

LE DROIT SUBJECTIF ET L'ACTION EN JUSTICE (*)

Vouloir parler des rapports entre le droit subjectif et l'action en justice, c'est accumuler les difficultés : la théorie de l'action n'est guère mieux élucidée que celle du droit subjectif ; on risque donc d'aggraver l'obscurité. Mais peut-être la confrontation de deux énigmes peut-elle, au contraire, aider à les résoudre ? La tentative, en tous cas, vaut la peine d'être faite.

La liaison entre les deux notions se fait, en quelque sorte, instinctivement. « L'action en justice », écrit par exemple M. Batiffol en traitant de la procédure en droit international privé (*Dr. intern. priv.*, 3^e éd., n^o 720, p. 804), « apparaît comme la phase finale de l'exercice des droits subjectifs ». Cette formule n'implique assurément pas une prise de position quant au problème qui nous occupe ; elle n'en est pas moins significative, parce qu'elle montre que l'action en justice est spontanément ressentie comme l'aboutissement de la réalisation des droits. On a beau insister sur le fait que le litige ne révèle qu'un secteur du droit, lequel se forme et se pratique tous les jours en dehors du prétoire : l'efficacité des droits, voire leur nature profonde, ne s'éprouve réellement que dans la lutte judiciaire ; et il est probable que, sans celle-ci, la notion de droit même au sens subjectif n'existerait pas.

Tout incite à penser, en effet, que l'action a, historiquement, précédé le droit dit substantiel. Le droit romain est, à cet égard, particulièrement éloquent : il n'a aperçu le droit qu'à travers l'action ; et cela est si vrai que la classification des droits n'apparaît que dans la classification des actions : on ne dit pas : *ius in rem* ou *in personam*, mais bien *actio in rem* ou *in personam*. La pénétration des deux concepts se vérifie, et d'une manière très forte, dans la célèbre définition de Celse, transposée par Justinien : *actio*

(*) Le présent travail reproduit le texte d'une communication faite au Séminaire de Philosophie de Droit de la Faculté de Droit de Paris, le 3 mars 1964. Il a été publié aux *Archives de la Philosophie du Droit*, 1964, p. 215 et s.

aulem nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur. Il existe un droit d'agir ; mais il est intimement lié au droit substantiel : on conclut de l'action à ce droit ; mais, à l'inverse, l'action présuppose le droit.

La notion de droit subjectif est ainsi restée voilée ; et celle d'action est demeurée floue : elle signifiait trop de choses à la fois. Dès le système formulaire, on semble avoir employé le terme pour la faculté d'obtenir gain de cause, pour la formule conférée à cette fin, et même pour le *iudicium*, l'instance où s'exerce cette faculté. Et dans la procédure extraordinaire, on parle indistinctement d'action pour désigner, soit le droit de s'adresser au juge en vue d'obtenir justice, soit l'exercice de ce droit. Et cette incertitude de terminologie devait se perpétuer.

L'ancien droit français n'a guère apporté de précisions. L'évolution du concept d'action reste obscure ; l'Ordonnance sur la procédure civile de 1667 n'en souffle mot ; Pothier reprend la double signification : il appelle action aussi bien « le droit de poursuivre ce qui nous est dû » (en ajoutant : « ou ce qui nous appartient », allusion à l'action « réelle ») que l'exercice de ce droit. Lors de l'élaboration du Code de procédure civile, le tribunal de cassation avait proposé d'insérer dans la loi tout un titre sur l'action, considérée maintenant comme ne signifiant que le *droit de poursuite*, l'exercice devant être désigné par le vocable de « demande » en justice. Cette précision a paru superflue ; elle n'a pas été accueillie, sans que les travaux préparatoires s'en expliquent.

Il n'est pas surprenant, dans ces circonstances, de constater que les discussions sur la portée du concept d'action n'ont jamais cessé. Des efforts de clarification ont, certes, été faits : il faut rappeler, à ce propos, les travaux des juristes allemands (Savigny, Windscheid, Wach, Hellwig, Goldschmidt, pour ne citer que les « anciens ») ; ceux des juristes italiens, parmi lesquels il convient de nommer Chiovenda et Carnelutti ; ceux des grands publicistes français (Hauriou, Duguit, Jèze), et, parmi les processualistes, ceux de Vizioz, à qui nous devons des analyses fouillées et lucides, mais qui n'a malheureusement pas eu le temps d'élaborer la synthèse créatrice qu'on pouvait attendre de lui.

Où en sommes-nous au bout de tout cela ? Un seul point est certain : c'est que l'action en justice sert normalement à faire valoir « des droits ». C'est évidemment peu de chose ; et il faut essayer de concrétiser davantage. Tel est mon propos. Je voudrais examiner d'abord si vraiment, comme le suggère une première impression, l'action sert toujours et nécessairement à faire valoir des droits subjectifs. Mais cette recherche est insuffisante ; car il faut encore

se demander si l'action elle-même constitue ou non un droit subjectif. Ainsi se dessinent les deux problèmes dont la solution commande la réponse à la question visant les rapports entre le droit subjectif et l'action en justice : ces problèmes sont, d'une part, celui de la *vocation de l'action en justice au regard des droits subjectifs* et, d'autre part, celui de la *nature de l'action en justice au regard du concept de droit subjectif*.

