souligne le Doyen CORNU²⁶. Certains y voient « une suite d'actes allant de la demande en justice au jugement ou autres formes d'extinction de l'instance (transaction, désistement) »²⁷. L'instance apparaît ainsi sous un jour formaliste, en l'introduction d'une demande qui concrétise un droit d'agir, et en l'accomplissement d'actes tendus vers la saisine efficace du juge en charge d'apprécier cette demande. Il s'agirait alors, par le justiciable pris *in iudicio*, d'un rituel accompli à l'image d'un initié

¹⁸ M. FAYON, La médiation pénale, A.P.C. 1994, n° 14.11 ; G. BLANC, « La médiation pénale », J.C.P., 1994, I, 3760 ; E. DREYER, « La médiation pénale objet juridique mal identifié » J. C. P., 2008.I. 131.

¹⁹ L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD. Civ.*, 1937, p. 1 et s. Sur la thématique du phénomène de contractualisation, v° notamment : S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, Coll : Droit et Société, 2007 ; G. LEWKOWICZ, M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2009.

²⁰ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1^{ère} série, Panorama des mutations, 3^è éd., *op.cit.*, p. 21.

²¹ Ph. JESTAZ, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savatier, Poitiers, 24-25 octobre 1985, p. 117

²² P. ANCEL, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, Paris, 2007, pp. 15-29.

²³ *Ibid.*

²⁴ Il a été souligné, avec raison, que « si la théorie de l'action (...) a, comme celle de la juridiction, largement occupé les auteurs de doctrine, celle de l'instance est au contraire plus discrète dans la littérature juridique », S. AMRANI MEKKI, Y. STRIKLER, *Procédure civile*, PUF, Thémis Droit, Paris, 2014, p. 313, n°161.

²⁵ Selon l'article 2 al. 1^{er} du Code des procédures, « Seules les parties introduisent l'instance hors les cas où la loi en dispose autrement ». Et à l'article 3, il est établi que « les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient d'accomplir les actes de procédure dans les formes et délais requis ». Cf. Comm. sous les articles 2 et 3 du Code des procédures, in J. DJOGBENOU, *Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes commenté et annoté*, Editions du CREDIJ, revue et augmentée, Cotonou, 2014, pp. 28 et 29.

²⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, (ci-après, *Le vocabulaire*) PUF, Paris, 2000, p. 556.

²⁷ S. AMRANI MEKKI, Y. STRIKLER, *op. cit.*, p. 315, n° 162.

vodouisant dans une arène dont les pas intègrent la quête spirituelle de la connaissance ou de la vérité. Quoique les actes accomplis soient juridiques, l'approche conceptuelle est alors *factualiste* et *mécanique*, les actes étant pré requis et quasiment prédictifs. On définit alors l'instance comme la phase d'un procès, c'est-à-dire le niveau ou l'étape à laquelle se trouve le combat processuel²⁸.

Quoiqu'il en soit, l'instance établit un lien qui cristallise le rapport de droit entre les parties au procès. Ce « lien juridique de droits et d'obligations »²⁹ est « le plus souvent qualifié de lien juridique d'instance car le terme de « lien » soulignerait le caractère dynamique de l'instance et serait plus adéquat que le rapport liant une personne à une chose »³⁰. On retrouve pareille définition chez d'autres auteurs pour qui « l'instance est le rapport de droit substantiel, ou fondamental, opposant deux ou plusieurs sujets »³¹. Aussi bien, l'instance est-elle finalement un dialogue noué par les parties entre elles-mêmes d'une part, et avec la juridiction saisie d'autre part. Elle apparaît aussi bien comme le dialogue que comme le cadre de ce dialogue en vue du règlement par le juge ou l'arbitre du litige. Ce dialogue est tendu vers la sentence expiatoire du mal ou proclamatrice de la vérité fondée sur le droit.

Quoique « ambivalente »³², la notion d'instance ne fixe pas moins les parties dans leur statut processuel. Elle est le cadre du dialogue judiciaire et, au-delà, détermine les moyens auxquels les parties pourront recourir au soutien de leurs prétentions respectives.

La contractualisation de l'instance n'est donc que la transposition à ce cadre ou à ce dialogue du modèle ou de la méthode contractuelle. Pour autant, il ne s'agit pas exactement de la contractualisation de la justice, ni de celle du litige, ni de celle des modes de son règlement. Si, par bout, la contractualisation de l'instance a à voir avec la contractualisation de la justice, celle-là n'a pas tout à voir avec celle-ci.

La contractualisation de la justice est, *lato sensu*, l'intervention des parties dans l'organisation et la résolution de leur litige, au moyen des accords de volonté, suivant le modèle ou la méthode contractuelle. Le recours au contrat vise à faire atteindre par les parties des objectifs qui eussent relevé une « décision unilatérale d'un tiers institué par la puissance publique, la volonté des parties n'ayant aucune part, ni dans la désignation de ce tiers, ni dans le choix de la solution »³³. C'est à l'intérieur du périmètre de la contractualisation de la justice qu'il faut situer celle de l'instance, comme un procédé concourant au règlement des litiges³⁴. Bien entendu, elle se distancie de la contractualisation des modes « extra judiciaires »³⁵ de règlement des litiges. La contractualisation de l'instance s'insère dans les modes judiciaires de règlement des litiges. Elle peut s'entendre de l'emprise de la volonté des parties sur les séquences de l'instance et son sort.

Mais l'instance ne saurait être prise ni comprise sans limite matérielle, en raison de ce que la notion recouvre une variété de phénomènes processuels et une typologie tout aussi diversifiée sur lesquelles la réflexion ne peut s'étendre. D'abord, il n'est pas nécessaire d'y inclure l'instance dans les contentieux administratif et constitutionnel et ceux qui mettent en perspective un rapport de droit public, même si, à leur égard, la contractualisation attise également la controverse³⁶. Ensuite, l'instance à finalité répressive relève de

²⁸ En vertu de la règle du double degré de juridiction, l'examen des faits par application de la règle de droit est effectué à un double degré, la première instance et la seconde, comprise comme étant la Cour d'appel. Une instance ouvre alors un examen du litige en fait et en droit. Le recours en cassation ne donnerait ainsi pas lieu, en principe, à une instance quoique pour les commodités pratiques, on parle d'instance de cassation. De la même manière, il ne semble pas avoir d'instance lorsque l'organe qui est saisi connaît des faits sans le droit, à l'instar des tribunaux de conciliation prévue par la loi portant organisation judiciaire du Bénin²⁸ ainsi que des procédures de conciliation comme l'instaure le droit national²⁸ le droit communautaire²⁸ ou le droit international. Si donc, toute instance suppose une procédure, toute procédure ne porte pas une instance.

²⁹ G. CORNU, *op. cit.*, p. 557

³⁰ S. AMRANI MEKKI, Y. STRIKLER, *op. cit.*, p. 315, n°162.

³¹ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, 10^{ème} éd., LexisNexis, 2017, p. 407, n°477.

³² *Ibid.*

³³ P. ANCEL, *op. cit.*, p. 231.

³⁴ Distinguer des autres procédés. Voir P. ANCEL, « *contractualisation* », in *Dictionnaire de la justice* (dir) L. CADIET, p. 232.

³⁵ L. CADIET, *Leçons béninoises de théorie générale du procès, préc.*, p. 106.

³⁶ B. du MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences po et Dalloz, p. 72-96

perspectives étrangères à la présente étude, même si le phénomène y gagne du terrain³⁷. La réflexion intéresse plutôt l'instance civile *lato sensu*, qui met en évidence les rapports de droit privé, y compris de nature commerciale et considérés, par référence au droit béninois³⁸, même si, dans une approche systémique et comparatiste, le droit étranger se posera en silhouette.

A la vérité, le vent d'exaltation voire de sidération qui souffle sur la contractualisation dans la justice dont l'instance civile reçoit la fraîcheur laisse penser que, sur fond d'un libéralisme triomphant, l'individu a fini par donner à sa volonté les effets les plus complets et ce, sur des territoires où il n'apparaissait que comme sujet d'un droit qui se proclame à lui et d'un pouvoir qui s'exerce ou s'impose sur lui. La contractualisation traduirait ainsi le règne de l'individu sur l'Etat et toutes formes de pouvoir qui prétendent réguler sa volonté.

Tout de même, l'offensive exaltée de la contractualisation ne cache-t-elle pas, au fond, un affrontement entre la puissance individuelle et celle de l'Etat incarnée par le juge dans le cadre de l'instance civile? Autrement dit, les lignes infranchissables n'opposent-elles pas la volonté des parties au pouvoir du juge? L'interrogation pousse à rechercher les limites de la contractualisation pour corrélérer, finalement, les prérogatives de l'institution judiciaire élevée en pouvoir d'Etat³⁹ aux droits individuels processuels gagnés également par le vent de la fondamentalisation⁴⁰. Le rapport de l'instance avec les accords des parties dont elle peut être l'objet n'est malheureusement pas déterminé avec la pertinence qui assure la prévisibilité des suites de l'action en justice. Cette indétermination affecte au plus fort le régime de l'instance qui oscille entre contractualisme et institutionnalisme. Il apparaît alors que la recherche des lignes de croisement de la volonté des parties et du pouvoir du juge clarifierait le régime de l'instance.

L'emprise de la volonté des parties sur l'instance est la traduction du retour de la marée de l'idéalisme juridique qui éclot par la lucarne du jusnaturalisme depuis la seconde moitié du XIX^e siècle. La volonté créatrice⁴¹ du droit par le contrat qui reçut peu de critiques⁴² a alors fini par s'imposer⁴³. Or, ce regain des doctrines de droit naturel se heurte au solde positiviste de la présence et de l'incarnation de l'État sur un terrain, celui de la justice, ou sa souveraineté, c'est-à-dire sa puissante volonté n'admet de concurrence qu'avec prudence. La réflexion ouvre une perspective saisissante à la théorie du procès en ce qu'elle remet sous les rampes de la pensée le rapport encore discuté entre les parties et le juge dans l'instance civile et, au fond, entre l'individu et l'Etat dont le juge et l'arbitre ne sont que l'incarnation dans l'espace judiciaire. L'instance n'est, en effet, pas moins un lieu social de rétablissement des liens rompus ou d'établissement de liens qui auraient pu l'être. Sous cette vue sociologique, le cadre d'identification et d'expiation du mal relationnel et social en vue du recouvrement par la société de son intégrité justifie que le juge ou l'arbitre, en régulateur social, dispose au plan de la technique juridique des pouvoirs dont la tangibilité ne puisse essorer l'impératif de justice.

Il faut alors placer le curseur sur les droits des parties attelés aux pouvoirs du juge.

D'abord, les droits substantiels dont l'instance est l'espace d'affrontement et dont elle vise la protection ou la modification. Le rapport entre l'instance et les droits substantiels a fait l'objet de maints débats⁴⁴ desquels il résulte une interaction consubstantielle à la procédure. Ensuite les droits processuels qui meuvent l'instance

³⁷ Pour une vue d'ensemble, M.-E. CARTIER, « *Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale* », R.G.D.P., 1998, I., W. EXPOSITO, *La justice pénale et les interférences consensuelles*, thèse dactyl., Lyon 3. 2005.

³⁸ Notamment par le droit posé par le Code des procédures et les lois connexes.

³⁹ « Autorité » dans la Constitution française de la Cinquième république ou « pouvoir » dans celle, béninoise du 11 décembre 1990, la justice exerce la « fonction exécutive » du pouvoir d'Etat en vertu de la souveraineté que lui confère le peuple. Qu'elle se manifeste par un organe étatique ou arbitral, la justice ne change de nature et ne demeure ce pouvoir auquel la contrainte publique est attachée dans les conditions fixées par le législateur.

⁴⁰ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis droit, Paris, 2013, pp. 163-172

⁴¹ B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, 1^{ère} ed. Dalloz, 1999, p. 129.

⁴² G. ROUHETTE, *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 27 et s.

⁴³ Il reste que les travaux préparatoires du code civil ne révèlent aucunement chez ses rédacteurs une représentation de l'homme comme étant par essence, une volonté rationnelle, libre, ferme et efficace : ils voient plutôt dans l'homme un être sujet à la passion et à la faiblesse dont la volonté doit être soutenue de toute la puissance de la loi, seule à même d'assurer une justice objective conforme à l'équité naturelle et à une morale sociale⁴³. Cette même logique justifierait l'apposition des digues à l'expansion exponentielle de la volonté des parties dans l'enceinte judiciaire.

⁴⁴ L. CADIET et Alii, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. Thémis droit, 2^{ème} éd. mise à jour, Paris, 2013, pp. 385-407.

et déterminent son champ. Ce sont eux qui donnent à l'instance son rythme et en fixent le sort. Aussi, l'emprise de la volonté individuelle au moyen de la contractualisation de l'instance dépend-elle de la mesure de la disponibilité des droits des parties.

