

Éditorial

LA VOCATION PRATIQUE DU DROIT PROCESSUEL

La Revue des Procédures que nous avons l'honneur d'inaugurer se veut une revue de *droit processuel, destinée aux praticiens*. Si la procédure en général est soupçonnée d'être l'« *apanage des plaideurs mesquins* » – les **procéduriers** –, « *ceux dont on dit qu'ils utilisent précisément toutes les armes de la procédure, parce que leur cause est mal engagée au fond* », le droit processuel au contraire est une discipline noble, honorablement revendiquée par les **processualistes**.

Le droit processuel traduit une **tentative d'élever la procédure au rang de science**². Il peut être défini comme **l'étude comparatiste des principes gouvernant la procédure**³. La référence à la notion de *principe* doit être assumée car elle est déterminante de la dimension scientifique de la discipline : les principes (du latin, *princeps*) sont par définition des idées *premières* dans l'ordre logique⁴, dont se déduisent les autres propositions d'un système scientifique, et qui déterminent donc sa cohérence⁵. Les principes procéduriers ont vocation à soutenir une **théorie générale du procès**⁶, nourrie par une approche pluridisciplinaire⁷. Pour les identifier, le

droit processuel s'appuie sur une méthode comparatiste⁸ : la comparaison, étant un critère d'objectivité scientifique, pour la doctrine, et d'ouverture d'esprit, pour les praticiens. Il peut s'agir de comparer les contentieux civil, pénal et administratif en droit interne : c'est la conception classique de la discipline. Il peut aussi s'agir de comparer les procédures à l'international : c'est la conception moderne⁹ du droit processuel, défendue par le Recteur Serge Guinchard¹⁰, qui est sans doute appelée à trouver un écho favorable chez les praticiens luxembourgeois, généralement mieux armés en droit comparé que leurs homologues français. Dans tous les cas, il faut bien sûr tenir compte des normes internationales, et spécialement de la jurisprudence européenne sur le procès équitable : mais, l'entreprise de systématisation scientifique dont est né le droit processuel ne peut être réduite à cette jurisprudence qui, même prestigieuse, résulte d'une démarche nécessairement empirique¹¹.

Le mouvement doctrinal à l'origine du droit processuel est d'ailleurs bien plus ancien que la Cour de Strasbourg. À vrai dire, bien des siècles avant ce mouvement, Aristote

1. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS & F. FERRAND, *Procédure civile*, 31^{ème} éd., *Précis Dalloz*, n° 2.
2. V. not. *Vocabulaire juridique de l'association Capitant*, par G. CORNU, PUF, 7^{ème} éd. revue et augmentée, 1998, v° « Processuel » : *se dit surtout d'une discipline de recherches (le Droit processuel) qui, plus qu'une branche du Droit, est une science comparative, fondée sur le rapprochement des procédures en Droit privé, pénal, administratif (...) et l'étude des thèmes communs à tous les procès* ; v. ég. E. JEULAND, *Droit processuel général*, 2^{ème} éd., Montchrestien, 2012, n° 7, qui parle de « science du procès ».
3. En France, l'art. 4 du décret n° 66-144 du 11 mars 1966 qui introduisit le droit processuel dans la formation des avocats présentait la matière comme une étude des « principes généraux du contentieux civil, pénal et administratif. MOTULSKY, qui était à l'origine de la proposition ayant conduit à ce décret, indique qu'il s'agit d'« approfondir et comparer, ou approfondir en comparant » ; et évoque les « principes généraux » du contentieux privé, pénal et administratif – H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Cours Saint Jacques, Montchrestien, Paris, 1973, p. 3. – Au Luxembourg, le droit processuel a été introduit à l'Université en 2008 comme une « introduction au droit procédural » (ce qui est inhabituel) reposant sur « un regard comparé des diverses procédures » et consistant dans « une présentation des principes directeurs communs » de ces procédures. Comp. ég. *Vocabulaire juridique de l'association Capitant*, v° « Processuel », définition précitée en note 2.
4. V. 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*, Journées multilatérales de l'association Henri Capitant, ouvrage collectif dir. V. BOLARD & M. PIERRAT, Dalloz 2019, *Thèmes et commentaires*, p. 9 s., spéc. n° 4.
5. Ou son harmonie, selon la formule de DEL VECCHIO, *Essai sur les principes généraux du droit*, *Rev. crit. lég. jur.* 1925, p. 153 et 231, spéc. p. 16.
6. Toutefois, L. CADIET (in *Pour une « Théorie générale du procès »*, *Ritsumeikan Law Review*, 2011, p. 127 s., n° 7) fait une différence entre droit processuel et théorie générale du procès en soutenant avec R. MARTIN que la théorie générale se situerait « à un degré d'élaboration supérieur à celui de la comparaison » (R. MARTIN, *Théorie générale du procès (Droit processuel)*, Paris, Editions juridiques et techniques, 1984, n° 3). Il nous semble néanmoins que le Droit processuel vise bien (notamment chez VIZIOZ & MOTULSKY) à l'élaboration d'une véritable théorie générale, comme en rendent compte les trois grandes théories de l'action, de l'instance et de

la juridiction promues par ces auteurs.