I

Pour définir la *vocation de l'action en justice au regard des droits subjectifs*, j'esquisserai les deux grandes tendances qui s'affrontent et les tentatives de conciliation ou de dépassement de ces systèmes, pour ensuite indiquer ma position personnelle.

A. — Il semble que ce soit à propos de l'action en justice que la querelle des *subjectivistes* et des *objectivistes* ait pris le plus d'acuité.

1° La *thèse subjectiviste* a, dans notre domaine, deux aspects.

a) Pendant longtemps, les processualistes et même les civilistes français ont sacrifié à cette idée — déjà formulée par Savigny, qui voyait dans l'action en justice une métamorphose du droit subjectif — que l'action en justice n'est rien d'autre que le droit subjectif substantiel lui-même, mis en mouvement. Le fameux mot de Demolombe : « l'action, c'est le droit à l'état de guerre » a, par sa frappe imagée, séduit bien des esprits : Vizioz devait l'appeler (*Etudes de procédure*, p. 30) *l'une des plus belles trouvailles de la phraséologie juridique*. De fait, nos grands « classiques » ont partagé cette manière de voir ; on la rencontre dans le *Traité de Garsonnet* et César-Bru, chez Cuhe avant la refonte de son *Précis* par M. Vincent et, au moins sous-jacente, chez Glasson avant sa collaboration avec Tissier.

b) On a, toutefois, compris assez vite ce qu'a d'artificiel et de logiquement inadmissible l'idée d'identifier le droit subjectif substantiel avec l'action en justice destinée à le sanctionner. La discrimination a donc été admise ; mais elle a, en grande partie, été paralysée par le postulat qu'il ne pouvait en tous cas exister d'action que s'il existait un droit substantiel auquel elle sert de bouclier. Pour Glasson-Tissier (*Traité*, 3^e éd., t. I, n^o 172, p. 423), l'action est « le pouvoir qu'a une personne investie d'un droit d'obtenir du juge la

protection de ce droit». D'où une nouvelle maxime, à son tour largement répandue : « pas de droit, pas d'action ».

Pourtant, et sans souci de la contradiction, on a dû signaler qu'il pouvait y avoir « exceptionnellement » des *droits sans action*, dont le prototype est l'obligation dite naturelle (*ibid.*, n° 175, p. 429). Ce qui était le plus difficile à concevoir, c'est l'idée qu'il pourrait y avoir des *actions sans droit*.

C'est le droit public qui a attiré l'attention sur cette éventualité à propos du *recours pour excès de pouvoir*. Certes, quelques « extrémistes » (Joseph Barthélémy, R. Bonnard) ont soutenu que les administrés jouissent d'un « droit subjectif à la légalité », dont la violation ouvrirait un recours en annulation à caractère subjectif ; mais ces vues n'ont pu s'imposer, et à juste titre : la légalité est objective et abstraite ; elle n'est protégée que pour elle-même, dans l'intérêt général ; l'administré peut souffrir d'une illégalité et avoir un intérêt à la voir sanctionner ; mais si cet intérêt peut autoriser une action ayant pour objet la suppression de l'illégalité, il n'en reste pas moins que cette action n'enveloppe pas un droit subjectif substantiel à la légalité, puisqu'aussi bien, encore une fois, celle-ci existe en quelque sorte « en soi », indépendamment des individus.

Ces réflexions ont conduit à la *thèse objective*.

2° Nous retrouvons ici les noms des grands publicistes.

Hauriou, tout en confondant parfois l'action en justice avec le « droit en action » (note S., 1928.3.98, 1^{er} col.), a nettement opté pour le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir, ce qui implique, à tout le moins, la possibilité de l'existence d'un *contentieux objectif*, autrement dit d'une action en justice ayant pour objet la légalité abstraite et non pas un droit subjectif. Quant au *contentieux civil*, Hauriou a oscillé entre des conceptions objectives et subjectives ; il semble malaisé de lui assigner une position précise à cet égard.

Duguit, pour sa part, a vu l'impossibilité logique de confondre l'action avec le droit qu'elle peut être appelée à sanctionner ; et, conformément à ses conceptions générales hostiles au droit subjectif, il a cherché à expliquer l'*ensemble du contentieux* par la notion de répression de la violation de la loi. Nous retrouverons cette idée à propos de la nature qu'il attribue à l'action elle-même.

