

## Pour une « Théorie générale du procès »<sup>1)</sup>

Loïc CADIET\*

1. « *Pour une théorie générale du procès* », l'intitulé de la conférence que j'ai l'honneur et le plaisir de prononcer devant vous aujourd'hui, à l'invitation de votre président, auquel j'adresse mes remerciements les plus vifs, résonne comme un manifeste. Il est vrai que la notion de théorie générale du procès est nouvelle et que, comme toutes les nouveautés, il faut en justifier l'existence et en assurer la promotion afin qu'elle soit acceptée.

Pourquoi donc proposer aujourd'hui une théorie générale du procès ?

C'est que le droit du procès ne peut plus se contenter, de nos jours, d'une approche strictement juridique limitée à la seule comparaison des différentes procédures traditionnelles de droit interne, procédure civile, procédure pénale, procédure administrative. Le développement des sources constitutionnelles et internationales du droit, du droit procédural en particulier, appelle, sinon un dépassement, du moins un élargissement de l'analyse comparative par l'approche plus synthétique des principes généraux de procédure. Certains projets doctrinaux rendent certes compte de cette évolution, à travers la promotion du droit au procès équitable<sup>2)</sup>. Mais, cette nouvelle approche processuelle ne suffit pas non plus à exprimer totalement les problématiques judiciaires contemporaines car les exigences du procès équitable, qui nourrissent le droit du procès, manifestent elles-mêmes une certaine philosophie de la justice. Cette articulation du droit du procès et de la philosophie de la justice impose l'élaboration d'une authentique théorie générale, non strictement juridique, dédiée à l'ensemble des modes de règlement des conflits, juridictionnels ou non, que l'évolution contemporaine tend à articuler entre eux dans un système global de justice plurielle. Le savoir des juristes

---

\* Membre de l'Institut Universitaire de France

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne – Université Paris 1

Directeur du Centre de Recherche sur la Justice et le Procès

Secrétaire général exécutif de l'Association Internationale de Droit Judiciaire

1) Voir L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, 993 p.

2) Voir notamment S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde, M. Douchy, puis F. Ferrand, V. Magnier, H. Ruiz-Fabri, L. Sinopoli et J.M. Sorel, *Droit processuel – Droit commun du procès*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd. 2001 ; *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 2003 ; 3<sup>e</sup> éd. 2005, avec C. S. et I. S. Delicostopoulos, devenu *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4<sup>e</sup> éd. 2007 ; 5<sup>e</sup> éd. 2009, avec C. Chainais.

ne peut plus faire l'économie d'une ouverture aux autres savoirs sur la justice, la philosophie, la sociologie, l'anthropologie, l'économie, l'histoire, etc. Là où règne aujourd'hui un fort particularisme disciplinaire, il convient d'établir des passerelles entre tous ces savoirs dont la justice et le procès sont l'objet.

Au-delà de la manière même de le nommer, ce qui est une question de définition, que j'aborderai dans un premier temps (I), il faut en outre donner corps à ce projet général, ce qui renvoie à des questions de contenu, qui nous retiendront dans un deuxième temps (II).

## I. – DÉFINITION DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DU PROCÈS

2. L'expression « Théorie générale du procès » est peu employée, moins en tout cas que les expressions de théorie générale du droit et de droit processuel. Essayons donc de situer la théorie générale du procès par rapport à la théorie générale du droit (A) et par rapport au droit processuel (B).

### A. – Théorie générale du droit et théorie générale du procès

3. Il n'y a pas de définition canonique de la théorie générale du droit. Sous ce titre, plusieurs ouvrages ont été publiés depuis le milieu du 20<sup>ème</sup> siècle, depuis la *Théorie générale du droit* de Paul Roubier<sup>3)</sup>, jusqu'à *La théorie du droit* de Michel Troper<sup>4)</sup>, en passant par la *Théorie générale du droit* de Jean Dabin<sup>5)</sup>, celle de Jean-Louis Bergel<sup>6)</sup> et celle d'Eric Millard<sup>7)</sup>. Mais la chose a pu exister avant les mots pour le dire : dès le milieu du 19<sup>ème</sup> siècle, François-Julien Oudot, personnage singulier, avocat à la Cour royale et professeur de Code civil à la Faculté de droit de Paris<sup>8)</sup>, faisait paraître ses *Premiers essais de philosophie du droit et d'enseignement méthodique des lois françaises*<sup>9)</sup>, qui étaient déjà une manière de théorie générale du droit.

Or, ces ouvrages n'adoptent pas un point de vue strictement identique sur ce qu'est la théorie générale du droit. Autant d'auteurs, autant de conceptions. Par exemple, la théorie

---

3) P. Roubier, *Théorie générale du droit – Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 1<sup>ère</sup> éd. 1945, 2<sup>e</sup> éd. 1951.

4) M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001.

5) J. Dabin, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 1969.

6) J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1985 ; nouvelle éd. 2004.

7) E. Millard, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006.

8) Voir J.-L. Halpérin, V<sup>o</sup> OUDOT Julien-François, in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen (sous la direction de), *Dictionnaire historique des juristes français*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007.

9) F.-J. Oudot, *Premiers essais de philosophie du droit et d'enseignement méthodique des lois françaises*, Paris, Joubert, 1846, dont toute la première partie est, pour l'essentiel, construite sur la distinction du juste et de l'injuste.

générale du droit de Roubier est construite autour de la règle de droit, son aspect extérieur, son fondement, son but, ses classifications ; elle se présente comme une histoire des doctrines juridiques en tant qu'elles expriment une philosophie des valeurs sociales. Différemment, dans une démarche moins axiologique, plus phénoménologique, la théorie générale du droit vue par Jean-Louis Bergel met davantage l'accent sur la mise en œuvre du droit, à travers ses instruments et son application, y compris son application judiciaire, et il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que cette orientation ait ensuite conduit Jean-Louis Bergel à publier un ouvrage de *Méthodologie juridique*<sup>10)</sup>.

Bien qu'on ait pu présenter la théorie générale du droit comme la philosophie du droit positif, il faut se défier de cette assimilation, qui est équivoque. Les auteurs de théorie générale du droit, quoi qu'ils mettent dans cette expression, ne font pas œuvre de philosophie. La philosophie du droit est une activité de philosophe ; la théorie générale du droit est une activité de juriste<sup>11)</sup>. En définitive, la définition que donne le *Vocabulaire juridique* du doyen Cornu de « Théorie juridique » exprime bien ce qu'est la théorie générale du droit : « *Activité doctrinale fondamentale dont l'objectif est de contribuer à l'élaboration scientifique du Droit, en dégagant les questions qui dominent une matière, les catégories qui l'ordonnent, les principes qui en gouvernent l'application, la nature juridique des droits et des institutions, l'explication rationnelle des règles de droit ; réflexion spéculative qui tend à découvrir la rationalité du droit sous son historicité* »<sup>12)</sup>.

4. Partant de là, on devine en quoi la théorie générale du procès se rapproche et se distingue à la fois de la théorie générale du droit.

