

L'ÉLABORATION DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

J'ai plusieurs raisons de ressentir intensément l'honneur de prendre la parole devant votre assemblée : être associé aux travaux savants de votre société et y être invité sur le sujet du jour. C'est la première fois depuis le 12 mai 1981 (terme de la codification, au moins pour la procédure) et même depuis l'automne 1963, début des travaux du premier groupe réuni par M. Jean Foyer Garde des Sceaux (1), que l'occasion m'est offerte, au moins en France, de parler de l'élaboration du code de procédure civile, de parler de l'œuvre en général et au fond.

Si, sans trop d'indécence, je peux sortir aujourd'hui de ce silence, c'est parce que l'œuvre est commune aux professeurs de droit et à l'ensemble des professions judiciaires qui y ont été associés. L'un des bonheurs de ma vie a été de travailler, d'abord, dans le premier groupe, dès 1963, aux côtés d'Henri Motulsky (2), et, à partir de la fin des années 60, semaine après semaine, avec les deux autres membres du groupe de rédaction, MM. Francon et Parodi (3), très régulièrement aussi au sein de la sous-commission qui était chargée de discuter et de retenir les avant-projets (4),

(1) Ce groupe, d'abord chargé d'une mission exploratoire, réunissait, autour de M. Foyer, MM. Dechezelles, Bellet, Buthaud, Motulsky et moi-même.

(2) Lequel fut, on le sait, l'un des artisans essentiels des deux premiers décrets, et jusqu'à sa mort, en décembre 1971, l'un des inspirateurs du code. Etroitement associée au décret du 9 septembre 1971, il avait eu connaissance de l'un au-moins des avant-projets qui devinrent les décrets de 1972.

(3) Je retrouvais MM. Francon et Parodi, ainsi plus tard que M. Jean Buffet, dans la délégation parisienne qui siégeait - sans voter - au sein de la Commission d'harmonisation dont il va être question.

(4) Elle comprenait, notamment, à titre personnel, MM. Bellet, Buthaud, Caron, Fontaine-Tranchant, Parmentier, Perrot, Sialleli, Bertherat, outre les membres du groupe de rédaction.

enfin, à plus larges intervalles, au sein de la commission plénière présidée par M. Jean Foyer (5) avec mission d'arrêter les projets de décret à soumettre au Garde des Sceaux (6).

Ce qui m'enhardit à aborder ce sujet c'est qu'avant d'entrer dans le vif de la codification (II) et de son esprit (III), le premier des trois points que je voudrais évoquer concerne précisément les influences extérieures qui se sont exercées sur le code (I).

I - LE JEU DES INFLUENCES

Le code n'est pas né en vase clos. Il a fait siens des apports qu'il a puisés à une double source.

- D'abord, la réforme de la procédure civile a amplement bénéficié du mouvement de la législation qui a refondu, par pans entiers, le code civil, de 1964 aux années 80. Les deux réformes vont en parallèle, sous la même impulsion d'ailleurs. Il est historique de marquer que le droit procédural s'est substantiellement nourri du droit substantiel rénové. L'inspiration des deux est civiliste.

Un exemple suffirait à le prouver, tant il est démonstratif : c'est l'essor, *in utroque jure*, de la juridiction gracieuse. Pourquoi le code de procédure civile affirme-t-il le caractère juridictionnel de la juridiction gracieuse, second pilier donné à la fonction juridictionnelle ? Pourquoi lui avoir consacré, en tête du code, dans les dispositions liminaires, juste après les principes directeurs, un chapitre de synthèse où sont réunis les éléments essentiels d'une théorie cohérente de la matière gracieuse ? Parce que le droit civil en multipliait les cas, ajoutant à ses applications traditionnelles (l'adoption par exemple) de nombreuses autres illustrations, changement de régime matrimonial, divorce par consentement mutuel, légitimation

(5) Alors devenu président de la Commission des lois à l'Assemblée nationale.

(6) Une fois approuvés par le Garde des Sceaux et adoptés, sur sa proposition, par le Gouvernement, les projets de décrets étaient lus au Conseil d'Etat. L'un de mes plus forts souvenirs aura été de suivre, d'abord en section, ensuite en assemblée générale, comme commissaire du Gouvernement occasionnel, la plupart des décrets, notamment celui de 1971 où le principe même des principes directeurs fut en cause.

par autorité de justice, changement de nom (C. civ. a. 334). A ces ouvertures parallèles, il fallait donner le substratum procédural qu'elles réclamaient, la base uniforme et spécifique du développement des procédures gracieuses.