B. — En doctrine moderne, les positions se rapprochent.

1° D'une manière générale, les *processualistes* récents s'orientent vers un détachement de l'action par rapport au droit subjectif

substantiel qu'elle peut être destinée à faire protéger, et admettent l'existence — en dehors du contentieux subjectif mettant en œuvre des droits subjectifs — d'un *contentieux objectif*, visant au respect de la légalité abstraite. L'idée apparaît partout : chez Vizios (p. 132), chez MM. Solus et Perrot (*Dr. judic. privé*, t. I, n° 106, p. 105) ; chez MM. Cuhe et Vincent (*Procéd. civ.*, 13^e éd., n° 9, p. 12), chez MM. Cornu et Foyer (*Proc. civ.*, p. 272), chez M. Terré (*J.-Cl. proc.*, art. 59, fasc. I, n° 15 et s.). Les grands exemples sont constitués (il faut mettre à part, non seulement le contentieux pénal — où l'existence d'un droit subjectif « à la punition » ne saurait se concevoir —, mais encore les actions appartenant au *ministère public en matière civile*, où la notion de droit subjectif n'a pas davantage de raison d'être) par les actions *en nullité absolue du mariage*, *en interdiction*, *en déchéance de la puissance paternelle*.

Mais l'accord cesse de régner quand il s'agit de déterminer, en dehors de ces hypothèses, les *domaines respectifs* des deux contentieux.

Dans son récent ouvrage intitulé *Droits subjectifs et situations juridiques*, M. le Doyen Roubier a tracé une ligne de démarcation : c'est à lui que je songeais surtout en parlant d'une tentative de « dépasser » la querelle. L'éminent auteur part de la notion de « situation juridique », dans laquelle il voit un réseau de prérogatives et de devoirs. Si l'élément « prérogative » prévaut, on est en présence d'un *droit subjectif* ; si le facteur « devoir » est prédominant, il s'agit d'une situation juridique *objective* (n° 6, p. 53). Sur le terrain de l'*action en justice*, M. Roubier assigne un caractère subjectif très poussé à des actions telles que la *revendication* ou la poursuite en *contrefaçon* : il y voit véritablement — comme Demolombe — le droit de propriété ou le droit du breveté « sur le pied de guerre » (n° 7, p. 55 ; n° 35, p. 298). Il élargit, en revanche, considérablement le contentieux objectif ; il décele la prédominance de la notion du « devoir violé » dans les actions en *responsabilité*, en *concurrence déloyale*, en *nullité*, en *déchéance* et en *résolution*, dans l'*action de in rem verso*, dans les *actions d'état* et dans les *actions possessoires* : dans aucun de ces domaines, il n'existe, à son sens, de droit subjectif à défendre (n° 7, p. 56 et s.) ; et partout l'*action en justice* se place dès lors au premier plan (n° 35, p. 282, 296 ; n° 37, p. 308). M. Roubier en conclut que le rôle de cette action n'est pas le même selon qu'il s'agit du contentieux des droits subjectifs ou de celui des situations objectives (n° 35, p. 299).

En présence de ces positions, je voudrais préciser quel est, à mes yeux, le parti à adopter.

C. — Je prends pour point d'appui la définition du droit subjectif que je considère comme conforme aux postulats de la réalisation du Droit. Je persiste à croire — j'ai déjà amorcé cette idée dans mes « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé » (n° 23 à 26) — qu'il est essentiel de bien distinguer le concept philosophique et le concept proprement juridique du droit subjectif. Les « revendications » procédant de la nature, de la destinée et de la communauté humaines et auxquelles on donne le nom de « droit subjectif » (tel le « droit au travail » ou le « droit à la culture ») ne quittent, selon moi, le domaine de la philosophie pour entrer dans celui du Droit qu'au moment où elles sont consacrées par la règle de Droit, c'est-à-dire par une norme de conduite sociale correspondant aux caractères distinctifs de la juridicité. Je ne pense pas que l'on puisse taxer cette conception de positivisme légaliste : elle ne prend pas parti sur les sources de la règle de Droit ; et j'admets volontiers, non seulement que l'on compte parmi celles-ci les principes généraux du Droit, mais encore qu'à la condition d'éviter des confusions trop facilement suggérées par la dénomination, l'on désigne ces principes par le vocable de Droit naturel. Quand je parle de la règle de droit, je vise donc celle qui est constituée, peu importe au moyen de quels matériaux et par quel processus.

Mais ce que je crois, c'est que l'on ne devrait appeler, dans la terminologie juridique, droit subjectif que ce que la règle de Droit reconnaît comme tel. Or, pour savoir ce qu'elle reconnaît comme tel, il faut s'en rapporter à la structure de la règle de Droit, structure que j'appelle « stéréotype », parce que, une fois construite, toute règle de Droit se compose, d'après la terminologie dont j'emprunte l'essentiel à Stammler, d'une « présupposition » suivie d'un « effet juridique », lequel correspond à l'impératif de la règle de Droit (« impératif », parce que, je l'ai souligné dès l'abord — *Principes*, n° 10, p. 13, n° 26, p. 29 —, même les formulations à l'indicatif possèdent, s'agissant d'une règle de Droit « véritable », valeur normative). Si, donc, une règle de Droit déclare que, « lorsque les conditions de la conclusion d'un contrat de vente sont réunies, le vendeur peut exiger de l'acheteur le paiement du prix », cette règle de Droit attribue au vendeur la faculté de déclencher à son profit l'impératif de la norme : c'est cette faculté que traduit la notion juridique de droit subjectif ; et c'est pourquoi j'estime qu'en théorie générale du Droit, il faut se faire de ce dernier une conception structurale, qui intègre la notion dans les rouages de la vie du Droit.