*Elle s'en rapproche en tant que théorie générale, c'est-à-dire comme réflexion doctrinale ayant pour objet de mettre à jour les fondements et les catégories, les évolutions et les principes à partir desquels s'organise une matière ; elle s'en rapproche aussi en tant que théorie générale du procès car le procès est un mode de réalisation du droit qui est, selon la définition héritée du droit romain, ars aequi et boni : Jus est ars boni et aequi, le droit est l'art du bon et de l'équitable*<sup>13)</sup>. Avant d'être utile, le droit doit être juste. Ainsi que l'écrivait Paul Roubier, dans les développements de sa théorie générale consacrés à l'axiologie juridique : « *Une deuxième valeur sociale qui constitue un objectif à atteindre pour le droit, c'est la justice* »<sup>14)</sup>. Or le procès est la manière ordinaire d'administrer la justice.

10) J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001.

11) Voir J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, précité, n° 3-4.

12) G. Cornu (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 8<sup>e</sup> éd. 2000, V° Théorie juridique.

13) Définition du droit donnée par Celsus, comme le rapporte Ulpien au *Digeste* : D. 1, 1, 1. Voir H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Paris, LITEC, 4<sup>e</sup> éd. 1999, n° 195.

14) P. Roubier, *op. cit.*, n° 37, p. 325 et, plus largement, pp. 211 *sq* sur l'idéal de justice et les lois

La justiciabilité est même le critère le plus sûr de la juridicité : ainsi que l'écrit le doyen Carbonnier, à la suite d'Hermann Kantorowicz<sup>15)</sup>, « *il se pourrait qu'en dernière instance, la définition la moins improbable [du droit] fût encore celle-ci : qu'est juridique ce qui est propre à provoquer un jugement, ce qui est susceptible de procès, justiciable de cette activité très particulière d'un tiers personnage qu'on appelle arbitre ou juge* »<sup>16)</sup>. Le procès participe ainsi de la théorie générale du droit car il assure la réalisation judiciaire des droits<sup>17)</sup>.

*Pour autant, la théorie générale du procès ne se confond pas avec la théorie générale du droit* qui est à la fois plus étendue et plus limitée. Elle est *plus étendue* car le droit ne se réduit pas au procès ; la justice n'est pas la seule finalité qu'il poursuit et le droit a d'autres manières de se réaliser que le procès, qui peut être tenu comme frange pathologique de la vie sociale. Ainsi que l'écrit justement le doyen Carbonnier : « *De ce que la possibilité toujours latente d'un procès soit inhérente à la notion du juridique, il ne s'ensuit pas que la réalité du droit se confonde avec le contentieux. Une des bases de la sociologie juridique doit être cette constatation que la plupart des rapports de droit n'accèdent pas à la litigiosité. Ils s'accomplissent à l'amiable, et même si quelque différend surgit à leur occasion entre les intéressés, ce différend ne franchit pas le seuil d'intérêt psychologique ou économique au-delà duquel on se décide à plaider. Le contentieux ne nous découvre ainsi qu'une très faible proportion du droit effectif* »<sup>18)</sup>. La théorie générale du droit est cependant *plus étroite* que la théorie générale du procès car si le procès a pour objet de permettre à un tiers impartial de dire le droit (*juris dictio*) et de lever ainsi une situation d'incertitude juridique, l'empire contemporain du droit ne doit pas faire oublier que le droit est ordonné à la justice, qu'il n'est qu'un des moyens pour y parvenir et qu'il faut donc se défier d'un culte trop absolu du droit pour le droit. En jouant à peine sur les mots, je serais tenté d'écrire que juger consiste à rendre la justice en disant le droit, et non pas à dire le droit en rendant la justice<sup>19)</sup>. La justice est donc plus grande que le droit et l'on sait depuis longtemps, depuis Aristote au moins, que l'équité, qui en est la pointe extrême, peut faire exception au droit

---

injustes.

15) H. U. Kantorowicz, *The definition of Law*, 1958.

16) J. Carbonnier, Hypothèses fondamentales pour une sociologie théorique du droit, in *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 10<sup>e</sup> éd., 2007, p. 17 sq, spécialement p. 23. L'idée est également développée in J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, pp. 320-321. – Voir aussi C. Atias, V<sup>o</sup> Justiciabilité, in L. Cadiet (sous la direction de), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004.

17) Voir notamment J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit* précité, spécialement n<sup>o</sup> 285-312, qui consacre un chapitre au juge et au procès.

18) Voir J. Carbonnier, *op. cit. et loc. cit.*

19) Comparer D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préface G. Wiederkehr, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.

quand le droit cesse d'être juste<sup>20</sup>). La justice comme valeur et la justice comme institution se mélangent donc dans la théorie générale du procès qui, par là même, doit faire place à d'autres considérations que les seules données juridiques et s'ouvrir aussi bien à l'économie, à la sociologie et à la philosophie de la justice. L'observation annonce déjà la distinction de la théorie générale du procès et du droit processuel.

## B. – Théorie générale du procès et droit processuel

5. La théorie générale du procès a un objet plus large que le droit processuel.

Un auteur a écrit que le droit processuel était une « *matière jeune* » qui n'existerait que « *depuis une trentaine d'années en France* » et qui aurait actuellement le « *vent en poupe* »<sup>21</sup>). Il est vrai que la matière de droit processuel a été officiellement créée par un arrêté du 28 mars 1966, pris en application d'un décret n° 66-144 du 11 mars 1966, qui instituait un certificat d'études judiciaires dans les facultés de droit<sup>22</sup>). C'est Henri Motulsky<sup>23</sup>) qui en avait fait la proposition au ministre de la justice, garde des Sceaux de l'époque, son collègue Jean Foyer.

Quel était l'objet de cette nouvelle matière juridique ?

Il s'agissait de présenter aux étudiants se préparant au certificat d'aptitude à la profession d'avocat « *une synthèse des grands types de procédures suivies en France devant nos trois ordres de juridiction* »<sup>24</sup>), c'est-à-dire la procédure civile devant les juridictions civiles, la procédure pénale devant les juridictions pénales et la procédure administrative devant les juridictions administratives. Cette synthèse était largement à construire car, jusqu'à cette époque, les différentes procédures étaient étudiées séparément et il n'y avait pas de relations entre les spécialistes de procédure civile, les spécialistes de procédure pénale et les spécialistes de procédure administrative. Le souci de caractériser les différences, voire la divergence entre les trois procédures l'emportait au contraire sur le souhait de souligner leurs ressemblances, voire leur convergence. Henri Motulsky a ainsi été le premier à relever le défi de ce droit processuel essentiellement conçu à l'origine comme une étude comparée des trois sortes de procédures. Il ne faudrait cependant pas limiter le droit processuel à un simple « *droit comparé des procédures* »<sup>25</sup>). Au contraire, dans l'introduction de son cours

---

20) Voir L. Cadiet, « L'équité dans l'office du juge civil », in *Justices*, n° 9, Paris, Dalloz, 1998, pp. 87-107.

21) E. Jeuland, *Droit processuel – Une science de la reconstruction des liens de droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2<sup>e</sup> éd., 2007, n° 5, p. 11.