7. En réalité, l'élaboration d'une théorie générale du procès présuppose la pluridisciplinarité, car la procédure est une science ancillaire, qui ne trouve pas sa finalité en elle-même – comp. V. BOLARD, *La philosophie des principes directeurs du procès*, op. cit., n° 5. – En particulier, la doctrine processualiste de Motulsky est tout entière fondée sur une approche méthodologique – V. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, Sirey 1948, rééd. 1991. – ; ou la méthode relève de la philosophie – V. BOLARD, *La philosophie des principes directeurs du procès*, op. cit., n° 7. – Aujourd'hui, L. Cadiet revendique d'ailleurs la pluridisciplinarité au nom de la *théorie générale du procès* (in *Pour une « Théorie générale du procès »*, op. cit., n° 7), même s'il la distingue du *droit processuel* (v. supra en note 6).
8. V. cependant L. CADIET, qui opère une distinction entre *Droit processuel* et *théorie générale du procès* (v. supra en note 6), et estime que « la comparaison n'est pas une condition de la théorie générale (...) » - in *Pour une « Théorie générale du procès »*, op. cit., n° 7.
9. Même si le cours initial de Motulsky se présente comme une comparaison des procédures en interne, le droit comparé des procédures pourrait trouver une justification théorique dans le droit naturel aristotélien, revendiqué par l'auteur (H. MOTULSKY, *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.). En effet, le droit naturel aristotélien correspond aux règles qui sont appliquées (à peu près) partout de la même façon, de sorte que le droit naturel procédural relève bien du droit comparé des procédures – V. V. BOLARD, *La philosophie des principes directeurs du procès*, op. cit., n° 33. – Comp. S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel*, *Précis Dalloz*, 10^{ème} éd., n° 5 : « La pensée de Motulsky avait des racines européennes car ses principes directeurs venaient du droit naturel ».
10. V. S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel*, *Droits fondamentaux du procès*, *Précis Dalloz*, 10^{ème} éd.
11. V. V. BOLARD, *La philosophie des principes directeurs du procès*, op. cit., n° 4. – V. ég. M. PIERRAT & V. BOLARD, *Introduction*, in *Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky*, op. cit., p. 1 s., n° 3. V. BOLARD, *La philosophie des principes directeurs du procès*, op. cit., n° 4 ; et dans le même ouvrage, S. GUINCHARD, *Le principe de la contradiction en droit comparé*, p. 353.

pratiquait déjà le droit comparé des procédures¹². Quant au droit processuel contemporain, il est né en Italie ; et c'est à la langue de Dante qu'il emprunte sa dénomination, suivant l'expression *diritto processuale* proposée par Chiovenda¹³. En France, la nécessité d'envisager la procédure comme une science et de s'attacher aux principes qui la gouvernent avait été évoquée dès 1901 par Henry Bonfils¹⁴. La démarche fut poursuivie au fil du XX^{ème} siècle par une série d'importants auteurs qui cherchèrent à identifier les principes directeurs du procès¹⁵ et qui élaborèrent trois grandes théories destinées à structurer la matière : la *théorie de l'action*, la *théorie de l'instance* et la *théorie de la juridiction*. Ce sont Henry Vizioz¹⁶ et Henri Motulsky qui donnèrent au droit processuel « ses lettres de noblesse »¹⁷. Motulsky, en particulier, dont « l'ombre majestueuse et l'empreinte magistrale »¹⁸ planent sur la discipline, fut l'auteur du premier ouvrage français de droit processuel¹⁹. Si son approche se présente comme une comparaison des procédures en interne, l'inspiration comparatiste de l'auteur, qui fut praticien en Allemagne avant d'émigrer en France, est de plus en plus clairement affirmée²⁰. Le rayonnement de sa doctrine, qui est prégnante en Belgique²¹, s'étend

jusqu'en *common law*. Ainsi, un grand nom de la procédure civile anglaise, J. A. Jolowicz, a-t-il publié une série d'importantes études de droit comparé des procédures²², en opérant un rapprochement inattendu avec l'œuvre de Motulsky²³. Les travaux de Jolowicz ont eux-mêmes été évoqués devant la CJCE²⁴. Encore faut-il mesurer l'importance concrète de cette entreprise doctrinale d'envergure internationale.