Mais il y a beaucoup d'autres signes d'influences comparables, ainsi l'usage modéré (judicieux et pertinent on l'espère) des critères souples que le droit civil met en œuvre volontiers. La procédure leur a, dans le même esprit, entrebâillé sa porte. En paraphrasant Pascal, on pourrait dire qu'il est des lieux où la procédure cultive avec raison la rigueur et la précision, d'autres où elle gagne à "donner du mou" à ses règles.

Ainsi quand elle subordonne le recours à une mesure non contradictoire à la nécessité qui la commande (a. 17) ou l'intervention en cause d'appel à l'évolution du litige (a. 555) ; ainsi quand elle se réfère aux intérêts d'une bonne justice pour la juste mesure de l'évocation (a. 568) ou l'appréciation du lien de connexité (a. 101). Flexible droit. Le souci d'adaptation à la diversité et à la mouvance des litiges est ici en action.

Autre manifestation : pourrait-on contester (et l'on saisit sur le vif une marque doctrinale déterminante) que la théorie générale de l'acte juridique est présente dans le code de procédure ? Elle y a été transposée. Le postulat est que l'acte de procédure n'est rien autre qu'une espèce d'acte juridique, dans la plus pure définition (acte de volonté destiné à produire des effets de droit, lesquels se développent ici dans un double plan, en s'appliquant, d'une part, au déroulement de l'instance, d'autre part, à la matière du litige). Ce rattachement radical ruine l'assimilation réductrice et trop longtemps répandue de la procédure à la forme. Dans le code, l'acte de procédure est subordonné, pour sa validité même, à des conditions de forme et de fond (capacité, pouvoir du mandataire) dont l'inobservation constitue des irrégularités de fond (il ne s'agit évidemment pas ici du fond de l'affaire) qui sont sanctionnées, en parallèle avec les vices de forme, par la nullité de la procédure. C'est écrit à l'article 117. Comment ne verrait-on pas ici, dans le code, le sceau de la doctrine civiliste ?

Que dire de la théorie des preuves qui a fleuri, dans le nouveau code en 1973 ? Revisitons les anciens auteurs (Bonnier entre autres (7)) et nous

(7) Edouard Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 4^e éd. 1873, Paris, chez Henri Plon et Marescq aîné.

verrons se redéployer l'éventail des mesures d'instruction selon la source d'où vient la preuve. On retrouvera l'évidence sous les vérifications personnelles du juge, l'aveu sous la comparution personnelle des parties, le témoignage sous les déclarations écrites ou orales des tiers (attestations, enquête), les lumières de l'homme de l'art sous l'expertise, la consultation et la constatation. Le socle, ici encore, est civiliste. Dans l'ensemble des exemples que l'on pourrait multiplier, on aura sans doute remarqué que l'article 700, par sa référence à l'équité, confère au juge un véritable pouvoir modérateur, consécration parallèle à celles du droit civil.

Brochant sur le tout, le fond de l'affaire du décret sur la procédure du divorce (sur double aveu) et de la contradiction parfois aperçue entre la loi et le décret sur la compétence en dit long sur les liens entre le droit civil et la procédure. La loi et le décret ont en effet la même source, et le code de procédure a accueilli un texte qui avait été rédigé en contemplation de la loi. De cette élaboration conjointe, sous la même main, il ressortait dès l'origine, d'une part que dans la loi, les termes "tribunal", "juge", sont pris dans le sens générique de juridiction, d'autre part que le double aveu est reçu non par la formation collégiale du tribunal, mais par un juge unique (aujourd'hui le juge aux affaires familiales), précision de compétence donnée par le décret.

- Au titre des influences, une autre **corrélation historique est à reconnaître entre l'élaboration du code de procédure civile et l'évolution, en la matière, du droit local d'Alsace-Lorraine.** Ce fut l'œuvre d'une commission dite d'harmonisation du droit général et droit alsacien-mosellan, établie en 1972, à l'initiative de deux Gardes des Sceaux, M. Jean Foyer et M. René Pléven, dont la mission, à l'origine limitée à la procédure civile, aboutit le 1^{er} janvier 1977 à l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure civile dans les trois départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, marquant ainsi, près d'un siècle plus tard, l'éviction de la procédure d'origine germanique.