22) *Journal Officiel de la République Française* 16 mars 1966, p. 2180, spécialement article 4.

23) 1905-1971. Voir G. Bolard, V<sup>o</sup> Motulsky (Henri), in *Dictionnaire de la justice* précité

24) J. Foyer, Préface à H. Motulsky, *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973.

25) S. Guinchard, C. Chainais, C. S. et I. S. Delicostopoulos, M. Douchy-Oudot, F. Ferrand, X. Lagarde, V. Magnier, H. Ruiz-Fabri, L. Sinopoli et J.M. Sorel, cité *supra* note 2, spécialement n° 2.

de droit processuel publié après sa mort, Henri Motulsky rappelait que les textes instituant le droit processuel visaient l'étude des «*principes généraux du contentieux civil, pénal et administratif, manifestant ainsi une orientation vers le procès au sens de litige, et vers des problèmes généraux mettant en présence les trois contentieux*». Pour lui, il s'agissait donc d'«*approfondir et comparer ou approfondir en comparant*», ce qui devait le conduire à construire son cours de droit processuel à partir de l'étude générale de l'action, de l'instance et du jugement, au-delà de leurs applications particulières dans chaque sorte de procédure<sup>26)</sup>.

En vérité, cette conception ainsi promue par Henri Motulsky dans les années 1960 n'était pas inédite.

L'idée originale du droit processuel vient d'Italie, qui est le berceau historique du procès; l'expression même de droit processuel est directement traduite de l'italien *diritto processuale*, qui avait été proposé par le grand professeur Giuseppe Chiovenda pour désigner la science du procès<sup>27)</sup>. La notion a ensuite été diffusée en France par Henry Vizioz, professeur à la faculté de droit de Bordeaux (1886-1948), qui y fait référence pour la première fois en 1927 dans un article paru à la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger* sous le titre «Observations sur l'étude de la procédure civile»<sup>28)</sup>. Cependant, Henry Vizioz employait plutôt l'expression «*droit de la procédure*», «*tout en convenant que celle de 'droit processuel' serait peut-être préférable*», mais qu'elle aurait sans doute de la peine à s'acclimater en France<sup>29)</sup>. Henry Vizioz ajoutait : «*En même temps que de droit processuel, on parlerait de rapports processuels, de situations processuelles, et de processualistes pour désigner les auteurs qui s'adonnent à l'étude de cette branche du Droit, de même qu'on a accoutumé de parler des civilistes, des commercialistes, des économistes, etc.*»<sup>30)</sup>. Quarante ans plus tard, Henri Motulsky a réglé définitivement la question en imposant l'expression «droit processuel»<sup>31)</sup>.

Henry Vizioz n'avait pas seulement introduit le mot; il avait aussi défini la chose. Ses «Observations sur l'étude de la procédure civile» étaient déjà un véritable programme de droit processuel, partant de l'idée que cette étude ne peut progresser qu'en s'appuyant sur trois théories fondamentales : celle de l'action, celle de la juridiction et celle de l'instance.

---

26) H. Motulsky, *op. cit.*, pp. 2-3.

27) Sur lequel voir H. Vizioz, in *Etudes de procédure*, Bordeaux, Editions Brière, 1956, pp. 169-178, qui est un recueil posthume de ses principaux écrits.

28) Reproduit in H. Vizioz, *Etudes de procédure*, précité, pp. 3-52.

29) H. Vizioz, *op. cit.*, p. 13, note 2.

30) H. Vizioz, *op. cit. et loc. cit.*, p. 14.

31) H. Motulsky, *Droit processuel*, précité, p. 3. Tout était dit et l'on ne devait plus y revenir, encore que l'on ait pu renchériser : voir par exemple S. Guinchard *et alii*, *Droit processuel...*, précité, n° 3, pour un surprenant exercice de linguistique juridique.

Mais, ajoutait-il, « pour que ces théories soient élaborées d'une manière satisfaisante, il est indispensable de sortir du cadre trop restreint du procès civil, de s'informer également des autres types de procès, procès pénal, procès administratif, notamment, dont la physionomie peut être bien différente, mais où doivent néanmoins se retrouver les traits essentiels à tout procès : une notion exacte de l'action, de la juridiction, de l'instance, doit convenir à toute espèce d'action, de juridiction, d'instance. Et bien d'autres problèmes de fond ne peuvent être utilement abordés et convenablement résolus qu'en tenant compte des diverses catégories de procès »<sup>32)</sup>. Henri Vizioz a lui-même donné un début d'exécution à ce programme avec sa volumineuse étude sur « Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française de droit public », paru en 1931 dans la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*<sup>33)</sup>. Cet article était conçu comme le prélude à un *Traité de procédure* qui devait paraître chez Dalloz mais que l'élection d'Henry Vizioz comme doyen de la faculté de droit de Bordeaux, puis son décès accidentel au retour d'un voyage officiel aux Antilles laisseront lettre morte.

En 1966, lorsque la matière de droit processuel est officiellement créée, cette conception du droit processuel n'était donc pas inédite ; c'est cette conception qui est encore exprimée, au milieu des années 1980, par Raymond Martin, avocat de profession, qui les met en œuvre dans un livre intitulé, de manière équivoque, *Théorie générale du procès (Droit processuel)*<sup>34)</sup>, mais elle a connu, par la suite, d'autres évolutions.

6. Ces évolutions tiennent, pour l'essentiel, à la démultiplication importante des trois procédures originaires, la procédure civile, la procédure pénale et la procédure administrative. Cette démultiplication s'est effectuée sous la double pression, principalement d'origine internationale, d'une part, du développement du marché économique et, d'autre part, de la promotion des droits de l'homme. La nécessité d'assurer un développement harmonieux du marché économique et la nécessité d'assurer une protection efficace des droits de l'homme ont en effet créé de nouveaux besoins de justice que les ordres traditionnels de juridiction ont paru insuffisants à satisfaire. Sont ainsi arrivés, dans le jeu juridictionnel, la Cour de justice des Communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel, les autorités administratives indépendantes, mais aussi, plus récemment, les juridictions pénales internationales et l'Organisation mondiale du commerce. Or, l'apparition de ces nouveaux organes juridictionnels obéissant à des procédures très diverses a entraîné, mécaniquement, un accroissement du champ de la comparaison procédurale qui ne pouvait donc plus se limiter aux trois procédures civile, pénale et administrative. Tout aussi logiquement, comme antidote à la diversité et à la spécialisation des fonctions et des

---

32) H. Vizioz, *op. cit.*, pp. 14-15.

33) Reproduit in H. Vizioz, *op. cit.*, pp. 53-164.

34) R. Martin, *Théorie générale du procès (Droit processuel)*, Paris, Editions juridiques et techniques, 1984.

procédures juridictionnelles, des principes fondamentaux de procédure sont apparus, ayant vocation à s'appliquer à toutes les formes de justice et à toutes les sortes de procédure. Ces principes fondamentaux peuvent être sommairement résumés à travers l'exigence du droit au procès équitable tel qu'il peut résulter, par exemple, de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'interprétation qu'en fait quotidiennement la Cour européenne des droits de l'homme<sup>35)</sup>.