A ce rythme, les pouvoirs du juge ne cèdent-ils pas devant la force de la volonté ? La Constitution établit, en effet, le juge en pouvoir, qu'il exerce sous la souveraineté du peuple ou qu'il officie sous celle des parties. On vérifiera avec intérêt si la volonté partisane ne se heurte pas, dans le cadre de l'instance, au pouvoir conféré au juge. En silhouette, la question de la tangibilité du pouvoir de juger ainsi posée ne convie-t-elle pas à rechercher, parmi les prérogatives conférées au juge dans l'instance, celles qui, à raison de leur indérogeabilité, constituent encore la Justice en pouvoir ?

Aussi bien, la contractualisation conduit-elle finalement à mettre en relief la tension et la confrontation dont l'instance civile est l'objet, entre, en premier lieu, les droits subjectifs, substantiels ou processuels, sur lesquels les parties y ont la disponibilité (*I*) puis, en second lieu, les pouvoirs intangibles (*II*) qui y donnent sa signification à l'œuvre de justice.

I- LA DISPONIBILITE DES DROITS DES PARTIES A L'INSTANCE CIVILE

La première ligne de croisement et d'affrontement entre volonté partisane et puissance étatique dans l'instance civile porte sur la définition des droits sur lesquels les parties peuvent prétendre avoir la libre disposition. La contractualisation vise en effet l'administration ou la disposition des droits substantiels ou processuels en concurrence, en concours ou en conflit à l'intérieur de l'instance civile. Or, on ne dispose que de ce qui est disponible, c'est-à-dire, ce « dont on peut librement disposer »⁴⁵. La disponibilité d'un droit suggère que celui-ci soit sous « la maîtrise totale de son titulaire, à telle enseigne qu'il peut tout faire à son propos, notamment l'aliéner voire y renoncer »⁴⁶. A rebours, la contractualisation convie à une définition puis à une identification des droits sur lesquels les parties pourraient avoir la libre disposition. Quoique difficile, l'effort postule à la détermination de la sphère d'expression de la volonté individuelle en identifiant ces droits subjectifs disponibles, suivant qu'ils sont substantiels (A) ou processuels⁴⁷ (B).

A- La disponibilité des droits substantiels

Prérogatives conférées au sujet par le Droit objectif⁴⁸, les droits substantiels préexistent à la demande. Quand ils sont au soutien de celle-ci, ils visent à la concrétiser. Il ne s'agit donc pas des faits, cause du litige⁴⁹ dont la disponibilité à l'égard des parties est peu discutée. Le « fait » fait le lit au litige, en constitue la matière et construit la demande ou prétention. Le litige apparaît ainsi comme « un conflit d'ordre juridique »⁵⁰. Peu

⁴⁵ G. CORNU, *Le vocabulaire*, op.cit, p. 356.

⁴⁶ P. LEVEL, « L'arbitrabilité » in Rev. Arb., 1992, p. 219.

⁴⁷ La distinction entre droits substantiels et droits processuels (nous mettons à dessein le « pluriel » pour échapper à toute abstraitivité) s'est imposée en doctrine (L. CADIET et Alii, *Théorie du procès*, op. cit. p. 233), quoique discuté (E. JEULAND, *Droit processuel*, op. cit., p. n°1, p. 19, qui préfère aux droits « substantiels les droits « abstraits »). Les droits substantiels seraient, en quelque sorte, « une plaque tectonique » détachée du droit processuel qui les réalisent pourtant, en étant « une science de la construction des liens interhumains », E. JEULAND, *ibid* ou « le droit commun du procès et le droit comparé des procès », L. CADIET, *Leçons béninoises de théorie générale du procès*, R.B.S.J.A, numéro spécial, Cotonou, 2014, p. 29.). En revanche, les droits substantiels saisissent le fond du droit (droit civil, droit pénal général ou spécial etc.), « détermineurs », et sont mis en œuvre par le droit processuel qualifié de « droit sanctionneur », E. JEULAND, « Droit judiciaire », in L. CADIET (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004, pp. 357-360.

⁴⁸ D. SOSSA, J. DJOGBENOU, *Introduction à l'étude du droit. Perspectives africaines*, CREDIJ, Cotonou, 2012, p.230 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 145-146.

⁴⁹ Quand on recourt à l'origine latine du mot, le litige serait, au propre, « ce qui conduit au procès ». Mais à partir de cette constance, tout diffère. D'abord la sémologie. En droit béninois comme en droit français, le « litige » recouvre des réalités bien différenciées ou, à tout le moins nuancées. Le code des procédures comme le code de procédure civile français sollicitent des concepts dont la synonymie cache mal la polysémie. *Différend*, *contestation*, *désaccord*, *conflit* assurent bien un compagnonnage sémologique avec le litige dont on peut cependant considérer qu'elle est la notion-repère. Une telle variation ne s'observa pas en droit pénal ni en contentieux administratif. Dans le premier cas, le mot litige y est peu usité alors que dans le second, il y assure le monopole de l'identification de l'objet de l'instance. Dans ce que certains auteurs ont pu qualifier de « variations »⁴⁹ une mise en ordre a pu être effectuée de laquelle il ressortit deux tendances de la doctrine dominante. Selon la première, le litige est défini comme un désaccord de volontés dont la solution est sollicitée d'un tiers impartial.⁴⁹ A cette aune, ce qui fait *litis*, c'est bien le différend ou le désaccord, patent ou latent, susceptible d'une solution juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle, c'est-à-dire « juridiquement relevant » (L. CADIET et Alii, *Théorie générale du procès*, PUF, Thémis, droit privé, p. 296).

⁵⁰ L. CADIET et Alii, *ibid*, p. 314.

importe sa nature, il vise essentiellement à sauvegarder les intérêts juridiquement protégés ou à mettre en cause l'application de la règle de droit ou l'ordre social. Il ne s'agit donc pas de la contractualisation de la matière litigieuse⁵¹. Effectivement, c'est la règle de droit qui prescrit le droit subjectif dans sa substance que le juge a vocation à protéger par son office. Pour autant, si la contractualisation de ces droits est un fleuve, son cours n'est pas tranquille. Par le contrat, les parties agissent en effet de manière ambivalente sur les droits substantiels. Si alors la disponibilité des droits subjectifs substantiels semble nuancée (2), celle des droits subjectifs fondamentaux semble hypothéquée (1).

1- La disponibilité hypothéquée des droits substantiels fondamentaux

Les droits fondamentaux saisis par l'instance, créent un malaise quant à leur rapport avec les parties et le juge et se positionnent comme la dimension contestée de la contractualisation. Ce malaise ne tient pas seulement à la complexité de leur détermination. Il tient aussi à la singularité de leur structure.

La détermination des droits fondamentaux n'est en effet pas aisée. La question de la fondamentalisation du droit n'est pas totalement résolue en doctrine⁵². Le professeur G. CORNU considère qu'il s'agit d'un terme instrumentalisé, au contenu variable⁵³ suivant diverses sources au point d'être érigé en « mot valise fourre-tout »⁵⁴. En dépit des aspérités doctrinales sur l'expression, la constance est qu'un droit peut être fondamental, notamment, « en raison du sujet de droit : l'homme »⁵⁵. Selon cette conception, des droits sont fondamentaux parce qu'ils « sont inhérents à l'homme en tant qu'il est homme »⁵⁶, fondement de tout droit⁵⁷.

Des « droits de la personne humaine » aux « droits de l'homme » et aux « libertés fondamentales », des droits « essentiels » aux droits « importants », « immuables » ou « inviolables », le registre des qualificatifs et des identifiants ne rend pas la sémantique juridique particulièrement éclairante. On pourrait considérer, comme certains, que « la catégorie des droits fondamentaux compose une classe spéciale de droits subjectifs, à laquelle on attache une valeur et une force spéciale à ceux ordinaires »⁵⁸. Les « droits de l'homme » seraient ceux qui touchent la nature humaine dont fait écho la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, dont l'article 2 qualifie certains de « naturels et imprescriptibles » et l'article 17 sur la « propriété » de « droit

⁵¹ La faculté de contractualisation des parties sur la matière litigieuse trouve sa manifestation dans ce qu'on a appelé principe dispositif, principe directeur de premier rang dans la procédure civile. Suivant ce principe, les parties ont seules, le pouvoir de déclencher, de conduire et d'arrêter l'instance, ainsi que de déterminer la substance du litige (J.-L. BERGEL, « *Le principe dispositif en procédure civile (l'expérience française)* », in Mélanges JODLOWSKI, Varsovie, 1991, p. 263 et s.). Cela comprend d'abord, ce que l'on peut appeler le principe d'impulsion, selon lequel les parties sont « maîtres du procès » et libres « de le déclencher, de lui donner le contenu et la dimension qu'ils désirent..., de le suspendre ou de l'arrêter » (J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTANIER, et R. VARINARD, *Institutions judiciaires*, D, 5^{ème} éd., 1999, n° 94-2.). Il s'agit d'un prolongement du principe accusatoire, mieux connu en procédure pénale et qui a été introduit en procédure civile, dans la doctrine française sous l'impulsion du Doyen VIZIOZ (H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, Dalloz, Paris, 2011, p. 123 et s.). Ainsi qu'en dispose l'article 2 du Code des procédures « Seules les parties introduisent l'instance hors le cas où la loi en dispose autrement. 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 », notamment par conciliation, désistement ou transaction (J. L. BERGEL, *Méthodologie Juridique*, PUF, 2001, p. 340). Cette disposition qui est un décalque de l'article 1^{er} du Code de procédure civile Français pose le principe dispositif. Ce principe établit l'emprise totale des parties sur la substance du litige dans l'instance. Le juge ne peut en principe, se saisir d'office. Sinon, il prendrait partie de manière incompatible avec sa fonction de juge. La loi ne prévoit que très exceptionnellement des circonstances d'auto-saisine du juge. C'est le cas par exemple en procédures collectives. L'article 29 de l'AUPC dispose, en ses deux premiers alinéas que : « La juridiction compétente peut saisir d'office, notamment sur la base des informations fournies par le représentant du ministère public, les commissaires aux comptes des personnes morales de droit privé, les membres de ces personnes morales ou les institutions représentatives du personnel qui lui indiquent les faits de nature à motiver cette saisine. La juridiction compétente peut également être saisie par le ministère public. Dans ce cas, il fournit les éléments motivant sa demande ». En somme, pour ce qui concerne le ministère public, il a le choix de dénoncer les faits susceptibles de provoquer la saisine d'office de la juridiction compétente ou de saisir celle-ci, *proprio motu*, en motivant sa demande. Ce pouvoir de saisine de la juridiction compétente conférée au ministère public ne figurait pas dans l'acte uniforme antérieur à la réforme de l'AUPC intervenue le 10 septembre 2015. Et cela se comprend au regard d'une certaine objectivation de la nature de l'action en cette matière (F. BIBOUM BIKAY, « *Les pouvoirs d'office du juge des procédures collectives de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) et les principes cardinaux du procès* », *Juridical Tribune* Volume 5, Issue 2, Dec. 2015 235). En droit commun processuel, la prohibition de la saisine d'office du juge existe dans la plupart des droits étrangers, même dans ceux qui n'admettent pas formellement le principe dispositif ou ne lui reconnaissent qu'un rôle mineur⁵¹. Elle s'applique devant tous les ordres de juridictions, notamment devant les juridictions administratives. Il n'en est autrement que devant les juridictions pénales, en raison du principe d'indisponibilité du procès pénal.

⁵² M. A. DAUSES, « *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire* », RTD eur. 1984, p. 401.

⁵³ Sur ces notions, cf. notamment, Ch. PERELMAN et R. Van Der ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984

⁵⁴ G. CORNU, *Le Vocabulaire*, op.cit., p. 467

⁵⁵ Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, « *La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français* », in Recueil Dalloz- Sirey, 1995, chron. p. 324.

⁵⁶ R. GOGUEL, « *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux* », in Cours constitutionnelles et droits fondamentaux, Aix-Marseille, Economica, 1982, p. 236

⁵⁷ A. AUER, « *Les droits fondamentaux* » *Pouvoirs*, 1987, n°43, p.87

⁵⁸ J. ROCHFELD, *Les grandes notions de droit privé*, op. cit. p. 164.

inviolable et sacré ». A l'arrivée, ces droits « innés » à l'être, *ante* ou *pré* juridiques c'est-à-dire consubstantiels à l'individu et précédant son entrée en société, peuvent être déterminés suivant deux critères, l'un formel et l'autre, substantiel.

Le critère formel renvoie l'identification des droits fondamentaux à la Constitution et aux instruments internationaux des droits de la personne. Les droits « subjectifs » conférés par la Constitution seraient donc, de jure, fondamentaux. C'est ainsi que dans la Constitution béninoise du 11 décembre 1990⁵⁹, il est référé aux « droits à... », au « développement et plein épanouissement de la personne... »⁶⁰, à « la culture »⁶¹, à « la vie, la liberté, la sécurité et l'intégrité de la personne »⁶² à « la propriété »⁶³, à « la liberté de penser, de conscience, de religion, de culte, d'opinion et d'expression »⁶⁴, à l'égalité, à un environnement sain etc.