Car la tentative d'ériger la procédure en un système scientifique rationnel et cohérent répond à une insuffisance structurelle de la discipline, qui fait obstacle à un besoin essentiel du droit. D'une part, en effet, la finalité ultime de la procédure réside dans la **Réalisation du droit**²⁵, c'est-à-dire dans l'*application concrète et effective* des règles de fond. La procédure recèle donc un enjeu considérable puisque l'*effectivité* de tout le droit substantiel en dépend. Mais, d'autre part, la procédure a toujours été le fruit de la **pratique**²⁶. Or les patriciens ont un défaut récurrent, relevé par le doyen G. Wiederkehr : ils ont trop souvent **tendance à « résoudre ponctuellement des problèmes particuliers » en négligeant « la cohérence de l'ensemble »**²⁷.

12. Au début de la Rhétorique, ARISTOTE, qui collectionnait les constitutions des cités grecques, cherche à vérifier – sans doute au nom du droit naturel – si une règle de procédure (l'interdiction de parler hors du sujet) en vigueur devant les tribunaux antiques était appliquée partout de la même manière – ARISTOTE, *Rhétorique*, trad. DUFOUR & WARTELLE, Gallimard, 1998, 1354 a et 1355 a ; et voy. V. BOLARD, *La philosophie des principes directeurs du procès*, op. cit., n°33.
13. Pour une vue d'ensemble sur CHIOVENDA, v. not. la rubrique nécrologique de VIZIOZ, in H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, éd. Bière, Bordeaux, 1956 ; rééd. Dalloz, 2011, préf. S. GUINCHARD, p. 169 s.
14. V. H. BONFILS, *Traité élémentaire d'organisation judiciaire de compétence et de procédure*, 3^{ème} éd. refondue par L. BEAUCHET, LGDJ, Paris, 1901, préface de la 2^{ème} éd., p. VII : « La procédure peut et doit être envisagée comme science et comme art. Comme science, elle a pour objet les principes généraux du droit, les règles fondamentales qui sont les assises d'un Code, les bases des dispositions légales et qui fournissent la raison justificative des injonctions de la loi positive. Ces principes constituent l'essence même de la procédure, sa substance intime et profonde ».
15. E.-D. GLASSON & A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., 1926, t. II. n° 453 et s., p. 373 et s. ; R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, SIREY, 1^{ère} éd., 1932., n° 424 et s. ; R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3^{ème} éd., Librairie A. Rousseau, Paris, 1935, p. 7 et s. ; H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, éd. Bière, Bordeaux, 1956 ; rééd. Dalloz, 2011, préf. S. GUINCHARD, p. 441 et s. ; G. CORNU & J. FOYER, *Procédure civile*, 1^{ère} éd., p. 364 et s.
16. H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, éd. Bière, Bordeaux, 1956 ; rééd. Dalloz, 2011, préf. S. GUINCHARD.
17. L. CADDIET, J. NORMAND & S. AMNRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, 2^{ème} éd., p. 12. – S. GUINCHARD l'affirme aussi à propos de Motulsky – in S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel, Précis Dalloz, avant-propos de la première édition*.
18. S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel*, Précis Dalloz, 10^{ème} éd., n° 15, p. 44.
19. H. MOTULSKY, *Droit processuel, Cours Saint Jacques*, Montchrestien, Paris, 1973
20. V. Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky, ouvrage collectif préc., et not. M. PIERRAT & V. BOLARD, en Introduction, n° 4 ; F. FERRAND, *L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Motulsky*, in *Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky ?*, Actes du Colloque de Caen, 20 janvier 2012, Procédures, mars 2012, p. 36 s.- D'ailleurs, le droit naturel aristotélicien, revendiqué par MOTULSKY correspond aux règles qui sont appliquées (à peu près) partout de la même façon, de sorte que le droit naturel procédural relève du droit comparé des procédures – V. V. BOLARD, *La philosophie des principes directeurs du procès*, op. cit., n° 33.- à cet égard, voy. S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel*, Précis Dalloz, 10^{ème} éd., n° 5 qui écrivent : « La pensée de Motulsky avait des racines européennes car ses principes directeurs venaient du droit naturel ».
21. V. not. G. DE LEVAL, JTL Belge, 2020, p. 180, à propos de MOTULSKY : « Ce très éminent processualiste a aussi exercé et ne cesse d'exercer – notamment en Belgique – une influence considérable sur la jurisprudence et la doctrine ». L'auteur cite ALBERT FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, Faculté de droit de Liège, 2^{ème} éd., Liège, 1987, p. 60, n° 55 : « l'essentiel