Ces évolutions ont conduit quelques auteurs, emmenés par Serge Guinchard, à dénoncer les limites de la conception comparative du droit processuel légué par Vizioz et Motulsky. Pour ces auteurs, il ne serait pas possible ni utile de « *comparer des contentieux qui sont, par nature, par culture, extrêmement différents, à tel point qu'on peut se demander si leur comparaison présente un intérêt autre qu'archéologique ?* ». Le droit processuel aurait « *changé de dimension* » ; il ne serait plus « *le droit des procéduriers qui réfléchissent sur leur discipline en comparant les divers contentieux dans leur pure technique procédurale, mais le droit de ceux qui s'intéressent aux sources communes d'inspiration de tous les contentieux, à leurs fondements, aux principes de droit naturel qui s'imposent dans la conduite de tous les procès* ». Selon ces auteurs, le droit processuel serait « *le droit du procès, de tous les procès* »<sup>36)</sup> et ils proposent alors de le définir comme le droit comparé et le droit commun du procès équitable, combinant ainsi approche verticale et approche horizontale<sup>37)</sup>.

Cette extension de la notion de droit processuel n'est ni inexacte, ni injustifiée, mais je dois cependant exprimer un certain nombre de réserves en ce qui concerne les raisons invoquées et la définition retenue par ces auteurs.

En premier lieu, il me semble excessif d'affirmer que les différents contentieux sont « *par nature, par culture, extrêmement différents* ». Tous les contentieux, de même que tous les contrats, proviennent, pour l'essentiel, de matrices sinon uniques, du moins élémentaires. Leur différenciation ne s'est faite que progressivement au cours de l'histoire, phénomène plus culturel que naturel, et d'un certain point de vue l'apparition contemporaine d'un socle juridictionnel et procédural commun aux pays de l'Union européenne, pour ne viser qu'eux, est une sorte de retour aux communes origines romaines et médiévales des systèmes judiciaires européens<sup>38)</sup>. Au demeurant, ces différences ne sont pas extrêmes ; elles sont même

---

35) Rapprocher en ce sens E. Jeuland, *Droit processuel*, précité, 2<sup>e</sup> éd. 2007, n° 162.

36) S. Guinchard *et alii*, *op. cit.*, n° 2.

37) Qualifications retenues par S. Guinchard *et alii*, *Droit processuel...*, précité, n° 8 *sq.*, quoique, pour notre part, nous aurions plutôt qualifié le droit *comparé* des procès de droit processuel *horizontal*, car la comparaison est un exercice de transversalité, et le droit *commun* du procès de droit processuel *vertical*, car ces normes communes surplombent les différents contentieux comme autant de normes supérieures s'appliquant à des normes inférieures : ici, le rapport est tout de verticalité.

38) Voir R. Jacob (sous la direction de), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*,



relativement réductibles ainsi que le montrent la construction de l'espace judiciaire européen et, plus largement encore, l'élaboration, complexe mais fructueuse, des principes UNIDROIT de procédure civile transnationale<sup>39)</sup>.

En deuxième lieu, il est pareillement excessif de limiter à un intérêt purement archéologique les vertus de la comparaison, qui n'est pas seulement mise en relief des ressemblances mais aussi recherche du sens et des raisons des différences (*compare and contrast*). Outre qu'il n'est jamais inutile de savoir d'où l'on vient, ce qu'Henri Battifol exprimait en disant que « *l'intelligence du droit passe par la connaissance de sa genèse historique* », la comparaison est riche d'enseignements à la fois théoriques et pratiques : l'étude des différences permet de révéler des solutions équivalentes – on dit aussi équipollentes – et leur compréhension permet de faire évoluer les solutions. Aujourd'hui, il se trouve du reste beaucoup d'auteurs pour défendre cette conception comparative du droit processuel qui permet aussi de mieux comprendre le lien qui existe entre la procédure et la substance du droit<sup>40)</sup>. Par anticipation, Henry Vizioz avait d'ailleurs déjà fait justice de cette critique en écrivant que « *la comparaison des formes elles-mêmes, par où s'accuse principalement la variété, présente, surtout si l'on relève les motifs de ces différences, le plus vif intérêt pour l'intelligence de la technique procédurale et la critique raisonnée des institutions* »<sup>41)</sup>.

En troisième lieu, s'il est par ailleurs vrai que « *le droit processuel se trouve irrigué par des standards communs à tous les procès, nationaux ou internationaux* », il n'est pas indifférent que ces procès « *relèvent de la matière civile ou de la matière pénale* ». D'une part, les particularités de ces matières conduisent à leur réserver des principes qui leur sont propres : la chose est notable en ce qui concerne la matière pénale pour laquelle le droit au procès équitable ne se réduit pas au § 1 de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>42)</sup> et se trouve aussi complété par d'autres dispositions comme, par exemple,

---

Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996.

39) ALI/UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge University Press, 2005 et, sur ces principes, voir notamment, F. Ferrand (sous la direction de), *La procédure civile mondiale modélisée*, Paris, Editions juridiques et techniques, 2004.

40) Voir par exemple M.-A. Frison-Roche, W. Baranès et J.-H. Robert, « Pour un droit processuel », *Dalloz* 1993, chronique pp. 9 *sq.* - E. Jeuland, *Droit processuel*, précité, 2003, p. 12. - H. Croze, « Retour sur la qualification », *Procédures* 2008, Repère 7.

41) H. Vizioz, *op. cit. et loc. cit.*

42) Voir les §§ 2 et 3 : « 2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. – 3. Tout accusé a droit notamment à : a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ; b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent; d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les

l'article 5 (« *Droit à la liberté et à la sûreté* »), l'article 7 (« *Pas de peine sans loi* ») et le Protocole n° 7<sup>43)</sup>. D'autre part, même dans l'application qui est faite des principes communs, comme ceux de l'article 6 § 1 conv. EDH, la Cour européenne des droits de l'homme ne manque pas de prendre en considération les spécificités procédurales du contentieux auquel cet article s'applique et, ceci, aussi bien en matière civile, qu'en matière administrative ou en matière pénale : par exemple, les critères d'évaluation de ce qu'est un délai raisonnable de jugement varient selon les situations, ce qui illustre fort bien cette prise en considération de la matière du litige<sup>44)</sup>. Le droit au procès équitable, qui est un plus petit commun dénominateur procédural, n'est donc pas un principe transcendant, venant du ciel comme un *Deus ex machina* ; il est le résultat d'une transaction permanente entre les exigences universelles de bonne justice et les spécificités tant nationales que matérielles des différents contentieux qui y sont soumis.