Le critère substantiel ou matériel permet de retenir comme fondamental un droit dont la valeur sociale est si élevée qu'en dépit du fait qu'il n'est pas inscrit dans la Constitution ou intégré aux instruments internationaux de promotion et de protection des droits de la personne, il est réputé tel. C'est ainsi qu'ailleurs, le droit au mariage pour les couples du même sexe, le droit de mourir dans la dignité ou de choisir sa mort se « fondamentalise »⁶⁵.

Si, compte tenu de leur nature, les droits substantiels fondamentaux concilient difficilement avec la contractualisation, c'est que leur structuration échappe à toute maîtrise des parties. Certes, ces droits sont structurés comme les droits subjectifs avec un créancier déterminé, un débiteur déterminé et une prestation que constitue la protection. Mais dans le contenu, tout diffère. A la vérité, si le créancier immédiat du droit est l'individu à protéger, le créancier médiat est tout le genre humain que protègent les droits fondamentaux. A l'opposé des droits substantiels subjectifs qui s'exercent contre les particuliers, les droits fondamentaux sont revendiqués contre l'Etat voire les institutions sociales de l'ordre interne et de l'ordre international qui en sont les débiteurs. C'est ce qui justifie le devoir d'ingérence qu'autorise l'absence ou l'insuffisance dans la protection de ces droits. Ces droits ne ressortissent donc pas des valeurs marchandes et transactionnelles du commerce juridique. Ils ne sauraient, à cet égard, faire l'objet de transaction dans le cadre de l'instance.

Les droits fondamentaux constituent alors une limite à l'expansion du « tout contractuel ». En dépit de l'élargissement continu et accéléré des échanges économiques et un nombre croissant de biens et services et de l'universalité de la société marchande, s'est tout de même manifesté le souci de préserver certaines valeurs non marchandes et les mettre à l'abri du pouvoir contractuel des parties. La primauté de la personne humaine est illustrative des limites à l'extension indéfinie du champ contractuel conféré aux parties. Parce que ces droits sont nécessaires à l'épanouissement individuel⁶⁶, à la dignité⁶⁷ et à l'identité de l'homme dans la société, ils sont opposables aux pouvoirs. Il en est ainsi du droit à l'intégrité dont l'indisponibilité du corps humain reste le symbole⁶⁸.

Cette orientation paraît satisfaisante en ce sens que la justice ne se réduit pas à la balance. Ce n'est pas que « peser le pour et le contre, le bien et le mal, le juste et l'injuste »⁶⁹ : *justitia est voluntas jus suum cuique tribuere* (la justice est la volonté de rendre à chacun le sien). C'est, à travers le symbole du glaive, plus que répartir, au sens subjectif, les torts et les mérites. La signification profonde de la justice réside dans la préservation de ce qui est humain en l'être en vue de la consolidation de la société. Le but final de la justice

⁵⁹ Loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin.

⁶⁰ Article 9.

⁶¹ Article 10.

⁶² Article 15.

⁶³ Article 22.

⁶⁴ Article 23.

⁶⁵ D. GUTMANN, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in Mélanges F. TERRE, Dalloz-PUF-JurisClasseur, 1999, p. 329 et s.

⁶⁶ M. -L. PAVIA, « Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *préc.*

⁶⁷ J. Rivero, Rapport de synthèse, Cours constitutionnelles et droits fondamentaux, *op. cit.*, p. 522.

⁶⁸ M. X. CATTO, Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps, th. Dacty., Paris X Nanterre, 2014.

⁶⁹ L. CADIET et Alii, Théorie générale du procès, *op. cit.* p. 48.

est la société, puisque la société est atteinte lorsque la justice est fébrile. Dans la protection des droits substantiels fondamentaux, ce n'est donc pas la balance qui satisfait les intérêts, c'est l'impérum qui préserve l'être humain et la société.

Mais la volonté individuelle ne perd pas tout pouvoir sur les droits substantiels. Ceux de caractère subjectif ne paraissent pas entièrement échapper à son emprise.

2- La disponibilité nuancée des droits substantiels subjectifs

« Droits des sujets »⁷⁰ au sens de leurs rapports dans la cité, les droits substantiels subjectifs constituent l'assiette des transactions juridiques dont le juge est l'arbitre. Ils cristallisent les prérogatives dont le Droit objectif assure la sauvegarde⁷¹. Les sujets de droit sont essentiellement envisagés non pas comme des personnes soumises à un souverain ou à une autorité quelconque mais comme les supports des prérogatives reconnues et protégées par le système juridique⁷². Si les droits subjectifs sont des intérêts conférés aux parties, dont la source réside soit dans les actes soit les faits juridiques, rien n'empêche dans le cadre d'une instance, les parties de disposer de la substance de ces droits. Puisque le droit objectif reconnaît aux individus des aires d'action, des sphères d'activité, la disponibilité de ces droits à l'égard des parties peut paraître entière. Qu'il s'agisse du droit réel, du droit personnel⁷³ des parties, on pourrait considérer que l'emprise des parties sur les droits substantiels leur confère le pouvoir d'en disposer et, sous cette vue, de les faire entrer dans le champ contractuel.

Mais cette vue confondrait le droit subjectif substantiel avec la prétention que concrétise la demande. La disponibilité des droits tient de leur nécessaire distinction avec la prétention au soutien de laquelle sont exposés les faits et invoquée la règle de droit. La prétention est la chose réclamée, l'avantage revendiqué⁷⁴, la demande étant « l'acte juridique par lequel une personne formule une prétention qu'elle soumet au juge »⁷⁵. Certes, la prétention a sa cause dans les faits sur lesquels les parties ont une maîtrise.⁷⁶ Il appartient même aux parties « d'alléguer les faits propres à [...] fonder » ces prétentions⁷⁷. Le juge ne peut solliciter les parties à fournir des « explications de fait »⁷⁸ ou à puiser dans les faits exposés par les parties ceux à prendre en considération alors que celles-ci ne les allèguent point. Ces « éléments adventices »⁷⁹ sont des faits « tirés du dossier »⁸⁰ à l'appui de la prétention.

La réponse à l'interrogation ne paraît alors pas évidente. Quoique considérant que l'instance civile est la chose des parties, la doctrine classique est pour le moins méfiante à l'emprise des parties à l'égard du droit, notamment substantiel. La raison est à rechercher dans le légicentrisme nourri au XIX^e siècle par la doctrine du positivisme juridique. La tradition lui fournit une justification sécularisée par un double adage : *Jura novit curia* (la Cour connaît le droit) et *daha mihi factum dabo tibi jus* (donne-moi le fait, je te donnerai le droit). La conséquence de cette position est que le plaideur n'a pas à prouver le droit. Il n'a pas non plus l'obligation d'exprimer en termes juridiques sa demande, la qualification juridique, l'identification et l'application de la règle revenant au juge : le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit « donner ou restituer aux faits et actes litigieux leur exacte qualification sans s'arrêter à la dénomination

⁷⁰ J. ROCHFELD, Les grandes notions du droit privé, *op. cit.*, p. 145.

⁷¹ F. TERRE, Introduction générale au droit, 10^{ème} éd. Dalloz, 2015, p. 167.

⁷² V. J. DABIN, Le droit subjectif, Dalloz, 1952 ; Arch. Phil. Droit, t. 34, 1989.

⁷³ J. CARBONNIER, Droit civil, Vol. 1... 1^{ère} éd., Quadrige, PUF, 2004, p. 317 et s.

⁷⁴ G. CORNU, Le vocabulaire, *op. cit.*, p. 668.

⁷⁵ G. CORNU, *idem*, p.269.

⁷⁶ S. AMRANI MEKKI, Y. STRIEKLER, Procédure civile, PUF, coll. Thémis droit, p.496, n°275

⁷⁷ Article 7 du Code des procédures. On en déduit que le juge ne peut pas « rechercher d'office les faits dont dépend la solution du litige » si les parties ne les ont pas allégués : Cass. Civ, 3^{ème}, 8 juill. 1987, n°86-70.117.

⁷⁸ Article 8 du Code des procédures.

⁷⁹ H. MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, Chr. 235 et s., Ecrits, *op. cit.*, pp. 101 et s. L'auteur a déjà relevé, dans son rapport au IV^e Congrès international de droit comparé que « ... le juge ne peut, sous peine de commettre un excès de pouvoir, élargir le cadre du procès tel qu'il est tracé par les parties, ni faire état d'éléments de fait non régulièrement introduit dans les débats », « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in Ecrits, *op. cit.*, p. 39.

⁸⁰ G. BOLARD, « Les faits tirés du dossier », in Mélanges J. NORMAND, p. 43.

que les parties en auraient proposée », disposent les alinéas 1 et 2 de l'article 13 du Code des procédures. Le droit substantiel échapperait ainsi à l'appréhension par le contrat. Les parties disposent des faits auxquels elles impriment leur volonté ainsi de la conduite de la procédure à laquelle elles impriment leur rythme. Mais le droit substantiel échapperait à leur transaction, en vertu de « l'impératif de justice »⁸¹ dont l'Etat est supposé être le seul garant. On est ici au cœur de la perspective jupitérienne de l'office du juge mise en évidence par OST. Selon cet auteur, le « juge-arbitre » qui, au sens classique et canonique « tranche par droit et sentence des contentieux portant sur les droits subjectifs en appliquant la volonté de la loi dans l'espèce litigieuse », incarne la figure de « Jupiter » en référence à « la transcendance des codes dont il s'autorisait et de l'imperium de l'Etat dont il était le glaive dans les conflits particuliers »⁸²

Au fond, cette conception traditionnelle de l'office du juge fondée sur le principe de la légalité a atteint ces limites. Déjà avec le « juge-entraîneur » l'homme de la loi s'ouvre à la société dont il prend en compte l'évolution en s'extrayant du code-forteresse : « Plus que le respect du droit pour le droit, c'est la qualité et le résultat de la partie qui l'intéressent »⁸³. On le voit davantage lorsque le juge incarne la figure de Hermès dont l'office instaure la démocratie procédurale dont les parties constituent le socle. Dans une perspective ontologique⁸⁴, on réalisera en effet que le droit appelé à être interprété par ses destinataires en raison de ce que les sujets *de* droit (qui ne sont pas des sujets *du* droit) c'est-à-dire « des êtres susceptibles de droits et co-auteur du droit »⁸⁵. On conviendra ainsi que l'emprise des parties sur la règle substantielle n'est pas seulement possible, elle est nécessaire à leur adhésion à la solution au litige et a posteriori, à sa disparition par une exécution volontaire de la décision.

La contractualisation n'est pas autre chose que le choix par les parties des droits substantiels subjectifs qu'elles entendent invoquer au soutien de leur prétention. Choisir, *c'est* d'abord *ne pas* choisir, c'est-à-dire, *négativement*, repousser les droits substantiels : les parties peuvent, par contrat, repousser toutes règles substantielles et inviter le juge ou l'arbitre à statuer en équité en qualité d'amiable compositeur. Comme il a été affirmé, « l'évolution contemporaine qui tend à libérer le juge civil du joug de la loi accroît considérablement la part de l'équité dans la solution des litiges »⁸⁶ et le législateur ne s'y est point refusé, admettant que la règle de droit soit écartée au profit d'un jugement d'équité⁸⁷. Choisir, *c'est* ensuite *choisir*, c'est-à-dire, *positivement*, faire le marché des droits à appliquer au litige. Ce choix, explicite, peut procéder de l'élection par les parties du droit applicable à leur litige.

Il faut approuver cette évolution qui renforce la thèse contractualiste de l'instance dont elle étend le domaine⁸⁸. D'une part, en raison de ce que, l'approche institutionnaliste, de fondation jupitérienne, met à mal les objectifs de démocratie processuelle que recherchent les principes directeurs de l'instance civile, notamment, le principe de coopération. Il faut considérer, en effet, que la participation à la conduite du procès s'entend aussi de la participation à la solution du litige, gage de la participation à l'exécution de la décision expiatoire du mal

⁸¹ H. MOTULSKY, « La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », in Ecrits, études et notes de procédure civile (ci-après : « Ecrits ») Dalloz, Paris, 2009, p. 132. Selon l'auteur, cet impératif fait que, « si le procès est la chose des parties, cette formule ne peut s'entendre que réserve faite du respect dû à la valeur justice comme telle », ce qui engendre des obligations et des droits pour les parties mais, surtout, un rôle actif pour le juge dont la maîtrise de la règle est l'un des points de concentration.

⁸² F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in P. BOURETZ (Dir.), La Force du droit, Editions Esprit, Paris, 1991, pp. 241-272. A la suite de ses travaux précédents (« Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in Ph. GERARD et Alii (Dir.), Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, pp. 1-70) et (« Quelle jurisprudence pour quelle société ? », in Archive de philosophie du droit, t. 30, 1985, pp. 9-34).

⁸³ F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », Rassegna Forense, 3-4/2013 ; p. 674.

⁸⁴ P. AMSELEK, « L'étrangeté ontologique du droit », in Droits. Revue française de théorie du droit, 1990, pp. 88-92.

⁸⁵ F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », *op. cit.*

⁸⁶ L. CADIET et Alii, Théorie générale du procès, *op. cit.*, p. 90.