de l'œuvre de Motulsky sur les principes directeurs du procès civil diffusée entre 1954 et 1964, dans le temps même où le Code judiciaire est élaboré, a influencé la réforme judiciaire belge ». Comp. également J.F. VAN DROOGHENBROECK, *Rapport belge*, in *Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky*, op. cit., p. 155 s., spéc. p. 200.

22. J. A. JOLOWICZ, *On civil procedure*, CSICL, 2000 ; v. ég. *L'expert, le témoin et le juge dans le procès civil en droits français et anglais*, RIDC, 1977, vol 29, n° 2, pp. 285-300.
23. Fin connaisseur des travaux de MOTULSKY, JOLOWICZ explique qu'en dépit des idées reçues, l'adage *Da mihi factum, dabo tibi jus* a été restauré en droit anglais dès le XIX^{ème} siècle. – J. A. JOLOWICZ, *L'expert, le témoin et le juge dans le procès civil en droits français et anglais*, RIDC, 1977, vol 29, n° 2, p. 285 s., spéc. pp. 285-286 ; *Da mihi factum dabo tibi jus : a problem of demarcation in English and French Law*, in *On civil procedure*, op. cit., p. 185 sq. Il va jusqu'à soutenir, en substance, que l'art. 12 CPC Fr (qui correspond à l'art. 61 NCPC Lux.), suivant lequel le juge tranche le litige conformément aux règles de droit, traduit sans doute peu ou prou l'état du droit anglais. Ainsi, juste après avoir cité les trois premiers alinéas de l'art. 12 CPC Fr. (version originale), JOLOWICZ écrit : « English Law does not, of course, contain anywhere so concise and elegant a statement of the judge's role in civil litigation. Nevertheless, and given that the 'objet du litige' is determined in France by the 'prétentions respectives des parties' and that the prétentions are fixed by the 'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense'- these, in approximate terms are the equivalent of English pleadings- the law as it is now stated for France would seem to be an accurate enough statement of the position in England as well : the parties plead facts and the judge should attach to the facts pleaded - or to such of them as are proved- the legal result that seems to him to be correct ». – v. J. A. JOLOWICZ, *On civil procedure*, op. cit., p. 189.
24. Conclusions de l'Avocat général Jacobs, 15.06.1995, aff. 430/93 & 431/93, para 33 à 35 ; disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993C0430:EN:NOT>
25. Sur l'importance de la réalisation du droit soulignée notamment par JHERING, v. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, op. cit., spéc. pp. 1-5. V. ég. V. BOLARD, *La philosophie des principes directeurs du procès*, op. cit. n° 25 et s.
26. C'était certainement déjà le cas à l'époque d'ARISTOTE. A cet égard, il est intéressant de relever qu'ARISTOTE, cherchant à vérifier si une règle de procédure (l'interdiction de parler hors du sujet) est appliquée partout manière constate que, dans les citées les mieux policées, la règle est prévue dans la loi mais qu'ailleurs, on se contente de la pratique.- ARISTOTE, *Rhétorique*, trad. préc., 1354 a et 1355 a.
27. Le doyen G. WIEDERKEHR souligne que la procédure est un droit de praticiens : « fait par eux et pour eux beaucoup plus que pour les justiciables » ; et ajoute : « elle en comporte les avantages, ses règles répondant souvent immédiatement aux difficultés que révèle l'expérience des procès et évoluant ainsi au gré des problèmes qui apparaissent à l'usage. Elle en subit aussi les très considérables inconvénients : à vouloir résoudre ponctuellement des problèmes particuliers, on néglige la cohérence de l'ensemble » – G. WIEDERKEHR, Sens, signification et signification de l'autorité de la chose jugée, op. cit., p. 507. Serge Guinchard, Cécile Chainais et Frédérique Ferrand ajoutent que « la remarque vaut pour toutes les procédures ». – S. GUINCHARD, C. CHAINAIS & F. FERRAND, *Procédure civile*, op. cit., 31^{ème} éd., n° 2.