Enfin et en dernier lieu, c'est faire preuve de sévérité que de réduire les pères de la conception originaire du droit processuel au statut de simples « *procéduriers qui réfléchissent sur leur discipline en comparant les divers contentieux dans leur pure technique procédurale* », par contraste avec « *ceux qui s'intéressent aux sources communes d'inspiration de tous les contentieux, à leurs fondements, aux principes de droit naturel qui s'imposent dans la conduite de tous les procès* ». Ce n'est pas rendre compte de manière fidèle de la pensée et des travaux des grands auteurs qui, comme Henry Vizios et Henri Motulsky, ont donné ses lettres de noblesse au droit processuel. Pour s'en convaincre, il suffit de renvoyer ici, notamment, à l'article fondamental d'Henri Motulsky, intitulé « *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile* », paru dans les *Mélanges Paul Roubier* en 1961, et s'arrêter à ces lignes de conclusion : « *Il est à peine besoin de conclure : nous avons laissé parler les faits ; et ils paraissent éloquents. Que prouvent-ils ? Au moins, semble-t-il, deux choses, d'ailleurs connexes : l'exactitude de l'assertion d'après laquelle le juge, dans sa tâche la plus quotidienne, bute contre le droit naturel à chaque démarche de sa pensée ; d'autre part, l'impossibilité inhérente à la nature de l'homme et à la nature des choses, de s'en tenir, fût-ce dans les solutions les moins chargées de philosophie en apparence, à une pure technicité et de faire abstraction des exigences supérieures de l'idéal de justice. Il est encourageant de constater que c'est ainsi en*

---

*témoins à charge ; e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. »*

43) Spécialement l'article 2 (« *Droit à un double degré de juridiction en matière pénale* ») et l'article 4 (« *Droit à ne pas être jugé et puni deux fois* »).

44) Ainsi, dans le contentieux familial et, plus particulièrement encore en matière alimentaire, le délai raisonnable est beaucoup plus strictement défini que dans le contentieux civil ordinaire. Voir également la modulation de la garantie de la publicité de la procédure selon la nature plus ou moins pénale de l'affaire, CEDH (grande chambre) 23 novembre 2006, *Jussila contre Finlande*, *Semaine juridique (JCP)* 2007, I, 106, n° 9, observations Sudre, jugeant que la tenue d'une audience peut ne pas être indispensable en matière pénale.

*se mouvant dans les arcanes d'une science décriée pour ses chicanes et la sécheresse de sa réglementation que l'on est amené à se pénétrer de cette évidence : la force indestructible du droit naturel*»<sup>45)</sup> ?

7. Sous ces réserves, le droit processuel peut donc être défini aujourd'hui comme le droit commun *du* procès et le droit comparé *des* procès. Mais ce n'est pas œuvre de droit processuel que nous entendons faire pour notre part. Notre objectif est de proposer plutôt une théorie générale du procès. Trois raisons principales motivent cette préférence.

D'abord, d'un point de vue didactique, la notion de théorie générale du procès est moins contraignante que la référence au droit processuel comme il est défini aujourd'hui au terme de l'évolution que nous avons décrite. Certes, «*la comparaison peut servir la théorie générale*», qui «*se situe à un degré d'élaboration supérieur à celui de la comparaison*»<sup>46)</sup>, mais la comparaison n'est pas une condition de la théorie générale; la théorie générale ne saurait encore moins s'y réduire. La théorie générale du procès offre donc plus de liberté que le droit processuel sur le terrain de l'enseignement et de la recherche dans le domaine des modes de règlement des conflits.

Au demeurant, si l'expression de *droit comparé des procès* peut être admise sans trop de difficulté (encore qu'il serait plus juste de parler de procédures comparées), la référence au *droit commun du procès*<sup>47)</sup> ne va pas de soi. En effet, si les mots ont un sens, l'expression de *droit commun* du procès devrait désigner l'ensemble des règles de droit générales et abstraites applicables à l'ensemble des procès quels qu'ils soient. Or, il est permis de douter de l'existence de ces règles: les plus générales d'entre elles, à supposer qu'on veuille bien y voir des règles, celles qui résultent de la Convention européenne des droits de l'homme, plus précisément de son article 6, ne sont applicables ni en matière internationale, aux procès qui se déroulent devant des juridictions internationales autres que la Cour européenne des droits de l'homme, ni, en droit interne, aux procédures constitutionnelles, aux procédures arbitrales et aux modes alternatifs de règlement des conflits. On peut certes y voir l'expression d'un certain nombre de principes fondamentaux qui doivent inspirer tous les modes de règlement des conflits, quels qu'ils soient, juridictionnels ou non, voire toutes les procédures de décision susceptible de porter atteinte aux intérêts d'autrui, mais il y a abus à parler alors de *droit commun du procès*<sup>48)</sup>. Une chose est le droit commun, autre chose est la théorie générale.

---

45) Reproduit in H. Motulsky, *Ecrits*, t. 1 : Etudes et notes de procédure civile, Dalloz, 1973, préface G. Cornu et J. Foyer, pp. 60-84, spécialement p. 84. Ce livre vient d'être réimprimé avec une préface de G. Bolard, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2010.

46) R. Martin, *op. cit.*, n° 3

47) S. Guinchard *et alii*, *Droit processuel...*, précité, n° 7.

48) Rapprocher H. Croze, « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », in *Justice et droits fondamentaux, Mélanges Jacques Normand*, Paris, LITEC, 2003, pp. 125 sq.

La confusion semble être ici l'inverse de celle qui a été pertinemment dénoncée par Eric Savaux à propos de l'emploi généralisé par la doctrine civiliste de l'expression « *théorie générale du contrat* » pour désigner, en vérité, le « *droit commun des contrats* »<sup>49)</sup>. La référence à la théorie générale du procès semble mieux rendre compte que ce que l'on veut traiter ici. Comme l'écrit Eric Savaux, « *Une théorie générale apparaît (...) comme une recherche d'essence, sous l'accident, d'unité sous la diversité des règles. Il s'agit d'établir une cohérence, des régularités que la simple réalité brute ne livre pas. Elle est une pensée relative au Droit, non dans le Droit* »<sup>50)</sup>.

Ajoutons enfin qu'en traitant de théorie générale *du procès*, cette pensée relative au procès s'affranchit des strictes limites de la juridicité et s'autorise à aller puiser à d'autres sources, à d'autres savoirs que ceux du droit : la philosophie, la sociologie, l'économie, l'histoire, pour ne citer que les disciplines principales prenant aussi la justice et le procès pour objet d'étude. C'est dans cet esprit que j'ai conçu la théorie générale du procès et que j'en ai rédigé le premier ouvrage grâce au concours d'un de mes maîtres en procédure civile, le doyen Jacques Normand, et d'un de mes élèves, ma jeune collègue Soraya Amrani-Mekki. Cette théorie a été conçue comme une théorie de la fonction et des règles du procès, quel qu'en soit l'objet ou la matière, ce qui conduit à aborder la question du contenu même de cette théorie générale.

