

Éditorial

LE TEMPS DU DROIT PROCESSUEL ET LES CONTRAINTES DE L'ACTUALITÉ

Bien que ce numéro – ouvert – de la *Revue des procédures* ne soit pas consacré à un thème particulier, il pourrait inviter à une petite méditation sur la temporalité du droit processuel, et les difficultés de la concilier avec les contraintes de l'actualité.

Si le droit processuel est la *science* du procès, s'il vise à saisir les *principes* qui déterminent la cohérence rationnelle du droit¹, il doit *a priori* s'inscrire dans le temps long. La science – l'élaboration d'une pensée rationnelle et cohérente – n'est pas une sinécure et elle prend forcément du temps. En procédure, il est significatif que Cornu & Foyer affirment « la vérité de cette maxime, qu'il faudrait penser beaucoup avant d'écrire peu »². Par ailleurs, sans revenir à la thèse dépassée de l'immutabilité du *droit nature*³, il est raisonnable de penser que les principes rationnels qui déterminent la cohérence des règles de droit sont moins sujets aux changements que le droit positif. Les grands législateurs n'ont-ils pas toujours cherché à préserver l'héritage des peuples et les enseignements de l'histoire, en réalisant une synthèse entre l'ancien et le nouveau : depuis Solon, s'appuyant sur des institutions anciennes pour fonder la démocratie⁴, en passant par les auteurs

du Code civil, conciliant l'esprit des Lumières et l'Ancien Droit, jusqu'à la commission Foyer, qui a élaboré le nouveau Code de procédure civile français en puisant à la fois dans la pensée novatrice de Motulsky et dans celle des romanistes médiévaux⁵ ?

Aujourd'hui cependant, les réformes s'enchaînent à un rythme effréné qui laisse peu de prise à la contemplation historique, à la démarche scientifique et même, parfois, à un élémentaire souci de cohérence. En procédure en particulier, et à l'échelle mondiale, J. A. Jolowicz parlait déjà il y a plus de vingt ans d'un « âge de réformes procédurales », guidées par une recherche pragmatique d'efficacité et de réduction des coûts, et sans considération pour la finalité de ces réformes⁶. En France, le phénomène a pris une tournure si dramatique que les meilleurs auteurs surenchérisaient pour dénoncer un état de « réforme permanente »⁷, confinant parfois à la « loi de Murphy »⁸, une « fuite en avant législative et réglementaire »⁹ ou encore un « niveau de radicalisation réformatrice tel que nos tribunaux, les avocats et les justiciables n'en n'ont pas connu depuis plusieurs siècles »¹⁰. Hommage rendu à F. Ost¹¹, le législateur semble glisser vers une

1. V. V. BOLARD & G. PERROT, « La vocation pratique du droit processuel », Éditorial du n° 1 de la RdPs.
2. V. CORNU & FOYER, *Procédure civile*, PUF, 1996, Préface (août 1957) : « La contemplation des œuvres de nos devanciers nous a suffisamment persuadés de la vanité de nos efforts et de la vérité de cette maxime, qu'il faudrait penser beaucoup avant d'écrire peu ».
3. Cette thèse est récusée par H. MOTULSKY, in *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, n° 22, in *Mélanges Roubier*, 1961, t. 2, p. 165 sq. ; ég. dans les écrits, t. 1, *Études et notes de procédure civile*, rééd. Dalloz 2009, préf. G. BOLARD, p. 60 sq.
4. ARISTOTE, *Politique*, trad. J. Barthélémy-Saint-Hilaire, Paris, 3^e éd., 1874, n° 1274 a : « Mais il paraît certain que Solon conserva, tels qu'il les trouva établis, le sénat de l'aréopage et le principe d'élection pour les magistrats, et qu'il créa seulement le pouvoir du peuple, en ouvrant les fonctions judiciaires à tous les citoyens. »
5. J. FOYER, *Éloge de Motulsky, Journées H. Motulsky, 20 déc. 1991, Cour de cassation éd.*, p. 9 ; *Rapport de synthèse du colloque Le NCPC, vingt ans après*, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, Doc. Fr. 1998, pp. 321 et s., p. 324.
6. V. J.A. JOLOWICZ, *On civil procedure*, CSICL, 2000, p. 327 : « This is an age of procedural reform in many parts of the world, and the tendency everywhere is to concentrate on pragmatic considerations. The search is for more efficient and less expensive methods for the administration of justice. The question that most engages the attention of procedural reformers today is "How?" and that, of course, is a question no practical lawyer can ignore.