Du coup, se dessine la vocation de l'action en justice au regard des droits subjectifs. Comme la règle de Droit puisée dans le Droit substantiel (réglementation du contrat de vente) ne peut consacrer

(au mieux ; il ne s'agit, jusqu'ici, que du contentieux *subjectif*) qu'un droit subjectif *substantiel* (le droit au paiement du prix), il apparaît que, pour que ce droit (substantiel) puisse donner lieu à une décision de justice, il faut faire appel à une autre règle de Droit, ayant trait au processus par lequel s'obtiennent les décisions de justice. Je reviendrai sans tarder sur cette « autre » règle de Droit, qui préside, à mes yeux, à la détermination de la nature de l'action en justice : pour l'instant, je voudrais formuler une constatation et une question.

Une constatation : c'est que l'idée de vouloir considérer l'action comme le droit substantiel en mouvement est nécessairement inexacte ; car la règle de Droit qui confère le droit subjectif substantiel ne dit rien sur la situation processuelle ; et comme, dans mon système, le droit subjectif ne peut exister que grâce à l'impératif d'une règle de Droit, il s'ensuit inéluctablement que l'action, qui postule une règle de Droit différente de celle qui consacre le droit substantiel, ne peut pas être un simple avatar de ce dernier.

Une question : c'est celle de savoir si cette règle de droit processuelle indispensable à l'action ne peut se concevoir qu'à titre de sanction d'un droit subjectif substantiel, ou si elle peut fonctionner en l'absence d'un tel droit. C'est ainsi que nous retrouvons le problème des contentieux subjectif et objectif.

La réponse découle à nouveau de l'analyse de la règle de Droit. Elle montre que le contentieux objectif est parfaitement concevable, mais a, en Droit privé, un caractère tout à fait exceptionnel. Je reprends l'exemple déjà cité de l'action en nullité absolue du mariage. La règle de Droit qui régit cette action (et que l'on trouve par un aménagement logique de l'art. 184 C. civ.) dispose que, « lorsqu'un mariage a été conclu en violation de certaines normes édictées « dans l'intérêt de l'ordre public, la constatation de sa nullité peut être provoquée par tous ceux qui y ont intérêt ». Ici, l'intéressé est bien habilité à déclencher l'impératif de la règle ; mais il résulte de la confrontation de cet impératif avec la « présupposition » que ce n'est pas à son profit que l'intéressé peut le faire jouer, et que ce même intéressé ne peut rien exiger des époux, ni de personne (sauf du juge ; mais ce n'est pas la règle de droit substantielle qui lui accorde cette faculté : j'y reviendrai). Ledit intéressé peut déclencher le mécanisme de l'impératif à seule fin de faire sanctionner une atteinte à la légalité : c'est bien un contentieux objectif, et ici — je viens d'y faire allusion, et M. Roubier a parfaitement montré cette particularité —, c'est le règne de l'action en justice isolée : celle-ci n'« enveloppe » pas de droit subjectif substantiel ; elle s'épuise en elle-même.

Mais, encore une fois, cette analyse conduit en même temps à limiter étroitement le champ d'application du contentieux objectif :

comme le dit M. Hébraud (*Rev. trim. dr. civ.*, 1954.344), la vocation normale de l'action « réside dans la protection des intérêts concrets, et non de la légalité abstraite ». C'est dire que je n'arrive pas à suivre mon éminent maître Roubier lorsqu'il comprend dans le contentieux dit des situations objectives toutes les actions que j'ai énumérées tout à l'heure.

Dans l'impossibilité de discuter ici toutes ces variétés, je m'en tiens à l'action en responsabilité délictuelle. La règle de Droit qui la consacre dit, *grosso modo*, que, lorsqu'une personne subit un dommage par la faute d'une autre, celle-ci lui doit réparation. Il me paraît malaisé de ne pas déduire de cette règle que son impératif habilite la victime à exiger la réparation et, partant, que cette victime a un *droit subjectif à réparation*. M. Roubier objecte que l'admission d'un contentieux subjectif postulerait ici que l'on attribue à la vie, à l'intégrité physique, à l'honneur le caractère de droits subjectifs, ce qui — par opposition à M. Dabin (*Le droit subjectif*, p. 31, 80) — il considère comme une erreur (*op. cit.*, n° 6, p. 50; n° 9, p. 77; n° 44, p. 364 et s.).

Je crois que l'on peut répondre deux choses.

a) D'une part, sur le principe, j'aurais tendance à admettre, avec la plupart des civilistes, l'existence juridique des droits dits de la personnalité. J'avoue ressentir profondément l'analogie entre cette catégorie de droits et les droits réels : si ces derniers comportent une prédominance de la prérogative sur le devoir, il me semble qu'il devrait en être de même pour les droits dits de la personnalité. Et je dirais même que, logiquement, il n'y a de prédominance ni dans les uns ni dans les autres, et que droit et devoir sont, sous ce rapport, des notions simplement complémentaires.