## II. – CONTENU DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DU PROCÈS

8. Chacune dans leurs domaines respectifs, les différentes procédures ne s'embarrassent pas de réflexions générales sur ce qu'est le procès et sur le rôle qu'il remplit dans l'organisation sociale. Les ouvrages spécialisés consacrés aux différentes procédures s'intéressent généralement, dans une perspective chronologique, au déroulement des procédures, depuis le déclenchement du procès jusqu'à son dénouement par le jugement et les voies de recours dont celui-ci peut être l'objet. Il en résulte que les juristes se sont davantage intéressés aux règles du procès qu'à la notion même de procès. Avec la théorie générale du procès, la perspective est renversée. Il s'agit d'abord de se demander à quoi sert le procès, donc ce

---

spécialement n° 19 : « « *les droits de la défense, le respect du contradictoire, plus généralement le droit à des formes procédurales, ainsi que le droit à une motivation de la décision s'apparentent davantage à la catégorie des droits fondamentaux qu'au droit processuel strict. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait un procès pour que ces droits existent, il suffit que quelqu'un puisse prendre une décision qui risque de porter préjudice à autrui. Ce qui est présenté quelquefois comme un droit commun du procès est bien plutôt un droit commun de la prise de décision juridique* » ». – E. Jeuland, *Droit processuel*, 2<sup>e</sup> éd. précité, loc. cit. : « *On peut d'ailleurs poser l'hypothèse, non pas d'un droit commun, mais d'une essence minimale commune à tous les tribunaux* ».

49) E. Savaux, *La théorie générale du contrat: mythe ou réalité?* Préface J.-L. Aubert, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997.

50) E. Savaux, *op. cit.*, n° XIII.

qu'il est, avant de rechercher si les règles de sa mise en œuvre lui permettent de remplir sa fonction. C'est pourquoi la première partie de notre ouvrage est consacrée à la fonction du procès (A) et la deuxième partie seulement aux règles du procès (B). Il ne s'agit bien sûr pas ici d'en faire un résumé mais, seulement, d'essayer d'en exprimer l'essentiel.

### A. – La fonction du procès

9. La justice n'est pas rendue dans l'abstrait; elle l'est dans chaque cas particulier dont le juge est saisi : elle doit s'inscrire dans la solution du litige que le juge a mission de trancher; cette activité du juge prend forme dans le procès; le procès est le lieu, le moment et le mode de la solution du litige dans laquelle doit trouver à s'exprimer l'œuvre de justice. Dans une première vue, le procès peut être défini comme le mécanisme social destiné à assurer la paix civile à l'issue d'une procédure réglée permettant à un tiers impartial de dire le droit entre des intérêts divergents. Ainsi le procès remplit-il une double fonction : rendre la justice et résoudre les litiges. A cela peut se résumer la fonction du procès, de tous les procès, abstraction faite de la spécificité de leurs objets propres et de leurs formes particulières.

Il est tout à fait remarquable que l'affirmation contemporaine du droit à un procès équitable, dont la première expression se trouve dans l'article 10 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948<sup>51)</sup>, coïncide avec le développement, dans la philosophie contemporaine occidentale, de théories procédurales de la justice. En anglais, procès équitable se dit *fair trial* et la première œuvre par laquelle John Rawls s'est fait connaître a été publiée en 1957 sous le titre « *Justice as fairness* ». Cette philosophie a eu un grand retentissement en Europe où elle a servi de point de départ à d'autres réflexions philosophiques qui ont exercé à leur tour une influence sur la pensée juridique. C'est notamment le cas avec les travaux de Jürgen Habermas, en Allemagne, et de Paul Ricœur, en France.

Les réflexions de Jürgen Habermas sur l'éthique de la discussion et sur la procéduralisation du droit, comme forme de la procéduralisation de l'espace public<sup>52)</sup>, ont exercé une influence certaine dans le domaine juridique. Les juristes s'en sont servi pour légitimer le développement des modes alternatifs de règlement des conflits<sup>53)</sup> ou pour éclairer

---

51) « Toute personne a le droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. »

52) Voir L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, précité, n° 18.

53) Voir par exemple J. Lenoble, « Repenser le libéralisme – Au-delà des critiques communautariennes et postmodernes », in *Nouveaux itinéraires en droit – Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 299-343 ; « L'espace public comme procédure », in *Raisons pratiques*, 3, 1992, pp. 83-108, avec A. Berten.

l'extension importante du principe de la contradiction en dehors même du droit du procès<sup>54</sup>. Cette prise en considération est également perceptible dans le débat relatif à l'institution d'une justice pénale internationale, partagée entre justice substantielle et justice procédurale, où la question se pose de savoir comment construire une communauté de droit sans communauté de valeurs, l'idée étant, comme l'a écrit un auteur, qu'« *il semble plus facile de se mettre d'accord sur une façon commune de dire le droit [conception procédurale] que sur une conception commune des valeurs inscrites dans les règles de droit [conception substantielle]* »<sup>55</sup>. Certains juristes invoquent même l'idée de justice procédurale pour aller plus loin et faire du procès le « *modèle du politique* », le procès juridictionnel et le gouvernement politique consistant tous deux, dans « *l'art de prendre de bonnes décisions* », selon l'expression d'un auteur, pour lequel : « *toute décision devant être la meilleure possible, notamment lorsque autrui en subit les effets, toute décision doit nécessairement suivre une méthode délibérative et emprunter les modes procéduraux rôdés dans les procès* »<sup>56</sup>. Le constat ne manque pas de pertinence, mais il faut en marquer les limites car si une procédure juste conduit à une juste décision mieux qu'une procédure injuste, l'éthique procédurale, qui est une des formes de l'éthique de discussion, n'est pas une garantie absolue de bonne justice, et encore moins une fin en soi<sup>57</sup>. Comme l'écrit Gérard Timsit : « *Les procédures ne valent que ce que valent les démocraties qui en font usage* » et « *on ne saurait faire l'économie d'une réflexion sur les valeurs sociales qui fondent le droit et croire par exemple que le simple jeu des procédures pourrait suffire à donner aux décisions judiciaires la légitimité qui leur manque* »<sup>58</sup>.

C'est ici que la théorie du juste du philosophe français Paul Ricoeur est d'un grand secours, lui qui pense, au rebours de John Rawls, qu'une théorie purement procédurale de la justice n'est pas possible et réaffirme donc la « *fondation éthique du concept de justice* ». Selon Paul Ricoeur, « *un sens moral de la justice fondé dans la Règle d'or - "Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'il te soit fait" - est toujours déjà présupposé par la justification purement procédurale du principe de justice* ». La justice est la condition de l'harmonie sociale. Cela vaut certes pour la justice *substantielle* (ou *matérielle*), qui doit

---

54) Voir notamment la thèse de L. Ascensi, *Du principe de la contradiction*, préface L. Cadiet, LGDJ, 2006, n° 401-408.

55) V. très nettement, M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit – Le relatif et l'universel*, Paris, Editions du Seuil, 2005, pp. 158-167.

56) Voir M.-A. Frison-Roche, « Evaluation critique », in M. Delmas-Marty, H. Muir Watt et H. Ruiz Fabri (sous la direction de), *Variations autour d'un droit commun*, Société de législation comparée, 2002, pp. 157-161, spécialement p. 159.

57) Voir L. Cadiet, « La légalité procédurale en matière civile », in *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n° 636, 15 mars 2006, pp. 3-19, spécialement n° 35.