Après plusieurs tentatives infructueuses (dont celle, en 1924, de la commission présidée par Henri Capitant), le succès de cette entreprise tient à l'heureuse rencontre de plusieurs facteurs. La réforme, en France, de la procédure civile est, à la base, l'événement décisif. Autant, en effet, l'ancien code de procédure civile pouvait souffrir d'être comparé à la procédure locale issue de la législation germanique de la fin du XIX^e siècle (code de procédure civile allemand du 30 janvier 1877 dans sa teneur du 20 mai 1898), autant l'unité du droit avait naturellement vocation à être

rétablie dans l'ensemble du territoire, à partir du nouveau code dont se dotait la France. Et ce d'autant plus que la magistrature et les professions judiciaires des trois départements avaient été étroitement associées à l'élaboration de l'œuvre, non seulement par leurs représentants au sein de la Commission de réforme de la procédure à Paris, mais, sur place même, tout au long des travaux de la Commission d'harmonisation. Devant cette dernière, qui réunissait les plus hautes personnalités du monde judiciaire (8), furent lus, débattus et adoptés, article par article, comme devant un conseil d'Etat régional, l'ensemble des textes destinés à être incorporés dans le code de procédure civile, parfois même avant la Commission nationale. De telle sorte que, par l'intermédiaire de la délégation qui faisait le lien entre les deux commissions, des amendements proposés à Strasbourg, à partir de textes déjà adoptés ou d'avant-projets, pouvaient être considérés ou reconsidérés à Paris. Cette phase exaltante de l'élaboration du code mériterait une monographie. C'est dans l'exécution de ce programme, pour en venir à l'essentiel, que la Commission qui siégeait sous la verrière du tribunal de grande instance de Strasbourg (9) remplit, au sens fort du terme, sa mission d'harmonisation. Celle-ci n'était pas, à sens unique, d'étendre les règles nouvelles aux trois départements, mais, réciproquement, de diffuser dans toute la France certains éléments de droit local, reconnus exemplaires. Ainsi furent introduits en «Vieille France», des pratiques dont la valeur avait été éprouvée localement, comme l'appel au secrétariat-greffe de la cour (a. 902). La juridiction gracieuse fut le lieu des emprunts les plus remarquables. Il est ici encore historique d'écrire que la figure atypique de l'appel en matière gracieuse, d'abord voie de rétractation avant de se muer, si nécessaire et sans formalité, en voie de réformation est la transposition du modèle qu'offrait le pourvoi, recours original du droit local (a 950, 952). La petite histoire retiendra encore que

(8) Autour de MM. Zimmermann, président de la Commission d'harmonisation, Mischlich, Premier Président de la cour d'appel de Colmar, Haegel (devenu Premier Président de cette cour et qui fut l'un des artisans les plus actifs de l'harmonisation), de nombreux magistrats, MM. Kirschner, Estoup, Heck, Kieffer, Lasserre, Levy, Peyret, Schaeffer, Ungerer, Wagner, des membres du barreau, MM. Gaudin, Hornus, Kalb, Rudloff, Rudolf, Schwob, Sinay, Weil-Sulzer, M. Lotz, notaire, MM. Froehlich, Angst, Schmitt. M. le bâtonnier Rudloff qui avait joué un rôle essentiel sur le principe même de l'harmonisation n'a cessé de soutenir la commission. M. le bâtonnier Sinay intervint brillamment, en particulier sur les principes directeurs du procès. Il faudrait pouvoir citer les apports de chacun (par exemple ceux de M. le conseiller Heck et de M. Lotz, notaire à Pfaffenhoffen, grands connaisseurs de la juridiction gracieuse).

(9) M. le président Lévy, président de séance.

la faculté pour le juge de ne pas recourir à un interprète lorsqu'il connaît la langue dans laquelle s'expriment les parties (a. 23) est, à l'origine, une pensée pour le dialecte local, mais énoncée - il va sans dire - de manière à permettre semblablement aux débats, sous les mêmes conditions, d'avoir lieu en breton, en basque ou en provençal. Le postulat de cette ouverture aux parlers régionaux (10) est qu'en France la langue judiciaire est le français, principe qui, d'abord énoncé et finalement rayé en tête de l'article 23, après lecture au Conseil d'Etat, en raison de sa valeur constitutionnelle, est implicitement rappelé par l'exception de communauté linguistique, seule maintenue au texte. Tels sont les deux mouvements qui ont accompagné et enrichi l'élaboration du code de procédure civile. L'œuvre elle-même se caractérise, en législation, par deux traits fondamentaux.