⁸⁷ Le Code des procédures dispose ainsi, en son article 13 al. 4 que « Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge la mission de statuer comme amiable compositeur... ». L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge civil », in Justices, n°9. pp. 94-98.

⁸⁸ Certains auteurs comme RAUTIER, Cours de procédure, p. 64, n° 616 ; et DEMOLOMBE, Traité des contrats, TVII 282 à 284 ; R. MOREL, Traité élémentaire de procédure civile, 2^e éd., Paris, 1949 ; P. CATALA et F. TERRE, Procédure civile et voies d'exécution, pp. 302-303 ont soutenu avec force le caractère contractuel du lien d'instance. Mais pour la doctrine moderne, ce « pseudo-nature contractuelle » (S. AMRANI MEKKI et Y. STRICKLER, Procédure civile, *op. cit.*, p. 317, n° 164) est plutôt légale.

et restauratrice de la paix. D'autre part, la technicisation ou la professionnalisation de la société met moins le juge ou l'arbitre en élévation sur la connaissance et la maîtrise du droit. Les parties partagent de mieux en mieux la connaissance de la règle et pourraient, à leur avantage et à celui de la société, construire la justice qui demeure un impératif. Le rapport de force imprimée par la contractualisation entre la volonté des parties et le pouvoir du juge paraît légitimement tourner en faveur de ce dernier qui reste maître du débat sur le fond du droit. La perspective est différente en ce qui concerne les droits processuels.

B- La disponibilité des droits processuels

Les droits processuels font-ils partie de la matière contractualisable dans l'instance ? Autrement dit, peuvent-ils faire l'objet de modulation au moyen de la volonté des parties ? Si les contractualistes sont favorables à ce qu'on offre « l'avantage de supprimer l'exigence d'un accord de volontés, caractéristique du contrat, et de ne pas réduire à néant la construction d'une instance conçue en termes contractuels »⁸⁹, et que, par suite, subsiste en matière processuelle, des droits dont les parties ont la libre disposition quant à la conduite de la procédure, les tenants de la thèse institutionnelle s'y opposent. Mais loin du débat d'écoles, la vraie question est de savoir si ces droits processuels sont susceptibles d'être disposés par les parties. Certes, « la régulation conventionnelle du contentieux »⁹⁰ n'est pas récente. Le principe dispositif confère même aux parties les prérogatives essentielles d'aménagement de l'instance à leur volonté. Des clauses contractuelles relatives aux litiges⁹¹ ainsi que des accords processuels⁹² qui déterminent l'économie de l'instance⁹³ sont désormais admis. Mais les droits processuels ne se laissent différemment aller à la contractualisation dans le cadre de l'instance, selon que, préalables à la discussion sur la matière litigieuse (1) ils donnent accès à l'instance ou que, nécessaires à cette même discussion (2) ils contribuent à la gouvernance de l'instance.

1- Les droits préalables à la discussion de la matière litigieuse

Les droits préalables à la discussion sur la matière litigieuse et qui la rendent possible intéressent l'accès au juge au double sens organique et technique, notamment, le droit de saisir une juridiction, compétente et impartiale, dans un délai raisonnable⁹⁴. Le droit d'accès au juge s'entend en effet du droit d'accès à un tribunal, qui constitue un préalable majeur à la réalisation des autres droits processuels. Dans le contexte européen, il a été affirmé déjà avec solennité avec l'arrêt *Golder C/ Royaume-Uni*⁹⁵ puis confirmé, entre autres, avec l'arrêt *Marguerite Johnston*⁹⁶, qui exige l'existence de recours interne de nature à assurer la satisfaction de ce droit. Faut-il encore que, techniquement, le juge auquel il est accédé soit compétent pour trancher le litige⁹⁷.

En raison de leur nature de droits fondamentaux, les droits processuels préalables à la discussion de la matière litigieuse sont frappés d'indisponibilité. On ne peut, par voie de transaction ou de compromis contractuel y renoncer de manière abstraite et générale. Outre le fait qu'ils sont censés protéger l'être en ce qu'il est humain et, à cet égard, visent à lui apporter une protection supérieure à celle des droits subjectifs, la dimension fonctionnelle paraît essentielle en ce qu'elle a trait à la finalité du droit qu'est la justice. La vérité judiciaire éclot en effet de la qualité de l'instance et, dès l'abord, de la qualité de son ouverture. Les droits processuels

⁸⁹ J. ROCHEFELD, « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à G. VINEY*, LGDJ, 2008, pp. 835.

⁹⁰ Ph. REMY, « Droits des contrats : questions, positions, propositions », in L. CADIET (coord.), *Le droit contemporain des contrats*, Préf. G. CORNU, Economica, 1987, p. 276.

⁹¹ L. CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990, PUAM, 1990, pp. 193-223.

⁹² L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in C. ANCEL et M.-C. RIVIER, (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, pp. 34-55.

⁹³ L. CADIET (dir.), *Médiation et arbitrage – Alternative dispute resolution, Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Paris, Litec, 2004.

⁹⁴ Article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après, CADHP). Aussi, Article 6§1 de Convention européenne des droits de l'homme (ci-après Conv. EDH).

⁹⁵ CEDH, 21 févr. 1975, n°4451/70, *Golder C/ Royaume-Uni*, GACEDH, n° 27, R. PELLOUX, AFDI 1975, 330-339, GADLF, n°2, pp.8-13.

⁹⁶ CJCE, 15 mai 1986, arrêt *Marguerite JOHNSTON C/ Chief constable of the Royal Ulster Constabulary*, GADLF, n°21, pp. 124-130.

⁹⁷ CJCE, arrêt *OTTIS*, gr. ch., 6 nov. 2012, aff. C-199/11 pt. 49.

en cause poursuivent un but d'intérêt général tendu vers la recherche de la vérité judiciaire. Le droit à la défense en constitue une illustration tout aussi théorique que pratique.

Le droit à la défense se distingue des droits de la défense dont elle n'est qu'une poutre essentielle. Il est une évidence que le principe du respect des droits de la défense régit toutes les procédures juridictionnelles. Conçu en tant que tel par Henry Motulsky, ce « fonds commun à tout procès »⁹⁸ se décline doublement, d'une part en l'idée selon laquelle nul ne doit être juge dans sa propre affaire et d'autre part, en celle qui interdit au juge de statuer sans avoir écouté l'argumentation des deux parties⁹⁹. On voit bien que c'est cette dernière déclinaison qui généra ce que la doctrine processualiste a appelé le principe de la contradiction ou plus exactement principe du contradictoire. Mais à l'origine le principe du contradictoire a été lié à celui du droit à la défense parce que les moyens de la contradiction ne sauraient être apportés dans l'hypothèse d'une négation du droit à la défense. Le droit à la défense est alors une exigence supérieure de l'idéal de justice. Corolaire du droit d'accès au juge¹⁰⁰, il garantit « un contrôle efficace de toute ingérence étatique dans les droits des individus »¹⁰¹.

En fait, la question de savoir, s'il est admissible que l'on renonce à un droit fondamental tel le droit à la défense reçoit des réponses variées lesquelles tournent pour l'essentiel autour de deux axes. Le premier est celui de la nature propre de certains droits fondamentaux, qui, en raison de leur lien avec l'ordre public ou de la place qu'ils occupent au sein d'une hiérarchie des droits exclut qu'il puisse y être renoncé. Le second est celui du caractère fondamental des droits de l'Homme en général, qui ne pourraient être soumis aux mécanismes conventionnels de marché contre lesquels l'individu doit être protégé et ne pas céder le droit dont il est titulaire même contre un avantage à ses yeux plus important¹⁰².

Seulement, l'indisponibilité des droits processuels ne paraît pas absolue. Il est possible, en effet, d'admettre des dérogations conventionnelles les finalités du droit et de la justice en dépendent. Fort heureusement, l'essence de ces droits est de faire triompher la justice et régner la paix. Aussi, des conventions peuvent-elles aménager l'accès au juge et organiser le règlement juridictionnel¹⁰³, qui justifie les conventions d'arbitrage¹⁰⁴ ou des clauses de prorogation de compétence¹⁰⁵.

Le législateur ne s'y est pas trompé, lorsqu'il organise cet accord d'ouverture de l'instance : « L'instance peut être introduite par requête conjointe. La requête conjointe est l'acte commun par lequel les parties soumettent au juge leurs prétentions respectives, les points sur lesquels elles sont en désaccord ainsi que leurs moyens respectifs »¹⁰⁶. Ce qui donne à la requête son caractère conjoint, c'est l'introduction conventionnelle de l'instance. Elle conduit à une mise en état préventive de l'instance, l'acte introductif ayant déterminé par la

⁹⁸ M. DOUCHY et alii, Droit processuel, Paris, 2^{ème} ed. Dalloz, 2003.

⁹⁹ H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Ecrits, t. 1, Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, P. 60-84 citant G. DEL VECCHIO, *L'obligation juridique de la véracité spécialement dans le procès civil*, in *La justice – la vérité, essais de philosophie juridique et morale*, Dalloz, 1955, p. 195.

¹⁰⁰ CEDH, *Klass c/ RFA*, 6 septembre 1978.

¹⁰¹ CEDH, *Khalfaoui c/ France*, 14 décembre 1999.

¹⁰² O. de SCHUTTER et J. RINGELHEIM, « *La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange* », Université Catholique de Louvain, Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme.

¹⁰³ Voir Y. BENHAMOU, « *Vers une inexorable privatisation de la justice ? Contribution à une étude critique de l'une des missions régaliennes de l'Etat* », Recueil Dalloz, 2003, Chron. p. 2771.

¹⁰⁴ P. ANCEL, M.-C. RIVIER (Dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, Paris, 2001 ; Aussi, A. Le GALLOU, *Essai d'une théorie générale des règlements amiables en droit privé*, th. Rennes I, 1998.

¹⁰⁵ La prorogation conventionnelle de compétence a, toutefois, été longtemps discutée. Admise en ce qui concerne la compétence territoriale dont le but est de protéger, dans l'intérêt des particuliers, le droit de chacun à son juge naturel (J. DUPICHOT, « *Bilan de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 48* », *Gaz. Pal.*, 1981, 2, 475), elle est combattue en ce qui concerne la compétence d'attribution. (L. CADIET, « *Clauses relatives aux litiges* », *J-CI, Contrats-distributions*, Fasc. 190-5, 1998 ; G. CAS et R. BOUT, « *Clauses attributives de compétence à une juridiction* », *Lamy droit économique*, 1999, n°14 et s.). On a en effet considéré que les lois y relatives sont d'ordre public et que leur violation devrait être sanctionnée d'une nullité absolue. Néanmoins, il est admis que la juridiction de droit commun pourrait se voir attirer tous les litiges qui ne relèvent pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction (Civ. 2, 28 févr. 1963, JCP éd. A. 1963, IV. 4235, RTD civ. 1963, p. 618, obs. HEBRAUD)

¹⁰⁶ Code des procédures, article 127.

voie amiable l'objet du litige et les arguments des parties¹⁰⁷. La requête conjointe accorde les parties sur leurs points de désaccord sur lesquels elles entendent lier le juge saisi. La possibilité d'une demande conjointe de radiation, ou d'une demande conjointe de renvoi de l'audience constituerait également des indicateurs de la disponibilité des droits procéduraux des parties dans l'instance¹⁰⁸.

On voit bien que l'activité conventionnelle intéresse ainsi l'organisation et la conduite de l'instance et concrétise une participation apaisante des parties à un moment où l'affrontement des intérêts nuirait au lien relationnel et social. La recherche de l'adhésion des parties au procès demeurant l'enjeu majeur, leur implication dans la discussion de la matière litigieuse en constitue une suite naturelle.

2- Les droits nécessaires à la discussion de la matière litigieuse

La matière litigieuse est le siège de l'activité conventionnelle partisane. La matière litigieuse dont les parties saisissent le juge ou l'arbitre constituée de « leurs prétentions respectives »¹⁰⁹ demeure sous leur maîtrise entière. Elle peut, sous leur impulsion, être modifiée, par adjonction de demandes, additionnelles, en reconvention ou en intervention, ou par resserrement de l'objet. L'accord des parties vise essentiellement à moduler l'économie de l'instance en provoquant son aboutissement accidentel, ou en contribuant à son aboutissement naturel.

En premier lieu, les parties peuvent avoir recours à la transaction pour organiser l'extinction accidentelle et incidente de l'instance. Elle est accidentelle en raison de ce que, par la volonté des parties, l'instance ne suivrait pas son cours normal. L'accord des parties romprait le cours de l'instance de manière inattendue. Elle est incidente parce que c'est à l'action que la transaction met fin à titre principal : l'extinction de l'action emporte l'instance.

Définie comme un « contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître »¹¹⁰, la transaction permet d'éviter le *recours* à ou *de poursuivre* une procédure judiciaire dont le déroulement risque d'exacerber les passions et donc d'aggraver le différend entre les parties. Mais cet acte conventionnel mettant fin au litige peut s'intégrer dans des activités très variées tendant à ce règlement. Il peut être le résultat d'un processus spontané de rapprochement des parties avant ou pendant le procès, comme l'aboutissement d'une procédure de médiation ou de conciliation faisant intervenir un tiers dont le rôle sera de tenter d'amener les parties à un accord, la distinction entre les deux termes ne semblant pas avoir de signification technique particulière.