58) G. Timsit, « Le concept de procès équitable ou la place du tiers en droit entre le zéro et l'infini », in M. Delmas-Marty, H. Muir Watt et H. Ruiz Fabri (sous la direction de), *Variations autour d'un droit commun*, précité, pp. 25-42, spécialement p. 41.

s'exprimer à travers des lois bien faites, qui évitent les conflits au lieu de les provoquer, mais cela vaut aussi, une fois le conflit survenu, ou le litige né pour reprendre l'exacte terminologie du code de procédure civile, pour la justice *institutionnelle* (ou *procédurale*). Le bien juger participe du bien vivre ensemble. Le jugement n'est pas seulement une décision d'allocation de droits, départageant les plaideurs, attribuant à chacun le sien, *suum cuique tribuere* selon l'expression héritée du droit romain<sup>59</sup> ; au-delà de cette fonction *technique*, qui correspond à la finalité courte du jugement, l'acte de juger remplit une fonction *éthique*, qui est sa finalité longue, œuvrer à la paix sociale en reconstituant le lien rompu par le litige, en faisant reconnaître par chacun la part que l'autre prend à la même société que lui, en vertu de quoi le gagnant et le perdant du procès sont réputés avoir chacun leur juste part à ce schème de coopération qu'est la société humaine<sup>60</sup>. Le juge, qui est le garant de cette éthique, en est aussi le premier débiteur, ce qui a conduit récemment le Conseil supérieur de la magistrature à élaborer un recueil des obligations déontologiques des magistrats<sup>61</sup>.

10. Cette conception éthique de la justice exerce ainsi une forte influence dans le système français de règlement des conflits, au-delà même de la fonction du procès juridictionnel. Outre qu'elle éclaire les règles du procès comme nous le verrons dans un moment<sup>62</sup>, elle se manifeste à travers l'activité des autorités de régulation, dont une des missions est d'assurer une certaine éthique professionnelle ; elle se manifeste également à travers la multiplication des comités d'éthique, nationaux ou locaux, chargés de veiller à la légitimité et la qualité des pratiques dans un certain nombre de secteurs d'activité, comme la santé ou la science<sup>63</sup>.

Tout cela n'est pas aussi éloigné qu'on pourrait le penser de prime abord du procès juridictionnel car, en vérité, le procès contemporain s'inscrit lui-même dans un *système de justice plurielle*. J'entends par là que le droit du règlement des différends ne se limite pas à la solution des conflits par une juridiction instituée à cet effet. Le juge ne doit pas être conçu comme un premier recours mais comme un dernier recours qui doit être saisi seulement lorsqu'il n'a pas été possible de régler autrement le conflit. Il faut avoir épuisé les voies du dialogue entre soi avant de requérir la tierce parole du juge. C'est un devoir civique et une responsabilité sociale qui incombe à chaque citoyen, qui est un justiciable en puissance. Les modes alternatifs de règlement des conflits doivent donc être largement développés, y compris

---

59) Ulpien, *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere* : «La justice est volonté constante et perpétuelle de faire à chacun son droit ». Voir H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, n° 194 et 196.

60) P. Ricœur, *Le Juste*, Paris, Editions Esprit, 1995, pp. 185-192, spécialement p. 10 et pp. 191-192.

61) Conseil supérieur de la magistrature, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Dalloz, 2010, prévu par l'article 20 de la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature, dans sa rédaction issue de la Loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007.

62) Voir *infra* B, avec le modèle du procès coopératif.

63) Voir L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, précité, n° 15-17.

devant le juge lui-même, y compris au cours de la procédure juridictionnelle et non pas seulement au début de l'instance. Parler d'un système de justice plurielle, c'est exprimer l'idée que chaque litige doit se voir offrir le mode de règlement qui lui convient, la loi devant faciliter le passage d'un mode à l'autre dès lors que chacun de ces modes présente des garanties équivalentes de bonne justice pour éviter que cette justice alternative ne se fasse au détriment des parties les plus faibles. Le droit à une conciliation équitable doit ainsi répondre au droit à un procès équitable<sup>64</sup>). Il faut bien sûr insérer, dans ce panorama, les autorités publiques indépendantes, spécialement les autorités de régulation de marché, qui exercent des missions de juridiction aussi bien que de conciliation, sans oublier le rôle joué par les fonds collectifs de garantie en matière de responsabilité civile, spécialement dans les accidents de la circulation et les accidents médicaux, dont l'intervention, qui relève de la justice distributive plus que corrective, se situe à l'intersection du droit substantiel et du droit processuel.

Dans tous ces registres de la justice plurielle, l'évolution contemporaine invite à penser la procédure non plus sur le mode du « prêt à porter » mais sur celui du « sur-mesure ». Le système de justice doit offrir à chaque sorte de litige le type de procédure qui lui convient, sommaire ou non, rapide ou non, et, au sein même de l'institution judiciaire, il doit être possible de passer sagement d'une procédure à une autre au moyen de « passerelles » qui permettent de réorienter la procédure en cours d'instance sans avoir à tout reprendre depuis le début, en fonction de l'évolution du litige, qui peut se simplifier ou, au contraire, se compliquer. La diversité, la flexibilité et la réactivité sont une bonne réponse à la complexité des sociétés contemporaines, ce qui conduit à quitter une conception *statique* et *standard* du procès, reposant sur une division rigide du travail entre le juge et les parties, déterminée par la *loi*, au profit d'une conception *dynamique* et *diversifiée*, supposant au contraire une coopération permanente du juge et des parties susceptible de reposer, en tant que de besoin, sur le recours au *contrat* comme outil de gestion de la procédure<sup>65</sup>). Nous abordons alors les règles du procès à travers lesquelles se manifeste la théorie générale du procès et qui constituent le dernier développement de mon exposé.

## B. – Les règles du procès

11. Rendre la justice et résoudre les litiges sont la fonction du procès, de tous les procès. Cette dualité est essentielle car elle conduit à affirmer que l'institution judiciaire n'est pas

---

64) Voir L. Cadiet, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », in M. Delmas-Marty, H. Muir-Watt et H. Ruiz-Fabri (sous la direction de), *Variations autour d'un droit commun – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, 2002, pp. 89-109.

65) Voir L. Cadiet, « Faire lien, propos introductifs », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (sous la direction de), *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 169-184 ; « Le procès civil à l'épreuve de la complexité », in *Mélanges Bruno Oppetit*, Paris, LITEC, 2010, pp. 73-94.



qu'une simple administration confrontée comme les autres administrations à la recherche contemporaine de l'efficacité maximale : rendre la justice, c'est autre chose que construire des autoroutes ; elle conduit aussi à affirmer que le procès n'est pas seulement un mécanisme d'allocation des droits, qui pourrait par conséquent être réduit à une opération purement économique ainsi que la Banque mondiale a tendance à le considérer, de manière critiquable, dans ses rapports *Doing Business*<sup>66)</sup>. Au-delà de sa fonction technique, le procès remplit une fonction éthique. La manière dont les règles du procès sont conçues doit exprimer cette double fonction du procès : le droit *du* procès doit être conçu dans le respect du droit *au* procès.