II - LE DÉFI DE LA CODIFICATION

Pour la structure, la réforme consistait - l'évidence prête à sourire - à composer un code en son entier, à édifier, sur les apports de la tradition, un ensemble refondu à neuf, à donner naissance à un corps de règles si possible cohérentes qui embrassât toute la procédure civile, c'est-à-dire l'universalité des règles applicables devant toutes les juridictions et dans toutes les matières civiles *lato sensu* (civile, commerciale, sociale, prud'homale, rurale, y compris l'arbitrage). C'était un défi de codification. A la vérité, cet ambitieux dessein ne vint pas aussitôt (les deux décrets apéritifs de 1965 et 1967 relevant comme on l'a dit, dans les «cours-pilotes», d'une législation quasi-expérimentale). Mais il était latent et il devint patent peu après. Le décret du 9 septembre 1971 fut, le premier, officiellement destiné à s'intégrer dans un nouveau code de procédure civile. Lancée l'idée, l'horizon bascula. Prévalut alors le rêve présomptueux qui devait s'accomplir en deux temps (11) de donner à la procé-

(10) Plus qu'aux langues étrangères qui, non formellement exclues, étaient abandonnées, dans le silence, aux interprétations de l'avenir.

(11) L'édiction du nouveau code, le 5 décembre 1975, marque le premier temps, regroupant quatre décrets déjà publiés (l'un en 1971, deux autres en 1972, un autre en 1973) et ajoutant de nombreuses matières nouvelles. L'achèvement du code (si l'on excepte les voies d'exécution qui sont une autre entreprise) résulte du décret du 12 mai 1981 qui y introduit les troisième et quatrième livres sur les dispositions particulières à certaines matières et l'arbitrage.

deure civile un monument qui remplacât non seulement le code de 1807, taxé d'être vieux en naissant, mais l'ordonnance civile de 1667 dont il était la pâle réplique.

Pour un bond en avant, le code de 1975 prenait, en somme, le recul de trois siècles. Les implications principales d'un tel parti appellent, chacune, quelques explications.

- D'abord, en législation (12) et pour la science législative, le code de procédure civile est le fruit d'une **codification réelle**. Il devient ici essentiel de faire passer le fil d'une distinction - trop peu soulignée, sinon méconnue - entre une codification dite réelle et les codifications formelles qui se multiplient aujourd'hui (code de l'organisation judiciaire, code de la consommation, etc.). Le principe d'une codification formelle est de réunir des textes préexistants, déjà en vigueur, en vue d'une publication unique, sous la condition rigoureuse de n'en modifier, sauf détails infimes, ni la teneur, ni l'énoncé. La codification est toute formelle parce qu'elle résulte, purement et simplement, d'une compilation administrative. Le propre de la codification réelle est au contraire d'être le produit et la manifestation d'une mutation du système juridique. Animée par les idées qui l'inspirent, la codification réelle est l'expression d'une réforme du droit. Elle fleurit dans et par la modification de l'ordre juridique. S'il m'était permis d'en faire ici la confidence, j'ai vécu moi-même la différence. Il a fallu près de 18 ans pour élaborer le nouveau code de procédure. Trois mois ont suffi pour réunir les éléments du code de l'organisation judiciaire, trois mois entièrement consacrés à l'aride et fastidieuse dissociation de la partie législative et de la partie réglementaire.

- La deuxième implication d'une œuvre codificatrice touche à son *plan*. Il vient un moment où, pour distribuer les matières autrement qu'en un catalogue, il convient de les lier en un ordre rationnel. Cela non plus ne s'est pas fait aussitôt, et le premier mouvement a été de suivre la démarche traditionnelle, c'est-à-dire de régler d'abord la procédure devant le tribunal de grande instance, et, sur le postulat qu'elle constitue un modèle, de la transposer aux autres juridictions en y apportant les modifications nécessaires, de manière à l'adapter à chacune d'entre elles.

(12) Terme pris ici dans le sens générique où il englobe même une œuvre réglementaire, ordre auquel la Constitution française rattache la procédure.