Au modèle rigide conjuguant règle impérative, norme contractuelle et sanction judiciaire, se substituerait progressivement un modèle de type procédural fait de liberté contrôlée et de solution négociée. Sous ce regard, si on ne voit dans la transaction qu'une alternative à la justice étatique, d'autres constatent qu'il s'agit également d'une alternative au droit positif. Comme toute renonciation, la transaction est un acte de disposition qui appelle la capacité et le pouvoir de disposer des objets compris dans la transaction.¹¹¹ Au plan processuel, les règles relatives aux effets de la transaction établissent que « les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort »¹¹². La formule est malheureuse en ce qu'elle évoque un jugement « en dernier ressort »¹¹³.

¹⁰⁷ Voir J. DJOGBENOU, Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes, commenté et annoté, 2014, CREDIJ, p. 71. La requête est si conventionnelle qu'elle peut être assimilée à la demande conjointe connue en matière de divorce par consentement mutuel. A la différence de la demande conjointe, la requête conjointe contient également les points de désaccord et les moyens respectifs.

¹⁰⁸ P. ANCEL et M.-C. RIVER (dir.), Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, Paris, Economica, 2001.

¹⁰⁹ Article 5 du Code des procédures.

¹¹⁰ Code civil, article 2044.

¹¹¹ On ne peut alors transiger sur les droits que l'ordre public rend indisponibles au sens de l'article 1128 du Code civil.

¹¹² Article 2052 du Code civil.

¹¹³ La précision conduit en effet à assimiler la transaction à un jugement qui ne serait susceptible que d'un pourvoi en cassation. Or, la transaction est insusceptible de pourvoi en cassation et n'est critiquable qu'au moyen d'une action en nullité contractuelle et là encore, sous des conditions assez restrictives. La transaction ne peut être en effet, attaquée ni pour erreur de droit, ni pour lésion, mais seulement pour erreur sur la personne ou l'objet de la transaction.

En second lieu, les parties peuvent conduire à l'achèvement de l'instance en stipulant des clauses procédurales sur la preuve. Les conventions relatives aux règles applicables à la preuve dans une instance aménagent les règles légales de preuve dans une procédure¹¹⁴, lorsque ces preuves intéressent les droits disponibles qui en constituent le critère de validité. La condition que la loi pose à l'efficacité de telles conventions est qu'elles ne contrarient pas l'ordre public. L'utilité de cette forme contractuelle de preuve n'est plus à démontrer. La réponse du juge est tributaire des preuves apportées par les parties¹¹⁵, la preuve étant la rançon du droit¹¹⁶. Les parties à un contrat ou à un litige peuvent convenir de leur rapport d'obligation. Elles ont la faculté d'organiser la manière dont elles pourront prouver leurs droits en cas de litige. Les règles de preuve prévues par le législateur peuvent ne pas s'accommoder aux besoins d'espèce¹¹⁷. Les conventions de preuve tournent généralement autour de trois axes : le système de preuve, les éléments de preuve et la force probante des preuves¹¹⁸.

Les parties peuvent également changer l'un de ces éléments par une convention de preuve¹¹⁹. Si les contractants aménagent la charge de la preuve, l'objet, les procédés ou encore la force probante des éléments de preuve, les règles de preuve sont alors directement modifiées. Certaines conventions ne consistent pas en des modifications des règles de preuve, alors qu'elles ont pourtant un effet sur la preuve¹²⁰. Par l'effet de telles clauses, les contractants empêchent l'application du système légal de preuve.

A la vérité, les conventions sur la preuve ne sont pas admises dans le droit positif de la majorité des Etats francophones d'Afrique. C'est seulement le Sénégal qui a prévu dans la section III de son code des obligations civiles et commerciales, cette liberté contractuelle en matière de preuve. Aussi, le projet OHADA portant réforme du droit des obligations envisage-t-il l'admission des conventions sur la preuve. Bien qu'une telle possibilité ait cristallisé l'appréhension de la doctrine, motif pris de ce que les règles de preuve relèvent de l'ordre public¹²¹, un consensus semble émerger depuis quelques années autour de l'institution parce qu'elles sont très usitées en matière bancaire et de télécommunications.

Quoique fascinante, la thèse contractualiste de l'instance se heurte finalement à l'indisponibilité relative des droits sur lesquels les parties auraient pu agir amplement afin, non seulement de réguler l'instance, mais surtout la régler. Cette relativité de l'objet des contrats sur l'instance prend en considération des préoccupations fonctionnalistes et finalistes. Les préoccupations fonctionnalistes tiennent compte du rôle joué par la volonté en vue du contrat sur l'instance. Cette volonté, particulariste, est immanquablement intéressée au sujet sans être intéressante à l'être humain ou à l'individu dont les droits souvent fondamentaux, substantiels ou processuels, assurent la protection. Les préoccupations finalistes prennent en considération le but visé. Il n'est pas, dans l'absolu, établi que le but de l'instance est la réalisation d'un avantage subjectif au profit de l'acteur à l'instance civile. Bien plus, la vérité qui éteint le trouble social et reconstruit les liens paraît déterminant. C'est pour ces raisons que dans les hypothèses où le contrat est admis dans l'instance, le rapport fonction-finalité est en cohérence avec la politique législative en matière judiciaire. Au demeurant, le juge se pose en pouvoir dont les frontières paraissent peu tangibles.

¹¹⁴ Voir R. SCABORO, Les conventions relatives à la preuve, th. Toulouse, 2013, p. 256 et s.

¹¹⁵ « Un droit n'est rien sans la preuve de l'acte juridique ou du fait matériel d'où il dérive. La preuve seule vivifie le droit et le rend utile », cf. M. PLANIOL, G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, vol. VII, Paris, LGDJ, 1954, p. 824.

¹¹⁶ R. Von JHERING, L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, 1886-1888, Forni, éditeur, réimpression, 1969, tome IV, p. 200.

¹¹⁷ M. MEKKI, « La gestion contractuelle du risque de la preuve (2e partie) », RDC 2009, p. 453 et s.

¹¹⁸ J. KULLMANN, « De l'aménagement contractuel de la preuve du vol à la liberté de la preuve du sinistre... la Convention Européenne des Droits de l'Homme à l'assaut du contrat d'assurance », RGDA 2004, p. 561 et s.

¹¹⁹ A. AYNES, « Conventions sur la preuve : validité limitée », Dr et patr. 2015, n°250, p. 45.

¹²⁰ A. AYNES et X. VUITTON, Droit de la preuve, principes et mise en œuvre processuelle, LexisNexis, 2013, n° 420.

¹²¹ R. LEGAIS, Les règles de preuve en droit civil, permanence et transformation, préface de René Sabatier, Paris, LGDJ, 1955, p.134.

II - L'intangibilité des pouvoirs du juge

Le droit processuel se construit avec bien de paradoxes. Autant, la poussée contractuelle sous les limites et le rapport qui viennent d'être rappelés n'a été exaltée, autant, le juge n'a été aussi présent dans les rapports sociaux pour la simple raison que la société se juridicise et se juridictionnalise. Or, il est conféré au pouvoir judiciaire « l'attribut constitutionnel d'une fonction indépendante, celle de dire le droit avec force de vérité légale »¹²². Le juge n'est donc pas seulement un répartiteur de torts et de mérites. Il est institué pour arbitrer « la lutte pour le droit »¹²³ dont la justice est l'espace social et institutionnel d'exercice. Ce combat, démocratique, est fondé sur des valeurs fondamentales admises dans un Etat de droit que le législateur a érigé en « principes directeurs » dont le juge assure le respect. La conquête par les parties de leur emprise sur l'instance fait-elle alors reculer ces positions longtemps tenues par le juge ? L'offensive contractuelle met-elle à mal les pouvoirs de ce directeur de l'instance ?

Il semble bien que dans leur essence, les pouvoirs du juge demeurent intangibles et échappent à l'emprise volontariste des parties dans le cadre de l'instance. Ce qui est moins certain, c'est l'intensité de cette intangibilité. Tantôt absolue (A), tantôt relative (B), l'intangibilité des pouvoirs dans l'instance essore toute perspective d'une instance sans arbitre.

A- L'intangibilité absolue de certains pouvoirs du juge

La qualité d'un combat dans une société démocratique fondée sur l'Etat de droit tient à l'existence d'un arbitre légitime et à la qualité de l'arbitrage. Il en est surtout ainsi du combat judiciaire dont les vertus pacificatrice et restauratrice ne sont plus à démontrer. Le débat n'est plus à la nécessité d'un arbitre qui régule la tension et les affrontements des intérêts dont l'instance est le cadre. Il n'est en effet pas imaginable qu'il y ait un procès sans arbitre. La question intéresse plutôt la tangibilité des pouvoirs de cet arbitre. A la vérité, certains pouvoirs que le juge-arbitre des affrontements en vue de la protection des droits et intérêts tient de la Constitution¹²⁴, relatifs à l'instruction (1) ou à l'examen (2) ne peuvent céder aux secousses de la contractualisation sans remettre en cause les fins attachées à l'exercice du pouvoir judiciaire.

1- L'intangibilité du pouvoir d'instruction

L'instruction de l'instance est une phase essentielle du procès civil dont il en constitue « l'étape majeure »¹²⁵ celle qui met en état aux fins d'examen et de jugement par la juridiction saisie.

Une première approche situe évidemment l'instance comme un espace de dialogue entre les parties en vue de permettre au juge de construire la solution au litige. Ce dialogue est mené par les parties même s'il est placé sous la direction du juge. L'instruction est l'assise de la décision¹²⁶ en ce qu'elle permet de « murir la décision du juge »¹²⁷. Le régime de la preuve par les parties ainsi que les procédés d'instruction conférés au juge par le législateur sont autant de matériaux nécessaires à la solution du litige. En écho à l'extension de ses pouvoirs dans la mise en état des affaires, la participation active du juge à la mise en forme de la matière litigieuse est non moins remarquable. Le tribunal se voit en effet reconnaître par les principes directeurs du procès la faculté de participer à la définition des litiges qu'il a charge de trancher¹²⁸. Les parties gardent certes la haute main sur le cas soumis au juge. Ce dernier ne doit se prononcer que sur ce qui lui a été demandé, mais il dispose en revanche d'une évidente liberté pour identifier quels faits à lui soumis sont générateurs de droits et pour

¹²² Th. S. RENOUX, « Autorité judiciaire », in L. CADIET (Dir.), Dictionnaire de la justice, PUF, Paris, 2004, p. 87.

¹²³ R. (von) JHERING, La lutte pour le droit, Dalloz, Paris, 2006, 113 p.

¹²⁴ Voir E. G. NONNOU, L'indépendance du pouvoir judiciaire dans les États d'Afrique francophone : cas du Bénin et du Sénégal, Th. dactyl., Université d'Abomey-Calavi, 2016, p. 1., Voir aussi, J. DJOGBENOU, « L'ambiguïté statutaire du pouvoir judiciaire dans les Constitutions des États africains de tradition juridique française », in La Constitution béninoise du 11 décembre 1990, un modèle pour l'Afrique ?, Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glele, L'Harmattan, 2014, pp. 481-496.

¹²⁵ L. CADIET, E. JEULAND, Droit judiciaire privé, LexisNexis, 10^{ème} éd., Paris, 2017, p. 553.

¹²⁶ G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge », in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de R. PERROT, Dalloz, 1996, p. 576.

¹²⁷ E. JEULAND, Droit processuel, 1^{ère} éd. 2003, p.

¹²⁸ J. NORMAND, « Le juge et le fondement du litige », in Mélanges offerts à Pierre Hébraud, préc., p. 595.

déterminer quelles règles juridiques leur appliquer¹²⁹. Au stade de la « germination » de l'instance¹³⁰, les parties jouissent théoriquement d'une autonomie absolue pour délimiter la cause factuelle de leur différend. Pour autant, le juge n'est pas totalement étranger à cette construction¹³¹. Ses pouvoirs lui permettent de prendre en considération des faits issus du débat mais non invoqués par les plaideurs, de procéder aux constatations nécessaires, de faire comparaître les parties, d'auditionner des témoins en déterminant les questions à leur poser, ou de consulter un technicien. Largement commentées par la doctrine, ces prérogatives contribuent à forger l'image d'une justice non plus passive dans son rapport aux allégations des parties, mais dotée d'une réelle initiative dans la connaissance des faits devant conduire à la solution du litige.

Ainsi, l'organisation devant les juridictions de fond d'une phase de mise en état des causes, très contraignante pour les parties et qui s'achève par l'ordonnance de clôture et la fixation de l'audience des plaidoiries a pour objet de soumettre le déroulement de l'instruction du procès à l'autorité, exclusive peut-on dire, d'un magistrat. La chose est vraie tant devant les juridictions civiles et commerciales et prend une place privilégiée dans le procès pénal au regard de la figure emblématique du « juge d'instruction ».