It is not the case, however, that the answers to "What?" and "Why?" can be taken for granted: it can no longer be assumed that different forms of recourse against decisions serve clearly distinguishable purposes and that the only question is how those purposes are best and most economically achieved. Scholars interested in procedural reform must turn their minds once more to the purposes which the institutions of their legal systems actually serve in modern conditions; and where, as is so often the case, it is found that a number of purposes not easily reconciled with one another are served by a single institution, they must consider which of those purposes should predominate, before going on to tackle matters of relative detail. »

7. G. WIEDERKEHR, « Le nouveau Code de procédure civile : la réforme permanente », *Mél. J. Béguin* : Litec, coll. Litec JurisClasseur, 2005, p. 787 ; TH. LE BARS, « Réflexions désabusées sur la réforme permanente de la justice civile », *SJ* 28 avril 2019, supplément au n° 14, pp. 22 et s.
8. TH. LE BARS, « Réflexions désabusées sur la réforme permanente de la justice civile », art. préc., n° 9.
9. TH. LE BARS, *Précisions préalables à la 6^e édition de HERON & LE BARS, Droit judiciaire privé*, 6^e éd., LGDJ, 2015.
10. P.Y. GAUTIER & F. FERRAND, « Honneur et devoir de juger », *Dalloz*, 2018,
11. F. OST, « Temps et contrat. Critique du pacte faustien », in *La relativité du contrat. Travaux de l'association Henri CAPITANT*, Tome IV, Nantes 1999, LGDJ, 2000, pp. 137 et s. – V. ég., pour une appréhension globale du problème de la temporalité en droit : M. OST, « *Le temps du droit* », éd. Odile Jacob, 1999.

forme de temporalité inhumaine, celle de l'Actualité : c'est-à-dire de l'Instant qui, comme l'Éternité, et par opposition au temps humain, qui a un début et une fin, est une forme absolue de la temporalité, qui n'appartient qu'à Dieu... ou au diable. La science elle-même résiste mal, soit peut-être qu'une partie de la doctrine doute que la cohérence rationnelle des normes soit possible (puisque Kelsen¹² récuse la Raison pratique¹³), soit, plus prosaïquement, que les universitaires se trouvent eux-mêmes soumis à des contraintes productivistes absurdes, et à la soif des éditeurs pour des mises à jour illusoire. Lorsqu'un maître du droit judiciaire confesse « ne pouvoir garantir » à son lecteur que « ce qu'il trouvera au détour (des) pages » de son ouvrage, « dans quelques mois, sera encore conforme au contenu de la loi ou de la jurisprudence »¹⁴, on songe avec tristesse à la formule de Von Kirchmann suivant laquelle trois mots rectificatifs du législateur suffisent à mettre au pilon des bibliothèques entières¹⁵ ; et l'on se souvient, non moins tristement, que Carl Schmitt annonçait déjà, en 1945, la réalisation de sa prédiction suivant laquelle la science du droit ne rattraperait jamais le législateur¹⁶. L'on ne saurait, bien sûr, trouver des remèdes aux maux de notre époque dans les conclusions formulées par Von Kirchmann en 1848¹⁷, et moins encore dans la doctrine de Schmitt, condamnée par Motulsky comme une déformation « intolérable » de la pensée de Hegel¹⁸ au service de l'hitlérisme¹⁹.

Mais l'on ne peut pas non plus se résigner, car la cohérence rationnelle du droit positif, à commencer par celle du droit procédural dont dépend l'effectivité de tout le droit substantiel, est une condition *sine qua non* de la survie de nos démocraties. Et, à bien considérer les choses, il n'y a pas si longtemps qu'en élaborant le nouveau Code de procédure civile français et faisant la promotion du droit processuel, la commission Foyer a permis – pour deux décennies – à la science du procès

de rattraper le droit procédural. Pourquoi donc, en suivant les mêmes méthodes, ne pourrait-on parvenir au même résultat ? L'expérience ne doit-elle, à tout le moins, être tentée ? A cet effet, il faut commencer par s'affranchir de l'Actualité, en méditant la formule de Motulsky, qui souligne que « [...] la doctrine ne doit pas se borner à enregistrer les oscillations de la jurisprudence »²⁰. Et, sans perdre le lien avec le droit positif malgré ses évolutions incohérentes, il faut mettre en place des stratégies pour redonner droit de cité à la science du procès : les contributions à ce numéro de la revue en donnent trois illustrations significatives.

La première stratégie, que suggère explicitement Motulsky, consiste à profiter de l'« impulsion » donnée par des solutions pratiques afin de nourrir des conceptions dogmatiques propres à « servir de guide au praticiens »²¹. C'est ce que fait **Sylvain Jobert, Professeur à l'Université d'Anger**, en s'appuyant sur un arrêt de la Cour d'appel du 2 mars 2023 (reproduit dans le panorama) pour traiter d'un sujet essentiel qui n'a pratiquement jamais été abordé au Luxembourg : celui de l'office du juge en cas de défaut du défendeur.