Mais ce n'est évidemment pas le lieu d'approfondir le problème si neuf soulevé par M. le Doyen Roubier : pour notre propos, c'est plutôt la position même de la question qu'il convient de remettre en cause.

b) Il ne s'agit pas, en effet, pour nous, de rechercher s'il existe un droit subjectif à l'intégrité physique, mais bien si l'action tendant à réprimer la méconnaissance de l'interdiction de porter atteinte à cette intégrité, est ou non destinée à protéger un droit subjectif. La réponse, à mon avis, doit être affirmative, et cela, sans égard à la reconnaissance ou à la négation des droits dits de la personnalité. L'agencement de la réparation me paraît, lui, avoir un caractère subjectif même si la situation juridique *initiale* devait être considérée comme objective.

Pour illustrer cette proposition, je prendrai un exemple dans un

domaine où cette situation initiale est, à mon sens, le moins sujette à discussion : je songe à l'action *de in rem verso*. Je conçois aisément que l'on nie que tout particulier possède un droit subjectif au « non-enrichissement à ses dépens ». Mais cela n'empêche pas qu'une fois qu'un tel enrichissement *s'est produit*, une règle de Droit confère à celui qui l'a subi la faculté de déclencher à son profit un impératif imposant la compensation : *celle-ci* est donc bel et bien conçue comme substrat d'un droit subjectif. Et j'ajouterai, pour éviter les malentendus, que nous sommes toujours sur le terrain du droit *substantiel* : ce « droit à la réparation » correspond au « droit au prix » ; il naît de l'acte accompli en violation de la règle de Droit et ne concerne pas le litige ; il est simplement destiné à *servir de base* à une éventuelle action en justice.

J'en conclus que la quasi-totalité des actions en justice donnent lieu à un contentieux subjectif ; qu'il en est ainsi quand bien même la situation juridique initiale a un caractère objectif, pour peu que la violation de la règle de Droit déclenche un droit subjectif à réparation ou compensation ; et que seul mérite donc de passer pour objectif le contentieux qui pose un problème de *légalité pure*, c'est-à-dire où la seule valeur protégée par la règle de Droit est l'intérêt général.

C'est bien le cas lorsqu'il s'agit de l'action en nullité absolue du mariage : la seule valeur protégée par la règle de Droit est l'intérêt de la société à ne pas voir subsister des unions contractées au mépris de préceptes considérés par elle comme fondamentaux. Le particulier qui exerce l'action doit, certes, avoir un « intérêt » à agir ; mais *ce n'est pas cet intérêt-là* que protège la norme : c'est toujours, et exclusivement, l'intérêt collectif, dont le particulier n'est que *l'instrument*.

Mais, une dernière fois, cette hypothèse est très exceptionnelle ; elle fait échec à la vocation *normale* de l'action en justice, qui est de protéger les droits subjectifs substantiels ; et elle ne peut donc être admise qu'autant que l'analyse de la règle de droit démontre clairement que l'impératif de celle-ci ne joue pas au profit du particulier habilité à agir, mais bien dans le seul intérêt de la collectivité.

Cette règle de Droit, on l'a vu, c'est toujours la norme de droit *substantiel* : la *vocation* de l'action en justice ne révèle rien de la *nature* de celle-ci. Or, nous savons que l'action n'entre en jeu que grâce à une règle de droit *spéciale*, différente de la norme substantielle ; et comme la notion de droit subjectif est, selon moi, indissolublement liée à la structure de la règle de Droit, la question se pose aussitôt de savoir si cette règle « spéciale » confère ou non à

l'action en justice elle-même le caractère d'un droit subjectif : il reste, autrement dit, à rechercher quelle est *la nature de l'action en justice au regard du concept de droit subjectif*.

II

J'ai indiqué dès l'abord le chevauchement des formules par lesquelles on a désigné, et continue à désigner, l'action en justice. Il faudra d'abord la *définir* afin de pouvoir la *qualifier*.

A. — Les définitions sont nombreuses ; je voudrais en rappeler l'essentiel avant de suggérer la formule qui me paraît appropriée.

1° La définition « classique » de l'action en justice rattachait l'action à la *satisfaction* qu'elle est destinée à procurer : parler du « droit de poursuivre ce qui nous est dû ou ce qui nous appartient » suggère une liaison très étroite (trop étroite) entre l'action et le droit substantiel qu'elle protège. Une exagération plus caractérisée encore se trouvait dans la théorie allemande du *Rechtsschutzanspruch*, qui voyait franchement dans l'action le droit à un jugement *favorable* ; l'idée est pratiquement abandonnée par la doctrine moderne (Rosenberg, *Zivilprozessrecht*, 9^e éd., § 90, IV, 3 ; Lent-Jauernig, *id.*, 10^e éd., § 36, II ; *contra* : seulement Ar. Blomeyer, *id.*, § 1, III).

En France, M. le Doyen Roubier semble enclin à reprendre cette conception, notamment en ce qui concerne le contentieux objectif que l'auteur, on le sait, entend très largement. Dans ce domaine, lit-on dans son ouvrage (n° 18, p. 131), la personne habilitée à agir « n'a un droit... que dans la mesure où elle a une action » : cette formule implique une équivalence qui sous-entend qu'« avoir une action » signifie « obtenir gain de cause ».