Le pouvoir d'instruction fait donc corps à l'essence de la mission judiciaire qui ne saurait être ni laissée à la disposition des parties, ni à un tiers substituable¹³². La plupart des juridictions issues des traditions romano-germaniques, qu'elles soient civiles, pénales ou administratives, de droit commun ou d'exception, connaissent, malgré quelques variantes, un modèle intégré d'instruction. Suivant ce modèle, l'instruction est une étape obligée de la procédure s'inscrivant dans la continuité de l'instance qui prend source dès la demande introductive et connaît son épilogue avec la décision du juge.

De la phase d'instruction à celle de jugement, il n'y a que « poursuite de l'instance »¹³³, parfois formalisée par une décision du président de la juridiction déclarant l'instruction close et fixant la date d'audience¹³⁴, tantôt pour signifier que l'affaire est en état d'être jugé, tantôt pour inciter les défendeurs attentistes à plus de promptitude dans les diligences, comme c'est souvent le cas en matière administrative¹³⁵. L'efficacité de la procédure de mise en état ne saurait être assurée par l'utilisation du procédé de l'« invitation ». Ainsi le juge de la mise en état a-t-il vocation à intervenir de manière impérative¹³⁶.

Devant les juridictions administratives, la procédure est traditionnellement inquisitoire, c'est-à-dire dirigée par le juge, ce qui contribue par ailleurs à atténuer l'inégalité entre l'administration et les particuliers¹³⁷.

Avec les exigences de célérité¹³⁸ qui ont marqué les réformes entreprises, l'instruction en matière civile n'est plus abandonnée à la discrétion des parties. Sans doute, les parties sont-elles toujours tenues d'instruire l'affaire en accomplissant « les diligences nécessaires ». Mais désormais, quelle que soit la procédure considérée, l'on note une prégnance des pouvoirs du juge dans l'instruction de l'affaire. Il en est ainsi parce que « l'une des tendances majeures du code est d'exalter l'office du juge, non seulement dans la marche de

¹²⁹ Eminent processualiste, le Professeur Jacques Normand s'est livré à une description approfondie du droit positif français régissant l'office du juge au regard des prétentions litigieuses des parties dans les fascicules 151 et 152 du Jurisclasseur de procédure civile. Ces travaux témoignent des limites à apporter à la distinction du fait du droit dans la répartition des tâches respectivement attribuées aux parties et au juge. Celle-ci est loin d'avoir une portée absolue comme l'ont parfois laissé supposer certains auteurs (v. par exemple R. MARTIN, « *Le fait et le droit ou les parties et le juge* », *JCP* 1974, I, 2625).

¹³⁰ L'expression est de JUGAULT. J. JUGAULT De la liaison du contentieux, Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel, Thèse, Rennes, 1969 p. 283.

¹³¹ Sur les conceptions de Motulsky en la matière - conceptions qui irriguent largement le Code des procédures, construit à partir du nouveau Code de procédure civile français - v. ses articles intitulés « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits » et « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », respectivement publiés en 1959 et 1964, et reproduits dans le tome 1 de ses *Écrits*; sur le même sujet, mais plus récemment, v. Ph. BLONDEL, « *Le fait, source de droit* », in Mélanges offerts à P. DRAI - Le juge entre deux millénaires, *op. cit.*, p. 203.

¹³² S. AMRANI MEKKI, « *La déjudiciarisation* », *Gazette du Palais* - 5 juin 2008, n°157 - p. 4.

¹³³ R. MARTIN, « *Réflexions sur l'instruction du procès civil* », *RTD Civ.*, 1971, pp. 279 et s.

¹³⁴ Voir art. 751 du Code des Procédures du Bénin.

¹³⁵ Voir les articles 830 et 831 du Code béninois des procédures sur l'instruction de l'affaire en matière administrative.

¹³⁶ G. COUCHEZ, *Procédure civile*, Dalloz, 1998, p. 169.

¹³⁷ R. CHAPUS, « *L'inquisitorialité de la procédure* », *Droit du contentieux administratif*, n°516.

¹³⁸ S. AMRANI-MEKKI, « Le principe de célérité », *Revue française d'administration publique*, 2008/1 n° 125, p. 43-53, S. GUINCHARD, « Quels principes pour les procès de demain ? », in Mélanges J. van COMPERNOLLE, Bruylant, 2004, pp. 201 et s., p. 236 et s., *Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire*, in *Clés pour le siècle*, Université Panthéon Assas, Dalloz 2002, p. 1201, M. RAYNAUD, « *Le principe de célérité* », conférence au Palais de Justice de Paris du 1er mars 1984, Impr. TGI de Paris, 1984.

l'instance pour son bon déroulement (...), mais sur la matière du procès dans l'exercice plénier du pouvoir juridictionnel »¹³⁹. Plus que le pouvoir d'instruction, c'est le pouvoir d'examen et de décider, cœur de l'office du juge qui est insusceptible d'apprivoisement par les parties.

Une seconde approche qualifie le juge en contrôleur de la sincérité des débats en vue du jugement. C'est ici, à l'évidence, que les pouvoirs qu'il tient de la loi constituent une ligne infranchissable. Le combat judiciaire doit être conduit à la lumière des principes directeurs qui, inspirés des doctrines de droit naturel, humanisent le procès et préservent les droits essentiels de la personne.¹⁴⁰ Aussi bien, si les principes directeurs s'imposent aux parties à l'instance, c'est bien au juge qu'il appartient de veiller à leur respect. Ce pouvoir de veille et de contrôle de la sincérité de l'instance est l'essence de la fonction judiciaire à cette étape en ce qu'il la plonge dans « le bain du procès équitable »¹⁴¹ qui vise, non pas « à accorder des faveurs à une partie en position de faiblesse mais à arracher la personne de cet état d'infériorité pour la mettre à force égale avec l'autre ». ¹⁴² Si le procès civil demeure, quant à l'impulsion et la conduite, la chose essentielle des parties, le contrôle de la sincérité du déroulement et du dénouement de l'instance confère au juge un pouvoir non tangible d'ingérence en vue de réaliser l'impératif judiciaire et constitutionnel de l'équité dans le procès civil.

Ce contrôle de la sincérité se traduit par la prise en compte des champs du procès équitable que sont la contradiction, la loyauté et la coopération. C'est donc en vertu de ce pouvoir, que le juge s'assure que les parties observent le principe du contradictoire, quel que soit le type de procédure, puisque, finalement, « il n'y a pas de choix possible entre une procédure contradictoire et une procédure qui ne le serait pas. Et on ne peut raisonnablement pas douter qu'une procédure doit être aussi contradictoire qu'il est possible qu'elle soit ». ¹⁴³ Du reste, le principe du contradictoire s'impose-t-il au juge « en toutes circonstances »¹⁴⁴ dès lors que « il ne peut fonder sa décision sur les moyens de pur droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ». ¹⁴⁵ Il en est ainsi du principe de loyauté¹⁴⁶ qui sanctionne, aux yeux de la Cour de cassation française « un comportement contraire à la loyauté des débats »¹⁴⁷. Du reste, « le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats »¹⁴⁸.

Quoique difficile à admettre formellement¹⁴⁹ « le principe de loyauté apparaît souvent comme une déclinaison ou une mise en application de principe formellement contenue dans le code ». ¹⁵⁰ Cette loyauté se réalise dans le cadre de la coopération nécessaire entre le juge et les parties. La loyauté se présente, à l'image de la coopération, comme un principe-but, s'inscrivant dans les objectifs processuels dont l'un des marqueurs de concrétisation est la contradiction. Celle-ci se présente alors comme un principe-moyen.

Lignes infranchissables par les accords partisans, si ce n'est que pour en faciliter ou en assurer la réalisation, les principes ou les règles de conduite de l'instance en vue de l'instruction du procès sont attributifs d'un domaine régalién en faveur du juge qui est nécessairement complété par son pouvoir d'examen du litige.

¹³⁹ G. CORNU, « L'élaboration du Code de procédure civile », Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, 1995, n° 16.

¹⁴⁰ J. DJOGBENOU, Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes commenté et annoté, CREDIJ, Cotonou, 2014, p. 27 ; Aussi, Code de procédure pénale, commenté et annoté, CREDIJ, Cotonou, 2013, p. 21.

¹⁴¹ L. CADIET et Alii, Théorie générale du procès, op. cit., p. 633

¹⁴² G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droits de la défense », in L. CADIET (Dir.), Dictionnaire de la justice, PUF, Paris, 2004, n°172.

¹⁴³ R. CHAPUS, « Lecture du Code de justice administrative », RFDA, 2000, n° 960, p. 838.

¹⁴⁴ Code des procédures, article 17 al. 1.

¹⁴⁵ Code des procédures, article 17 al. 3.

¹⁴⁶ M.-E. BOURSIER, Le principe de loyauté en droit processuel, Nouv. bibl. thèses Dalloz, 2003. Aussi, S. GUINCHARD, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in Clés pour le siècle, Dalloz, Paris, 2002, pp. 1135 et s.

¹⁴⁷ Civ., 2, 23 oct. 2003, Bull. civ. II, n° 326 ; 4 mars 2004, *ibid.*, n°91 ; 2 déc. 2004, *ibid.*, n° 514.

¹⁴⁸ Civ. 1, 7 juin 2005, Bull. civ., I, n° 241, D. 2005, p. 2570, note BOURSIER, RTD. Civ., 2006, 151, obs. PERROT.

¹⁴⁹ Absente du Code de procédure civile français ainsi que du Code des procédures, la loyauté ne semblerait pas, aux yeux de certains auteurs, éligible à la dignité de « principe ». « Triste époque que celle où il faut ériger en principe ce qui relève du bon sens et devait aller de soi ! » se furent exclamés messieurs FOULON et STRICKLER. M. FOULON et Y. STRICKLER, « Le constat sur requête avant tout procès », Dr. et proc. 2006, 71, n°4.

¹⁵⁰ Y. STRICKLER, « La loyauté processuelle », in Mélanges J-F. BURGELIN, Dalloz, 2008, p. 358.

2- L'intangibilité du pouvoir d'examen

Si la réponse à la question « qu'est-ce qu'un juge »¹⁵¹ semble davantage relever d'un truisme, celle de savoir s'il « ... doit dire le droit ? » n'est pas non plus évidente¹⁵². Si la réponse à la question paraît évidente, elle exige pourtant d'être nuancée¹⁵³. Dire le droit, c'est aussi bien énoncer la règle qu'attribuer à chacun ce qui lui revient. Cette prérogative est consubstantielle à l'office du juge¹⁵⁴ et ne saurait faire l'objet d'une transaction quelconque de la part des parties sauf à considérer que l'instance soit privée d'objet. Pouvoir qui donne sens et essence au recours au juge-arbitre, l'examen du litige en vue de le « trancher » par application de la règle de droit avait été souligné avec force depuis le XVII^e siècle par DOMAT. Selon lui, la grande loi du procès se confond avec la loi du hasard, dont le juge, garant du respect de la règle de jeu est en même temps l'oracle exclusif¹⁵⁵. C'est parce qu'on espère découvrir une vérité absolue, qui girait dans l'ordre juridique et dont le juge serait l'accoucheur qu'on charge ce dernier de dire le droit applicable à l'espèce¹⁵⁶. La justice de l'Etat s'incarne en effet, d'abord à travers les juges qu'il institue à l'effet de trancher les litiges. La fonction juridictionnelle qui prend normalement la forme d'un service est assurée ou contrôlée par la puissance publique, car elle est destinée à satisfaire au-delà des intérêts des particuliers, un besoin d'intérêt général, savoir la paix civile dans le respect des lois. Pour cela, le pouvoir d'examen et de décision conféré au juge, qui représente pour ainsi dire l'épicentre de son office, reste de façon intangible à l'abri du « dogme de l'autonomie de la volonté »¹⁵⁷. Si la Révolution française a profondément transformé la source du pouvoir du juge, elle en a aussi strictement limité la mission en écho aux idées développées par Montesquieu. Le pouvoir de juger se justifie alors par l'application respectueuse de la loi, expression souveraine de la volonté générale.

Activité essentielle du juge, la recherche de la règle adéquate pour trancher les différends recouvre en pratique de larges pouvoirs. En ce domaine où « la jurisprudence est pléthorique et alimente constamment des chroniques plus savantes les unes que les autres »¹⁵⁸, l'article 13 al.2 du Code des procédures donne le ton : le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Invités à informer juridiquement la matière par eux soumise au juge¹⁵⁹, les plaideurs ne le lient pas par leurs suggestions¹⁶⁰. Le tribunal a en effet moins pour fonction de choisir entre les deux thèses qui s'affrontent devant lui, que de trancher le litige en appliquant la règle de droit la plus appropriée à l'espèce¹⁶¹. Cette conception, qui élève le juge au rang de garant d'un intérêt juridique dépassant celui des parties, se retrouve dans les nombreuses attributions régulatrices mises à la charge de la justice civile.