La légistique moderne n'a pas atténué la difficulté. Comme le souligne Jolowicz, si de nombreuses parties du monde traversent un âge de réformes procédurales, axées sur des considérations pragmatiques d'efficacité et de réduction des coûts, les réformateurs s'attachent essentiellement à la question du « *Comment ?* » – déterminante pour les praticiens –, en ignorant largement la question du « *Quoi ?* » et celle du « *Pourquoi ?* »²⁸. Autrement dit, on réforme encore et toujours en fonction des préoccupations pragmatiques des praticiens, en ignorant la finalité du droit procédural. C'est bien le phénomène qui sous-tend la « *fuite en avant législative et réglementaire* »²⁹ et l'accumulation de réformes mal préparées³⁰, que la doctrine française dénonce depuis quelques années : comment améliorer l'efficacité de la justice si l'on ne prend pas la peine de s'interroger sur le *but* de ces réformes³¹ ?

Le remède à la difficulté, c'est le Droit processuel. C'est l'objet même de la discipline que d'établir la cohérence d'ensemble des règles de procédure, et de les mettre au service de leur finalité : l'application effective du Droit. Mais, **si l'origine de la difficulté vient des praticiens, c'est bien aux praticiens qu'il faut s'adresser**. Il est significatif que le droit processuel ait d'abord été introduit en France, sur une proposition de Motulsky³², sous la forme d'un

cours destiné à la *formation des avocats*³³. Puisque ce sont les praticiens qui forgent le droit procédural, ce sont eux qu'il faut convaincre de la *cohérence d'ensemble* des règles de procédure, non pas en multipliant les réformes, mais en formant les esprits. Il s'agit, en somme, de réconcilier la théorie (procédurale) et la pratique (judiciaire). Par définition, la théorie est une conceptualisation visant à appréhender le réel de façon cohérente : elle traduit, pour paraphraser Hannah Arendt, une tentative de « *penser ce que nous faisons* ». La pratique sans la théorie n'est donc pas viable : elle n'est que l'*action sans la pensée*³⁴. Mais, s'il faut ancrer la pratique dans la théorie, il faut aussi, réciproquement, arrimer solidement la théorie à la pratique. De même que Motulsky insistait sur la « *mission pratique de la philosophie du droit* »³⁵, il faut insister sur la **vocation pratique du droit processuel**. La théorie procédurale n'a d'utilité que si elle est mise au service des juges et des avocats : il faut donc traiter – avec tous les instruments scientifiques qu'offrent le droit processuel –, les questions pratiques qui les intéressent.

La première des grandes questions pratiques que pose le procès, c'est celle de la *recevabilité* : à laquelle répond la *théorie de l'action*. Tel est justement le thème de ce premier numéro. Nous vous en souhaitons bonne lecture.

Vincent BOLARD & Guy PERROT

28. V. J.A. JOLOWICZ, *On civil procedure*, op. cit., 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* ».

29. Thierry Le Bars évoque une « *fuite en avant législative et réglementaire qui entretient les politiques dans l'illusion qu'ils influent favorablement sur le cours des choses* » – TH. LE BARS, *Précisions préalables à la sixième édition, Droit judiciaire privé*, sous la direction de J. Héron et Th. Le Bars, 6^{ème}

éd., LGDJ, 2015.

30. Voir spéc. à ce sujet l'article de F. FERRAND et P.-Y. GAUTIER, *Honneur et devoir de juger*, Dalloz, 2018, p. 951.

31. Ceci revient à dire que l'« *efficacité de la justice* », que l'on prétend établir, n'a pas été définie. Car l'efficacité – comme l'utilité – ne s'entend qu'en fonction d'un but donné. Ainsi, l'efficacité de la justice consiste-elle à appliquer convenablement les règles de droit aux situations de fait dans un délai raisonnable ? Ou bien s'agit-il de sacrifier l'activité judiciaire à l'administration judiciaire, en évacuant le rôle des tribunaux à n'importe quel coût humain et social ?

32. Qui a été praticien toute sa vie.

33. S. GUINCHARD et alli, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2019, n° 2. Il ne s'agissait pas d'un enseignement secondaire. Suivant l'art. 4 du décret français n° 66-144 du 11 mars 1966, l'obtention du certificat d'études judiciaires supposait une formation en deux ans : en première année, elle comprenait des travaux dirigés et un seul et unique cours semestriel de droit processuel. C'est dire l'importance accordée à la discipline.

34. V. BOLARD, *La philosophie des principes directeurs du procès*, op. cit., n° 1.

35. H. MOTULSKY, *Mission pratique de la philosophie du droit*, APD 1952, p. 175.