Or, justement, le plan est né, un jour, de la répudiation de cette démarche. L'idée s'est imposée qu'il ne fallait pas raisonner sur le tribunal de grande instance, mais, à un degré supérieur de généralité, sur le juge civil. Tout l'office du juge en matière civile était à ressaisir sur le postulat qu'il existe un *procès civil type*. Dans cette perspective, la procédure devant le tribunal de grande instance cessait d'être l'archétype, pour devenir l'une des manifestations parallèles des règles qui gouvernent en général le procès civil, tout procès civil, base générique. Le plan était né. Le livre premier du code avait vocation à établir les règles de procédure communes à toutes les juridictions, règles fondamentales applicables abstraction faite de la nature de chaque juridiction. Le livre deuxième était consacré à énoncer, juridiction par juridiction, les règles particulières à chacune, en première instance, appel et cassation ; c'est la part faite, dans la procédure, à la nature de la juridiction. Introduisant un autre critère tiré de la matière du litige, le livre troisième était destiné à faire la somme des dispositions particulières à certaines matières, c'est-à-dire à considérer tour à tour les procédures qui sont soumises à des règles spéciales en raison de la matière (divorce, assistance éducative, action possessoire, etc. (13).

Un tel parti constitue à la vérité une limite, relativement au droit processuel. Mais, il eût manifestement excédé son objet si, non content de s'élever à ce qui est du procès civil, il avait eu la prétention d'énoncer, dans un code de procédure civile, ce qui peut être inhérent à tout procès, c'est-à-dire commun à toutes les procédures civiles, pénales et administratives. Ceci est une autre entreprise où la doctrine et les initiatives supranationales vont de l'avant.

Dans son ordre, ce parti est aussi un modèle. Dans la présentation de maintes règles, le code procède du général au particulier. Il énonce les dispositions communes à toutes les voies de recours (a. 528 s.), à toutes les mesures d'instruction (a. 143 s.), à tous les jugements (a. 430), à toutes les interventions (a. 325 s.) avant de marquer les dispositions particulières à chaque espèce. Souci pédagogique ? Pourquoi pas ? Un code peut être didactique et cultiver la mémoire. Cette présentation méthodique répond surtout à un parti de science législative, plus spécifique-

(13) L'arbitrage est l'objet du quatrième livre.

ment à un vœu d'économie législative. Faire ressortir le même sous le divers réalise une économie de textes et de droit.

- Dernière implication, l'ouvrage d'un code permet, à son échelle, de développer ce que l'on peut appeler des *effets de codification*. Si, en effet, la codification appartient, au sens large du terme, à la législation, elle en constitue, dans le genre, une espèce à performances. Appliquée à un ensemble, à la totalité d'un corps de règles, elle a pour apanage d'en cultiver la cohérence, de soigner les rapports des éléments qui le composent. Son moindre mérite est ainsi de régler, dans le détail, des arbitrages de frontières, par exemple de coordonner les voies de recours, afin d'éviter tout chevauchement, notamment en supprimant les ouvertures communes au pourvoi en cassation et au recours en révision (naguère requête civile). Cependant le travail sur le langage du code est l'illustration la plus marquante de cette saisie globale. Qui voudrait voir une façon purement formelle dans cette approche linguistique qui met en cause les notions fondamentales de la procédure ? La force de ce lien a fait reconnaître qu'il fallait se prémunir contre les effets pervers des variations littéraires, et employer toujours le même mot pour désigner la même chose, au moins dans le code. Il va sans dire, en effet, qu'un tel parti n'est pas la négation, dans l'ensemble du lexique, de la polysémie, laquelle est une marque essentielle de vocabulaire juridique. Mais, dans l'exercice du nominalisme de bon aloi qui entre dans la mission de la loi, il est légitime et salutaire qu'entre les multiples sens d'un même terme, la loi choisisse celui dans lequel le terme sera pris au sein du code. Paraphrasant Pascal, le législateur serait fondé à dire «pourvu que je vous prévienne, je suis libre de donner à la chose que je détermine le nom que j'indique». C'est par des définitions légales que le code nous prévient du sens unique qu'il donne aux termes «action», «demande», «assignation», «requête», de telle sorte que l'action y désigne toujours le droit d'agir en justice (a. 30), la demande l'acte juridique par lequel un plaideur émet une prétention, l'assignation et la requête, deux des formes que peut revêtir la demande, alors que ces mêmes termes peuvent, dans des échanges plus courants, être pris les uns pour les autres ou revêtir d'autres sens. C'est pour la même clarté que, lorsqu'il s'agit de désigner les procédures qui appartiennent à la juridiction gracieuse par nature (en ce qu'elles soumettent au contrôle d'un juge un acte de volonté privée, matière de sa juridiction), le code énonce qu'elle «relèvent de la juridiction gracieuse», formule constante, tandis que les affaires dont il est écrit