Telle n'est plus, cependant, la thèse aujourd'hui dominante. Les processualistes admettent, en effet, des distinctions sous plusieurs rapports.

a) Il est désormais acquis (v. déjà *supra*, I, B, 1) que *l'action se détache du droit substantiel*, ce qui implique nécessairement qu'elle est *indépendante de son propre succès*.

b) On est tout aussi unanime pour différencier *action et demande en justice* : l'action, admet-on, constitue une « faculté », une « possibilité » ou un « pouvoir », tandis que la demande en justice constitue la concrétisation de ces virtualités.

c) Là où il subsiste un flottement considérable, c'est à propos d'une troisième et importante distinction, à savoir quand il s'agit d'opposer *l'action à l'accès aux tribunaux*. Presque tous les processualistes omettent de préciser le rapport entre les deux notions. On déclare, en effet, soit que l'action est le « pouvoir légal » reconnu aux particuliers de « saisir une autorité juridictionnelle » ... « afin de l'obliger à statuer » (Solus-Perrot, *op. cit.*, n° 94, p. 95 ; n° 96, p. 98), ou de « s'adresser » aux tribunaux pour obtenir le respect de leurs droits et intérêts (Morel, *Tr. élém.*, 2^e éd., n° 22, p. 24 ; Cuche-Vincent, *op. cit.*, n° 9, p. 12), soit qu'il s'agit d'une « prérogative en vertu de laquelle une personne peut poursuivre devant les tribunaux l'affirmation d'une prétention » (Roubier, n° 35, p. 299). Or, la faculté de *saisir* un tribunal, de *s'adresser* à lui, de *poursuivre* l'affirmation d'une prétention devant lui, ce n'est pas l'action en justice : c'est *l'accès aux tribunaux*. Celui-ci signifie que l'on est habilité à mettre le mécanisme judiciaire en mouvement : il s'agit d'une *liberté générale*, offerte à tous (la dernière restriction concernant les *étrangers* a été éliminée par un arrêt de principe de la Cour de cassation en date du 21 juin 1948 ; cf. *Rev. crit. dr. int. privé*, 1949.557, note Francescakis ; S., 1948.1.121, note Niboyet ; *J.C.P.*, 1948.II.4422, note P. L.-P.) ; mais il ne s'agit pas de l'action en justice, qui exige de l'appareil juridictionnel plus que le principe d'une mise en marche.

Sur quoi cette exigence porte-t-elle au juste ? C'est ce que je voudrais essayer de préciser.

2° L'action, d'après ce qui vient d'être dit, n'est ni la simple latitude de saisir les autorités juridictionnelles, ni l'acte qui entraîne leur fonctionnement, ni la garantie d'obtenir un jugement favorable ; ce n'est, en d'autres termes, ni l'accès aux tribunaux, ni la demande en justice, ni la consécration effective d'une situation juridique. La solution s'impose ainsi par élimination : il ne peut s'agir que *de la faculté d'obtenir d'un juge une décision sur le fond de la prétention à lui soumise* (dans le même sens : Cornu-Foyer, *op. cit.*, p. 275).

Cette définition correspond à la portée des notions processuelles de base. A la suite de toute une évolution, des notions se sont nettement « cristallisées » en tant qu'elles concernent *la défense en justice* : celle-ci peut s'en prendre à l'existence du droit substantiel invoqué, et on parle de *défenses au fond* ; elle peut contester la régularité de la demande ou de la procédure, et on est en présence d'une *exception* ; et elle peut enfin dresser un troisième obstacle, qu'on appelle — jusque dans le langage courant — une *fin de non-recevoir*. Ce dernier concept passe pour obscur ; or, il semble bien — j'ai

essayé de développer cette idée ailleurs (*J.C.P.*, 1963.II.13191, *supra*) — que la notion en cause ne prenne une signification cohérente que si l'on y voit la *dénégation de l'action*, entendue comme je viens de l'indiquer. Dès lors que l'action se définit comme la faculté d'obtenir une décision juridictionnelle sur le fond d'une prétention, il apparaît normal de mettre à part (et — ce qui pose des problèmes importants mais impossibles à examiner ici — de *soumettre à un régime spécial*) le moyen de défense qui, tout en admettant la régularité formelle de la procédure, prétend « stopper » l'attaque judiciaire sans que le juge doive — et même logiquement, sans qu'il *puisse* — aborder le fond du litige : on mesure l'intérêt juridique et sociologique de cette remarque quand on sait que la jurisprudence récente de la Cour de cassation interdit aux juges du fond d'envisager la réalité des ouvertures de l'action en recherche de paternité naturelle (ex. : la séduction dolosive) avant d'avoir vidé les fins de non-recevoir invoquées, donc, pour prendre l'exemple le plus moderne, avant d'avoir fait procéder à « l'examen des sangs » si celui-ci a été récamé (Civ. I, 13 mars 1961, D., 1961.285, note Holleaux ; *J.C.P.*, 1962.II.12734, note Esmein ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1961.534, observ. Hébraud).