Une deuxième stratégie possible, particulièrement utile afin de mettre en perspective et d'endiguer l'instabilité chronique du droit positif, consiste à faire appel à l'histoire afin d'évaluer la valeur et la solidité d'une règle ou d'un principe. C'est ce que fait **Floriane Masséna, Maître de conférences en histoire du droit à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne**, en abordant une règle qui semble atemporelle dans une perspective historique, en traitant de la maxime *Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* (L'action est temporaire, l'exception est perpétuelle) : l'auteure qui a soutenu une thèse brillante sur ce thème, y voit un exemple de la « La malléabilité d'une

12. KELSEN, « Théorie générale des normes », *Léviathan*, PUF, 1996, p. 8 et pp. 99 et s.
13. Sur les conséquences de cette récusation : v. V. BOLARD, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé*, thèse Paris 1, 2006, dir. P. MAYER, à paraître à la LGDJ, n° 217.
14. TH. LE BARS, Précisions préalables à la 6^e éd. du HERON & LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., LGDJ, 2015.
15. J. VON KIRCHMANN, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft : ein Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin / vom (Staats-Anwalt)*, Verlag Julius Springer, Berlin, 1848. : « Indem die Wissenschaft das Zufällige zu ihrem Gegenstand macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit; drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur. », <https://sammlungen.ub.uni-frankfurt.de/1848/content/pageview/2177927>.
16. CARL SCHMITT, *Die Lage der Europäischen Rechts Wissenschaft*, Internationaler Universitäts-Verlag, 1950, p. 20 ; « Was H. von Kirchmann vor beinahe hundert Jahren vorausgesagt hatte, daß die Wissenschaft das positive Gesetz niemals werde „einholen“ können, traf ein, und zwar noch weit über jede Erwartung hinaus. » – V ; ég. La traduction française de l'article par M. Salici (« La situation de la science européenne du droit ») publiée à la Rev. Droits, n° 14, 1991, p. 115 et s., spéc. p. 128.

17. V. I. ZATJAY, *Revue Internationale de droit comparé*, 1967, 19-1, pp. 319-320 : « Aujourd'hui, bien entendu, les conclusions du procureur von Kirchmann ne convaincront plus ».
18. Sur ce point Motulsky anticipe de plusieurs décennies les travaux de J. F. KERVEGAN.
19. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, rééd. 1991, n° 7 p. 11. – V. ég. sur cette question : V. BOLARD, « La philosophie des principes directeurs du procès », in *Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky*, ouvr. collectif dir. V. BOLARD & M. PIERRAT, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2019, p. 9 et s., spéc. n° 26 b.
20. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, Sirey 1948, rééd. 1991, n° 126, p. 141 : « (...) la doctrine ne doit pas se borner à enregistrer les oscillations de la jurisprudence ; elle doit, justement, confronter la construction dogmatique avec les solutions pratiques et, tout en recevant l'impulsion que peuvent lui apporter ces dernières, servir de guide aux praticiens et, s'il le faut, combattre les entraînements et erreurs auxquels ils peuvent se laisser aller. Si elle se met purement et simplement à la remorque de la pratique, la science trahit sa mission ; et cette abdication nous paraît plus dangereuse que la tentative de trouver, afin de résoudre un problème délicat, une formule propre à servir, à tout le moins, de base et de principe directeur ».
21. MOTULSKY, *ibid.*

règle de droit comme condition de survie au passage du temps ».

Une troisième stratégie, plus délicate, mais nécessaire, consiste à « combattre les entraînements et erreurs auxquels (les praticiens) peuvent se laisser aller »²². Car, « si elle se met purement et simplement à la remorque de la pratique, la science trahit sa mission »²³, écrit Motulsky. Il faut donc, en période de crise plus souvent qu'à l'accoutumée, oser dénoncer les dérives et, par exemple, lutter contre les phénomènes de mode qui portent atteinte aux droits de la défense. C'est en somme, ce que fait **Johanna Burtin, avocate au barreau de Montpellier**, à propos de l'estoppel. On ne manquera pas à cet égard, l'étymologie du mot estoppel – un baillon placé sur les lèvres de son

adversaire pour le faire taire – qui prouve, pour qui en douterait, que l'estoppel est bien une limite grave à la contradiction.

Concession nécessaire à l'actualité, le numéro retient des décisions marquantes dans un **panorama de jurisprudence** comparé car si elle ne doit pas se borner à enregistrer ses oscillations, la doctrine comme le praticien doit connaître la jurisprudence qu'elle soit nationale, étrangère ou supra-nationale dès lors qu'elle participe à l'édification principielle de la cohérence rationnelle du droit autour ici de règles aussi fondamentales qu'*audi alteram partem*, *dabo tibi jus*, *ne bis in idem* ou encore la *res judicata*.

Vincent BOLARD & Séverine MENÉTREY

22. MOTULSKY, *ibid.*

23. MOTULSKY, *ibid.*