- autre expression consacrée - qu'elles sont instruites ou/et jugées «comme en matière gracieuse» sont celles qui sont rattachées à la procédure gracieuse, sans pour autant réunir toutes les composantes de la matière gracieuse, mais seulement parce que, dans le doute où l'on est sur la survenance d'un litige, il est nécessaire d'opérer un rattachement, et raisonnable de supposer, jusqu'à nouvel ordre, en certaines situations, une absence de litige et donc un rattachement en l'état à la procédure gracieuse (par exemple pour une habilitation judiciaire en matière matrimoniale ; C. civ. a. 219). Le droit codifié est porteur d'un langage codé. Il offre des clés de lecture. C'est déjà un esprit.

III - L'ESPRIT DU CODE

Bien ou mal inspiré, le code de procédure se reconnaît aux idées qui l'animent et c'est dans ses dispositions liminaires qu'il est naturel d'en chercher d'abord l'esprit. Les principes directeurs qui en forment le premier chapitre en expriment la quintessence. Comparé à d'autres codes (le code belge est aussi tout neuf), le code français se caractérise d'emblée par le fronton qui en marque l'entrée, et c'est bien dans cette charte de la répartition des rôles entre juge et parties que réside, en forte part, sa philosophie. Il est encore vrai qu'en se prolongeant dans le corps du code, les dispositions liminaires y font circuler les mêmes idées.

Cependant l'esprit du code est aussi dans le chapitre II des dispositions liminaires, venu plus tard, et dans les compléments données au chapitre I (ex. articles 20 et 21). Enfin, les ramifications que les dispositions liminaires poussent dans le code leur donnent dans la diversité de leurs applications, une autre couleur, elle aussi révélatrice de l'esprit qui règne sur l'ensemble. Somme toute, il y a trois veines à suivre, dans cet ensemble, pour en pénétrer l'esprit.

A - La base doctrinale en constitue l'assise maîtresse. *Le code a des fondations doctrinales* et, même, sans ombre péjorative, dogmatiques. Les principes directeurs du procès civil en sont, de toute évidence, les manifestations les plus éclatantes et les plus éclairantes : le principe d'impulsion qui les dynamise aux deux premiers articles du code, tel qu'en parlait déjà Vizioz avec la doctrine italienne, le principe dispositif, en sa double branche, sur l'objet du litige (a. 4, al. 1) et les faits du

débat (a. 7, al. 1) et, en clé de voûte, le principe de la contradiction qui assume l'ensemble et dans lequel réside, au moins pour la juridiction contentieuse, la définition même du procès (Carbonnier).

A la vérité, qu'ils aient fait l'objet d'une élaboration scientifique ne doit faire oublier ni leur nature ni leur origine : ils appartiennent au droit positif où ils ont valeur de principe et de directives d'interprétation, et ils viennent de la tradition, où ils se disaient déjà en adages latins, offrant à la réflexion doctrinale la riche substance d'un donné coutumier. «*Da mihi factum, dabo tibi jus*», ces deux préceptes ont été recueillis par le droit écrit au rang de principe directeur (a. 6, a. 12).

Cependant ce retour aux sources, en rendant vigueur aux maximes, permettait d'en libérer tout le potentiel et de remettre en cause certaines des propositions qui les avaient figées. La doctrine a travaillé sur l'apport coutumier en s'inspirant des exigences d'une meilleure justice. Elle a relativisé, sans la répudier, l'affirmation trop absolue selon laquelle le procès est la chose des parties. L'une des tendances majeures du code est d'exalter l'office du juge, non seulement dans la marche de l'instance pour son bon déroulement (délai judiciaire, pouvoir d'injonction, a. 3), mais sur la matière du procès dans l'exercice plénier du pouvoir juridictionnel (moyens de droit relevés d'office) ; sans nommer la cause du litige, le code commande de la reconnaître, à charge pour les parties de les alléguer, dans les faits propres à *fonder* leurs prétentions (a. 6, c'est la consécration de la thèse d'Henri Motulsky).