Cette communauté de fonction, qui exprime une certaine théorie de la justice inscrite dans un système de justice plurielle, laisse place à une grande diversité de types, donc de règles processuelles. Il faut ainsi prendre en considération la spécificité des objets propres et des formes particulières de chaque sorte de procès : le procès civil n'obéit pas aux mêmes règles que le procès pénal, le procès familial n'obéit pas aux mêmes règles que le procès commercial, le procès national n'obéit pas aux mêmes règles que le procès international, etc. Il est intéressant et important de connaître ces multiples singularités qui traduisent les particularités du droit substantiel applicable au litige. Le *droit du procès* est donc divers. Cette diversité ne doit cependant pas être exagérée. Elle n'exclut pas, en effet, les phénomènes de ressemblance, voire de rapprochement ou de convergence des différentes procédures, aussi bien dans l'ordre national que dans l'ordre international, autour d'un modèle que j'appelle le modèle du procès coopératif.

12. Le modèle du procès coopératif entend dépasser l'opposition entre la conception *accusatoire* du procès, conçu comme la chose des parties, et la conception *inquisitoire* du procès, conçu comme la chose du juge, de même que l'opposition entre *common law* et *civil law*<sup>67)</sup>. Dans la conception du modèle coopératif, le procès n'est ni la chose des parties, ni la chose du juge, mais à la fois la chose des parties et la chose du juge, car les parties et le juge sont nécessairement conduits à coopérer afin d'aboutir dans un délai raisonnable à la solution équitable et efficiente de l'affaire. Le procès est la chose des parties car c'est toujours l'intérêt des parties qui est en cause, même dans le procès pénal, mais c'est aussi la chose du juge, car la justice est un bien public dont les parties ne peuvent pas librement disposer : rendre la justice est une question d'intérêt général qui met en cause le respect des lois et la paix sociale. En outre, la saisine du juge met en œuvre une institution publique dont le fonctionnement, financé par l'impôt national, ne peut pas être laissé à la seule

---

66) Voir L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, précité, n° 6.

67) Voir L. Cadiet, « Avenir des catégories, catégories de l'avenir : perspectives », in J. Walker & O. Chase (eds), *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, Toronto, LexisNexis, 2010, spécialement pp. 635-355.

initiative privée. Le budget de la justice n'est pas indéfiniment extensible et la justice ne doit pas seulement être rendue dans l'absolu du cas particulier dont le juge est saisi ; elle doit l'être dans la totalité des affaires qui lui sont soumises et entre lesquels les moyens de la justice publique doivent être équitablement répartis. La notion nouvelle de *management judiciaire* rend compte de cette idée. La recherche de l'efficacité procédurale est ainsi devenue un enjeu majeur des réformes législatives et un principe directeur des procès ou, pour le dire à la manière anglaise, un « *overriding objective* »<sup>68)</sup>. Mais le marché n'est pas une fin en soi, pas plus que la recherche de l'efficacité qui n'est que le *moyen* de rendre dans des délais raisonnables une justice de qualité, c'est-à-dire, en définitive, une justice acceptée par des justiciables qui auront le sentiment d'avoir été entendus, même s'ils n'ont pas obtenu gain de cause. La justice ne doit pas être rendue au moindre coût, mais à un coût *adéquat*, c'est-à-dire dans une mesure qui ne porte pas substantiellement atteinte aux exigences du procès équitable. L'efficacité processuelle ne peut donc pas se faire au prix de l'équité procédurale. Une justice de qualité, qui est au cœur de la mission d'évaluation des systèmes judiciaires confiée, en Europe, à la Commission européenne pour l'efficacité de la justice, la CEPEJ<sup>69)</sup>, est une justice qui parvient à combiner ces deux exigences<sup>70)</sup>. Il serait paradoxal de surévaluer l'importance des préoccupations gestionnaires au moment même où la pensée économique, notamment à travers les travaux d'Amartya Sen<sup>71)</sup>, se sépare d'une conception réductionniste de l'économie et redécouvre chez Adam Smith l'auteur de la *Théorie des sentiments moraux* (1759) avant celui de *La richesse des nations* (1776).

Le modèle du procès coopératif a précisément vocation à combiner ces deux logiques de l'efficacité et de l'équité. C'est la notion de coopération qui est à la base des principes directeurs du procès consacrés par le code français de procédure civile de 1975<sup>72)</sup> ; c'est sur

---

68) *Civil Rules Procedure*, Part. 1 : « (1) *These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly.* (2) *Dealing with a case justly includes, so far as is practicable : (a) ensuring that the parties are on an equal footing; (b) saving expense; (c) dealing with the case in ways which are proportionate : (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and (e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases* ».

69) Dont la mission est clairement définie par la Résolution l'instituant : « *améliorer l'efficacité et le fonctionnement du système judiciaire des Etats membres, afin d'assurer que toute personne relevant de leur juridiction puisse faire valoir ses droits de manière effective, renforçant ainsi la confiance des citoyens dans la justice et permettre de mieux mettre en œuvre les instruments juridiques internationaux du Conseil de l'Europe relatifs à l'efficacité et à l'équité de la justice* ». Voir CEPEJ, *La qualité des décisions de justice*, Les études de la CEPEJ n° 4, Editions du Conseil de l'Europe, 2008 et, pour une vue plus générale de la CEPEJ et de son activité, <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/>

70) Voir L. Cadiet, « *Efficience versus équité ?* » in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 25-46.

71) A. Sen, *Ethique et économie, et autres essais*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008.

72) Voir L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 6<sup>ème</sup> éd. 2009, n° 516-543.

cette notion que repose semblablement la réforme de la procédure civile anglaise opérée à la suite du rapport de Lord Woolf<sup>73)</sup> ; et c'est elle que consacrent aussi bien la Cour européenne des droits de l'homme, récemment encore dans un arrêt du 3 février 2009<sup>74)</sup>, que les Principes UNIDROIT de procédure civile transnationale, spécialement quand ils disposent à l'article 11.2 que « *Les parties partagent avec le tribunal la charge de favoriser une solution du litige équitable, efficace et raisonnablement rapide* »<sup>75)</sup>.

Seule une théorie générale du procès, conçue comme je l'ai suggéré dans cet exposé, permet de rendre compte de cette problématique contemporaine des systèmes de justice, appréhendés dans leur totalité complexe où les données juridiques se mêlent aux données économiques et philosophiques.

Je vous remercie de votre attention et je remercie mon traducteur de m'avoir permis de vous communiquer ces quelques idées qui me sont chères.

---

73) Voir J. Bell, « L'Angleterre : à l'aube d'une réforme radicale de la procédure civile », *Revue générale des procédures* 1999, pp. 307-319.

74) Cour européenne des droits de l'homme, 2<sup>e</sup> section, 3 février 2009, *Poelmans c. Belgique*, n° 44807/06, *Procédures* 2009, n° 81, obs. Fricero.

75) ALI/UNIDROIT, *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, précité.