L'admission de la définition proposée entraîne des conséquences nombreuses, notamment sur le terrain de la terminologie. Quelques indications seulement. Il n'existe qu'une seule catégorie d'action en justice, dont l'objet est purement processuel (obtenir « une décision sur le fond ») ; la « coloration » ne concerne que les *droits substantiels éventuellement mis en jeu* (cf. sur ce point, Cornu-Foyer, p. 277, et Hébraud, observ. *Rev. trim.* 1949.444) ; on ne devrait donc plus parler d'actions personnelles ou réelles, ni d'actions mobilières ou immobilières. D'autre part, l'action n'est pas « irrecevable » ; elle existe ou n'existe pas ; le terme d'irrecevabilité devrait être réservé à la demande (dans le même sens : Solus-Perrot, n° 109, p. 109) ; et cette constatation implique également la nécessité de remplacer la formule usitée visant les « conditions d'exercice » de l'action par l'expression de « conditions d'existence » ; encore ce terme est-il impropre, car ces « conditions » ne prennent, sauf de rares exceptions, une importance processuelle que si elles sont contestées, autrement dit si leur image négative apparaît au litige sous la forme des *fins de non-recevoir*... L'action, enfin, est indépendante de la position procédurale : la *défense* constitue, elle aussi, l'exercice d'une action (dans le même sens : Chiovenda, Carnelutti, Morel, Cornu-Foyer, Terré).

Ainsi donc, « avoir une action » signifie, aujourd'hui, avoir la possibilité d'obtenir une décision de fond, sans que cet « octroi »

préjuge en quoi que ce soit l'issue du litige. Bien au contraire, en raison de l'importance, déjà soulignée, des fins de non-recevoir, le grand intérêt du concept d'action ne consiste plus qu'à circonscrire la lutte sur un terrain nettement séparé du fond : la contestation (l'exemple de l'examen des sangs par rapport à la séduction dolosive le montre) fait délibérément abstraction de la légitimité de la prétention, autrement dit de l'existence ou de l'absence — en matière de contentieux subjectif — du droit substantiel mis en jeu.

Voilà le point d'arrivée, aussi éloigné que possible des origines romaines...

Il reste à voir comment se traduit, au regard du concept le droit subjectif, la virtualité qui vient d'être dégagée et qui n'a, jusqu'ici, été désignée que par ces expressions volontairement incolores (« faculté » ou « possibilité »). C'est le problème de la *qualification* de l'action qui doit, en dernier lieu, être envisagé.

B. — Il se résume en une seule question : l'action a-t-elle ou non le caractère d'un droit subjectif ?

1° La négative a assurément les préférences des processualistes français. Morel (n° 25, p. 26) emprunte à Duguit le terme de *voie de droit*, sans véritablement prendre parti sur la qualification. Dans l'ensemble (à l'exception de M. Roubier, qui s'en tient à l'expression de *prérogative* et n'écarte, pour cette raison même, qu'à regret l'idée d'un droit subjectif ; cf. n° 18, p. 132 ; n° 35, p. 295), on parle de *pouvoir* et surtout de *pouvoir légal* (Solus-Perrot, n° 94, p. 95 ; Cuche-Vincent, n° 9, p. 18 ; n° 284, p. 328 ; Cornu-Foyer, p. 270 ; Terré, n° 3). Vizioz a donné son aval à cette manière de voir en combattant la conception contraire, c'est-à-dire celle qui veut voir dans l'action un droit subjectif particulier et qui a été défendue par Chiovenda et par Carnelutti : Vizioz suit ici Duguit et Jèze pour admettre que le particulier ne peut que déclencher une *compétence légale*, d'où il déduit que le *pouvoir d'agir en justice ... présente un caractère nettement objectif* (p. 150, 155 ; cf. p. 142, *ad notam*).

2° En dépit du poids des autorités qui ont adopté cette thèse, je ne puis la faire mienne.

a) Il me paraît malaisément niable, d'abord, qu'un lien juridique s'établisse, par le procès, entre les parties et le juge : le « rapport d'instance » crée des situations juridiques nouvelles, non seulement pour les parties (qui, ayant été « créancier » ou « débiteur », assument maintenant, en plus, le rôle de « demandeur » ou de « défendeur »), mais encore entre les plaideurs et le juge (dans le même sens :

Morel, n° 309 ; Cuche-Vincent, n° 284 ; *contra* : Cornu-Foyer, p. 363). Et, contrairement à l'opinion dominante, je pense que cette dernière situation juridique a un caractère subjectif.