L'empreinte doctrinale se marque encore, radicalement, par le souci de mettre au clair, en leur donnant toute leur force, les *notions fondamentales de la procédure civile*. Les principes directeurs eux-mêmes sont fondés sur des divisions majeures qui en sont les ressorts essentiels : la distinction de l'instance et de la matière du litige (a. 4) ; la distinction du fait et du droit ; pour les faits, la distinction des moyens de fait (faits spécialement allégués) et des faits apportés dans le débat (que le juge peut prendre en considération même si les parties ne les auraient pas spécialement allégués, autre idée chère à Motulsky, a. 7, al. 2) ; pour le fait encore, la distinction de l'allégation et de la preuve ; pour le droit, la distinction des moyens de droit soulevés par les parties et des moyens de droit relevés d'office par le juge, d'où la mise en relief des notions-clés dans le plan et les titres des dispositions liminaires. Dans le travail juridictionnel, tous les raisonnements s'opèrent à partir de ces notions fondamentales.

Le même souci d'établir les concepts est partout présent dans le code. Il préside aux diverses *définitions légales* qui spécifient les outils de la procédure. Consacrant la trilogie des moyens de défense, le code définit la défense au fond, la fin de non recevoir, l'exception de procédure en ses multiples variétés. Il saisit l'action en justice et, réglant les rapports de la qualité et de l'intérêt, comme conditions de recevabilité de la demande, consacre la distinction des actions attitrées (où la qualité gouverne la recevabilité) et des actions banales (dans lesquelles la recevabilité dépend directement de la justification d'un intérêt). Faudrait-il en conclure que le code, en ciselant ses catégories, n'a sacrifié qu'à la théorie juridique ? C'est au contraire dans un intérêt pratique qu'il s'est attaché à clarifier les notions qui servent quotidiennement à rendre la justice.

B - Mais les exigences pratiques de la justice avaient vocation à être plus directement encore prises en considération. Autre marque essentielle de son esprit - le code a résolument embrassé un *parti pragmatique*. A la vérité, il n'est ni nouveau ni surprenant qu'il ait épousé les objectifs généraux qui, dans tous les programmes, ont toujours animé les réformes de procédure : une justice moins coûteuse et plus simple, qui soit rapide sans être expéditive. Sur ces fins, existe un consensus qui a porté le code comme bien d'autres initiatives et, pour les moyens d'y atteindre, le code se situerait plutôt dans une politique moyenne de composition des intérêts en présence (pas de nullité sans grief pour les vices de forme (a. 114), chasse aux mesures dilatoires). Il lutte contre la pesanteur du formalisme sans oublier les exigences de la sécurité. Sans doute pourrait-on, çà ou là, le prendre en défaut (n'aurait-il pas poussé trop loin la faveur des référés ?), mais sans pouvoir lui faire un procès d'intention, de système.

C'est en vérité par d'autres traits plus spécifiques que s'affirme sa tendance pragmatique.

Le mécanisme des voies de recours, dans l'arbitrage, en est une illustration topique. C'est l'appel, normalement, qui s'ouvre contre la sentence arbitrale (a. 1482, 1483) et, quand il est ouvert, le voilà promu tout à la fois voie de réformation et voie d'annulation. Lorsqu'en revanche l'appel n'est pas ouvert, un recours spécifique en annulation s'ouvre alors nécessairement, mais à cette seule fin, et seulement dans les cas déterminés par la loi (a. 1484). Cette alternative agréementée d'une jonction est typique de l'esprit d'économie qui règne sur l'articulation des voies de recours. L'annulation a toujours sa place, mais isolée ou

couplée avec la réformation, de telle sorte qu'il y a toujours une et une seule voie ouverte.

L'esprit pragmatique culmine sans doute dans la combinaison des règles qui gouvernent les mesures d'instruction, qu'il s'agisse des décisions qui les ordonnent ou de leur exécution : conjugaison de plusieurs mesures (a. 148), extension ou restriction (a. 149), exécution simultanée (a. 166), toutes les combinaisons, toutes les adaptations sont ouvertes selon ce que l'opportunité commande. Le code répond par la souplesse à la diversité et à l'évolution des litiges.

Peut-être y a-t-il même plus général encore dans l'approche réaliste des agencements de la procédure. L'une des idées maîtresses du code est, à n'en pas douter, de faire varier les applications d'une mission ou d'une formalité en fonction de la taille et de la nature de la juridiction. L'une des clés de la mise en état est de comporter des versions appropriées aux grandes, aux moyennes, aux petites juridictions ; les formes de la demande en justice varient selon les types de juridiction. Le temps qui fuit me confisque d'autres exemples. Le code n'est pas seulement un édifice rationnel, mais un instrument opérationnel.