La loi seule est source de jugement. Mais si la formulation du principe est simple, sa mise en œuvre est conflictuelle. Appliquer la loi, c'est nécessairement choisir celle qui est apte à trancher le litige et c'est aussi l'interpréter¹⁶². Dans cette veine, les dispositions de l'article 13 du Code béninois des procédures prévoient : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »¹⁶³. On comprend bien sous ce regard que la nécessité de préserver la paix et la sécurité justifie qu'un tel pouvoir soit confié à un

¹⁵¹ G. WIEDERKEHR, « *Qu'est-ce qu'un juge* », in Mélanges R. PERROT, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Dalloz, Paris, 1995, pp. 575-586.

¹⁵² H. CROZE, « *Le juge doit-il dire le droit* », in Justice et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de S. GUINCHARD, Dalloz, Paris, 2010, p. 225.

¹⁵³ Voir S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, 2008.

¹⁵⁴ D. d'AMBRA, L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges, LGDJ, 1994.

¹⁵⁵ M.-F. RENOUX-ZAGAME, « La figure du juge chez Domat », *Droits*, n°39, 2003, pp.35-51, v° aussi, B. BERNABE, « La justice- J. DOMAT », in W. MASTOR et Alii, *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, 2017, p. 225.

¹⁵⁶ H. CROZE, art. préc., p. 229.

¹⁵⁷ L'expression est J. GHESTIN, Les obligations, - Le contrat : formation, L.G.D.J., 3^{ème} éd. 1993, 253

¹⁵⁸ Ph. BLONDEL, « *Le juge et le droit* », in Cour de cassation, Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après, Paris, La documentation française, 1998, p. 138.

¹⁵⁹ v. J.-P. DESIDERI, « *Le fondement juridique de la demande dans le procès civil* », PA, 5 juin 2001, n° 111, p. 5.

¹⁶⁰ R. MARTIN, « Une nouvelle perspective sur la procédure civile. Après le rapport Coulon », JCP 1997, Act., n° 8.

¹⁶¹ En ce sens, v. G. BOLARD, « *L'arbitraire du juge* », in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires, préc., p. 225.

¹⁶² G. CANIVET, « *Au nom de qui, au nom de quoi jugent les juges : De la gouvernance démocratique de la Justice* ». Après-demain, n° 15, 2000.

¹⁶³ Voir J. MOURY, Les moyens de droit à travers les art. 12 et 16 nouv. du c. pr. Civ., thèse Paris II ; 1986.

technicien et reste à l'abri des accords des parties. En effet, dans l'application de la loi, le juge a conquis un pouvoir d'interprétation et d'application rigoureuse¹⁶⁴. Il construit des jurisprudences auxquelles il donne force de norme. Dans cet exercice, la formation professionnelle apprend au juge à s'affranchir de ses propres convictions et la récusation donne la possibilité d'écarter celui dont l'impartialité pourrait être faussée.

A la vérité, le principe suivant lequel le juge tranche le litige n'est pas une innovation si l'on veut dire par là que le juge ne peut pas statuer en équité, si ce n'est dans les cas expressément prévus par la loi. Alors, le juge a seul le pouvoir d'examiner les faits allégués sous leurs aspects juridiques, conformément aux dispositions légales régissant la matière (*jura novit curia*), même si leur application n'a pas été spécialement requise par les parties et sans que le juge soit lié par les moyens de droit ou des qualifications invoquées par les parties. Il en est ainsi quelle que soit la règle de droit applicable au litige (loi, ordonnance, décret, arrêt) même si celle-ci n'est pas d'ordre public¹⁶⁵.

La définition de ce pouvoir permet de dire qu'il a pour attribut essentiel, celui de l'autorité de la chose jugée. L'autorité de la chose jugée est un élément essentiel permettant d'assurer l'autorité et l'efficacité de la justice car « la décision du juge doit être considérée comme constituant le droit dans la situation jugée »¹⁶⁶. Cette autorité conférée à la décision du juge est un instrument de la police des droits. Elle contribue à la cohérence de l'ordre juridique, et partant de l'ordre social lui-même¹⁶⁷.

Les lignes du pouvoir judiciaire sont fixées dans l'instance. Mais sont-elles pour autant toutes, fixes et immuables ? Les lignes raides raidissent le procès et l'éloignent du but recherché. C'est pour cette raison que l'adaptabilité utilitaire du pouvoir du juge rend, à bien des égards, son intangibilité relative.

B- L'intangibilité relative des pouvoirs détachés de l'imperium

L'accroissement des pouvoirs reconnus au juge civil dans la résolution des litiges qui lui sont soumis par les parties ne sont pas tous fixés dans le marbre de l'imperium. Certains, par leur tangibilité, ne sont pas exclus de la fascination contractuelle lorsqu'il s'agit, notamment, des règles encadrant la fixation de la compétence du juge (1) et de celles tenant au contrôle de la régularité ou de l'efficacité de son office (2) au sujet desquels des accords des parties sont possibles.

1- Les accords sur la compétence du juge

La compétence juridictionnelle est l'aptitude d'une juridiction de l'ordre judiciaire à connaître d'un litige ou d'une situation de droit. La détermination de la juridiction compétente est le préalable nécessaire à la saisine du juge civil, et à l'examen de l'affaire sur le fond. La doctrine classique oppose la compétence territoriale à la compétence matérielle¹⁶⁸.

La détermination de la compétence du juge cristallise à la fois, les intérêts particuliers et d'ordre public et, du fait de ce mélange d'intérêts de natures différentes, n'est pas insensible à l'emprise de la puissance publique et ne récusé pas non plus l'appréhension par la puissance privée. Cette confluence des intérêts se manifeste avant l'engagement de l'instance, par des stipulations introduites dans le rapport créateur du droit d'agir. Mais elle surgit également dans le cadre de l'instance. Dans tous les cas, elle intéresse la présente étude en ce qu'il vise le pouvoir du juge en charge de l'instance.

Si le procès notamment civil reste la chose des parties, le déroulement de l'instance met en cause le fonctionnement d'un service public. Et les frontières induites par les exigences de l'ordre public sont « presque » intangibles¹⁶⁹. Or, l'article 52 du Code des procédures dispose que « toute clause qui, directement

¹⁶⁴ Voir *Pouvoirs* n° 74, "Les juges", Ed. du Seuil, septembre 1995.

¹⁶⁵ Voir en ce sens H. MOTULSKY, « *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge* », Dalloz, 1964, Chron., p. 243 et s.

¹⁶⁶ G. WIEDERKEHR, « *Autorité de chose jugée* », in Dictionnaire de la justice, op. cit., p. 85.

¹⁶⁷ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 904.

¹⁶⁸ H. SOLUS, « *Compétence d'attribution et compétence territoriale* », JCP, 1947, I, 663. Cette classification a été critiquée par Ch. EISENMANN,

« *Sur la compétence des juridictions* », Recueil Dalloz, 1948, chron. 49.

¹⁶⁹ Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, thèse Paris I, 1995, p. 185 et s.

ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite ... ». En cas de litige devant un tribunal, la nullité de ce type de clause peut être d'office soulevée par le juge.

Toutefois, le libre jeu des volontés privées y marque une forte intrusion. La compétence d'ordre public est donc atténuée par l'admission de clause d'extension ou de prorogation de compétence, notamment entre commerçant en droit privé international¹⁷⁰. Les parties ne peuvent cependant déroger en aucun cas à l'ordre des juridictions et dans une certaine mesure au degré des juridictions¹⁷¹. Dans les contrats commerciaux, une clause attributive de compétence permet de désigner la juridiction qui tranchera tout litige survenant lors de l'exécution du contrat et portant sur l'interprétation du contrat, sa validité, ou son exécution. Même si la clause attributive de compétence est prohibée par principe, il existe toutefois certaines exceptions qui matérialisent la relativité des pouvoirs dit intangibles du juge¹⁷².

Ainsi en est-il par ailleurs des clauses conventionnelles portant sur les règles de compétence d'attribution et celles relatives à la compétence territoriale des juridictions. Les premières permettent de désigner la juridiction concernée tandis que les secondes déterminent le ressort de la juridiction. Les aménagements conventionnels sur la compétence d'attribution portent soit sur le montant de la demande soit sur la nature du litige. Sur cette base, la loi offre aux parties la possibilité de désigner par un accord de volontés une juridiction compétente autre que celle qui l'aurait été en raison du montant du litige sauf à observer la séparation fonctionnelle des ordres de juridiction. De telles stipulations ne peuvent, par extension, évincer la compétence exclusive d'une juridiction et ne saurait non plus être générale et absolue. Les parties ont également la possibilité de prévoir que leur différend sera jugé sans possibilité de faire appel, même si le montant de la demande est supérieur au taux du ressort. Cette clause prend sa source dans la possibilité offerte aux parties de renoncer au droit d'exercer une voie de recours.

Les restrictions ne sont pas moins pesantes sur la possibilité offerte aux parties de convenir de la compétence territoriale du juge, le principe étant l'interdiction de telles clauses avant l'aménagement de dérogations soumises à deux conditions. La première condition est relative à la qualité des signataires de la clause : celle-ci doit avoir été conclue par des personnes en qualité de commerçant. La seconde condition exige que cette stipulation, qui peut être préalable, soit « spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée »¹⁷³. À défaut, la clause est réputée non écrite. La partie qui entend se prévaloir de l'irrégularité doit l'invoquer comme une exception d'incompétence, avant toute défense au fond. Il en résulte que pour un litige interne, une attribution de compétence à une juridiction en principe incompétente en raison du montant de la demande n'est admise qu'une fois le litige né. De même une attribution préalable à une juridiction qui ne serait pas territorialement compétente n'est recevable que si la clause a été conclue entre commerçants et de manière apparente.

Ces conditions textuelles de validité marquent une défiance importante pour les clauses attributives de juridiction qui se réduisent, en réalité, à la clause d'attribution de compétence territoriale. En renonçant aux règles de compétence comme aux lois applicables, les commerçants s'exposent aux risques de cette liberté. Ce choix ravive la controverse autour de l'interaction malaisée entre l'impératif de sécurité du commerce et la nécessaire protection de celui qui s'engage. Sous cet angle, un autre intérêt de la question résiderait dans la préoccupation de savoir si les parties disposaient la faculté de remettre en cause la clause d'attribution de compétence territoriale ? Face au mutisme de la loi sur la question, c'est à la jurisprudence qu'il est revenu de confirmer la possibilité pour une partie contractante de faire échec à l'application d'une clause d'attribution de compétence. Il est possible de renoncer à une clause attributive de compétence lorsque celle-ci a été stipulée

¹⁷⁰ Voir J. DJOGBENOU, *Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes, commenté et annoté*, op. cit. p. 44.

¹⁷¹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 2010, p. 1032 et s.

¹⁷² B. BEIGNIER, « *Ordre public et compétence* », Mélanges L. BOYER, 1996, p. 99 et s.

¹⁷³ Voir art. 51 nouveau de la Loi n° 2016-15 modifiant et complétant la loi n° 2001-37 du 10 juin 2002 portant organisation judiciaire en République du Bénin.

dans l'intérêt exclusif de l'une des parties seulement¹⁷⁴. La Cour de cassation française considère classiquement que lorsqu'une clause attributive de compétence insérée dans un contrat a été stipulée dans l'intérêt exclusif d'un contractant, celui-ci a la possibilité d'assigner son cocontractant soit devant le tribunal du lieu du domicile de celui-ci, conformément au critère de droit commun, soit devant celui stipulé dans la clause. Il en résulte que la clause attributive de compétence valablement convenue par les parties peut être déclarée stipulée au bénéfice de l'une d'entre elles, afin de permettre à celle-ci d'y renoncer à son gré.

Dans cette perspective, le juge reprend la plénitude de ses pouvoirs dans la mesure où la détermination de l'intérêt commun des parties ou de l'intérêt exclusif d'une des parties relève de son pouvoir souverain d'appréciation. Par conséquent, et pour se prémunir contre toute interprétation fâcheuse de ces aménagements conventionnels des règles de compétence, les parties gagneraient à exploiter au mieux leur accord de volontés en mentionnant expressément l'étendue de la clause attributive de compétence territoriale inscrite dans leur convention.

Quoiqu'il en soit, l'aménagement des clauses de compétence est une concession à l'appréhension conventionnelle de l'intangibilité du pouvoir judiciaire. Il est possible de prendre en considération les intérêts des justiciables sans que cette compréhension perturbe le fonctionnement du service public de la justice ou les principes directeurs qui gouvernent l'instance¹⁷⁵. Il y a donc toujours place pour des clauses de compétence, même si celles-ci sont moins étendues dans les contrats que les contrats privés¹⁷⁶.

2- Les accords sur la régularité de la saisine du juge

Le pouvoir de régulation procédurale détenue par le juge ne se limite pas aux prérogatives qu'il exerce dans le cadre de la mise en état ou plus globalement dans l'instruction de l'instance. Au-delà, il détient et exerce d'autres pouvoirs qui rendent compte de son pouvoir d'encadrement du déroulement de l'instance et de l'efficacité de sa saisine.