Elle est, certes, légale et non pas conventionnelle ; mais cette constatation ne suffit évidemment pas à lui imprégner une nature objective. Et je relève que le juge qui ne statue pas sur une affaire « en état », se rend coupable de « déni de justice » (art. 506, C. proc. civ.), par quoi la loi entend le refus par le juge *de rendre la justice qu'il doit aux parties* (art. 185, C. pén.), et que le plaideur peut alors rendre le juge *personnellement responsable* du dommage subi au moyen de la procédure dite de « prise à partie » (art. 505 C. proc. civ.) : cette responsabilité ne constitue qu'un cas d'application particulier de la disposition générale de l'article 1382 du Code civil (Cass. req., 13 mars 1850, D., 1850.1.320). Or, il me semble que si l'on admet que la responsabilité délictuelle donne lieu à un contentieux subjectif, on doit opter pour cette même solution en ce qui concerne l'hypothèse en discussion. Le devoir du juge lui est, certes, imposé dans l'intérêt général, mais il existe *également envers le plaideur*, qui a la possibilité d'en exiger l'observation sous peine d'une responsabilité pesante, *à son profit*, sur le juge *personnellement* ; je crois, dans ces conditions, que la règle de droit consacrant l'action en justice doit s'énoncer comme suit : « lorsqu'une personne fait valoir une prétention en justice, que sa demande est régulière, et que certaines conditions (celles de l'existence de l'action) sont réunies, cette personne peut exiger du juge saisi qu'il statue sur le fond de cette prétention ».

J'en conclus que le plaideur est habilité à déclencher l'impératif de la règle de droit à son propre profit : *l'action en justice m'appartient être un droit subjectif, dont le sujet passif est le juge*.

b) Une série d'objections a été formulée contre cette idée ; il faut, pour terminer, tenter une brève réfutation.

— Il s'agit, a-t-on dit (Jèze, Vizios, Cuche-Vincent), d'un *pouvoir impersonnel, général, permanent*, d'une situation légale objective. L'observation me paraît procéder d'une analyse insuffisante : si, prise *in abstracto*, l'action est, par opposition à la demande en justice, une simple virtualité, sa nature ne peut se définir que *comme tenu des effets produits par sa réalisation* ; or, l'exercice de cette virtualité montre que *celle-ci* contient en germe une force contraignante émanant d'une personne (*le plaideur X...*) et liant une autre personne (*le juge Y...*) : le rapport susceptible d'être créé par l'action est donc *personnel et individuel* et non pas impersonnel et général.

— On rétorque encore (Vizios, p. 139 et s.) que les grands processualistes italiens ont fourni des explications discutables. Chiovenda voit dans l'action un droit existant *vis-à-vis de l'adversaire*, tandis que Carnelutti déduit la réalité d'un droit subjectif *contre le juge* de la prédominance qu'il assigne à l'intérêt du justiciable au règlement du litige, par rapport à l'intérêt du juge à se dispenser de ce règlement : la première manière de voir paraît inexacte ; la seconde a, à juste titre, été qualifiée d'« étrange » par Vizios (p. 141). J'irai même, pour ma part, jusqu'à la considérer comme fâcheuse...

Mais je ne puis, pour autant, déceler dans ces remarques une riposte pertinente touchant ma propre conception. De ce que la solution a été défendue avec des arguments contestables, il ne résulte pas qu'elle soit fautive : il faudrait établir que l'idée d'un droit subjectif ayant pour sujet passif le juge est en elle-même contraire aux principes.

— C'est ce que Vizios a pensé montrer, en déclarant (p. 142, *ad notam*) « que la situation respective du juge et de la partie... se retrouve dans les diverses hypothèses où un agent public exerce une compétence liée » ; et il a affirmé que « considérer l'action comme un « droit subjectif contre le juge conduit à admettre d'une manière générale la théorie des droits subjectifs des administrés ».

A son tour, cette observation me paraît injustifiée : elle méconnaît, à mon sens, *la spécificité du contentieux judiciaire*. L'activité juridictionnelle des tribunaux judiciaires ne ressortit en rien au droit administratif ; la procédure civile est certes mêlée d'éléments de droit public et de droit privé ; mais tout son agencement est conçu selon la pensée propre à ce dernier ; et cela est si vrai que la responsabilité *personnelle* du juge *pour faute de service* n'a aucun équivalent en droit administratif, ni fonctionnellement, puisque la faute de service est poursuivie, en droit public, devant les juridictions administratives et, en droit judiciaire, devant les tribunaux ordinaires, ni substantiellement, puisque, en droit public, la faute de service est impersonnelle et que la faute dite personnelle s'y caractérise, au contraire, par le fait qu'elle se *détache* de la fonction.

Je pense, dans ces conditions, que, loin de constituer une réfutation, l'allusion à la « théorie des droits subjectifs des administrés » ne fait que mettre davantage en évidence le facteur qui me paraît essentiel : la situation juridique produite par l'action diffère fondamentalement de celle de « l'administré », en ce que les règles de droit concernant le service public administratif ne protègent que le seul intérêt général, tandis que la règle de droit consacrant l'action en justice ne joue pas seulement au profit de la légalité abstraite, mais

encore, et peut-être surtout, *au profit du justiciable personnellement et envers le juge personnellement* : il faut en déduire, me semble-t-il, que, quoi qu'on en dise, l'action en justice a bel et bien la nature d'un droit subjectif.

Et cette constatation permet de conclure que la mise en contact du droit subjectif et de l'action en justice se révèle, en définitive, féconde : humble servante du droit subjectif substantiel, l'action conserve son autonomie, au regard de toutes les situations juridiques, subjectives ou objectives, en tant que droit subjectif processuel ; elle illustre par là l'éminente dignité du recours à la justice, garantie essentielle de l'homme vivant en société.