C - Pour restituer tout à fait l'esprit du code peut-être faudrait-il encore - c'est une autre facette - faire *la part du rêve*. Dans ce rêve de justice, il faut imaginer un mélange assez intuitif d'idéalisme et de réalisme, un grain d'utopie à la clé.

Il y a, dans le code, naïvement, *des ouvertures de principe*.

Elles revêtent la forme de déclarations brèves, de proclamations un peu solennelles parfois (où s'accroche ce pan de l'esprit du code). C'est un bouquet à cinq branches : la conciliation («Il entre dans la mission du juge de concilier les parties», a. 21) ; l'audition simple des parties («Le juge peut toujours entendre les parties elles-mêmes», a. 20) ; la consultation (lorsqu'une question technique requiert une information générale, une initiation plus qu'une investigation complexe, le juge peut nommer et entendre, en consultation simple, l'homme d'expérience, spécialiste, savant, qui peut lui donner une leçon de choses sur ce dont il a une connaissance profonde, a. 256) ; l'amiable composition du juge (si elles sont d'accord, les parties ont la faculté de conférer au juge la mission de statuer comme amiable compositeur sur les droits dont elles ont la libre disposition, a. 12 *in fine*) ; la requête commune en matière contentieuse (si elles sont d'accord, les parties ont aussi la faculté - asso-

ciée à la précédente ou indépendamment d'elle - de préciser dans une requête commune les points sur lesquels elles sont en désaccord, restreignant ainsi, comme dans un compromis d'arbitrage, les éléments qu'elles soumettent à la juridiction, a. 57).

Ces ouvertures ne sont pas toutes dans le même plan. Les trois dernières sont nouvelles dans notre droit ; ce sont des innovations. Les deux premières sont nées d'une retouche destinée à les mettre en valeur : l'audition simple pour la dégager de la comparution personnelle, mesure d'instruction en la forme, la conciliation pour affirmer qu'elle n'est pas liée à une phase de la procédure (qui aurait un et seul temps), mais qu'elle constitue, pour le juge, à tout moment, une mission (c'est-à-dire tout à la fois un pouvoir et un devoir), une vocation naturelle, inhérente à son office.

Mais toutes ces éventualités procèdent du même esprit. Ce sont des facultés offertes soit au commun accord des parties, soit au juge afin d'humaniser et de simplifier la justice, des offres de bonne justice à bon entendeur. Leur point commun est là - le rêve aussi - aux antipodes d'une justice technocratique ou engoncée : faveur à l'écoute directe, faveur à l'apaisement, recherche d'équité, quête d'un regard de sagesse ; ciblage utile du champ litigieux, «si vous le voulez bien...».

Cependant toutes ces offres ont un autre point commun : celui de n'avoir pas trouvé d'écho. L'amiable compositeur est rarissime, la requête commune aussi ; ni la consultation simple ni l'audition simple ne sont entrées dans les mœurs ; qui voudrait mesurer l'effort de conciliation ?

Ne disons pas qu'il s'agissait de propositions expérimentales qui étaient vouées à être abandonnées après un essai infructueux. Elles sont là en attente, en espérance, potentielles, offertes à tout événement. Elles ne gênent personne. En un sens, elles ont l'avenir devant elles. L'occasion fera la justice. A défaut d'effectivité, au moins ont-elles la disponibilité. Elles suscitent parfois même quelque intérêt. Un magistrat de la Cour suprême d'Israël découvrant, à l'article 12, l'amiable composition du juge s'écrie : «Mais nous le faisons couramment !» Pourquoi pas, un jour peut-être, chez nous aussi (14) ? A l'utopie le succès peut venir par

(14) Mais l'essor de l'arbitrage lucratif laisse peu de chance à la composition désintéressée.

surcroît. De la consultation est sortie, plus prestigieuse, plus médiatique, l'*amicus curiae* des grands jours : Jean Bernard devant la Cour de cassation. Mais la consultation, moins flatteuse, qui était le modèle occulte, et déjà consacré, de cette version d'apparat, pourrait être, dans les juridictions, un moyen utile d'éclairage. C'est de même à partir de la conciliation et de sa base légale - en tout cas dans son esprit - que se glisse et s'affermite la médiation qui d'ailleurs n'en est qu'une modalité quand elle a lieu devant le juge. Le jeu est ouvert.

Gérard CORNU

*Professeur émérite
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*