Pour mieux apprécier ces pouvoirs qui échappent substantiellement à la volonté des parties, il convient d'interroger notamment, les règles relatives à la nullité des actes de procédure engagés par les parties.

Dans le cadre de l'instance, le périmètre de l'action en nullité est en effet, délimité suivant le caractère absolu ou relatif de la nullité invoquée. Il est vrai que la configuration procédurale du contentieux de l'annulation sur cette base pose encore aujourd'hui des difficultés de frontière en doctrine¹⁷⁷. Mais le souci de la salubrité procédurale a conduit le législateur à un partage des rôles en cette matière afin d'éviter des heurts frontaux aux dispositions d'ordre public du fait de potentielles conventions des parties dans le cadre de l'instance.

Ainsi, la loi reconnaît à toute partie le droit d'invoquer une nullité pour irrégularité de fond, tout au moins dans le cas d'atteinte à une règle d'ordre public. Toujours est-il que s'agissant du juge, les dispositions de l'article 198 du Code des procédures lui imposent le devoir de relever d'office la nullité lorsque les règles de fond méconnues ont un caractère d'ordre public ce dont il s'infère que lorsque la règle n'a pas ce caractère, les parties ont la faculté, explicitement ou implicitement de valider la procédure hypothétiquement entachée de vice. La célébration de l'autonomie de la volonté des parties litigantes et l'exaltation des prérogatives qui s'ensuivent est modérément borné sur le terrain des nullités par les pouvoirs d'office et les devoirs faits au juge.

Au fond, le dessein du procès civil, mieux que tout autre, c'est de lier et de relier. Lier, dans cette enceinte préparatoire au jugement, d'une part, les parties entre elles-mêmes, aux fins de contribuer à l'apaisement final par la répartition des torts et des mérites ; d'autre part, les parties au juge afin que celui-ci impose au dialogue

¹⁷⁴ Cass. civ. 1re, 4 décembre 1990, Rev. crit. 1991, 613, obs. Gaudemet-Tallon ; Clunet 1992, 1992, obs. Huet).

¹⁷⁵ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, Théorie générale du procès, op. cit., p.475.

¹⁷⁶ V. HAIM, « Le choix du juge dans le contentieux administratif », JCP, 1992, I, 3586.

¹⁷⁷ O. GOUT, « Le juge et l'annulation du contrat », Revue internationale de droit comparé. Vol. 52 N°3, Juillet-septembre 2000. pp.675-682.

une signification humaniste. On comprend alors le ressort statutaire de ce double lien, l'enjeu étant, au-delà du besoin de vérité des parties, l'impératif de justice dont la vertu essentielle est de relier. Relier, en effet, l'un et l'autre, l'un à l'autre, le particulier au général, l'unité à la totalité, en vue de la restauration de l'harmonie sociale. Mais ce double dessein ne peut se réaliser hors la présence constante d'un glaive dont la vue assure le respect des principes directeurs, essentiels et fondamentaux de la société, car, quoique judiciaire, l'instance ne demeure pas moins un enclos social. L'intangibilité du pouvoir judiciaire ne devrait donc pas inquiéter, en dépit de la fascination croissante de la contractualisation. Car, à tout laisser à la volonté, on pervertit la vérité et la justice.

Dans tous les cas, la fascination du mouvement contractuel est limitée dans le cadre de l'instance.

Elle l'est, en ce qui concerne les droits substantiels, subjectifs ou fondamentaux, dont l'hétéronomie à l'égard des valeurs élevées de la société restreint l'appropriation conventionnelle dans le cadre de l'instance civile. Si même les parties reçoivent de la loi dans les conditions que celle-ci fixe, d'identifier au juge, les règles dont il procèdera à l'interprétation ou à l'application, c'est justement parce que cette fonction d'interpréter et/ou d'appliquer la règle de droit en vue de reconnaître, de modifier ou de sanctionner des droits relèvent de son office, sauf à considérer l'hypothèse improbable d'une instance sans juge.

Elle l'est également, en ce qui concerne les droits processuels, qui sont l'huile qui alimente le moteur de l'instance. Les droits procéduraux ont un objet immédiat qui est tout aussi technique : éclairer le juge et contribuer à forger sa religion sur l'affaire dont il est saisi. Mais ces droits ont également un objet immédiat : d'une part, instaurer entre les parties et le juge un dialogue apaisé et en toute loyauté qui assure la sincérité de l'instruction et la qualité de la solution au litige ; d'autre part, renouer les liens relationnels et sociaux en vue de la paix dans la justice. C'est pourquoi leur disponibilité est également discutée, leur admission exceptionnelle étant soumise à la condition de ne pas remettre en cause les valeurs et les objectifs processuels.

Bien plus, on réalise que la fonction d'arbitrer le débat judiciaire est tout aussi régaliennne que celle de juger.

D'une part, en raison de ce que le dialogue judiciaire est encadré et structuré pour les nécessités de la justice dont l'Etat est le débiteur dès lors que le litige est soumis à son règlement. Ces règles souvent d'ordre public, appelle pour sa mise en œuvre, que le juge dispose des pouvoirs qui ne cèdent pas devant l'offensive de la volonté partisane. Même s'il est vrai, que dans le cadre du règlement non juridictionnel des différends, la justice peut être atteinte, par des mécanismes auxquels l'Etat n'est pas associé. Là encore, a posteriori, l'intervention de l'Etat n'étant pas exclue, surtout dans le cadre de l'exécution de l'accord généré par la conciliation ou la médiation, et il est possible que le juge recouvre son pouvoir de contrôle.

D'autre part, en raison même de la nature des droits processuels dont les parties sont titulaires dans le cadre de l'instance. Fondamentaux, ils sont, a minima, des titres qui leur confère l'aptitude à collaborer à l'œuvre de justice. C'est en effet en vertu de ses droits que le principe de la coopération est, à l'égard et de la part des parties, *processuellement* effective. La contradiction concrétise ainsi, « un devoir d'information réciproque quant à l'existence même de la procédure, à la communication et à la production des pièces »¹⁷⁸ ainsi que le respect mutuel de la liberté de discussion. Bien plus, les droits processuels sont les vecteurs de la protection des valeurs humaines à l'intérieur du combat judiciaire. Leur subjectivité est neutralisée par leur fondamentalité, laquelle affecte leur structure : ils ne sont, en effet, pas opposables aux individus, mais plutôt à l'Etat qui doit veiller à la loyauté de l'instance par, notamment, à l'égalité des armes. C'est ce qui justifie même l'intrusion du juge dans l'observation de ses droits procéduraux et la légitimité de ce devoir d'ingérence

¹⁷⁸ P. RAYNAUD, « L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction. Les vicissitudes de l'article 16 », in Mélanges P. HEBRAUD, p. 716

dans les débats judiciaires, le principe de loyauté procédurale étant même élevé « au-dessus » de l'ordre public.¹⁷⁹

Finalement, l'offensive contractuelle se heurte aux digues régaliennes de justice organisée, ouverte à la participation des parties mais soumise au contrôle du juge. Celui-ci n'a pas seulement pour fonction d'énoncer la règle et d'attribuer à chacun ce qui lui revient. Il n'est pas, distinctement, juge du contrôle de la légalité, de celui des prétentions ou du règlement des conflits¹⁸⁰. Contrairement à ce qui a pu être affirmé, il n'est pas seulement non plus « celui qui juge ». ¹⁸¹ Il est celui qui organise la justice prise au sens de vertu saisie par le droit. Il pose les règles, s'interpose dans les débats judiciaires et dispose de ce que sera la solution du litige.

Cette posture du juge dont les pouvoirs ne sont que peu tangibles, est plutôt rassurante dans les Etats en construction, dont on dit qu'ils sont en voie de développement. D'une part, l'Etat a à gagner en consolidation en affirmant sa présence dans les espaces sociaux dans lesquels sa régulation est appelée pour autant que cela est nécessaire. Sans que cela ne puisse apparaître comme un retour de l'Etat providentiel, la présence de l'Etat incarné par le juge dans l'organisation du dialogue judiciaire reste une condition de renforcement de l'appartenance au groupe social qui échappe à la libre expression des volontés par le contrat. D'autre part, la régulation sociale par le tiers qu'est le juge est un précieux outil de prévention de la dictature des volontés à laquelle le contrat peut conduire d'autant que l'occurrence est déjà conflictuelle.

CONCLUSION

La contractualisation n'est, apparemment pas en terrain conquis à l'intérieur de l'institution judiciaire et, singulièrement dans le cadre de l'instance. L'impérialisme contractuel n'a pas pu y trouver un terrain fertile. La raison n'est pas seulement liée au jeu relationnel des parties. Elle réside plutôt dans l'enjeu institutionnel et social de la justice.

Le contexte conflictuel réduit déjà l'espace contractuel. Or, on pourrait considérer que plus de contrat conduit à plus de paix dans le rapport judiciaire. Mais l'analyse n'est pas enthousiaste à cet égard.

D'une part, la titularité des droits en cause n'est en effet pas conférée qu'aux seules parties.

Fondamentaux, ils cristallisent les valeurs élevées de la société et doivent être défendus dans l'intérêt de celle-ci, au-delà des intérêts partisans. A l'évidence, ces droits de valeur élevée avec une protection accrue s'étendent depuis les années 70 avec les secousses d'un double courant. Le premier est caractérisé par le retour des doctrines du droit naturel sur le terrain des affres des deux conflits mondiaux et de la guerre froide. Le second est manifesté par le triomphe du libéralisme à la suite de la chute du mur de Berlin. Les droits fondamentaux visent à protéger, à travers le sujet ou la personne abstraite saisie par le droit, l'être dans son humanité, sans aucune distinction de race, de classe sociale, de genre ou de religion.¹⁸² Il est même notable que la fondamentalisation cristallise trois mouvements. Le premier la retient comme le précurseur de l'extension universelle du libéralisme. Il y a en effet un enjeu idéologique à protéger l'être suivant le seul critère de l'humain. C'est ce qui justifie la supériorité de ces droits à ceux conférés par la société. Le deuxième réside en ce que c'est pourtant la société qui décide de l'antériorité à sa propre existence de certains droits subjectifs en vue de leur conférer une légitimité naturelle et non positive. La détermination des droits fondamentaux est alors dynamique et fait l'objet d'un ajustement social. Le troisième enfin est la nécessité de concevoir à travers le procédé de fondamentalisation des droits un instrument de politique internationale de convergence dans la défense et la protection de l'être humain. Par ailleurs, dans le droit substantiel subjectif, la règle vient soutenir la demande et, en tant que tel, s'analyse comme un moyen. Ce moyen renvoie au texte

¹⁷⁹ J-F van DROOGHENBROECK, « La loyauté procédurale au-dessus de l'ordre public. L'irrecevabilité du moyen renégat devant la Cour de cassation de Belgique », in Mélanges S. GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, op. cit., pp.425-436.

¹⁸⁰ H. CROZE, « Le juge doit-il dire le droit ? », in Mélanges GUINCHARD, op. cit., pp. 225-232.

¹⁸¹ G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge ? », art. préc., p. 576 et s.

¹⁸² M-L, PAVIA, « Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », LPA 6 mai 1994, n°54, p. 6 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », op.cit., p. 123.

de référence qui rend juridiquement légitime la prétention et permet de créer une situation juridique ou de la modifier. Qu'il puise sa source dans la loi, dans la coutume ou dans les usages, l'acte de volonté individuelle peut moins, en vertu d'un contrat, agir sur le droit substantiel et le domestiquer, de sorte à prescrire au juge des limites à son pouvoir d'application ou d'interprétation.

Processuels, ils participent des mêmes perspectives. Les droits processuels visent en effet, à assurer au combat judiciaire son caractère équitable et, nécessairement humain. La nature fondamentale de ces droits les expose moins aux transactions contractuelles. A la question de savoir si ces droits sont disponibles, la Cour européenne des Droits de l'Homme a déjà considéré, dans une analyse volontariste de l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme que s'ils ne sont pas absolus, peuvent « donner lieu à des limitations implicitement admises car ils appellent de par leur nature même une réglementation par l'Etat, les limitations appliquées ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même ».¹⁸³

D'autre part, la tangibilité des pouvoirs du juge est corrélativement limitée.

Le juge apparaît, dans le cadre de l'instance, moins comme un arbitre des discussions que comme un contrôleur du respect des droits invoqués, dans le sens de la prévalence des liens relationnels et sociaux. Sous cette vue, il met moins en évidence la balance que l'imperium par lequel il impose une régulation apaisée et civilisée des tensions partisans légitimes dans le cadre de l'instance civile.

A la question de savoir si une instance « offshore », totalement confiée à la volonté des parties et absolument détachée du modèle étatique, public ou privé, est possible, l'étude convie finalement à la mesure face au phénomène de contractualisation dont la justice entière est prise d'une sorte de saisissement qui traduit une frilosité au plan de la doctrine.

Il demeure tout de même que la contractualisation de l'instance ouvre la gouvernance de l'instance aux parties et contribue à cette démocratie procédurale que chacun appelle de ses vœux.

¹⁸³ CEDH, Golder c/ RU, 21 février 1975.